



Praktyka w zakresie opcji, wznowienia i aukcji elektronicznych w zamówieniach publicznych

Spis treści

1.	Wstęp	2
2.	Opcja w zamówieniach publicznych.....	3
3.	Wznowienie w zamówieniach publicznych.....	7
4.	Aukcja elektroniczna w zamówieniach publicznych	10



1. Wstęp

Na dysponencie środków publicznych ciąży obowiązek takiego zarządzania nimi, które przyczyni do jak najbardziej efektywnego ich wydatkowania. Zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Zasada ta na gruncie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „*ustawa Pzp*”) została dodatkowo wzmocniona. Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Celem procedury udzielenia zamówienia publicznego jest zaspokojenie potrzeb zakupowych zamawiającego. Niestety wśród zamawiających pokutuje przeświadczenie, że najważniejsze jest szybkie udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże należy pamiętać, że nadrzędnym celem jest prawidłowa i efektywna realizacja zamówienia publicznego, zgodnie z przyjętymi założeniami przede wszystkim dotyczącymi terminu realizacji oraz utrzymania przyjętych założeń budżetowych. Niedotrzymanie powyższych warunków może powodować brak efektywności w wydatkowaniu środków publicznych. Dlatego też ustawodawca w ramach działań ewaluacyjnych zobowiązał zamawiającego do sporządzania raportu z realizacji zamówienia w przypadku zaistnienia wskazanych w przepisie niepożądanych sytuacji (zob. art. 446 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Przykładowo: raport z realizacji umowy zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia w przypadku, gdy na realizację zamówienia wydatkowano kwotę wyższą co najmniej o 10% od wartości ceny ofertowej (art. 446 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp); zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia raportu, w przypadku gdy wystąpiły opóźnienia w realizacji umowy przekraczające co najmniej:



- a) 90 dni, w przypadku zamówień na roboty budowlane o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych - 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług - 10 000 000 euro,
- b) 30 dni, w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż wyrażona w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych - 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług - 10 000 000 euro. (art. 446 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp).

W ustawie Pzp można znaleźć także wiele instrumentów pozwalających na zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych.

2. Opcja w zamówieniach publicznych

Opcja jest narzędziem, które jest rzadko wykorzystywane przez zamawiających. Warto przybliżyć to zagadnienie, ponieważ opcja pozwala na uelastycznienie warunków realizacji zamówienia publicznego, które jest efektem kształtowania się potrzeb zamawiającego w toku realizacji zamówienia. Warunki ustanowienia opcji, przedmiot opcji i jej zakres leżą po stronie zamawiającego.

Pierwsza wzmianka na temat opcji pojawia się w art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględniania wartości opcji przy ustalaniu wartości zamówienia. Dokonując szacowania wartości zamówienia, należy brać pod uwagę ewentualną opcję, a w szczególności jej wielkość oraz zakres. Wybór trybu udzielenia zamówienia poprzedzony jest ustaleniem wartości zamówienia, która powinna uwzględniać sumę wartości zakresu zamówienia podstawowego oraz maksymalnej przewidywalnej wielkości opcji, niezależnie od tego, czy zamawiający z niej skorzysta.

Więcej informacji na temat opcji zawiera art. 441 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Opcja musi być opisana w sposób zrozumiały, precyzyjny i jednoznaczny. Zapisy te muszą się znaleźć w projektowanych postanowieniach umownych. Obowiązkiem zamawiającego jest określenie rodzaju oraz maksymalnej wartości opcji oraz określenia okoliczności skorzystania z opcji. Zakazuje się wprowadzania opcji, która modyfikuje ogólny charakter umowy.

W komentarzu do ustawy Pzp opracowanym przez Urząd Zamówień Publicznych wskazano, że: „*Opcja służy zamawiającemu jako zastrzeżenie jednostronnego uprawnienia do zmiany zakresu świadczenia, które zostało przewidziane w dokumentach zamówienia, w sposób wynikający z warunków zamówienia.*”



Skorzystanie z opcji nie stanowi więc zmiany umowy czy też zawarcia dodatkowej umowy. Modyfikuje jedynie warunki wykonania umowy już zawartej. W zależności od konstrukcji prawnej skorzystanie z prawa opcji następuje poprzez złożenie przez zamawiającego pisemnego oświadczenia woli lub jest efektem niepodejmowania działań przez zamawiającego w toku wykonywania umowy (np. niezłożenie jednostkowych zamówień na wskazaną w umowie część świadczenia, co nie powoduje powstania odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy)¹”.

Możliwość wykorzystania opcji dotyczy zarówno zamówień na dostawy, usługi jak i roboty budowlane. Opcja ma zastosowanie do postępowań prowadzonych w procedurze krajowej (tj. do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne) jak i unijnej (tzn. do postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne).

