



Łódź 9 listopada 2023 r.

WA 4120-54/2023-w

Zastępca Prezydenta Miasta
Sieradza

Urząd Miasta Sieradza
Plac Wojewódzki 1
98-200 Sieradz

W odpowiedzi na pismo Pana Prezydenta z dnia 19 października 2023 r. – uprzejmie informuję:

ze skierowanego do Izby pisma wynika, że Gmina planuje w ramach udzielanych zamówień wprowadzić możliwość korzystania z opcji, zgodnie z art. 441 ustawy Prawo zamówień publicznych. Opcja może polegać na rozszerzeniu/zwiększeniu lub zmniejszeniu/ograniczeniu zakresu 441 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wątpliwość budzi, czy Miasto w przypadku zawierania umowy, która przewiduje opcję polegającą na rozszerzeniu/zwiększeniu zakresu zamówienia:

- a) powinno zabezpieczyć w budżecie gminy oraz w przypadku zadania wieloletniego także w WPF środki finansowe na wydatki tylko w kwocie odpowiadającej wysokości zamówienia gwarantowanego (podstawowego) wskazanej w zawartej umowie, czy jednak zabezpieczyć należy środki w kwocie zamówienia gwarantowanego (podstawowego) powiększone o kwoty wskazane jako zamówienie rozszerzone wynikającej z prawa opcji?
- b) powinno dokonać ujęcia w księgach rachunkowych zaangażowania wydatków budżetowych roku bieżącego i lat przyszłych (zadanie wieloletnie) konto księgowo 998 i 999 w kwocie powiększonej o środki wynikające z potencjalnie rozszerzonego w przyszłości zakresu zamówienia - opcji?
- c) powinno w jakikolwiek inny sposób środki wynikające z potencjalnie rozszerzonego w przyszłości zakresu zamówienia - opcji ująć lub wykazać w:
 - księgach rachunkowych,
 - sprawozdaniach budżetowych, sprawozdaniach z operacji finansowych lub sprawozdaniach finansowych?

Formułując własne stanowisko w sprawie Miasto wskazało co następuje:

Zgodnie z art. 441 ustawy PZP:

„1. Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;*
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;*
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy'.*

2. Czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu. ”

W przypadku składania ofert w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy PZP, w którym przewidziano prawo opcji, wykonawcy zobowiązani są podać oferowaną kwotę zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem opcji.

W umowie z wykonawcą podane będą 3 kwoty:

- a) kwota zamówienia podstawowego,
- b) kwota zamówienia objętego prawem opcji.
- c) łączna kwota wynagrodzenia, będąca sumą wskazanych w' lit. a)-b) kwot.

Umowa z wykonawcą ściśle reguluje zasady korzystania z opcji, w tym wskazuje maksymalną Wartość zamówienia objętego prawem opcji.

W projektowanych umowach akcentuje się, iż skorzystanie z opcji jest uprawnieniem Zamawiającego. Realizacja opcji może, ale nie musi nastąpić, w' zależności od zapotrzebowania Zamawiającego i na skutek wyłącznie jego dyspozycji w tym zakresie.

Prawo opcji stanowi zastrzeżenie jednostronnego uprawnienia do zmiany zakresu świadczenia, które zostało przewidziane w dokumentach zamówienia, w sposób wynikający z warunków zamówienia. Skorzystanie z opcji nie stanowi zmiany umowy czy też zawarcia dodatkowej umowy. Modyfikuje jedynie warunki wykonania umowy już zawartej.

Miasto (Zamawiający) podziela stanowisko zaprezentowane w komentarzu do art. 441 ustawy PZP (Komentarz. Prawo zamówień publicznych, wydanie II, pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza. opublikowanego w wersji elektronicznej przez Urząd Zamówień publicznych na stronie <https://ekommentarzpzp.uzp.gov.pl/>), zgodnie z którym: *zastosowanie opcji polegającej na rozszerzeniu/zwiększeniu zakresu zamówienia nie oznacza konieczności zabezpieczenia w budżecie zamawiającego kwot przeznaczonych na realizację całego zamówienia. Opcja stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać, a więc nie jest źródłem zobowiązań zamawiającego w momencie udzielania zamówienia. Dlatego też w przypadku zastosowania opcji polegającej na rozszerzeniu lub zwiększeniu zakresu zamówienia wystarczające jest zabezpieczenie środków finansowych w kwocie właściwej dla zamówienia gwarantowanego jako zobowiązania realnego i obciążającego plan finansowy."*

Podobnie KIO w wyroku z dnia 30 marca 2023 r., KIO 713/23: *„(..) zamawiający związany jest kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia podstawowego, którego udzielenie w pełnym wymiarze gwarantuje. Zamawiający ma bowiem wynikający z umowy o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek spełnienia świadczenia wyłącznie co do gwarantowanego zakresu określonego w jej treści, stąd też zabezpieczenie środków finansowych w zakresie realizacji zamówienia gwarantowanego jest bezwzględne, a jego rozszerzenie na zamówienie objęte prawem opcji jest jedynie hipotetyczne. Opcja ma charakter warunkowy i nieprzewidywalny, a okoliczności uzasadniające skorzystanie z niej mogą ujawnić się dopiero na etapie realizacji umowy. "*

W związku z powyższym, zdaniem Miasta w przypadku zawierania umowy w- następstwie postępowania przeprowadzonego na podstawie przepisów ustawy PZP, która to umowa przewiduje opcję polegającą na rozszerzeniu/zwiększeniu zakresu zamówienia, Zamawiający musi zabezpieczyć środki przeznaczone na realizację zamówienia gwarantowanego (podstawowego) bez konieczności zabezpieczenia środków przeznaczonych na realizację zamówienia opcjonalnego (udzielanego w ramach uprawnienia do skorzystania przez Zamawiającego z opcji).

Zdaniem Miasta nie wystąpi również obowiązek jakiegokolwiek ujmowania lub wykazywania kwot wynikających z rozszerzonego zamówienia umownego - opcji (przed skorzystaniem z prawa opcji) w księgach rachunkowych i sprawozdawczości sporządzanej przez jednostkę.

Odnosząc się do przedstawionego problemu Regionalna Izba Obrachunkowa w Łodzi zauważa, że prawo opcji jako instytucja mająca swoje normatywne źródła w ustawie z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) nie ma w tej ustawie zbyt bogatej regulacji. Stosownie do art. 441 ustawy - zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki: 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji; 2) określają okoliczności skorzystania z opcji; 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

Dodatkowo, zgodnie z art. 31 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień.

W literaturze wskazuje się, że „*Prawo opcji należy definiować jako uprawnienie po stronie zamawiającego do domagania się realizacji zamówienia nie tylko w zakresie podstawowym, ale też poszerzonym. Zamawiający jest zobligowany do określenia minimalnego poziomu zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres opcyjny, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych postanowień umownych*” (Legalis, Komentarz do art. 441, red Sieradzka 2022/Sieradzka).

Zatem, prawo opcji związane jest z określonym, konkretnym zamówieniem publicznym, a zakres zamówienia objęty opcją powinien być uwzględniony przy ustalaniu wartości zamówienia. Cechą charakterystyczną opcji jest to, że o ile zakres zamówienia objęty opcją jest elementem oferty wykonawcy, to przyjęcie tej oferty w tym zakresie pozostawione jest decyzji zamawiającego, która to decyzja może zapaść na etapie wykonywania zamówienia. W sytuacji umowy z opcją, zawierając umowę zamawiający zaciąga zobowiązanie pieniężne (zobowiązanie do zapłaty wynagrodzenia) wyłącznie w zakresie zamówienia „podstawowego”. I tylko w tym zakresie wykonawca ma wobec niego określone roszczenia, w szczególności o zapłatę wynagrodzenia za wykonanie zamówienia. W dacie zawarcia umowy o zamówienie publiczne zamawiający nie zaciąga natomiast żadnego zobowiązania w odniesieniu do tego zakresu dostaw, usług, robót budowlanych – których dotyczy opcja. W konsekwencji wykonawca nie ma z tego tytułu żadnych roszczeń, w szczególności o zapłatę świadczenia pieniężnego, czy też o skorzystanie z opcji, w stosunku do zamawiającego.

Umowa daje zamawiającemu możliwość podjęcia decyzji o skorzystaniu z opcji i dopiero wówczas – poprzez złożenie wykonawcy stosownego oświadczenia – według reguł określonych w umowie - następuje zaciągnięcie zobowiązania w zakresie przedmiotu zamówienia objętego opcją. Zatem, stosowne zabezpieczenie środków w budżecie powinno nastąpić przed złożeniem ww. oświadczenia. Jednocześnie, dopiero przedmiotowe oświadczenie – a nie umowa - będzie podstawą zaangażowania środków na stosownym koncie księgowym.

Uwagi powyższe są aktualne także w sytuacji zobowiązań wieloletnich, z tym że w ich przypadku punktem odniesienia dla zaciąganego zobowiązania jest nie plan wydatków budżetu, a limit zobowiązań ustalony dla danego przedsięwzięcia w załączniku do uchwały w sprawie wieloletniej prognozy finansowej. W konsekwencji, jeżeli umowa ma charakter wieloletni – limit zobowiązań w dacie jej zawarcia powinien zapewnić zaciągnięcie zobowiązania w zakresie podstawowego zakresu zamówienia.

Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że stanowisko to udzielone zostało w ramach prowadzonej przez Izbę działalności informacyjnej i nie ma mocy wiążącej.

Z poważaniem

Prezes
Regionalnej Izby Obrachunkowej
W Łodzi

/-/

Ryszard Paweł Krawczyk

/podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym/