

Prawo opcji w zamówieniu publicznym

Zamawiający może w ramach postępowania wyróżnić część podstawową, która z pewnością zostanie zamówiona, oraz część opcjonalną, której zamówienie będzie fakultatywne.

Zamówienia publiczne z uwzględnieniem prawa opcji nie są w Polsce szczególnie popularne, mimo elastyczności w kształtowaniu zamówienia, jaką ta instytucja daje. Niechęć do korzystania przez zamawiających z prawa opcji najprawdopodobniej wynika z braku jej precyzyjnego uregulowania w ustawie Prawo zamówień publicznej (dalej: pzp). Ani przepisy krajowe, ani unijne nie zawierają wyjaśnienia, czym dokładnie jest opcja i jak należy ją stosować.

Przez prawo opcji należy rozumieć uprawnienie zamawiającego do rozszerzenia zamówienia podstawowego o dodatkowe zamówienie opcjonalne, którego treść i maksymalny zakres zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz).

Do jakiego rodzaju zamówień?

Pierwsze wątpliwości mogą się pojawić w trakcie rozstrzygnięcia, do jakiego rodzaju zamówień można zastosować opcję. Z literalnej treści art. 34 ust. 5 pzp można by wnioskować, że opcja znajdzie zastosowanie jedynie w przypadku zamówień na dostawy lub usługi. W doktrynie przeważa jednak stanowisko, że prawo opcji jest dopuszczalne również w postępowaniach na roboty budowlane. Za taką wykładnią przemawia treść przepisów unijnych, szczególnie dyrektyw (dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE), które odnoszą się do wszystkich rodzajów zamówień, w tym robót budowlanych. Jednocześnie w żadnym miejscu pzp ustawodawca nie wyłącza możliwości stosowania prawa opcji do robót budowlanych. Nie wydaje się również, aby istniały jakiegokolwiek racjonalne przesłanki uzasadniające ograniczenie stosowania prawa opcji jedynie do dostaw i usług. Należy więc podzielić stanowisko, zgodnie z którym prawo opcji można stosować do wszystkich rodzajów zamówień, w tym do zamówień na roboty budowlane.

Prawo opcji może być również stosowane we wszystkich typach postępowań, a nie tylko w przetargach nieograniczonych i ograniczonych. Nie ma prawnych podstaw do ograniczenia możliwości stosowania opcjonalnego zamówienia np. w negocjacjach z ogłoszeniem czy w zamówieniu z wolnej ręki (w przeciwieństwie do sytuacji korzystania z instytucji zamówień uzupełniających, które są dopuszczalne jedynie w postępowaniach przetargowych).

Część obligatoryjna i fakultatywna zamówienia

Niewątpliwą korzyścią płynącą z zastosowania prawa opcji jest możliwość zaciągnięcia zobowiązania jedynie w zakresie zamówienia podstawowego – część opcjonalna stanowi bowiem tylko uprawnienie zamawiającego. Gdyby się okazało, że w chwili podpisania umowy o zamówienie publiczne zamawiający nie posiada środków na realizację zarówno zamówienia podstawowego, jak i opcjonalnego, to może on pominąć zamówienie opcjonalne. Dzięki temu nie przekroczy upoważnienia do zaciągania zobowiązań (o czym mowa w art. 15 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych). Jeśli w późniejszym czasie zamawiający uzyska brakujące środki, to może – przez złożenie jednostronnego oświadczenia woli – zobowiązać wykonawcę do wykonania opcjonalnej części zamówienia po cenie ustalonej w umowie. Wykonawca jednak nie ma żadnego roszczenia wobec zamawiającego w przypadku ograniczenia zamówienia jedynie do części podstawowej.

Podział zamówienia na część obligatoryjną i fakultatywną powoduje konieczność ich precyzyjnego określenia i rozróżnienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz), zgodnie z wymaganiami określonymi w art. 29 pzp.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu muszą mieć bowiem pewność, że dana część zamówienia zostanie zrealizowana na pewno, a inna – tylko opcjonalnie, i na tej podstawie muszą skalkulować ryzyko i prawidłowo wycenić ofertę.

Wartość zamówienia

Chociaż gwarantowane jest tylko zamówienie podstawowe, to podczas szacowania wartości zamówienia bierze się pod uwagę największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. *Ratio legis* dla tej zasady stanowi potrzeba ograniczenia nadużyć spowodowanych obchodzeniem przepisów o stosowaniu właściwych trybów i zasad postępowania. W pzp nie wskazano bowiem wymaganego stosunku procentowego zamówienia opcjonalnego wobec zamówienia podstawowego (jak to ma miejsce choćby w przypadku zamówień uzupełniających).

Nie jest więc niedozwolone takie ukształtowanie postępowania, w którym wartość opcji przewyższa wartość zamówienia podstawowego. Należy mieć jednak na uwadze, że prawo opcji nie może zmierzać do obejścia przepisów pzp, kiedy zamówienie podstawowe ma charakter marginalny w stosunku do zamówienia opcjonalnego (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 września 2012 r., KIO 1807/12).

Zamawiający nie jest również ograniczony do objęcia prawem opcji wyłącznie zamówienia, które byłoby związane z zamówieniem podstawowym. Część opcjonalna może dotyczyć ilościowego zwiększenia zamówienia podstawowego (np. zamawiający zamawia dziesięć tramwajów oraz przewiduje opcjonalnie zamówienie dodatkowych trzech), ale też dopuszczalne jest żądanie zamówienia rodzajowo innego niż zamówienie podstawowe (np. wykonawca obligatoryjnie dostarczy dziesięć tramwajów i fakultatywnie przeszkoli pracowników zamawiającego).

Istotne warunki i postanowienia

Oprócz dokładnego określenia w siwz części zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego, konieczne jest również zawarcie stosownych postanowień w umowie o zamówienie publiczne. Opcja jest bowiem realizowana na podstawie pierwotnej umowy i do jej zainicjowania nie jest konieczne zawarcie osobnego aktu. Dlatego też wykonawca zobligowany jest do wykonania zobowiązania opcjonalnego tylko w okresie obowiązywania umowy o zamówienie publiczne – co wyraźnie odróżnia prawo opcji od zamówień uzupełniających, które realizowane są po zakończeniu umowy. Wykonawca, biorąc udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia z przewidzianym prawem opcji, musi się liczyć z tym, że w okresie związania umową być może zostanie zobowiązany do realizacji zamówienia w maksymalnym zakresie. Po ustaniu umowy o zamówienie publiczne zamawiający nie może żądać od wykonawcy realizacji zamówienia opcjonalnego.

Osobną kwestią jest możliwość unieważnienia przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp w przypadku, kiedy kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (podawana przed otwarciem ofert zgodnie z art. 86 ust. 3 pzp), przewyższa cenę najniższej oferty.

W tym kontekście należy uznać, że podawana przez zamawiającego przy otwarciu ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, powinna odnosić się wyłącznie do zamówienia podstawowego, a więc nie powinna uwzględniać wartości opcji. Zatem unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp będzie możliwe tylko w odniesieniu do kwoty zamówienia podstawowego, którą poda zamawiający.

Autorzy:

Maria Witkowska, radca prawny, Kancelaria Prawna Piszcz i Wspólnicy

Piotr Liberski, radca prawny, Kancelaria Prawna Piszcz i Wspólnicy