

Wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Termin wpływ wniosku	15 lipca 2022 rok (wniosek nr 1)
Zamawiający	Gmina Strzelce Opolskie działająca w imieniu własnym oraz na podstawie zawartego Porozumienia w imieniu i na rzecz Członków XI Grupy Zakupowej Energetycznej Związku Gmin Śląska Opolskiego
Nazwa zamówienia	Sprzedaż energii elektrycznej w 2023 roku odbiorcom końcowym XI Grupy Zakupowej Energetycznej Związku Gmin Śląska Opolskiego
Znak sprawy	ZP.271.1.3.2022

Zgodnie z wymogiem art. 135 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (zw. dalej ustawą PZP), Zamawiający udziela wyjaśnień dotyczących treści SWZ.

Wniosek 1.1

Zwracamy się zapytaniem, czy Zamawiający dopuści zawarcie umowy drogą korespondencyjną lub w formie elektronicznej (za pomocą podpisu elektronicznego).

Zamawiający w pkt 42.6 SWZ szczegółowo określił procedurę zawarcia umów z Członkami Grupy Zakupowej. Umowy zostaną zawarte korespondencyjnie, w formie elektronicznej, tj. podpisane elektronicznym podpisem kwalifikowanym i przekazywane drogą elektroniczną.

Wniosek 1.2

Z uwagi na fakt, że w taryfach Wykonawcy nie istnieje grupa taryfowa O11(D11), O12 Wykonawca zwraca się z prośbą o udzielenie informacji, czy Zamawiający dopuszcza, aby dla punktu poboru energii (PPE), rozliczanego w ww. grupie taryfowej, były prowadzone rozliczenia według grupy taryfowej, której strefy czasowe są zbieżne ze strefami dla ww. grupy taryfowej, a jedyna różnica polega na formalnej nomenklaturze grupy taryfowej.

W przypadku braku możliwości dostosowania stref czasowych do innej grupy taryfowej prosimy o wskazanie, czy istnieje możliwość rozliczenia sprzedaży energii według grupy taryfowej jednostrefowej? Informujemy, że brak zgody na powyższe może stanowić ograniczenie zasady uczciwej konkurencji, z uwagi na ograniczenie możliwości złożenia oferty wykonawcom, którzy są zdolni do wykonania zamówienia poprzez stawianie przez Zamawiającego w SWZ wymogów, które spełni tylko ograniczona liczba wykonawców

Przypisane do poszczególnych PPE taryfy są określone w umowach o świadczenie usług dystrybucji i dotyczą zasad rozliczania tych usług przez OSD.

Zgodnie z warunkami określonymi w SWZ zainteresowany postępowaniem wykonawca zobowiązany będzie w ofercie przedstawić ceny jednostkowe dla poszczególnych grup PPE, które to zostały utworzone według przynależności do danej taryfy świadczenia usług dystrybucyjnych.

Wykonawca ma możliwość zaoferowania różnych cen jednostkowych dla każdej ze stref czasowych określonych dla danej taryfy, ale może także zaoferować dla tych stref taką samą cenę.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że informacja według jakich taryf rozliczane są usługi dystrybucyjne dla poszczególnych PPE, może być istotna dla wykonawcy przy kalkulowaniu cen jednostkowych, w szczególności ze względu na zastosowany układ pomiarowo-rozliczeniowy (sposób rejestracji zużytej energii i strefy czasowe).

Zatem wykonawca może zaoferować dowolną cenę jednostkową dla danej grupy PPE

Wniosek 1.3

Projekt umowy § 3.3-6 - Wykonawca informuje, że wszystkie dane dotyczące zużycia energii przez poszczególne jednostki znajdować się będą na fakturach wystawianych przez Wykonawcę, zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Sporządzanie dodatkowych zestawień, o których mowa w przedmiotowym zapisie, wiąże się z wykonaniem dodatkowych czynności na zlecenie Zamawiającego i powinno zostać osobno wycenione. Przepisy prawa energetycznego jasno określają natomiast składniki ceny energii elektrycznej. Wobec powyższego wnosimy o usunięcie przedmiotowego zapisu w całości.

Zakres zamówienia obejmuje dodatkowo sporządzenie i przekazanie drogą elektroniczną informacji o ilości sprzedanej energii elektrycznej dla poszczególnych PPE, co jednoznacznie zostało zapisane w pkt. 6.4.4. SWZ oraz § 3 ust. 3 projektu umowy. Wykonawca powinien w złożonej ofercie uwzględnić koszty związane ze sporządzeniem przedmiotowego wykazu, np. w opłacie handlowej.

Wniosek 1.4

Projekt umowy § 4.1 – prosimy o rezygnację z tak sformułowanego zapisu, umowa powinna zostać zawarta na czas trwania sprzedaży, natomiast data przekazania raportu do nie powinna stanowić o terminie jej zakończenia

Zapis § 4 ust. 1 projektu umowy jest jednoznaczny i nie wymaga korekt. Zgodnie z tym zapisem termin zakończenia sprzedaży upływa 31 grudnia 2023 roku. Natomiast w terminie do 29 lutego 2024 roku wykonawca zobowiązany będzie przedłożyć wykaz, o którym mowa w § 3 ust. 3 projektu umowy. Stąd termin obowiązywania umowy do 29 lutego 2024 roku.

Wniosek 1.5

Projekt umowy § 5.4 - Z uwagi na nadrzędny charakter przepisów podatkowych i przepisów prawa, Wykonawca zwraca się z prośbą o rezygnację z konieczności występowania z wnioskiem o możliwość zmiany cen w przypadku ustawowej zmiany podatku VAT lub akcyzowego

Zasady i procedura zmiany cen jednostkowych w przypadku ustawowych zmian stawek podatku VAT lub akcyzowego zostały jednoznacznie i precyzyjnie określone w zapisach § 5 ust. 4 projektu Umowy.

„Ryzyko zmiany wszelkich obciążeń publiczno-prawnych ponosi Sprzedawca, poza ustawową zmianą wysokości stawek podatku VAT i akcyzowego, przy czym w przypadku ustawowej zmiany podatku VAT lub akcyzowego odpowiedniej zmianie ulegną ceny jednostkowe brutto, a w przypadku zmiany podatku akcyzowego również ceny jednostkowe netto, określone w ust. 1. Ze stosownym wnioskiem o zmianę Umowy w przedmiotowym zakresie wystąpi zainteresowana Strona, przy czym zmiany obowiązują do dnia wejścia w życie odpowiedniego przepisu prawa.”

Zapisy te nie są sprzeczne z obowiązującym prawem.

Ponadto należy przytoczyć przepis art. 455. 1 ustawy PZP zgodnie z którym, dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny. Zgodnie z tym przepisem zmiana cen musi być przewidziana przez Zamawiającego i wymaga stosownej zmiany umowy.

Wniosek 1.6

Projekt umowy § 6.3- Informujemy, że faktury korygujące wystawiane są na podstawie skorygowanych danych pomiarowo-rozliczeniowych, udostępnianych Wykonawcy przez OSD. Wykonawca nie dokonuje przeliczeń i bazuje wyłącznie na przekazanych danych bez możliwości ich zmiany. Z uwagi na powyższe, zwracamy się z prośbą o wykreślenie przedmiotowych zapisów

Zapisy § 6 ust. 3 projektu umowy o zamówienie publiczne dotyczą sytuacji nadzwyczajnych, to jest określają sposób wyliczenia należności za zużytą energię, w przypadku zaistnienia niemożliwych do skorygowania błędów w pomiarze lub odczycie.

Wniosek 1.7

Projekt umowy § 6.7 – prosimy o określenie terminu płatności na 21 dni od dnia wystawienia faktury z jednoczesną zmianą zapisu dot. jej dostarczenia „najpóźniej siódmego dnia od jej wystawienia” ...

Zapisy § 6 projektu umowy precyzyjne określają zasady płatności. Zapisy te zabezpieczają interes zarówno sprzedawcy jak i kupującego i nie są sprzeczne z obowiązującym prawem. Zapis zabezpiecza kupującemu odpowiedni czas (14 dni), między innymi na sprawdzenie merytoryczne i opisanie otrzymanych faktur, przed skierowaniem ich do realizacji.

Wniosek 1.8

Projekt umowy § 6.8 - Informujemy, że zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Energii z dnia 6 marca 2019 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie energią elektryczną, w przypadku przekroczenia 14 dniowego terminu rozpatrzenia reklamacji Zamawiającego. Z uwagi na powyższe zwracamy się z prośbą o modyfikację zapisu.

Zgodnie z zapisem § 6 ust. 8 wykonawca zobowiązany będzie dokonać odpowiednio korekty, uzupełnienia lub udzielić wyjaśnienia w terminie 3 dni licząc od dnia złożenia przez Kupującego wniosku. Tak określony termin uniemożliwi dochowania przez Zamawiającego określonego w projektach umów terminu płatności. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że jedyną konsekwencją przekroczenia terminu udzielenia wyjaśnień może być wstrzymanie płatności do czasu rozstrzygnięcia spornych kwestii.

Wniosek 1.9

Projekt umowy § 6.9 – Informujemy, że w przypadku przekroczenia 14 dniowego terminu rozpatrzenia reklamacji Zamawiającego, Odbiorcy przysługuje bonifikata. Ponadto Zamawiający określił, iż złożona reklamacja powoduje wstrzymanie płatności faktury przez Zamawiającego. Informujemy, że zgodnie z art. 488 Kodeksu cywilnego, dotyczącego obowiązku spełnienia świadczeń wzajemnych oraz zgodnie z zasadami obowiązującymi w obrocie profesjonalnym, złożenie reklamacji nie zwalnia Odbiorcy od obowiązku terminowej zapłaty należności. W związku z powyższym, zwracamy się z prośbą o odpowiednią modyfikację przedmiotowego zapisu, poprzez określenie, iż „Złożenie reklamacji nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku terminowej zapłaty należności”. Prosimy o modyfikację zapisu.

Zapisy § 6 ust. 9 projektu umowy dotyczą przypadków stwierdzenia przez Kupującego błędów w otrzymanej fakturze lub braku bądź błędów w wymaganym załączniku do faktury lub powzięcia uzasadnionych wątpliwości, co do prawidłowości wystawionej faktur. Umowa przewiduje czas na przeprowadzenie stosownych wyjaśnień.

Wstrzymanie płatności następuje tylko jeżeli Sprzedawca w określonym czasie nie przedłoży brakujących dokumentów, nie złoży wiarygodnych wyjaśnień lub nie dokona stosownej korekty.

Wniosek 1.10

Projekt umowy § 8.2 – czy Zamawiający dopuści posługiwanie się pełnomocnictwem w formie papierowej w przypadku zakwestionowania wersji elektronicznej przez OSD.

Zgodnie z art. 781 § 2 ustawy z 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny, oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Jednocześnie należy uznać, że za zgodą stron dopuszczalna jest również forma pisemna.

Wniosek 1.11

Projekt umowy §10 - Informujemy, że zapisy dotyczące kar umownych są nieproporcjonalne i naruszają zasadę równości stron w stosunku cywilnoprawnym. Wykonawca zwraca się z prośbą o wprowadzenie adekwatnych kar umownych lub o usunięcie powyższych zapisów w całości. W przypadku wyrażenia zgody na rezygnację z kar umownych zwracamy się z prośbą o modyfikację zapisów do treści: „Strony ponoszą wobec siebie odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych do wysokości poniesionej szkody (straty)”. Informujemy jednocześnie, że zapisy w obecnym kształcie wpływają na wzrost ryzyka związanego z realizacją umowy po stronie Wykonawcy, co z kolei może negatywnie wpłynąć na kalkulację ceny ofertowej dla Zamawiającego.

Określone w § 10 projektu umowy rodzaje i wysokość kar umownych dotyczą zarówno sprzedawcę jak i kupującego i zabezpieczają ich interes w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonywania umowy przez którąkolwiek ze stron. Zarówno rodzaj jak i wysokość tych kar zostały określone z poszanowaniem zasady równości stron w stosunku cywilnoprawnym. Nadto należy wskazać, że kupujący jako podmiot wydatkujący środki publiczne jest wręcz zobowiązany do należytego zabezpieczenia realizacji zamówienia publicznego.

Wniosek 1.12

Projekt umowy §10 ust. 3 pkt. 2- Wykonawca informuje, że ewentualną szkodę Zamawiającego stanowi różnica w cenie zakupu energii elektrycznej od sprzedawcy rezerwowego w stosunku do ceny energii elektrycznej z oferty wyłonionego w postępowaniu wykonawcy. W związku z powyższym zwracamy się prośbą o określenie, iż zwrot kosztów z tytułu zakupu energii elektrycznej od sprzedawcy rezerwowego będzie stanowił różnicę między kosztami energii zakupionej od sprzedawcy rezerwowego, a energii, która byłaby zakupiona na podstawie umowy sprzedaży zawartej z wybranym Wykonawcą. Poszkodowany nie może wzbogacać się wartością odszkodowań. Taki zapis jest sprzeczny z przepisami kodeksu cywilnego o naprawianiu szkody i rażąco nieproporcjonalny w świetle zasad udzielania zamówień publicznych

Nie można uznać jako wygórowane wysokości kar umownych, określonych w projekcie umowy, w szczególności w § 10 ust. 3 pkt. 2. Kary za odstąpienie od umowy w wysokości 20% nominalnej wartości kontraktu nie można uznać jako nadmierną. Wysokość tej kary jest adekwatna do wysokości kary dla kupującego (§ 10 ust. 1 pkt. 2). Ponadto należy podkreślić, że art. 484 § 1 Kodeksu Cywilnego w szczególności stanowi, że „w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. ...”

Wniosek 1.13

Projekt umowy §10 ust. 3 pkt. 3- Zwracamy uwagę, że określona przez Zamawiającego wysokość kar umownych, zdaniem Wykonawcy może zostać uznana jako kara rażąco wygórowana, co umożliwi jej podważenie na drodze sądowej, zgodnie z art. 484 §2 Kodeksu cywilnego. Możliwość podważenia wysokości kary umownej nie tylko narazi strony umowy na koszty postępowania sądowego, ale wiąże się także z niepewnością co do praw i obowiązków stron. Jednocześnie tak wysoki poziom kary umownej za odstąpienie od umowy zmusi Wykonawców do uwzględnienia tego elementu ryzyka przy wycenie usług dla Zamawiającego, co znajdzie wyraz w podwyższeniu ceny ofertowej. Mając na względzie powyższe, zwracamy się z prośbą o usunięcie kwestionowanych zapisów

Kara, o której mowa w § 10 ust. 3 pkt. 3 dotyczy ewentualnego opóźnienia w sporządzeniu przez sprzedawcę informacji o ilości sprzedanej energii elektrycznej dla poszczególnych PPE. Wykonawca, zgodnie z projektem umowy (§ 3 ust. 4) ma obowiązek przygotować zestawienie w terminie do 29 lutego 2024, czyli w terminie dwóch miesięcy od zakończenia sprzedaży. Trudno uznać, jako nadmierną karę w wysokości 50 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki zważając, że wartość zamówienia jest rzędu kilkunastu milionów złotych.

Wniosek 1.14

Projekt umowy §10 ust. 6 - Zwracamy się z prośbą o określenie, iż w razie naliczenia kar umownych, Odbiorca każdorazowo wystawi Sprzedawcy notę obciążeniową.

Informujemy, że kary umowne nie podlegają opodatkowaniu VAT, w związku z czym, dla potrzeb ich prawidłowego udokumentowania, nie wystawia się faktur VAT. Dla celów rachunkowych zarówno otrzymanie kary umownej, jak i jej zapłata kwalifikowane są do pozostałej działalności operacyjnej jednostki. Jak bowiem wynika z art. 3 ust. 1 pkt 32 lit. g) Ustawy o rachunkowości, przez pozostałe koszty i pozostałe przychody operacyjne rozumie się koszty i przychody związane m.in. z odszkodowaniami i karami. Kary te należy ująć w księgach rachunkowych, a odpowiednią formą ich udokumentowania jest nota obciążeniowa.

Zapis § 10 ust. 6 jest jednoznaczny i nie wymaga korekty. Nota obciążeniowa jest formą wezwania do zapłaty.

Wniosek 1.15

Informujemy, że zgodnie z art. 6b ust. 2 i 3 ustawy Prawo energetyczne obowiązek wyznaczenia dodatkowego terminu na zapłatę należności dotyczy jedynie odbiorców w gospodarstwach domowych. Przepisy ustawy nie nakładają natomiast takiego obowiązku w przypadku pozostałej grupy odbiorców.

W związku z powyższym zwracamy się z prośbą o dostosowanie wskazanego zapisu do treści zgodnej z ustawą Prawo energetyczne, poprzez usunięcie frazy „(...) nie wcześniej niż w terminie 14 dni roboczych po upływie dodatkowego terminu płatności.” Bez zawnioskowanej zmiany zapis jawi się jako nieproporcjonalny w świetle zasad udzielania zamówień bowiem obejmuje ochroną zamawiającego nie będącego odbiorcą w gospodarstwie domowym, bez powodu, tak jak ochrona przewidywana prawem wyłącznie dla odbiorcy w takim gospodarstwie domowym.

Zapisy określone w § 12 ust. 1, 2 i 3 projektu umowy, dotyczące wstrzymania sprzedaży energii, nie naruszają obowiązujących norm prawnych, jak również nie są nadmiernie niekorzystne dla sprzedawcy. Przedmiotowa regulacja w szczególności gwarantuje odpowiedni czas na ewentualne wyjaśnienie przez strony zaistniałej sytuacji bądź na ewentualne wykonanie zaniechanej czynności.

Wniosek 1.16

Projekt umowy § 12 ust.1 - Informujemy, że zgodnie z art. 6b ust. 2 i 3 ustawy Prawo energetyczne obowiązek wyznaczenia dodatkowego terminu na zapłatę należności dotyczy jedynie odbiorców w gospodarstwach domowych. Przepisy ustawy nie nakładają natomiast takiego obowiązku w przypadku pozostałej grupy odbiorców. W związku z powyższym zwracamy się z prośbą o dostosowanie wskazanego zapisu do treści zgodnej z ustawą Prawo energetyczne, poprzez usunięcie frazy „(...) nie wcześniej niż w terminie 14 dni roboczych po upływie dodatkowego terminu płatności.” Bez zawnioskowanej zmiany zapis jawi się jako nieproporcjonalny w świetle zasad udzielania zamówień bowiem obejmuje ochroną zamawiającego nie będącego odbiorcą w gospodarstwie domowym, bez powodu, tak jak ochrona przewidywana prawem wyłącznie dla odbiorcy w takim gospodarstwie domowym

Wyjaśnienie poruszonyj we wniosku kwestii zostało udzielone w pkt. 1.15