Warto się zastanowić, kiedy opcja może mieć praktyczne uzasadnienie. Opcję można wykorzystać w zamówieniach publicznych dla których zakres zamówienia jest nie do końca możliwy do przewidzenia, a także w sytuacjach, w których zamawiający nie dysponuje środkami finansowymi pozwalającymi na zawarcie umowy, która by w pełni pokrywała jego potrzeby zakupowe. Opcja bowiem nie stanowi zaciągnięcia zobowiązania. Zamawiający powinien dysponować środkami finansowymi niezbędnymi do zabezpieczenia opcji dopiero w momencie, w którym złoży wykonawcy oświadczenie woli o chęci skorzystania z opcji, ponieważ to jest ten moment, w którym dochodzi do zaciągnięcia zobowiązania. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 28 maja 2013 r. (sygn. akt KIO 1168/13) „*Prawo opcji to instytucja, która stwarza po stronie zamawiającego zobowiązanie do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym, uprawnieniem zamawiającego jest żądanie realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, natomiast obowiązkiem wykonawcy jest realizacja zamówienia w całości, tj. w zakresie zadeklarowanym i poszerzonym*”. Udostępniając kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie musi w niej uwzględniać środków pokrywających opcję. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 30 marca 2023 r. (sygn. akt KIO 713/23) „...*przyjmuje się, iż kwota podawana przez zamawiającego jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, odnosi się wyłącznie do wartości tych środków, które*

¹ Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023 dostępny pod linkiem: <https://www.gov.pl/web/uzp/komentarz-do-prawa-zamowien-publicznych>



są przeznaczone na realizację zamówienia gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może być realizowany w ramach prawa opcji. Z natury prawa opcji wynika bowiem, że jest ono zdarzeniem przyszłym i niepewnym, uzależnionym od szeregu okoliczności”.

Jedynie w przypadku, w której opcja polega na możliwości ograniczenia zakresu zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do zabezpieczenia środków na pełen, maksymalny zakres. Wynika to z faktu, że podpisując umowę zamawiający zaciąga zobowiązanie na maksymalny możliwy zakres realizacji przedmiotu umowy. Dopiero skorzystanie z opcji ogranicza wysokość zaciągniętego przez zamawiającego zobowiązania.

Co do zasady można wskazać na kilka rodzajów opcji:

- a) opcje określone przedmiotowo – poprzez określenie elementów przedmiotu zamówienia podlegających prawu opcji;
- b) opcje określone czasowo – poprzez określenie czasu, w którym może opcjonalnie dojść do realizacji wskazanego elementu przedmiotu zamówienia;
- c) opcje określone ilościowo – poprzez określenie maksymalnego lub minimalnego zakresu świadczenia.

Możliwe są opcje łączące część lub wszystkie przywołane wyżej możliwości.

Najprostszym rozwiązaniem jest opcja określana ilościowo. Polega ona na zwiększeniu lub zmniejszeniu ilości nabywanego przedmiotu zamówienia. W przypadku opcji ilościowych ważne jest, aby zamawiający zagwarantował sobie, żeby cena jednostkowa w ramach zakresu podstawowego była identyczna jak cena jednostkowa tego samego asortymentu w ramach opcji. Zastosowanie innej ceny jednostkowej dla opcji w stosunku do zakresu podstawowego mogłoby doprowadzić do sytuacji zakłócenia konkurencyjności oraz mogłoby zaburzyć ranking ofert, jaki występował przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Opcja określana czasowo pozwala na skrócenie lub wydłużenie realizacji przedmiotu zamówienia. Ten wariant opcji jest bardzo zbliżony do wznowienia. Dla tego rodzaju opcji najistotniejsze jest określenie sposobu rozliczenia zamawiającego z wykonawcą w przypadku skorzystania z opcji zarówno wydłużającej, jak i skracającej okres realizacji przedmiotu umowy.



Najtrudniejszą w praktycznym zastosowaniu jest opcja określana przedmiotowo. Polega ona na realizacji przedmiotu opcji odmiennego niż w zakresie podstawowym. Jej zastosowanie (tak jak przy każdej opcji) jest możliwe jedynie pod warunkiem braku zmiany ogólnego charakteru umowy. Trudność polega przede wszystkim na odzwierciedleniu ceny opcji przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Co do zasady w przypadku opcji określanej ilościowo lub czasowo wartość opcji nie ma wpływu na ranking ofert ustalany przy wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku opcji określanej przedmiotowo sytuacja jest bardziej skomplikowana, ponieważ wykonawca nie może wycenić opcji w sposób identyczny, jak zakresu podstawowego.

Projektowane postanowienia umowne winny określać warunki skorzystania z opcji (art. 441 ust. 1 ustawy Pzp). Umowa musi zawierać zapis określający, kiedy oraz w jaki sposób zamawiający może skorzystać z prawa opcji. Poniżej, jako przykładowe podano zapisy projektowanych postanowień umownych w zakresie prawa opcji dla przedmiotu zamówienia, którym są dostawy.

