

– wszyscy Wykonawcy –

Nasz znak:

BOR10.2619.2.2023.AK

data:

13.06.2023 r.

Sprawa: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę energii elektrycznej obejmującą sprzedaż energii elektrycznej oraz świadczenie usług dystrybucji na potrzeby Biur Powiatowych Podlaskiego Oddziału Regionalnego ARiMR w Hajnówce, Suwałkach i Wysokiem Mazowieckiem

Zamawiający – Podlaski Oddział Regionalny Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa działając zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), udostępnia treść zapytań, które wpłynęło w postępowaniu, wraz z wyjaśnieniami Zamawiającego.

**„Pytanie 1 – Załącznik nr 8 do Specyfikacji (Projektowane postanowienia umowy)****– Rozdział I. Rozliczenia stron umowy – pkt 6**

Z uwagi na fakt, że faktury VAT są wysyłane listem zwykłym (w przypadku braku decyzji o uruchomieniu usługi e-faktury), Wykonawca nie jest w stanie określić w jakim terminie Zamawiający otrzyma fakturę, co może powodować komplikacje przy ustalaniu prawidłowego terminu płatności. Ponadto, w świetle przepisów podatkowych określenie terminu płatności na liczbę dni liczoną od dnia otrzymania faktury nie pozwala ustalić prawidłowej daty powstania obowiązku podatkowego, a to w konsekwencji naraża wykonawcę na sankcje skarbowe z tytułu nieterminowego odprowadzenia podatku VAT. Art. 19a ust. 5 pkt. 4 ppkt. a) ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. 2004 Nr 54 poz. 535 z późn. zm.) stanowi, iż w przypadku dostaw energii elektrycznej obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wystawienia faktury. W związku z powyższym zwracamy się do Zamawiającego z zapytaniem, czy zgadza się na zmodyfikowanie przedmiotowego zapisu w następujący sposób:

*„Termin płatności faktury - 21 dni od daty prawidłowo wystawionej faktury VAT”.*”

**Odpowiedź na pytanie 1.:**

Zamawiający wyraził zgodę na udostępnianie Zamawiającemu faktur za pośrednictwem kanałów elektronicznych na podany adres poczty elektronicznej, zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. 2022 poz. 931 z późn. zm.), na zasadach określonych w Regulaminie Wykonawcy przesyłania faktur za pośrednictwem kanałów elektronicznych, przy jednoczesnej zgodzie na otrzymywanie informacji o tych fakturach.

Opisane rozwiązanie Zamawiający dopuścił równoległe z – opisanym w rozdziale I. pkt 2 projektowanych postanowień umowy (stanowiących Załącznik nr 8 do SWZ) rozwiązaniem w postaci przesyłania faktur drogą elektroniczną.

Dostarczanie faktur w formie papierowej jest trzecim rozwiązaniem, stosowanym w przypadku, gdy nastąpią przeszkody techniczne lub formalne, które uniemożliwią Wykonawcy przesłanie faktury drogą elektroniczną.

W związku z powyższym, Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie zapisu rozdziału I. pkt 6 projektowanych postanowień umowy.

**„Pytanie 2 - Załącznik nr 8 do Specyfikacji (Projektowane postanowienia umowy)****– Rozdział I. Rozliczenia stron umowy - pkt 7**

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.”*

**Odpowiedź na pytanie 2.:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu „Błędnie wystawiona faktura w zakresie danych określonych w art.106e ust.1 pkt 8-15 Ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2022 r. poz. 931 ze zm.) spowoduje odpowiednie przesunięcie terminu płatności od dnia dostarczenia/udostępnienia faktury korygującej, stanowiącej podstawę do uiszczenia zapłaty”.

Zamawiający nie uzależnia terminu płatności od prawidłowo wystawionej faktury, takie określenie nie pojawia się w SWZ. Wprowadzając skonkretyzowany zapis „błędnie wystawiona faktura w zakresie danych określonych w art.106e ust.1 pkt 8-15 Ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2022 r. poz. 931 ze zm.) spowoduje odpowiednie przesunięcie terminu płatności od dnia dostarczenia/udostępnienia faktury korygującej, stanowiącej podstawę do uiszczenia zapłaty”, uzależnia jedynie termin płatności od rzetelności wystawionej faktury, zgodności jej ze stanem faktycznym. Pozostałe elementy faktury wskazane w art. 106e ust. 1, niewymienione w cytowanym zapisie, będą podlegały korekcie przez Zamawiającego, zgodnie z art.106k Ustawy o podatku od towarów i usług, jeżeli zaistnieje taka konieczność, poprzez wystawienie noty korygującej, co pozostanie bez wpływu na termin płatności.

Należy dodać, że na podstawie przepisów Kodeksu karno-skarbowego nierzetelne wystawienie faktury, traktowane jest jak przestępstwo skarbowe i podlega karze grzywny (art. 62 k.k.s.). Ponadto ARiMR jest jednostką sektora finansów publicznych i wydając środki publiczne zobowiązana jest do należytego działania w tym zakresie. Ponadto wg Zamawiającego pojęcie reklamacji nie ma zastosowania do omawianej sytuacji.

### **„Pytanie 3 - Załącznik nr 8 do Specyfikacji (Projektowane postanowienia umowy)**

#### **– Rozdział II. Kary umowne, odstąpienie od umowy i wypowiedzenie umowy - pkty 1-3**

Informujemy, że zapisy dotyczące kar umownych są nieproporcjonalne, przez co naruszają zasadę równości stron w stosunku cywilnoprawnym oraz zasadę proporcjonalności przy udzielaniu zamówień publicznych. Wykonawca zwraca się z prośbą o wprowadzenie adekwatnych kar umownych lub o usunięcie wskazanych 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.

#### **Odpowiedź na pytanie 3.:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie kar umownych.

### **Pytanie 4 - Załącznik nr 8 do Specyfikacji (Projektowane postanowienia umowy)**

#### **– Rozdział II. Kary umowne, odstąpienie od umowy i wypowiedzenie umowy – pkt 6**

„Zamawiający określił, że przysługuje mu prawo rozwiązania umowy w przypadku nieotrzymania przez Zamawiającego środków z budżetu państwa na realizację planowanego zadania w kolejnych latach budżetowych.

Umowy w zamówieniach publicznych zasadniczo zawiera się na czas oznaczony, należy więc stwierdzić, że umowy takie zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa, jeśli tylko przedmiot zamówienia będzie przez Wykonawcę wykonywany w sposób należyty. Ponadto, racjonalna kalkulacja wartości zamówienia jest możliwa jedynie wówczas, gdy Wykonawca może przewidzieć, przez jaki okres strony umowy pozostaną nią związane. Zaproponowane w SWZ rozwiązanie jest niedopuszczalne w świetle istoty umowy sprzedaży (kompleksowej) zawieranej na czas oznaczony zarówno po myśli prawa cywilnego w zakresie zobowiązań jak i w świetle zasady udzielania zamówienia publicznego w sposób proporcjonalny. Mianowicie każde przedwczesne rozwiązanie umowy bez powodu powoduje u wykonawcy szkodę. Wykonawca bowiem nabywa wolumen energii hurtowo w celu odsprzedaży w całości na cały okres trwania umowy począwszy od jej zawarcia do zakończenia. Nie wykorzystany w opisanych realiach wolumen energii musi wykonawca, nieplanowo i ze stratą, odsprzedać na rynku hurtowym. Wykonawca tym samym zwraca się z prośbą o usunięcie zapisu: *„Zamawiający może rozwiązać niniejszą Umowę z zachowaniem dwumiesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku nieotrzymania przez Zamawiającego środków z budżetu państwa na realizację planowanego zadania w kolejnych latach budżetowych”.*”

#### **Odpowiedź na pytanie 4.:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie zapisu rozdziału II. pkt 6 projektowanych postanowień umowy.

### **„Pytanie 5**

Wykonawca zwraca się z prośbą o udzielenie następujących informacji:

- a) Czy umowy dystrybucyjne (w przypadku części 1 i 3) zawarte są na czas określony czy nieokreślony?
- b) Czy Zamawiający samodzielnie wypowie obowiązujące umowy w terminach pozwalających na skuteczne przeprowadzenie procesu zmiany sprzedawcy czy też upoważni do tej czynności Wykonawcę?
- c) Czy Zamawiający zawrze umowę o świadczenie usług dystrybucji w przypadku punktów poboru, dla których obowiązywały dotychczas umowy kompleksowe oraz w przypadku punktów poboru, dla których umowa dystrybucyjna została zawarta na czas określony?”

#### **Odpowiedź na pytanie 5.:**

Ad a) podał:

1. w części 1. zamówienia – w rozdziale II. pkt 11 ppkt 1) litera b) SWZ, że do dnia 31.12.2023 r. posiada zawarte umowy: na sprzedaż energii elektrycznej z PGE Obrót S.A. oraz na świadczenie usług dystrybucji z PGE Dystrybucja S.A.,
2. w części 3. zamówienia – w rozdziale II. pkt 11 ppkt 3) litera b) SWZ, że do dnia 31.12.2023 r. posiada zawarte umowy: na sprzedaż energii elektrycznej z PGE Obrót S.A. oraz na świadczenie usług dystrybucji z PGE Dystrybucja S.A.,

Ad b) Zamawiający samodzielnie wypowie obowiązujące umowy w terminach pozwalających na skuteczne przeprowadzenie procesu zmiany sprzedawcy.

Ad c) Zamawiający wyjaśnia, że przedmiotem niniejszego postępowania jest sprzedaż energii elektrycznej oraz zapewnienie świadczenia usługi przesyłania/dystrybucji energii elektrycznej, realizowanej na podstawie umowy kompleksowej. W związku z powyższym poruszone w Państwa zapytaniu kwestie nie dotyczą przedmiotowego postępowania.

### **„Pytanie 6**

Wykonawca zwraca się z prośbą o udzielenie informacji, czy Zamawiający posiada:

- a) status wytwórcy, o którym mowa w art. 2 ust. 39 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. 2022 r. poz. 1378 ze zm.), co oznacza, że jest podmiotem wytwarzającym energię elektryczną lub ciepło z odnawialnych źródeł energii lub wytwarza biogaz rolniczy w instalacjach odnawialnego źródła energii, w stosunku do punktów poboru energii wymienionych przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej?
- b) status prosumenta energii odnawialnej, o którym mowa w art. 2 pkt 27a ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. 2022 r. poz. 1387 ze zm.), co oznacza, że jest odbiorcą końcowym wytwarzającym energię elektryczną wyłącznie z odnawialnych źródeł energii na własne potrzeby w mikroinstalacji, pod warunkiem, że wytwarzanie o którym mowa powyżej, nie stanowi przedmiotu przeważającej działalności gospodarczej określonej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 40 ust. 2 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz. U. 2022 r. poz. 459 ze zm.) w stosunku do punktów poboru energii wymienionych przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej?”

### **Odpowiedź na pytanie 6.:**

Ad a) Zamawiający nie posiada statusu wytwórcy, o którym mowa w art. 2 ust. 39 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. 2022 r. poz. 1378 ze zm.).

Ad. b) Zamawiający nie posiada statusu prosumenta energii odnawialnej, o którym mowa w art. 2 pkt 27a ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. 2022 r. poz. 1387 ze zm.).

Ponieważ – zgodnie z art. 284 ust. 2 Ustawy – Zamawiający jest zobowiązany udzielić wyjaśnień nie później niż na dwa dni przed upływem terminu składania ofert, a termin ten upłynął w dniu 12.06.2023 r., Zamawiający – na mocy art. 284 ust. 3 Ustawy – przedłużył termin składania ofert do dnia **16.06.2023 r., godz. 10:30.**

W związku z powyższym, otwarcie ofert odbędzie się w dniu **16.06.2023 r. o godz. 11:00.**