§ __ PRAWO OPCJI

1. W ramach niniejszej umowy Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji, w zakresie nie większym niż wskazany w załączniku nr __ do niniejszej umowy.
2. Zamawiający zastrzega, iż część zamówienia określona jako „prawo opcji” jest uprawnieniem, a nie zobowiązaniem Zamawiającego. Zamawiający może nie skorzystać z „prawa opcji”, skorzystać z niego w mniejszym zakresie aniżeli określony powyżej, w szczególności w przypadku nieposiadania środków finansowych na ten cel, a Wykonawcy nie przysługują z tego tytułu żadne roszczenia, co niniejszym akceptuje poprzez podpisanie niniejszej umowy.
3. Warunkiem uruchomienia prawa opcji jest złożenie Wykonawcy przez Zamawiającego oświadczenia woli wyrażonego w formie pisemnej (również za pośrednictwem poczty elektronicznej) w określonym przez niego zakresie, zwanego dalej „zawiadomieniem o uruchomieniu prawa opcji”.
4. W przypadku, gdy Wykonawca uchyli się od realizacji opcji, w przypadku złożenia przez zamawiającego oświadczenia o którym mowa w ust. 3 Zamawiający odstąpi od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy, a w szczególności w związku z nienależytym wykonaniem przez Wykonawcę zobowiązań wynikających z niniejszej umowy



5. Zamawiający może korzystać z prawa opcji wielokrotnie, do wyczerpania maksymalnej ilości określonej w załączniku nr ____ do niniejszej umowy.
6. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z „*prawa opcji*” Wykonawca jest zobowiązany do jego realizacji, na warunkach określonych w niniejszej umowie, co Wykonawca akceptuje przez podpisanie umowy.
7. Zamawiający zastrzega sobie prawo przesunięcia ilościowego pomiędzy asortymentem wskazanym w załączniku nr ____ do niniejszej umowy, z zastrzeżeniem, że łączna wartość zamówienia w okresie obowiązywania umowy nie może przekroczyć kwoty brutto określonej w § ____ niniejszej umowy.

W przypadku opcji określonej ilościowo zamawiający może zabezpieczyć się przed niedozwoloną „inżynierią cenową” stosowaną przez wykonawców poprzez zastosowanie odpowiednich zapisów przy określaniu sposobu obliczenia ceny. Poniżej podano przykładowy zapis:

Wysokość ceny jednostkowej netto za dostawę danego asortymentu w ramach prawa opcji nie może być wyższa niż wysokość ceny jednostkowej netto dla tego asortymentu, wycenionego w ramach zamówienia podstawowego. Jeżeli Wykonawca w ramach prawa opcji wskaże wartość ceny jednostkowej netto wyższą niż wartość ceny jednostkowej netto za dostawę w ramach zamówienia podstawowego, Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp dokona poprawy wartości ceny jednostkowej netto w ramach prawa opcji według wartości ceny jednostkowej netto wskazanej w ramach zamówienia podstawowego.

3. Wznowienie w zamówieniach publicznych

Podobnie, jak w przypadku opcji, wznowienie również nie ma legalnej definicji określonej w ustawie Pzp. W tym przypadku można się posłużyć interpretacją Urzędu Zamówień Publicznych, który w komentarzu od ustawy Pzp stwierdził „*Wznowieniem zamówienia jest wykonywanie po raz kolejny tych samych dostaw lub usług przewidzianych w pierwotnej umowie. Wznowienia, podobnie jak opcje, nie wymagają zmiany umowy i dotyczą umów zawartych na czas określony, które*



zgodnie z warunkami w nich zawartymi na podstawie decyzji zamawiającego podlegają przedłużaniu na kolejny okres”².

Wznowienie traktuje się podobnie jak opcję i skorzystanie z niej będzie odbywało się na podstawie jednostronnego oświadczenia woli zamawiającego. Ryzyka związane z wydłużonym terminem realizacji przedmiotu umowy wykonawca będzie już kalkulował w cenie oferty na zakres podstawowy. Poniżej zaprezentowano przykładowe zapisy wzoru umowy.

§ __ WZNOWIENIE

1. Zamawiający przewiduje możliwość wznowienia Umowy, polegającego na powtórzeniu realizacji niniejszej umowy na okres wskazany w § __.
2. W przypadku korzystania przez Zamawiającego ze wznowienia Umowy, Zamawiający poinformuje o tym pisemnie Wykonawcę, w terminie do _____ r.
3. W przypadku niepoinformowania Wykonawcy w terminie opisanym w ust. 2, należy traktować, że Zamawiający nie będzie korzystał ze wznowienia zamówienia.
4. Skorzystanie ze wznowienia zamówienia stanowi uprawnienie Zamawiającego i uzależnione będzie wyłącznie od jego potrzeb. Strony zgodnie oświadczają, że przewidzenie wznowienie zamówienia nie rodzi po stronie Zamawiającego obowiązku z jego skorzystania.
5. Nie uruchomienie procedury wznowienia ze strony Zamawiającego nie stanowi podstawy do wystąpienia przez Wykonawcę do Zamawiającego z roszczeniami o wykonanie wznowienia zamówienia.
6. Do wznowionego zamówienia mają zastosowanie wszystkie postanowienia niniejszej Umowy.
7. Wznowienie zamówienia nie wymaga zawarcia aneksu do umowy.

² Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023 dostępny pod linkiem: <https://www.gov.pl/web/uzp/komentarz-do-prawa-zamowien-publicznych>



Powyższe przykładowe zapisy umowne zostały przygotowane przy założeniu, że zakres podstawowy umowy obejmuje okres do 12 miesięcy. Uruchomienie wznowienia spowoduje, że umowa będzie realizowana przez okres dłuższy niż 12 miesięcy, a zatem wymagane będzie wprowadzenie do projektowanych postanowień umownych obowiązków wynikających art. 436 pkt 4b ustawy Pzp. Dla zapewnienia prawidłowej realizacji wznowienia, w szczególności w wariancie, w którym będzie ono uruchamiane na podstawie jednostronnego oświadczenia woli zamawiającego wymaga się bardzo dobrego opisanie klauzul przeglądowych, które będą miały zastosowanie w przypadku skorzystania ze wznowienia. Uruchomienie wznowienia powoduje zmianę charakteru umowy z krótko- na długoterminową.

Przepisy ustawy Pzp nie ograniczają możliwości przewidzenia większej liczby wznowień niż jedno. Zamawiający ma prawo do wielokrotnego skorzystania ze wznowienia, przy czym szacowanie wartości zamówienia powinno obejmować maksymalną liczbę wznowień. Można to zaprezentować na prostym przykładzie- zakres podstawowy umowy obejmuje okres 12 miesięcy; zamawiający przewiduje możliwość dwóch wznowień 12 miesięcznych; powyższe oznacza, że przed upływem terminu realizacji zakresu podstawowego, zamawiający może skorzystać z pierwszego, 12- miesięcznego wznowienia, a następnie przed jego upływem z kolejnego 12- miesięcznego wznowienia.

Uruchomienie wznowienia może mieć zastosowanie dla zamówienia podzielonego na części. Zamawiający może ustalić odrębne zasady uruchamiania wznowień dla poszczególnych części.

Reasumując wznowienie pozwala na optymalizację funkcjonowania komórek organizacyjnych zajmujących się procedurą udzielenia zamówienia publicznego, gdyż znacząco mogą ograniczyć liczbę prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wśród zalet wznowienia można wskazać przede wszystkim na:

- a) ograniczenie liczby prowadzonych postępowań;
- b) zapewnienie ciągłości realizacji kluczowych usług i dostaw;
- c) ograniczenie kosztów związanych ze zmianami dostawców lub usługodawców;
- d) ograniczenie kosztów obsługi systemu zamówień publicznych;

Natomiast wznowienia mają również wady, spośród których warto wskazać na:



- a) konieczność prowadzenia postępowania w wyższym reżimie;
- b) wyższy poziom skomplikowania postępowania uwzględniającego wznowienia;
- c) konieczność przygotowania projektowanych postanowień umowy w sposób uwzględniający wznowienie;
- d) konieczność odpowiedniego dostosowania klauzul przeglądowych.

4. Aukcja elektroniczna w zamówieniach publicznych

Aukcja elektroniczna to swoistego rodzaju „dogrywka” poprzedzająca wybór najkorzystniejszej oferty w ramach których wykonawcy mogą z korzyścią dla zamawiającego modyfikować warunki realizacji przedmiotu umowy w ramach kryteriów oceny ofert. Aukcja elektroniczna nie stanowi odrębnego trybu udzielenia zamówienia tylko swego rodzaju kontynuacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 227 ust. 1 ustawy Pzp aukcja elektroniczna poprzedza wybór najkorzystniejszej oferty.

Aukcja elektroniczna może mieć zastosowania zarówno dla postępowań unijnych, jak i w procedurze krajowej. Zastosowanie aukcji elektronicznej jest możliwe dla wszystkich wariantów trybu podstawowego. Zamawiający, który zdecydował się na zastosowanie trybu podstawowego z fakultatywnymi negocjacjami ma zatem prawo do przeprowadzenia negocjacji, a następnie przed wyborem najkorzystniejszej oferty - zastosowania aukcji elektronicznej. Formalnie takie działanie jest dopuszczane, natomiast każdorazowo zamawiający musi się zastanowić, czy specyfika zamówienia pozwoli na efektywne wydatkowanie środków publicznych przy zastosowaniu zarówno negocjacji, jak i aukcji elektronicznej.

Zgodnie z art. 228 ust. 1 ustawy Pzp aukcja elektroniczna jest przeprowadzana przy użyciu systemu teleinformatycznego w formie powtarzalnego procesu elektronicznego, umożliwiającego klasyfikację ofert za pomocą metod automatycznej oceny, po wstępnym badaniu i ocenie ofert zgodnie z kryteriami udzielania zamówienia i przypisaną im wagą. Aukcja elektroniczna może mieć zastosowanie do wszystkich rodzajów zamówień publicznych tj. dostaw, usługi i robót budowlanych. Jednak aukcja elektroniczna nie ma zastosowania do zamówień na usługi lub roboty budowlane, których przedmiotem są świadczenia o charakterze intelektualnym, których nie można sklasyfikować za pomocą metod automatycznej oceny (zob. art. 228 ust. 2 ustawy Pzp). Zatem zamawiający nie



będzie miał możliwości skorzystania z aukcji elektronicznej w przypadku usług projektowych, czy też robót budowlanych realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Zgodnie z art. 229 ustawy Pzp aukcja może opierać się na cenie, gdy jest ona jedynym kryterium oceny ofert. W przypadku gdy zamawiający zastosował kryteria jakościowe to aukcja opiera się na cenach lub nowych wartościach elementów ofert wskazanych w dokumentach zamówienia.

Aukcja elektroniczna może być jednoetapowa lub wieloetapowa. Przepisy ustawy Pzp jasno określają aukcja elektroniczna jest zamykana. Zamknięcie aukcji elektronicznej następuje gdy wystąpi jeden z trzech przypadków:

- 1) w terminie określonym w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej;
- 2) jeżeli w ustalonym terminie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia;
- 3) po zakończeniu ostatniego, ustalonego etapu.

Zgodnie z art. 238 ustawy Pzp zamawiający po zamknięciu aukcji elektronicznej dokonuje oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej.

Przeprowadzenie aukcji elektronicznej jest możliwe, gdy zmaterializują się łącznie poniższe przesłanki (zob. art. 227 ust. 1 ustawy Pzp i art. 308 ust. 1 ustawy Pzp):

- a) przewidziano możliwość jej przeprowadzenia w ogłoszeniu o zamówieniu;
- b) warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia zostały określone w sposób precyzyjny;
- c) świadczenie objęte przedmiotem zamówienia może być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny;
- d) zostały złożone co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu.

Jeżeli w ogłoszeniu o zamówieniu została przewidziana możliwość przeprowadzenia aukcji elektronicznej, to wypełnienie pozostałych przesłanek powoduje, że zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Ewentualna rezygnacja z przeprowadzenia aukcji elektronicznej wymaga dokonania modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana ogłoszenia w powyższym zakresie może zostać przeprowadzona wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Wykluczona jest natomiast rezygnacja z przeprowadzenia aukcji po upływie tego terminu.



W ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia należy określić co najmniej (zob. art. 230 ustawy Pzp):

- a) elementy, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej, pod warunkiem że elementy te są wymierne i mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej;
- b) wszelkie ograniczenia co do przedstawianych wartości, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia;
- c) informacje, które zostaną udostępnione wykonawcom w trakcie aukcji elektronicznej, oraz, w stosownych przypadkach, termin ich udostępnienia;
- d) informacje dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej;
- e) warunki, na jakich wykonawcy będą mogli licytować, w szczególności minimalne wartości postępowań, które wymagane będą podczas licytacji;
- f) informacje dotyczące parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń.

Poniżej przedstawiono przykładowe zapisy SWZ dotyczące aukcji elektronicznej dla postępowania w procedurze unijnej

1. W przypadku złożenia co najmniej 2 ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający, po dokonaniu oceny ofert, przeprowadzi w celu wyboru najkorzystniejszej oferty aukcję elektroniczną, stosownie do przepisów art. 227 – 238 ustawy Pzp. W przypadku, gdy nie zostaną złożone dwie ofert niepodlegające odrzuceniu Zamawiający dokona wyboru najkorzystniejszej oferty bez zastosowania aukcji elektronicznej.
2. Aukcja będzie jednoetapowa, jednakże Zamawiający przewiduje możliwość przeprowadzenia nieograniczonej liczby dogrywek, każdej trwającej 5 minut. Dogrywka zostanie uruchomiona, jeżeli w ciągu ostatniej minuty trwania aukcji lub dogrywki zostanie złożona oferta (postąpienie).
3. Aukcja zostanie przeprowadzona na stronie internetowej _____ (w tym miejscu należy podać adres pod, którym zostanie przeprowadzona aukcja elektroniczna).
4. Wykonawcy zaproszeni do aukcji elektronicznej powinni dysponować sprzętem komputerowym spełniającym następujące wymaganie techniczne:
_____ (w tym miejscu należy wskazać wymagania sprzętowe niezbędne do prawidłowego udziału w aukcji elektronicznej np. Obsługiwane przeglądarki internetowe).



5. Zamawiający zaprosi drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich Wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, wysyłając zaproszenie na adres poczty wskazany przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym, którego wzór stanowi Załącznik nr ____ do SWZ.
6. W zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej Zamawiający poinformuje Wykonawcę o:
 - 1) wyniku badania i oceny ofert tego wykonawcy;
 - 2) minimalnej wartościach postępowań składanych w toku aukcji elektronicznej;
 - 3) terminie otwarcia aukcji elektronicznej;
 - 4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej;
 - 5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej;
 - 6) formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości (na podstawie postępowań Wykonawcy).
7. W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nastąpi otwarcie aukcji elektronicznej. Ofertami początkowymi są oferty złożone przed wszczęciem aukcji elektronicznej, w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.
8. Wykonawcy zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej powinni posiadać kwalifikowany podpis elektroniczny wydany przez kwalifikowany podmiot certyfikujący – wpisany do rejestru prowadzonego przez Narodowe Centrum Certyfikacji, a także urządzenie umożliwiające złożenie takiego podpisu, współpracujące z komputerem opisanym w ust. 4.
9. W toku aukcji elektronicznej ocena ofert dokonana zostanie w oparciu o kryterium:

cena brutto (waga – 100%, maksymalna ilość punktów – 100) – podlega postępieniom w toku aukcji.

(zapis ma zastosowanie w przypadku, gdy cena jest jedynym kryterium oceny ofert)
10. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postępowań na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej.



11. Punktowa ocena ofert w toku aukcji elektronicznej będzie uwzględniała punkty uzyskane przez ofertę w ramach kolejnych korzystniejszych postępowań składanych przez Wykonawców w zakresie oferowanej ceny brutto w sposób określony w SWZ, tj.:

$Kc = (C_{min}/C_{bad}) \times 60\%$ przy czym 1% = 1 pkt gdzie:

C_{min} – najniższa cena brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu

C_{bad} – zaoferowana cena brutto

Kc – ilość punktów przyznanych ofercie badanej w kryterium ceny.

12. Wykonawcy zobowiązani są do przedstawienia w czasie aukcji cen brutto, celem umożliwienia porównania składanych w toku aukcji ofert.

13. Minimalna wysokość postąpienia wynosi: _____ zł brutto
(słownie: _____ 00/100).

14. W toku aukcji elektronicznej Wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej _____, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji.

15. Postąpienia, pod rygorem nieważności, składa się opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

16. Oferta Wykonawcy, złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej.

17. Momentem decydującym dla uznania, że oferta w toku aukcji została złożona w terminie, nie jest moment wysłania postąpienia z komputera Wykonawcy, ale moment jego odbioru na serwerze platformy za pośrednictwem której prowadzona jest aukcja elektroniczna.

18. W toku aukcji elektronicznej na bieżąco przekazywana jest każdemu Wykonawcy informacja umożliwiająca mu ustalenie pozycji jego oferty w klasyfikacji ofert, w szczególności informacje o uzyskanej punktacji oraz o punktacji oferty, która uzyskała najwyższą liczbę punktów.

19. W przypadku gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, Zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny dzień roboczy przypadający po usunięciu awarii, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu.



20. Zamawiający po zamknięciu aukcji, po dokonaniu badania ofert, wybiera najkorzystniejszą ofertę w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej.

21. Zamknięcie aukcji elektronicznej następuje w terminie określonym w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej.

22. Po zamknięciu aukcji elektronicznej, wszyscy Wykonawcy, którzy wzięli udział w aukcji i dokonali postąpień, zostaną wezwani do przeliczenia wartości elementów robót kosztorysu ofertowego w formie uproszczonej według następujących reguł:

- 1) Wykonawca po aukcji dokona wyliczenia wskaźnika obniżenia całkowitej ceny brutto w stosunku do całkowitej ofertowej ceny brutto przed aukcją według następującego wzoru:

$$W = CB_{\text{aukcji}} / CB_{\text{oferty}}$$

gdzie:

W – wskaźnik obniżenia całkowitej ceny brutto po aukcji w stosunku do całkowitej ceny brutto dla sprzed aukcji

CB_{aukcji} – całkowita cena brutto uzyskana w wyniku aukcji elektronicznej

CB_{oferty} – całkowita cena brutto oferty sprzed aukcji.

- 2) Wskaźnik „W” należy wyliczyć z dokładnością do czterech miejsc po przecinku, zgodnie z matematycznymi regułami zaokrąglania.
- 3) Cenę netto dla zakresu poszczególnych robót budowlanych Wykonawca zobowiązany jest wyliczyć według następującego wzoru:

$$C_{\text{ost}} = C_{\text{oferty}} \times W$$

gdzie:

C_{ost} – ostateczna cena netto po aukcji

C_{oferty} – cena netto sprzed aukcji

- 4) Ceny jednostkowe w Kosztorysie ofertowym Wykonawca winien przeliczyć w taki sposób aby uzyskać cenę netto wyliczoną zgodnie z regułami opisanymi w pkt. 3). Poszczególne ceny jednostkowe w Kosztorysie ofertowym nie mogą być wyższe niż odpowiadające im



- ceny jednostkowe zawarte w Kosztorysie ofertowym złożonym wraz z ofertą.
- 5) W przypadku braku możliwości dokonania przeliczeń cen netto dla w sposób pozwalający na uzyskanie wylicytowanej w toku aukcji całkowitej ceny brutto, z uwagi na występujące błędy wynikające z zaokrągleń, Wykonawca może zaoferować ceny netto inne niż przeliczone według powyższych reguł tak, aby uzyskać wylicytowaną w toku aukcji całkowitą cenę brutto, pod warunkiem jednak, że nie będą one wyższe niż odpowiadające im ceny netto zawarte w formularzu ofertowym. Działanie takie jest dopuszczalne tylko i wyłącznie w przypadku braku możliwości uzyskania całkowitej ceny oferty wylicytowanej w toku aukcji elektronicznej w wyniku obliczeń matematycznych opisanych w powyżej.
 - 6) Ceny jednostkowe po przeliczeniu wskazane w kosztorysie ofertowym, nie mogą być wyższe niż ceny jednostkowe wskazane w kosztorysie ofertowym złożonym wraz z ofertą.
 - 7) W odniesieniu do przeliczenia Kosztorysu ofertowego po aukcji zastosowanie będzie miał art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.
23. Przed uruchomieniem zasadniczej aukcji Wykonawca będzie miał możliwość udziału w aukcji testowej pozwalającej na zaznajomienie się z platformą, na której będzie prowadzona aukcja elektroniczna. Wykonawca winien wykorzystać możliwość udziału w aukcji testowej, z uwagi na konieczność przetestowania prawidłowości działania kwalifikowanego podpisu elektronicznego.
24. Przystąpienie do udziału w aukcji elektronicznej zaproszonego Wykonawcy nie jest obligatoryjne. W sytuacji kiedy Wykonawca nie przystąpi do udziału w aukcji elektronicznej, wiążąca dla Wykonawcy jest oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie.

Powyższe zapisy mają jedynie charakter przykładowy, jednakże na ich podstawie należy zwrócić uwagę na kilka istotnych aspektów związanych z aukcjami elektronicznymi.

Zamawiający musi podjąć decyzję o wysokości minimalnego postąpienia. Im będzie ono niższe, tym korzystniejsze cenowo oferty zamawiający może uzyskać w toku aukcji elektronicznej. Zastosowanie wysokiego minimalnego postąpienia może doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca będzie zainteresowany



obniżeniem ceny, ale o wartość niższą niż minimalne postąpienie, co skutkować będzie rezygnacją z dalszego udziału w aukcji elektronicznej.

Zamawiający musi zastanowić się nad czasem trwania aukcji. Praktyczna analiza przebiegu aukcji elektronicznej wskazuje, że wykonawcy są najbardziej aktywni pod koniec trwania aukcji. Zatem bezcelowym jest parametryzowanie długich aukcji. Podstawowy czas trwania aukcji powinien pozwalać wykonawcy na swobodne zalogowanie się od systemu, przetestowanie środowiska informatycznego oraz podjęcie decyzji biznesowej. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż bardzo dobrą praktyką będzie umożliwienie udziału wykonawcom w aukcji testowej, która będzie poprzedzała aukcję właściwą. Pozwoli to na sprawdzenie m.in. prawidłowości działania całego systemu na komputerze wykonawcy, prawidłowości działania podpisu kwalifikowanego.

Wykonawcy chcąc uzyskać jak najlepszą pozycję w toku aukcji elektronicznej starają się składać postąpienia tuż przed zakończeniem aukcji elektronicznej. Stąd też rodzi się pytanie co do możliwości zastosowania dogrywek. Przepisy ustawy Pzp nie zakazują stosowania dogrywek. Ich wykorzystanie da wszystkim wykonawcom czas na zastanowienie się nad złożeniem kolejnego postąpienia, w przypadku, gdy jakkolwiek inny wykonawca złożył najkorzystniejsze postąpienie tuż przed zakończeniem aukcji elektronicznej. Dogrywka będzie dawała dodatkowy czas na podjęcie decyzji biznesowej. Zastosowanie dogrywki będzie generowało konieczność podjęcia przez zamawiającego decyzji o liczbie dogrywek. Należy zaznaczyć, że w każdej kolejnej dogrywce wykonawcy mogą składać postąpienie tuż przed ich zakończeniem, w związku z powyższym można rozważyć decyzję o wprowadzeniu nieograniczonej liczby dogrywek, które będą uruchamiane przy zaistnieniu określonych reguł (np. złożenie jakiegokolwiek postąpienia w ostatniej minucie trwania dogrywki). Takie rozwiązanie oczywiście znacząco wydłuży czas trwania całej aukcji elektronicznej, tym niemniej pozwala zamawiającemu na uzyskanie korzystnych cenowo ofert. Wydłużenie trwania aukcji elektronicznej ze względu na kolejne dogrywki nie stanowi zbyt dużej uciążliwości dla zamawiającego, albowiem cały proces jest w pełni zautomatyzowany, więc nadzór pracowników zamawiającego nad prawidłowym przebiegiem aukcji nie jest wymagany.

Odnosnie zagadnienia, czy przed zaproszeniem wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, należy od wszystkich jej uczestników żądać podmiotowych środków dowodowych należy wskazać, że zgodnie z poglądem wyrażonym przez Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu Urzędu do ustawy Pzp;



„Zaproszenie do udziału w aukcji określonego grona wykonawców oznacza, iż zamawiający dokonał wstępnej, pełnej oceny ofert i ustalił krąg wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, niepodlegających wykluczeniu i których oferty spełniają wymagania określone w Pzp oraz dokumentach zamówienia”³. Dalej w komentarzu stwierdzono „W tym miejscu należy wskazać, iż ocena spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, realizowana przed aukcją elektroniczną, powinna opierać się o złożone wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia własne wykonawców, w tym składany w postępowaniach unijnych JEDZ, o którym mowa w art. 125 ust. 2 Pzp”⁴.

Jednym z czynników, który może zniechęcać zamawiających do korzystania z aukcji elektronicznej jest obawa przed wystąpieniem awarii systemu teleinformatycznego, za pomocą którego prowadzona jest aukcja elektroniczna. Biorąc pod uwagę, iż aukcja elektroniczna jest bardzo dynamicznym procesem realizowanym za pomocą systemu teleinformatycznego to wyeliminowanie ryzyka wystąpienia awarii nie jest możliwe. Zgodnie z art. 236 ustawy Pzp w przypadku gdy awaria systemu teleinformatycznego spowoduje przerwanie aukcji elektronicznej, zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji elektronicznej na następny dzień roboczy przypadający po usunięciu awarii, z uwzględnieniem stanu ofert po ostatnim zatwierdzonym postąpieniu. Zatem ustawa Pzp szczegółowo reguluje sposób postępowania w przypadku awarii systemu teleinformatycznego. Zastosowanie tego przepisu wymaga rozstrzygnięcia, czy sytuacja niepożądana, która wystąpiła podczas aukcji elektronicznej była efektem wadliwie działającego systemu teleinformatycznego, czy też była skutkiem błędnego postępowania wykonawcy. Powyższe ma ogromne znaczenie, ponieważ tylko ta pierwsza sytuacja pozwala na kontynuowanie aukcji. Kluczowe znaczenie ma prawidłowa współpraca pomiędzy dostawcą systemu teleinformatycznego, a zamawiającym celem ustalenia przyczyny zaistniałej sytuacji. Jedynie stwierdzenie, że nieprawidłowość była efektem awarii systemu teleinformatycznego obsługującego aukcję elektroniczną daje podstawę do jej kontynuowania. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 12 sierpnia 2021 r. (sygn. akt KIO 2134/21) „Ze względu na fakt, iż aukcja elektroniczna charakteryzuje się automatyzmem oceny ofert, która jest dokonywana przez system bez ingerencji zamawiającego, Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż wadą dokumentacji przetargowej był brak procedury

³ UZP, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 689

⁴ UZP, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 695



konwalidacji postąpienia w sytuacji popełnienia błędu lub omyłki przy jego składaniu. Izba stwierdziła, iż złożenie przez odwołującego oferty znacząco odbiegającej od cen innych wykonawców, nie stanowi wady postępowania". W stanie faktycznym, który był przedmiotem sporu rozstrzyganego przez Krajową Izbę Odwoławczą, skład orzekający doszedł do wniosku, że złożenie błędnego postąpienia przez wykonawcę nie może stanowić podstawy do jego poprawy oraz kontynuowania aukcji elektronicznej. Z kolei w orzeczeniu z dnia 7 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO 141/22) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „W tym zakresie zauważenia wymaga, że przepisy ustawy nie określają szczególnego obowiązku uzasadnienia takiej czynności, jak to ma miejsce np. w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty. Izba wzięła jednak pod uwagę, że zasada przejrzystości postępowania (art. 16 ust. 2 ustawy Pzp) przemawia za koniecznością przedstawienia motywów działania Zamawiającego. W ocenie Izby Zamawiający wywiązał się z tego obowiązku, przedstawiając mające oparcie w dokumentacji postępowania twierdzenia, że zostały złożone postąpienia prawidłowo podpisane podpisem elektronicznym, które jednak nie zostały odnotowane w rankingu widocznym dla wykonawców na platformie, na której toczyła się aukcja, co uniemożliwiło podjęcie decyzji o ewentualnym kolejnym postąpieniu przez Odwołującego".

Reasumując, pomimo, że aukcja elektroniczna przedłuża cały proces udzielenia zamówienia oraz powoduje powstanie dodatkowych ryzyk podnoszących poziom skomplikowania prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to może ona przynieść zamawiającemu wymierne korzyści finansowe. Dotyczy to w szczególności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których występuje duża liczba wykonawców chcących uzyskać zamówienie. W takim przypadku będą oni rywalizować w ramach aukcji elektronicznej.

Na koniec warto również wspomnieć o kwestii pozaprawnej, tj., że Procesowi składania postąpień mogą towarzyszyć duże emocje, a wykonawcy za wszelką cenę będą chcieli ją wygrać. To potencjalnie może doprowadzić do sytuacji, w której w pewnym momencie trwania aukcji postąpienia składane przez wykonawców będą poniżej kosztów realizacji zamówienia. Dlatego też ważnym aspektem po zakończeniu aukcji elektronicznej, a przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty jest analiza cen uzyskanych w ramach aukcji pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny.