



I N F O R M A T O R

URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Nr 6

Grudzień 2009 r.

Przy wykorzystaniu zamieszczonych w „Informatorze UZP” informacji poprzez przedruk całego artykułu bądź jego fragmentów należy: podać autora oraz źródło pochodzenia cytowanego tekstu wskazując na numer „Informatora UZP”, rok i miesiąc wydania oraz adres strony internetowej, na której był on opublikowany.

Korzystając z zamieszczonych w „Informatorze UZP” danych, wykresów, zestawień statystycznych itp. należy wskazać wszystkie informacje identyfikujące materiał, z którego zostały one zaczerpnięte.

SPIS TREŚCI

AKTUALNOŚCI.....	3
ZMIANY W PRAWIE	9
Zmiany w procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej	9
OPINIE PRAWNE	28
Odrzucenie oferty.....	28
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	30
Przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 3-8 ustawy Pzp ...	30
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	57
Wybrane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych dotyczące odrzucenia oferty ze względu na jej niezgodność z SIWZ oraz ze względu na rażąco niską cenę	57
Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości	75
ANALIZY SYSTEMOWE.....	79
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2009 – 30.11.2009.....	79

AKTUALNOŚCI

➤ Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych

W dniu 7 grudnia 2009 r. w Dzienniku Ustaw została ogłoszona ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591). Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia (tj. z dniem 22 grudnia 2009 r.), z wyjątkiem:

- art. 1 pkt 5, który zmienia art. 38 ustawy – Prawo zamówień publicznych dotyczący zasad obowiązujących przy wyjaśnianiu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz

- art. 3 ust. 2, zgodnie z którym art. 38 ustawy – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą stosuje się do postępowań o udzielenie zamówienia oraz konkursów wszczętych przed dniem ogłoszenia ustawy w przypadku, gdy specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie została przekazana lub udostępniona wykonawcom przed tym terminem,

- które wchodzi w życie z dniem ogłoszenia ustawy, tj. z dniem 7 grudnia 2009 r.

[Tekst ustawy](#)

➤ Sejm przyjął poprawki Senatu do ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw

Uprzejmie informujemy, że w dniu 2 grudnia 2009 r. Sejm przyjął sześć poprawek Senatu do ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

[Treść przyjętych poprawek](#)

➤ **Oddalenie apelacji od wyroku Sądu Rejonowego w Lublinie stwierdzającego nieważność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego**

Sąd Okręgowy w Lublinie wyrokiem z dnia 10 grudnia 2009 r. (sygn. akt II Ca 797/09) oddalił apelację pozwanej - Przedsiębiorstwa Produkcji Materiałów Budowlanych Niemce S.A. z siedzibą w Niemcach – od wyroku Sądu Rejonowego w Lublinie z dnia 26 czerwca 2009 r. (sygn. akt: II C 465/08).

Sąd Rejonowy w Lublinie zaskarżonym wyrokiem z dnia 26 czerwca 2009 r. stwierdził nieważność aneksu nr 1 z dnia 30 kwietnia 2004 r. do umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w dniu 13 kwietnia 2004 r. pomiędzy Gminą Niemce a Przedsiębiorstwem Produkcji Materiałów Budowlanych Niemce S.A. z siedzibą w Niemcach.

Na mocy przedmiotowego aneksu strony umowy dokonały zmiany wysokości wynagrodzenia brutto należnego wykonawcy poprzez podwyższenie stawki podatku VAT z 7% na 22%.

Przedmiotowa zmiana umowy została dokonana z naruszeniem art. 144 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych albowiem w chwili zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego strony umowy mogły przewidzieć zmianę stawki podatku VAT.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych działając na podstawie art. 146 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych wystąpił z powództwem o stwierdzenie nieważności przedmiotowej zmiany umowy.

Sąd Rejonowy w Lublinie wyrokiem z dnia 26 czerwca 2009 r. (sygn. akt: II C 465/08) uwzględnił powództwo Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i na podstawie art. 144 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych stwierdził nieważność tej zmiany.

➤ **Konferencje regionalne „Zmiany w systemie zamówień publicznych i ich wpływ na praktykę udzielania zamówień publicznych”**

Wzorem ubiegłego roku Urząd Zamówień Publicznych wspólnie z Ministerstwem Rozwoju Regionalnego i Urzędami Marszałkowskimi zorganizował cykl konferencji regionalnych adresowanych głównie do jednostek samorządu terytorialnego pt. „Zmiany w systemie zamówień publicznych i ich wpływ na praktykę udzielania zamówień publicznych”.

Podczas konferencji przedstawiono ważne zagadnienia wpływające bezpośrednio na funkcjonowanie systemu zamówień publicznych. Omówiono kierunki zmian w znowelizowanych przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ich wpływ na praktykę udzielania zamówień publicznych z uwzględnieniem nieprawidłowości wykrywane w trakcie kontroli postępowań o udzielenie zamówień publicznych współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Wskazano nowe regulacje dotyczące środków ochrony prawnej wynikające z dostosowania polskiego systemu odwoławczego do dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. Zaprezentowano także prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie aukcji i licytacji elektronicznej z wykorzystaniem platformy udostępnionej przez UZP. Konferencje były okazją zarówno do wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych, dyskusji, jak też propagowały dobre praktyki w procesie udzielania zamówień.

Dotychczas odbyło się 6 konferencji (w Poznaniu, Lublinie, Toruniu, Krakowie, Wrocławiu oraz Warszawie), w których łącznie wzięło udział ponad 1500 osób. W dniu 17 grudnia br. odbędzie się również w ramach tego cyklu kolejna konferencja w Warszawie.

➤ **Seminaria na temat aukcji elektronicznej**

W dniach 16, 17 listopada i 14 grudnia 2009 r. odbyły się zorganizowane przez Urząd Zamówień Publicznych seminaria, dotyczące funkcjonowania Platformy Aukcji Elektronicznych. Seminaria adresowane były do szerokiego grona uczestników systemu zamówień publicznych, zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Wzięło w nich udział ponad 200 osób.

W trakcie szkolenia została zaprezentowana Platforma Aukcji Elektronicznych, której udostępnienie przez Urząd Zamówień Publicznych jest planowane w najbliższym czasie. Uczestnicy mieli okazję poznać podstawowe założenia i rozwiązania, na których opiera się funkcjonowanie platformy.

➤ **III Krajowa Konferencja dotycząca Zielonych Zamówień Publicznych**

W dniu 11 grudnia 2009 roku odbyła się zorganizowana przez Urząd Zamówień Publicznych we współpracy z Ministerstwem Gospodarki III Krajowa Konferencja dotycząca Zielonych Zamówień Publicznych. Wzięło w niej udział ok. 100 osób.

Celem konferencji było upowszechnianie informacji na temat powiązania kwestii środowiskowych z zamówieniami publicznymi poprzez odniesienie m.in. do kryteriów środowiskowych, cyklu życia produktów oraz internalizacji kosztów zewnętrznych przy zakupie pojazdów.

Konferencja skierowana była do przedstawicieli organów administracji publicznej odpowiedzialnych za procedury przetargowe, reprezentantów związków i stowarzyszeń branżowych oraz dziennikarzy.

Informacje o projekcie: *Zielone Zamówienia Publiczne (ZZP) – Inicjowanie zmian*

Każdego roku instytucje publiczne w Europie wydają równowartość 17% produktu krajowego brutto UE na zakup towarów, usług oraz robót budowlanych. Wielkość tych wydatków może odgrywać zasadniczą rolę w kształtowaniu trendów produkcyjnych i konsumpcyjnych, pobudzając innowacje w zakresie technologii ekologicznych, zwiększając popyt oraz udział rynkowy „bardziej ekologicznych” towarów i usług i w znaczny sposób ograniczając negatywny wpływ na środowisko. Mając powyższe na uwadze, rządy Państw Członkowskich będą zwiększać udział zamówień publicznych na rzecz zrównoważonego rozwoju.

Co oznaczają Zielone zamówienia publiczne?

"Zielone zamówienia publiczne oznaczają politykę, w ramach której podmioty publiczne uwzględniają aspekty środowiskowe w swoich procedurach przetargowych na dostawy, usługi i roboty budowlane".

Dlaczego należy wdrażać ZZP?

Ponieważ ZZP:

- ...są ważne
- ...są racjonalne
- ...dotyczą celów polityki lokalnej
- ...wspierają innowację
- ...są popularne
- ...są przyszłościowe
- ...są możliwe!

Dlaczego jest organizowana Konferencja dot. ZZP?

Krajowa Konferencja dot. ZZP jest częścią większego programu zainicjowanego przez Komisję Europejską DG Środowisko, a wdrażanego przez Międzynarodowe Centrum Szkoleniowe Światowej Organizacji Pracy ITCILO we współpracy z ekspertami głównych instytucji krajowych odpowiedzialnych za zielone zamówienia publiczne. Celem konferencji jest stworzenie i umacnianie dialogu między interesariuszami ZZP oraz:

- Zwiększenie wiedzy na temat udziału ZZP w poprawie środowiska i innowacji dzięki bardziej zrównoważonym technologiom przy jednoczesnej oszczędności finansów.
- Zwiększenie wiedzy na temat trwających na szczeblu wspólnotowym działań w zakresie ZZP oraz osiągnięcie ambitnego poziomu zazielenienia 50% wszystkich procedur przetargowych we wszystkich Państwach Członkowskich do 2010 roku. Działania podejmowane przez inne Państwa Członkowskie w celu osiągnięcia tego poziomu również zostaną umówione.
- Uzyskanie informacji na temat kroków podejmowanych przez Polskę w ramach polityki ZZP. Omówione zostaną kluczowe elementy Krajowego Planu działań w ramach zielonych zamówień publicznych oraz przykłady praktycznego zastosowania ZZP.
- Na zakończenie Konferencji uczestnicy będą mieli jasny pogląd w zakresie promocji i wdrażania ZZP w Polsce.

➤ Bieżące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2009 sygn. akt: KIO/UZP 1356/09 dotyczący interesu prawnego i zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

[treść wyroku](#)

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2009 sygn. akt: KIO/UZP 1436/09 dotyczący terminu do wniesienia protestu i rozstrzygnięcia protestu.

[treść wyroku](#)

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2009 sygn. akt: KIO/UZP 1400/09
dotyczący m.in. odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę.

[treść wyroku](#)

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2009 sygn. akt: KIO/UZP 1437/09 dotyczące odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[treść postanowienia](#)

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2009 r. sygn. akt: KIO/W 92/09
w sprawie odmowy uchylecia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

[treść postanowienia](#)

Wyrok SO w Krakowie z dnia 2 października 2009 r. sygn. akt: XII Ga 311/09
dotyczący warunków udziału w postępowaniu.

[treść wyroku](#)

Wyrok SO w Katowicach z dnia 8 października 2009 r. sygn. akt: XIX Ga 388/09
dotyczący przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

[treść wyroku](#)

ZMIANY W PRAWIE

Zmiany w procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej

Dwie ostatnie nowelizacje ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadziły szereg zmian w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej. Zmiany te wynikają:

- z ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o *Zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych* (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), dalej w skrócie „ustawa z 5 listopada” lub „mała nowelizacja”;
- z ustawy z 2 grudnia 2009 r. o *Zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* dalej w skrócie „ustawa z 2 grudnia” lub „duża nowelizacja”.

Jeśli chodzi o przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmiany te dotyczą w szczególności następujących kwestii:

- publikacji ogłoszeń oraz wysyłania dodatkowych informacji o wszczęciu postępowania (art. 40),
- nowych zasad składania wniosków o wyjaśnianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz udzielania odpowiedzi przez zamawiającego (art. 38),
- minimalnych terminów składania ofert w przetargu nieograniczonym i ograniczonym (art. 43 i 52),
- zasad zwrotu wykonawcom wadium (art. 46),
- postępowania z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 50),
- możliwości publikacji nowego rodzaju ogłoszenia – tzw. ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości, czyli ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybach negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki (art. 62 ust. 2, art. 66 ust. 2),
- informowania o wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 92),
- przesłanek unieważnienia postępowania (art. 93),
- minimalnego odstępu czasu pomiędzy zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej a podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego (tzw. termin *standstill*) oraz od wyjątków od tego obowiązku (art. 94 ust. 1 i 2),

- procedury badania i oceny ofert (art. 94 ust. 3).

Zmiany te zostaną omówione poniżej. Nowelizacja z 2 grudnia 2009 r. miała przed wszystkim za zadanie transpozycję do polskiego porządku prawnego postanowień *Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych* (OJ L 335 z dnia 20.12.2007, str. 31), zwanej dalej dyrektywą odwoławczą. Z zagadnień, które są poruszane w tym rozdziale, bezpośrednio z wdrażaniem wspomnianej dyrektywy są związane przepisy wdrażające szereg rozwiązań zawartych w dyrektywie, dotyczące w szczególności:

- informowania o wyborze oferty najkorzystniejszej (zakres tej informacji),
- nowego typu ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości,
- terminu „standstill” oraz wyjątków od konieczności zachowania tego terminu.

Wyjaśnianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Skutki zmian w siwz

Nowelizacja ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. wprowadziła zmiany w zakresie art. 38 ustawy dotyczącego składania przez wykonawców do zamawiającego wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Artykuł 38 w nowym brzmieniu obowiązuje od dnia publikacji w Dzienniku Ustaw ustawy nowelizującej, tj. od dnia **7 grudnia 2009 r.** Zmiany w tym zakresie miały na celu przyspieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez przeniesienie terminu wpływu wniosków o wyjaśnienia na wcześniejszą niż dotychczas fazę postępowania. Powinno to zapewnić zamawiającym więcej czasu na przygotowanie wyjaśnień w odpowiedzi na zadane pytania, a wykonawcom na uwzględnienie tych wyjaśnień w przygotowywanych ofertach. Szczególnie istotne znaczenie zmiana ta ma dla przyspieszenia postępowań prowadzonych w celu udzielenia dużych zamówień infrastrukturalnych, np. budowy autostrad, mostów, linii komunikacyjnych itp. Co do zasady, zadawanie pytań przez wykonawców jest rozwiązaniem korzystnym zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców. Z jednej strony pozwala zamawiającym poprawić ewentualne błędy w dokumentacji postępowania, z drugiej strony wykonawcy uzyskują pewność co do zasad, na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne, a tym samym

procedura wyjaśniania wątpliwości związanych z siwz pozwala im złożyć właściwą ofertę w postępowaniu. Słabością rozwiązań obowiązujących do czasu nowelizacji było wszakże to, że niejednokrotnie na skutek zadania przez wykonawców licznych pytań do siwz tuż przed upływem terminu składania ofert, zamawiający zmuszeni byli do przedłużania terminów składania ofert w celu udzielenia odpowiedzi na zadawane pytania. Zamawiający nie byli bowiem w stanie odpowiedzieć na wszystkie pytania przed upływem terminu składania ofert. Wywoływało to negatywne skutki w postaci przedłużania się procesu udzielania zamówienia publicznego.

Art. 38 w nowym brzmieniu określa szczegółowe zasady:

- zwracania się przez wykonawców z wnioskami o udzielenie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz
- udzielania takich wyjaśnień przez zamawiających.

W celu wyeliminowania sytuacji przedłużania terminu składania ofert w związku z koniecznością udzielenia odpowiedzi na zapytania wpływające na krótko przed jego upływem nowelizacja wprowadziła zasadę, że zamawiający ma obowiązek udzielić wyjaśnień w odpowiedzi na zadane pytania, o ile wniosek w sprawie wyjaśnień siwz wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Jeżeli wniosek wpłynął **w tym terminie** zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż:

- 1) w przypadku zamówień o wartości równej lub większej niż kwoty określone w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (progi europejskie)¹ – na **6 dni przed upływem terminu składania ofert**,

¹ Od 1 stycznia 2010 r. zgodnie z projektem rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich progi te będą wynosić: w przypadku zamówień udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, państwowych instytucji filmowych oraz jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków oraz innych jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także udzielanych przez zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:

- a) 125.000 euro - dla dostaw lub usług,
 - b) 4.845.000 euro - dla robót budowlanych;
- 2) udzielanych przez zamawiających innych niż określonych w pkt 1, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w pkt 3, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:
 - a) 193.000 euro - dla dostaw lub usług,
 - b) 4.845.000 euro - dla robót budowlanych;

- 2) w przypadku zamówień o wartości równej i większej niż kwoty określone w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (progi europejskie) - na **4 dni** przed upływem terminu składania ofert, jeżeli zamówienie jest udzielane w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, o ile zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia,
- 3) w przypadku zamówień podprogowych - **na 2 dni** przed upływem terminu składania ofert.

Wprowadzenie **maksymalnego terminu**, w jakim zamawiający ma obowiązek udzielić wyjaśnień, ma na celu zapewnienie wykonawcom odpowiedniego czasu na uwzględnienie wyjaśnień przy formułowaniu treści oferty. Obowiązek udzielenia przez zamawiającego wyjaśnień we wskazanych wyżej terminach dotyczy wyłącznie sytuacji, kiedy wniosek wpłynął do niego nie później niż w terminie określonym w art. 38 ust. 1 czyli **nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert**. W przypadku złożenia przez wykonawcę wniosku po upływie powyższego terminu, zamawiający może udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez rozpoznania. Na podobnych zasadach są rozpatrywane wnioski złożone przez wykonawcę dotyczące wyjaśnienia udzielonych już przez zamawiającego odpowiedzi (zamawiający może pozostawić taki wniosek bez rozpoznania). Warto zwrócić uwagę, że nowelizacja nie odbiera wykonawcom prawa do składania wniosków po upływie wskazanego w ustawie terminu – muszą się jednak liczyć z tym, że na zadane w późniejszym terminie pytania mogą nie uzyskać odpowiedzi.

Zmiany wprowadzone do ustawy w zakresie art. 38 są w pełni zgodne z art. 39 ust. 2 oraz art. 40 ust. 4 dyrektywy klasycznej (2004/18/WE). Dyrektywa ta określa jedynie termin, w jakim zamawiający ma obowiązek udzielić wyjaśnień (przeniesiony do ustawy do art. 38 ust. 1) nie określając terminu, w jakim pytania mogą być zadawane; stanowi ona jedynie, że zamawiający ma obowiązek udzielić wyjaśnień o ile wniosek wpłynie w „odpowiednim czasie” (art. 39 ust. 2 dyrektywy bądź z „odpowiednim wyprzedzeniem” (art. 40 ust. 4 dyrektywy).

3) sektorowych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:

- a) 387.000 euro - dla dostaw lub usług,
- b) 4.845.000 euro - dla robót budowlanych.

W celu wyeliminowania wątpliwości interpretacyjnych ustawa z 2 grudnia 2009 r. doprecyzowała art. 38 ust. 6, poprzez dopisanie zdania drugiego, że przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio. Zgodnie z nowym brzmieniem przepisu art. 38 ust. 6, jeżeli w wyniku zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłużając termin składania ofert, będzie odpowiednio stosował ust. 4a. Oznacza to, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający jest obowiązany zamieścić **ogłoszenie o zmianie ogłoszenia** odpowiednio w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać je Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Jest to spowodowane tym, że przedłużenie terminu składania ofert jest **zmianą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia**.

Zmiany w zakresie publikacji ogłoszeń oraz dodatkowej informacji o prowadzonym postępowaniu

Publikacja ogłoszenia o zamówieniu

Nowelizacje zarówno z 5 listopada jak i 2 grudnia wprowadziły szereg zmian w zakresie publikacji ogłoszeń. I tak, mała nowelizacja uchyliła art. 40 ust. 4. Przepis ten nakładał na zamawiającego obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim, jeżeli wartość przedmiotu zamówienia na roboty budowlane była równa lub przekraczała wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 milionów euro, a na dostawy lub usługi 10 milionów euro. Obowiązek ten wiązał się z dodatkowymi kosztami zamieszczenia płatnego ogłoszenia w prasie przy braku rzeczywistego przełożenia na zwiększenie liczby wykonawców dowiadujących się w ten sposób o zamówieniu, gdyż podstawowe, a często wyłączone źródło informacji o tego rodzaju zamówieniach stanowi dla nich Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej. Równocześnie, mała nowelizacja nadała nowe brzmienie art. 40 ust. 5 stanowiąc, że zamawiający może opublikować ogłoszenie o zamówieniu **również** w inny sposób niż określony w ust. 1 – 3, w szczególności w sposób wskazany w art. 40 ust. 5. Oznacza to, że oprócz obowiązkowego zamieszczenia ogłoszenia na stronie internetowej, w miejscu publicznie dostępnym w jego siedzibie oraz – w zależności od wartości zamówienia – w Biuletynie Zamówień Publicznych

albo w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający jest uprawniony do zamieszczenia ogłoszenia według swojego wyboru w inny sposób, w szczególności w **dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim. Przepis ten ma zastosowanie do przetargu nieograniczonego (art. 40 ust. 5), ale także do przetargu ograniczonego (art. 48 ust. 1), negocjacji z ogłoszeniem (art. 56 ust. 1) oraz dialogu konkurencyjnego (art. 60c ust. 1).**

Dodatkowe poinformowanie wykonawców o wszczęciu postępowania

Nowym przepisem, wprowadzonym nowelizacją z 2 grudnia jest ust. 5a w art. 40. Celem tego przepisu jest zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówień publicznych poprzez otwarcie ich na małych przedsiębiorców (wykonawców), którzy nie pozyskują informacji o zamówieniach z ogłoszeń publikowanych zgodnie z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych (czyli na stronie internetowej zamawiającego, w BZP czy też Dzienniku Urzędowym UE). I tak, zgodnie z art. 40 ust. 5a, zamawiający może poinformować o wszczęciu postępowania znanych sobie wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez siebie działalności dostawy, usługi lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia. Zamawiający może w ten sposób bezpośrednio poinformować wykonawców po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazaniu ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Dodatkowa informacja powinna być zgodna z ust. 6 pkt 2, co oznacza, że:

- może mieć miejsce po zamieszczeniu ogłoszenia w BZP lub przekazaniu Urzędowi Oficjalnych publikacji Wspólnot Europejskich,
- nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w BZP lub przekazane Urzędowi Oficjalnych publikacji Wspólnot Europejskich,
- powinna zawierać informację o dniu zamieszczenia ogłoszenia w BZP lub przekazania Urzędowi Oficjalnych publikacji Wspólnot Europejskich.

Umożliwienie zamawiający dodatkowego poinformowania wykonawców o prowadzonym postępowaniu nie narusza zasady równego traktowania, o której mowa w art. 7 ust. 1 ponieważ nie zwalnia zamawiającego z obowiązku upublicznienia ogłoszenia (w sposób wskazany w art. 40 ust. 1 oraz, w zależności od wartości zamówienia, art. 40 ust. 2 lub 3), a

ponadto zamawiający korzystając z tej informacji informuje wszystkich znanych sobie wykonawców prowadzących działalność w zakresie przedmiotu zamówienia.

Minimalne terminy składania ofert

Nowelizacja z 2 grudnia 2009 r. wprowadziła zmiany w zakresie minimalnych terminów składania ofert w przetargu nieograniczonym (art. 43) oraz przetargu ograniczonym (art. 52). Terminy te uległy zasadniczo skróceniu, jednakże zgodnie z wymaganiami dyrektywy klasycznej (2004/18). Przypomnijmy, że jeśli chodzi o zamówienia objęte zakresem tej dyrektywy, czyli o wartości co najmniej równej progom jej obowiązywania, dyrektywa klasyczna przewiduje w art. 38 ust. 4 – 6 minimalne terminy składania ofert w procedurze otwartej, które wynoszą 36 lub 29 dni w zależności od sposobu przekazania ogłoszenia o zamówieniu. W wyjątkowych sytuacjach ww. terminy mogą być skrócone, lecz w żadnym wypadku nie mogą być krótsze niż 22 dni. Nowelizacja z 7 grudnia 2009 r. wprowadziła następujące wymagania w zakresie terminu składania ofert w przetargu nieograniczonym.

Zamówienia podprogowe:

Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, ale nie krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie krótszy niż 14 dni dla robót budowlanych; w stosunku do dotychczasowego stanu prawnego oznacza to **skrócenie minimalnego terminu z 20 do 14 dni** dla robót budowlanych.

Zamówienia „europejskie”:

Termin składanie ofert powinien wynieść:

- 1) co najmniej 40 dni – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie;
- 2) co najmniej 47 dni – od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w sposób inny niż określony w pkt 1.

Wyżej wymienione terminy odpowiadają terminom przewidzianym przez dotychczas obowiązujące przepisy.

Nowością są jednak zmiany w zakresie dopuszczalnego skrócenia terminu w związku z publikacją wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o ile spełnione są określone w ustawie warunki. Dotychczasowe przepisy pozwalały na skrócenie tego terminu do 29 lub 36 dni, podczas gdy nowe przepisy pozwalają na dalsze skrócenie w tym zakresie.

I tak, przypadku zamówień o wartościach „europejskich”, w sytuacji kiedy zamawiający opublikował wstępne ogłoszenie informacyjne, minimalny termin składania ofert powinien wynosić:

- 1) 22 dni licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie; lub
- 2) 29 dni licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w sposób inny niż określony w pkt 1.

Dla możliwości skorzystania z dobrodziejstwa tego przepisu konieczne jest wszakże kumulatywne spełnienie trzech niżej wymienionych warunków:

- a) informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym,
- b) wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu, w zakresie, w jakim informacje te były dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia, oraz
- c) wstępne ogłoszenie informacyjne zostało wysłane do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu.

Co się tyczy **przetargu ograniczonego** odpowiednie zmiany zostały również wprowadzone w art. 52. I tak, po nowelizacji, termin składania ofert w postępowaniach o wartościach mniejszych niż progowe powinien być wyznaczony przez zamawiającego z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert dla dostaw lub usług i nie krótszy niż 14 dni dla robót budowlanych. W stosunku do dotychczasowego stanu prawnego nie zaszły tu żadne zmiany. Podobnie, zasadniczy termin składania ofert dla zamówień „europejskich” wynosi tak jak dotychczas **40 dni** licząc od daty wysłania

zaproszenia do składania ofert. Zmiany zaszły natomiast w zakresie możliwego skrócenia terminu składania ofert, w przypadku opublikowania przed ogłoszeniem o zamówieniu, wstępnego ogłoszenia informacyjnego. I tak, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż **22 dni**. W stosunku do dotychczasowego stanu prawnego oznacza to redukcję aż o 14 dni (było dotychczas minimum 36 dni). Warunki, jakie muszą być spełnione aby zamawiający mógł skorzystać z tej możliwości są takie same jak w przypadku przetargu nieograniczonego, czyli

- a) informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym,
- b) wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu, w zakresie, w jakim informacje te były dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia, oraz
- c) wstępne ogłoszenie informacyjne zostało wysłane do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu.

Nowelizacje nie wprowadziły zmian w zakresie minimalnych terminów, w przypadku kiedy zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia (art. 52 ust. 4 i 5, czyli jest to w dalszym ciągu odpowiednio 10 lub 5 dni).

Zmiany w zakresie zwrotu wadium

Ustawa z 5 listopada 2009 r. oraz ustawa z 2 grudnia 2009 r. wprowadziły zmiany do zasad zwracania przez zamawiającego wadium. Zmiany te były uzasadnione tym, że nie jest zasadne a ponadto stanowi znaczące obciążenie finansowe przetrzymywanie do chwili zawarcia umowy wadium wykonawców, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze. W związku z tym w art. 46 ust. 1 (w brzmieniu wynikającym z ustawy z 5 listopada) wprowadzony został obowiązek zwrotu przez zamawiającego, niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, wadium wszystkim wykonawcom z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Jeżeli chodzi o wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający jest obowiązany zwrócić mu wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano (art. 46 ust. 1a). W przypadku

zaś wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert zamawiający zwraca mu niezwłocznie wadium, na jego wniosek (art. 46 ust. 2). Może się zdarzyć, że w wyniku rozstrzygnięcia odwołania zostanie wybrana jako najkorzystniejsza oferta wykonawcy, któremu zwrócono wadium (gdyż oferta ta nie została pierwotnie oceniona jako najkorzystniejsza). Wówczas zamawiający powinien zażądać od tego wykonawcy ponownego wniesienia wadium, w terminie określonym przez zamawiającego (art. 46 ust. 3 w brzmieniu nadanym przez nowelizację z 2 grudnia).

Uregulowanie zawarte w art. 46 wynikające z ostatnich dwóch nowelizacji ma charakter kompletny i obejmuje wszystkie przypadki przewidziane w dotychczasowym stanie prawnym w przepisach art. 46 ust. 1 – 3, czyli dotychczasowe przypadki zwrotu wadium **z urzędu**, przewidziane w art. 46 ust. 1 pkt 1 – 2 (upływ terminu związania ofertą lub zawarcie umowy), oraz zwrotu wadium **na wniosek** na podstawie art. 46 ust. 2 pkt 2 – 3 (z uwagi na wykluczenie wykonawcy lub odrzucenie oferty). Nowa regulacja umożliwia wykonawcom odzyskanie środków pieniężnych albo zwrot dokumentów gwarancji lub poręczenia do ich wystawców, a tym samym wpływa pozytywnie na sytuację finansową oraz możliwość ubiegania się o inne zamówienia. Z powyższą zmianą związana jest zmiana w art. 85 ust. 4, zgodnie z którą obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia w związku z przedłużeniem terminu związania ofertą dotyczy wyłącznie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Postępowanie z wnioskiem o dopuszczenie do udziału złożonym po terminie

W związku z likwidacją instytucji protestu nowelizacja z 2 grudnia dokonuje zmian w zakresie art. 50 ust. 2 dotyczącym wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym, złożonych po upływie terminu na składanie wniosków. W przypadku zamówień podprogowych zamawiający niezwłocznie zwraca wniosek złożony po terminie (art. 50 ust. 2 zd. 1). W przetargu ograniczonym dotyczącym zamówienia „europejskiego” zamawiający jest obowiązany **niezwłocznie zawiadomić wykonawcę o złożeniu wniosku po terminie oraz zwrócić wniosek po upływie terminu na wniesienie odwołania**. Przepis ten ma zastosowanie również do innych postępowań obejmujących fazę składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (negocjacje z ogłoszeniem – art. 56 ust. 2 oraz dialog konkurencyjny – art. 60c ust. 2).

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej

Nowelizacja z 2 grudnia 2009 r. wdrażając postanowienia dyrektywy odwoławczej zmieniła art. 92 ustawy dotyczący zawiadamiania przez zamawiającego o podjętych przez niego czynnościach (wybór oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty, wykluczenie wykonawcy z postępowania). Zmiana ta polega na dodaniu w ust. 1 pkt 4, zgodnie z którym zamawiający jest obowiązany poinformować wykonawców, którzy złożyli oferty **o terminie, po upływie którego umowa w sprawie zamówienia może być zawarta**. Termin zawarcia umowy wynika z art. 94 ustawy w brzmieniu nadanym nowelizacją z 2 grudnia.

Nowy typ ogłoszenia – ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante – ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy

Nowelizacja z 2 grudnia wdrażając postanowienia dyrektywy odwoławczej (art. 3a) wprowadza możliwość (prawo, a nie obowiązek) publikacji przez zamawiających nowego typu ogłoszenia tzw. **ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante**. Możliwość ta dotyczy dwóch, niekonkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia, tj. negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki. Są to tryby, które nie są wszczynane publikacją ogłoszenia o zamówieniu, wyłącznie w okolicznościach dopuszczonych w ustawie. Co więcej, wybór przez zamawiającego niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia może być przedmiotem odwołania wniesionego przez wykonawcę, zarówno w przypadku zamówień podprogowych jak i „europejskich” (art. 180 ust. 1 oraz ust. 2).

Zgodnie ze znowelizowanymi przepisami publikacja nowego typu ogłoszenia jest możliwa:

- w przypadku zamówienia z wolnej ręki – po wszczęciu postępowania (art. 66 ust. 2),
- w przypadku negocjacji bez ogłoszenia – niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 62 ust. 2a).

Rozwiązanie to jest zgodne z przepisami dyrektywy odwoławczej. W związku z tym, że w trybie zamówienia z wolnej ręki wykonawca, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia, jest znany już na etapie wszczęcia tego postępowania, dopuszczalne jest w

świetle art. 3a lit. d dyrektywy odwoławczej, aby zamawiający mógł już po wszczęciu postępowania zamieścić ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Inaczej jest w przypadku negocjacji bez ogłoszenia. Ponieważ dyrektywa odwoławcza wymaga, aby ogłoszenie to zawierało „nazwę i dane kontaktowe wykonawcy, na rzecz którego została wydana decyzja o udzieleniu zamówienia” a dane te są znane dopiero po dokonaniu wyboru ofert najkorzystniejszej, w przypadku negocjacji z ogłoszeniem publikacja takiego ogłoszenia jest możliwa dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

I tak, art. 62 ust. 2a w brzmieniu nadanym przez nowelizację z 2 grudnia stanowi:

„2a Zamawiający, niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, może odpowiednio zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zawierające co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia;
- 3) uzasadnienie wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia;
- 4) nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano.”

Z kolei w przypadku zamówienia z wolnej ręki publikacja takiego ogłoszenia jest możliwa po wszczęciu postępowania. I tak, art. 66 ust. 2 ustawy w brzmieniu nadanym przez nowelizację z 2 grudnia stanowi, że zamawiający po wszczęciu postępowania, może odpowiednio zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zawierające co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia;
- 3) uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki;
- 4) nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia.

Dla zamówień o wartościach równych lub przekraczających progi europejskie właściwym miejscem publikacji jest, tak jak w przypadku innych ogłoszeń, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej. Wzór stosownego ogłoszenia określa *rozporządzenie Komisji (WE) Nr 1150/2009 z dnia 10 listopada 2009 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1564 w odniesieniu do standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG* (Dz. U. L 313 z 28.11.2009, s.3). Załącznik III do wspomnianego rozporządzenia określa właśnie wzór ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante. Ma ono zastosowanie zarówno do zamawiających „klasycznych” (objętych dyrektywą 2004/18) jak i sektorowych (dyrektywa 2004/17). W przypadku zamówień nieprzekraczających wartości progowych wzór ogłoszenia do publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych określa projekt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów **w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych** (wzór ogłoszenia stanowi załącznik nr 3 do rozporządzenia).

Podkreślić należy, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma charakter fakultatywny i jego zamieszczenie jest pozostawione uznaniu zamawiającego.

Nowe rozwiązanie ma umożliwić wykonawcom pozyskanie wiedzy w przedmiocie udzielania przez zamawiających zamówień w trybach **niepoprzedzonych publikacją ogłoszenia o zamówieniu**, w celu umożliwienia im ewentualnego zakwestionowania ich wyboru w przypadku, gdy nie zachodzą przesłanki do ich zastosowania. Z drugiej strony, zamieszczenie ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante chroni zamawiającego przed zawarciem umowy, która ewentualnie będzie mogła zostać unieważniona (patrz szerzej omówienie zmian do art. 146 ustawy) oraz skraca czas, w jakim potencjalni wykonawcy są uprawnieni do kwestionowania dokonanego przez zamawiającego wyboru trybu (art. 180 ust. 3 w brzmieniu nadanym przez nowelizację z 2 grudnia). Gdyby zamawiający nie opublikował takiego ogłoszenia termin do wniesienia odwołania dla wykonawców biegłby od dnia zamieszczenia w BZP albo dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **ogłoszenia o udzieleniu zamówienia** i wynosił odpowiednio 15 albo 30 dni (pod warunkiem, że zamawiający zamieścił lub opublikował ogłoszenie o udzieleniu zamówienia wraz z uzasadnieniem). W przypadku braku publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia lub niepełnej publikacji (tj. niezawierającej uzasadnienia wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki) termin do wniesienia odwołania biegnie od dnia zawarcia umowy i wynosi, w zależności od tego, czy jest to zamówienie „europejskie”, czy też

podprogowe, 6 miesięcy lub 1 miesiąc. O unieważnieniu umowy oraz terminach wnoszenia odwołań w świetle znowelizowanych przepisów jest mowa w odrębnych rozdziałach niniejszej publikacji. W tym miejscu trzeba zwrócić uwagę, że możliwość uchronienia się przed zamawiającego, który opublikował ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed ewentualnym unieważnieniem takiej umowy (art. 146 ust. 2) jest konsekwencją wdrożenia postanowień dyrektywy odwoławczej (art. 2d ust. 4). Zgodnie ze wspomnianym przepisem dyrektywy przepisy dotyczące uznawania umowy za bezskuteczną nie mają zastosowania, gdy spełnione zostaną łącznie następujące warunki:

1. zamawiający uważa, że udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE jest dopuszczalne w świetle dyrektywy 2004/18 lub 2004/17,
2. zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszenie, w którym wyraża zamiar zawarcia umowy z określonym wykonawcą, oraz
3. umowa nie została zawarta przed upływem okresu co najmniej 10 dni licząc od dnia następującego po publikacji tego ogłoszenia.

Innymi słowy, zawarta umowa nie powinna być uznana za bezskuteczną jeżeli zamawiający działa w dobrej wierze uznając że nie ma obowiązku opublikowania ogłoszenia o wszczęciu postępowania, publikuje ogłoszenie, w którym informuje o tym, że zamierza udzielić zamówienia określonemu wykonawcy oraz zastosuje się do wymogów związanych z klauzulą standstill (o czym szerzej w dalszej części tego rozdziału). To ostatecznie ma na celu umożliwienie innym wykonawcom, którzy byliby ewentualnie zainteresowani udziałem w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego wniesienie odwołania od decyzji zamawiającego o wyborze takiego a nie innego, konkurencyjnego, trybu udzielania zamówień.

Unieważnienie postępowania

Nowelizacja z 7 grudnia wprowadziła trzy zmiany w zakresie przesłanek unieważnienia postępowania. Są one przede wszystkim konsekwencją zmian w zakresie konstrukcji nieważności umowy, spowodowanej wdrażaniem postanowień dyrektywy odwoławczej i zastąpienia bezwzględnej nieważności umowy **nieważnością względną** (patrz omówienie art. 146 w rozdziale poświęconym nieważności umów). W związku z tym, że zgodnie ze

znowelizowanym art. 146 ustawy umowy w sprawie zamówień publicznych, zawarte z istotnym naruszeniem prawa, nie są nieważne, tak jak dotychczas, z mowy prawa, ale podlegają unieważnieniu przez Krajową Izbę Odwoławczą lub sąd okręgowy (inaczej wyrok KIO lub sądu ma w tym zakresie charakter konstytutywny nie zaś deklaratoryjny), konieczna była zmiana w art. 93 ust. 1 pkt 7. I tak, zamawiający jest obowiązany unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

„postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Inna zmiana w zakresie unieważnienia postępowania została wprowadzona w zakresie pkt 7 – w sytuacji, kiedy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Dodatkowo, nowelizacja z 2 grudnia wprowadziła jeszcze jedną, fakultatywną przesłankę unieważnienia postępowania.

I tak, zgodnie z art. 93 ust. 1a zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie zostały mu przyznane. Dla możliwości skorzystania z tej przesłanki niezbędne jest jednak, aby możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:

- 1) ogłoszeniu o zamówieniu – w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo licytacji elektronicznej, albo
- 2) zaproszeniu do negocjacji – w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, albo
- 3) zaproszeniu do składania ofert – w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę.

Korzystając z tej możliwości zamawiający, który nie ma jeszcze ostatecznej decyzji w sprawie przyznania środków, może wszcząć postępowanie o zamówienie publiczne,

informując jednak potencjalnych wykonawców o tym, że istnieje możliwość unieważnienia postępowania, w sytuacji gdyby środki nie zostały ostatecznie przyznane. Nowa fakultatywna przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajdzie zastosowanie w odniesieniu do zamówień współfinansowanych ze środków pochodzących z Unii Europejskiej. Często bowiem zamawiający wszczynają postępowania o udzielenie zamówienia, które mają być finansowane ze środków unijnych, jeszcze przed uzyskaniem ostatecznych decyzji w sprawie dofinansowania, co jest podyktowane koniecznością dotrzymania sztywnych terminów realizacji projektów. Jeśli umowa w sprawie dofinansowania projektu nie zostanie ostatecznie podpisana, zamawiający może nie być w stanie udzielić zamówienia ze środków własnych bez uszczerbku dla wykonywania innych swoich zadań. Dlatego niezbędne było wyraźne wskazanie możliwości unieważnienia postępowania w takich sytuacjach. Jednocześnie, celem zapewnienia pełnej przejrzystości, wprowadzony został obowiązek uprzedniego informowania wykonawców o możliwości takiego unieważnienia.

Termin „standstill”

Zgodnie z dyrektywą odwoławczą państwa członkowskie UE mają obowiązek zapewnienia **minimalnego odstępu czasu** pomiędzy poinformowaniem przez zamawiającego wykonawców uczestniczących w postępowaniu o zamówienie publiczne o decyzji w sprawie udzielenia zamówienia a zawarciem umowy (jest to tzw. zawieszenie typu standstill, ang. *standstill period*). Celem tego wymogu jest umożliwienie wykonawcom, którzy nie zgadzają się z podjętą przez zamawiającego decyzją, skorzystania z przysługujących im środków odwoławczych. Dyrektywa odwoławcza określa **minimalne wymagania dotyczące długości okresu pomiędzy notyfikacją decyzji o wyborze oferty a zawarciem umowy**. I tak, umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może zostać, zgodnie z dyrektywą zawarta przed upływem **10 dni** od dnia następującego po dniu, w którym decyzja o udzieleniu zamówienia została wysłana do zainteresowanych oferentów lub kandydatów, jeżeli decyzja była wysłana faksem lub drogą elektroniczną lub **15 dni**, jeżeli została wysłana w inny sposób. Państwa członkowskie mogą także stanowić, że zawarcie umowy nie będzie mogło nastąpić przed upływem **10 dni** od dnia, w którym zainteresowani oferenci lub kandydaci otrzymali decyzję zamawiającego. Na potrzeby tego przepisu oferenci są uznawani za zainteresowanych, jeżeli nie zostali ostatecznie wykluczeni z udziału w postępowaniu. Wykluczenie jest ostateczne,

jeżeli zostało notyfikowane zainteresowanym oferentom i zostało uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie podlega już możliwości zaskarżenia (gdyż upłynął termin do wniesienia odwołania). Kandydatów uważa się zaś za zainteresowanych, jeżeli zamawiający nie udostępnił im informacji o odrzuceniu ich wniosków o udział w postępowaniu przed poinformowaniem zainteresowanych oferentów o decyzji w sprawie udzielenia zamówienia.

W celu wdrożenia instytucji standstill, tj. minimalnego okresu zawieszenia dopuszczalności zawarcia umowy po zawiadomieniu wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej nowelizacja z 2 grudnia 2009 r. nadaje nowe brzmienie art. 94 ustawy. I tak, stosownie do znowelizowanego przepisu art. 94 ust. 1 zamawiający może zawrzeć umowę w terminie:

- **10 dni** od przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, jeżeli zawiadomienie zostało przesłane za pomocą środków, o których mowa w art. 27 ust. 2 (a więc faksem lub drogą elektroniczną) albo

- **15 dni** od przesłania tego zawiadomienia w inny sposób (np. za pośrednictwem operatora świadczącego usługi pocztowe).

Wyżej wymienione terminy dotyczą postępowań w sprawie zamówień publicznych o wartościach „europejskich”, czyli takich, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Dla zamówień podprogowych termin zawieszenia wynosi:

- 5 dni licząc od przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, jeżeli zawiadomienie zostało przesłane za pomocą środków, o których mowa w art. 27 ust. 2 (a więc faksem lub drogą elektroniczną) albo

- 10 dni licząc od przesłania tego zawiadomienia w inny sposób.

Wyjątki od standstill

W pewnych przypadkach, np. w sytuacji, kiedy jest tylko jeden wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, brak jest więc innych podmiotów, który ewentualnie mogłyby kwestionować wybór zamawiającego, utrzymywanie zawieszenia możliwości zawarcia umowy jest niecelowe. Dyrektywa odwoławcza przewiduje więc w art. 2b szereg sytuacji,

kiedy dopuszczalne jest wcześniejsze zawarcie umowy. Są to wyjątki od tzw. klauzuli *standstill*. Zostały one transponowane do ustawy w postaci znowelizowanej ustawą z 2 grudnia art. 94 ust. 2.

I tak, zamawiający może zawrzeć umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 94 ust. 1 (terminu *standstill*), jeżeli:

- 1) w postępowaniu w przypadku trybu przetargu nieograniczonego złożono jedną ofertę, a w trybach, w których w pierwszym etapie wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu również wtedy, gdy złożono jedną ofertę, oraz w przypadku wykluczenia wykonawcy, gdy upłynął termin na wniesienie odwołania albo odwołanie takie zostało rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO);
- 2) umowa dotyczy zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w ramach dynamicznego systemu zakupów albo na podstawie umowy ramowej;
- 3) w postępowaniach poniżej tzw. „progów unijnych” w trybie przetargu nieograniczonego albo zapytania o cenę nie wykluczono żadnego wykonawcy i nie odrzucono żadnej oferty, a w trybach, w których składane są wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie odrzucono żadnej oferty i nie wykluczono żadnego wykonawcy albo jeżeli wykluczono wykonawcę i upłynął termin na wniesienie odwołania lub zostało ono rozstrzygnięte przez KIO;
- 4) w postępowaniach prowadzonych w trybie licytacji elektronicznej, z wyjątkiem sytuacji, gdy wykluczony został wykonawca i nie upłynął jeszcze termin na wniesienie odwołania albo nie zostało ono rozpatrzone przez KIO.

Wyjątki od obowiązku zachowania przez zamawiającego terminu, który musi upłynąć, aby można było zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, przewidziane w pkt 1 i 2 odpowiadają przesłankom wskazanym w dyrektywie. Sytuacja, o której mowa w pkt 1 to sytuacja, w której jest tylko jeden zainteresowany wykonawca, ponieważ w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonym złożono tylko jedną ofertę zaś w postępowaniu, w którym pierwszym etapem jest składanie przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (przetarg ograniczony, dialog konkurencyjny, negocjacje z ogłoszeniem) również wtedy kiedy złożono tylko jedną ofertę oraz w przypadku wykluczenia wykonawcy, gdy upłynął termin na wniesienie odwołania albo odwołanie takie zostało rozpoznane przez KIO. Przesłanka z pkt 2 dotyczy sytuacji, kiedy nie jest, zgodnie z

ustawą, konieczna publikacja ogłoszenia o zamówieniu, czyli w sytuacji kiedy zamawiający zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia oraz udziela zamówień w ramach systemu zamówień dynamicznych lub umowy ramowej. Co do sytuacji z pkt 3 i 4 – dotyczą one zamówień podprogowych, a więc zamówień w stosunku do których zachodzi ograniczone uprawnienie do wnoszenia odwołań. Biorąc to pod uwagę niecelowe byłoby utrzymywanie zakazu zawarcia umowy również w takich sytuacjach. Obowiązek zachowania okresu standstill nie zachodzi ponadto w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki, gdyż w tym trybie nie jest zamawiającemu składana oferta oraz nie jest dokonywany wybór oferty najkorzystniejszej, a tym samym nie ma terminu, od którego należałoby liczyć standstill.

Badanie i ocena ofert

Nowelizacja z 2 grudnia 2009 r. wprowadza zmiany w zakresie przepisu dotyczącego badania i oceny ofert w sytuacji, kiedy wykonawca, którego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą:

- uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub
- nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należnego zabezpieczenia umowy, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia umowy, o których mowa w art. 93 ust. 1 (art. 94 ust. 3).

W takiej sytuacji zamawiający może dokonać wyboru kolejnej oferty spośród pozostałych bez konieczności nie tylko ich ponownej oceny, ale również i badania. W dotychczasowym stanie prawnym poprzednio obowiązujący art. 94 ust. 2 zezwalał zamawiającemu tylko na zaniechanie ponownej oceny ofert, ale nie już badania. Zmiana ta była podyktowana tym, że badanie oferty pod względem formalnoprawnym poprzedza jej ocenę i jest dokonywane zawsze przy wyborze oferty najkorzystniejszej, stąd też niecelowe jest powtarzanie tych czynności w sytuacji dokonywania wyboru oferty po raz drugi.

OPINIE PRAWNE

Odrzucenie oferty

- I. Ocena zgodności treści oferty z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna zostać dokonana z uwzględnieniem całej treści złożonej oferty. Jeżeli w wyniku dokonanej analizy oraz z kontekstu wszystkich postanowień zawartych w ofercie będzie wynikało, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta taka będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych.
Jednocześnie należy zauważyć, iż wymóg zapewnienia zgodności treści oferty z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie oznacza, iż w ofercie muszą znaleźć się dokładnie takie same słowa, jakie znajdują się w specyfikacji. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- II. Wypełniony przez wykonawcę wzór umowy stanowi integralną część oferty. W związku z powyższym, w przypadku stwierdzenia niezgodności treści dołączonego do oferty wzoru umowy z treścią wzoru umowy stanowiącej integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta taka będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych.
O niezgodności pomiędzy wzorem umowy stanowiącym załącznik do treści oferty a specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie przesądza posłużenie się odmiennymi sformułowaniami. W każdym przypadku należy bowiem badać całokształt treści złożonej oferty.
- III. Załączenie dokumentów, które nie były wymagane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest co do zasady bezprzedmiotowe. Nie może jednak stanowić podstawy do odrzucenia złożonej przez wykonawcę oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W tym zakresie w pełni zasługuje na aprobatę stanowisko Zespołu Arbitrów zaprezentowane w wyroku z dnia 18 czerwca 2004 r.

(sygn. akt UZP/ZO/0-877/04), zgodnie z którym: uchybienie w treści specyfikacji musiałoby być merytoryczne i istotne, aby mogło być przyczyną uzasadniającą odrzucenie oferty. Nieistotne uchybienia czy uchybienia formalne nie spełniają przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W szczególności przyczyną odrzucenia oferty nie może być okoliczność załączenia przez wykonawcę dodatkowych dokumentów – niewymaganych przez zamawiającego – potwierdzających spełnienie warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp). Warto również wskazać na treść przepisu art. 36 ust. 1 pkt 9 Pzp, który daje zamawiającemu możliwość żądania od wykonawców dostarczenia określonych dokumentów, ale nie zawiera, jak i cały przepis art. 36 ust. 1 Pzp, zakazu dostarczenia dodatkowych dokumentów przez wykonawcę.

W przypadku, w którym z treści dodatkowej dokumentacji wynika jednak, iż informacje tam zawarte, mogą mieć znaczenie dla prowadzonego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, należy wziąć je pod uwagę. W związku z tym zamawiający powinien wyjaśnić konsekwencje wynikające z informacji, które są zawarte w dodatkowych dokumentach.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 3-8 ustawy Pzp Przykłady nieprawidłowości stwierdzonych podczas kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.²

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający dokonuje oceny złożonych ofert przede wszystkim przez pryzmat spełniania przez nie wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Prowadzone przez niego badanie i ocena ofert musi mieć jednak szerszy zakres i prowadzić do wyeliminowania ofert naruszających przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i innych przepisów prawa. Oferta uchybiająca przedmiotowym warunkom zamówienia nie może być przyjęta, nawet gdyby z innych względów była ofertą najkorzystniejszą. Odrzucenie wadliwej oferty jest konieczne, aby następnie już z jej pominięciem doszło do merytorycznego porównania ofert celem wyboru najkorzystniejszej dla zamawiającego oferty. W przeciwnym wypadku rzetelne porównanie ofert nie byłoby możliwe i istniałoby ryzyko naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ustawodawca wyraźnie wskazał przesłanki, których zaistnienie skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Katalog ten ma charakter zamknięty, co oznacza, że niemożliwe jest odrzucenie oferty z innych przyczyn czy też bez podania przyczyny. Jako działanie bez podstawy prawnej stanowiłoby to bowiem rażące naruszenie ustawy, którego konsekwencją mogłaby być nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza wyrok KIO z dnia 9 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 772/09), w którym Izba podkreśla, że czynność odrzucenia oferty jest czynnością powodującą istotne skutki dla wykonawcy, którego czynność ta dotyczy, jak i dla zamawiającego, bowiem często przesądza o odmiennym wyniku postępowania. Zatem odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w art. 89 ust.1 ustawy Pzp, które zamawiający ma obowiązek wykazać.

² Nieprawidłowości stwierdzone podczas kontroli Prezesa UZP dotyczące odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp omówiono w Informatorze nr 5.

Wskazany przepis ma charakter obligatoryjny i rodzi po stronie wykonawcy obowiązek odrzucenia oferty w przypadku zaistnienia jednej z poniższych przesłanek:

- 1) Oferta jest niezgodna z ustawą;
- 2) Jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- 3) Jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) Zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) Została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;
- 6) Zawiera błędy w obliczeniu ceny;
- 7) Wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3;
- 8) Jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Ad. 1) Pierwsza z ww. przesłanek stanowi, że zamawiający jest obowiązany odrzucić ofertę w przypadku, gdy jest ona niezgodna z ustawą. Jak wskazuje się w orzecznictwie, pojęcie „ustawa” użyte przez ustawodawcę w art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp odnosi się do ustawy Prawo zamówień publicznych (np. wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2009 r., sygn. KIO/UZP 367/09), przepisów wydanych na jej podstawie oraz przepisów aktów prawnych, do których ustawa się odwołuje, np. Prawo budowlane, kodeks cywilny (np. wyrok SO w Warszawie z dnia 3 września 2004 r., sygn. V Ca 1738/04). Za niezgodne z ustawą uznaje się w pierwszej kolejności oferty naruszające zasady udzielania zamówień publicznych zawarte w art. 7 – 9 ustawy. Przykładowo za ofertę niezgodną z ustawą należy uznać ofertę naruszającą wyrażone w art. 9 ust. 1 i 2 zasady pisemności postępowania oraz prowadzenia postępowania w języku polskim.

Należy jednak pamiętać, że zgodnie z art. 9 ust. 3 Pzp zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane. Jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 23 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 698/08), „obowiązek złożenia oferty w języku polskim nakłada na wszystkich wykonawców Pzp w art. 9 ust. 2 i jest to norma bezwzględnie obowiązująca. Należy przy tym

podkreślić, że nawet gdyby siwz nie zawierała wymogu złożenia oferty w języku polskim, obowiązek ustawowy prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, w tym składania ofert w tym języku, wiąże strony. Norma z art. 9 ust. 3 Pzp dopuszcza wprawdzie wyjątek, ale wymaga zgody zamawiającego (...). Przepis art. 9 ust. 2 Pzp nie tylko zawiera normę prawną o charakterze bezwzględnie obowiązującym, lecz jest też przepisem kazuistycznym, co nie pozwala na jego odmienną interpretację (...) Oznacza to, że wszelkie dokumenty i oświadczenia składane w toku procedury są sformułowane w języku polskim.” W tym miejscu należy przypomnieć, że zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.), dokumenty sporządzone w języku obcym powinny być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez wykonawcę (o ile zamawiający nie wyraził zgody, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższe zasady należy odnieść również do pełnomocnictwa, które zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1534/08) powinno być udzielone w formie pisemnej oraz sporządzone w języku polskim, lub - w przypadku sporządzenia pełnomocnictwa w języku obcym, wykonawca powinien dołączyć jego tłumaczenie na język obcy.

Innym przykładem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jest złożenie oferty w postaci elektronicznej, jeżeli zamawiający nie dopuścił składania ofert w takiej postaci. Jak wynika z art. 75 § 1 kodeksu cywilnego w przypadku, gdy ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną pod rygorem nieważności, czynność dokonana bez zachowania tej formy jest bezwzględnie nieważna. Zgodnie z dyspozycją art. 82 ust. 2 Pzp, ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej, albo za zgodą zamawiającego w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Forma pisemna jest zgodnie z art. 78 § 1 kodeksu cywilnego zachowana pod warunkiem złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Oferta powinna być zatem podpisana przez osobę upoważnioną do złożenia oferty w imieniu wykonawcy.

Zgodnie z orzecnictwem Sądu Najwyższego konieczność własnoręczności podpisu wynika z tego, że przy podpisie chodzi o udokumentowanie nie tylko brzmienia nazwiska, ale także i charakteru pisma, by w ten sposób ułatwić orientację w rozpoznaniu osoby (np. wyrok SN z dnia 8 maja 1997 r. sygn. akt CKN 153/97). Obowiązek złożenia na ofercie własnoręcznego przepisu podkreśla również KIO, która w wyroku z dnia 15 maja 2009 r.

(sygn. akt KIO/UZP 575/09, 595/09) podkreśliła, że dla zachowania wymogu własnoręczności podpis musi być złożony osobiście. Zatem faksymile, które może być odcisnięte na dokumencie przez inną osobę nie jest podpisem, a jedynie jego kopią, co oznacza, że nie spełnia warunku własnoręczności, o którym mowa w art. 78 § 1 k.c. Skutkiem niedochowania formy pisemnej jest odrzucenie oferty.

Należy jednocześnie podkreślić, że zgodnie z linią orzeczniczą Sądu Najwyższego, nie stanowi przesłanki do odrzucenia oferty opatrzenie jej nieczytelnym podpisem, zwłaszcza w przypadku gdy obok podpisu przystawiono pieczętę zawierającą imię i nazwisko osoby podpisującej ofertę, gdyż dane te pozwalają jednoznacznie na zidentyfikowanie osoby składającej oświadczenie woli (uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba cywilna z 30 grudnia 1993 r. – III CZP 146/93).

Ofertą niezgodną z ustawą jest także oferta naruszająca wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak podkreśla się w doktrynie za uchybienie takie należy uznać żądanie poufności danych zawartych w ofercie lub żądanie ograniczenia kręgu osób, którym oferta może być udostępniana.³ Należy wskazać, że zgodnie z linią orzeczniczą zapoczątkowaną uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. III CZP 74/05) „wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania nie przesądza o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka powinna być przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z tym że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym orzeczeniem zakazu ich udostępniania.” Powyższa teza podtrzymywana jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z dnia 5 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 114/09, 116/09, wyrok z dnia 18 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 544/08 sygn. akt KIO/UZP 548/08 sygn. akt KIO/UZP 549/08 sygn. akt KIO/UZP 550/08, wyrok z dnia 29 czerwca 2009r., sygn. akt 748/09).

³ M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *W. Dzierżanowski*, Prawo zamówień publicznych. *Komentarz*, LEX, 2007

Ad. 2) Instytucja odrzucenia oferty w przypadku niezgodności jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia została omówiona w 5 numerze Informatora.

Ad. 3) Kolejną przyczyną obligatoryjnego odrzucenia oferty jest, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp sytuacja, w której oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten stanowi konkretyzację wyrażonego w art. 7 ust. 1 ustawy obowiązku prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Pojęcie „czyny nieuczciwej konkurencji” nie zostało zdefiniowane w sposób odrębny na użytek Prawa zamówień publicznych, wobec czego zastosowanie do niego będzie miał art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503), który określa czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ustępie 2 ww. przepisu wskazano przykładowo, że czynami nieuczciwej konkurencji są m.in.: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

W wyroku z dnia 11 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 532/09) KIO wskazuje, że podstawowym celem ww. ustawy, wyrażonym w art. 15 jest ochrona wolnego dostępu do rynku przedsiębiorców, który stanowi immanentną cechę konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji). Izba podkreśla, że wolny dostęp do rynku oznacza swobodę podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej i może być ograniczony wyłącznie przez władzę publiczną ale także przez samych przedsiębiorców korzystających z autonomii prywatnej, w tym z zasady swobody umów (art. 3531 k.c.). Z istoty nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku, w szczególności z opisu przykładowych działań określonych w art. 15 ww. ustawy wynika, że wszystkie czyny nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku mogą być popełnione tylko świadomie (celowo), z winy umyślnej. Dla skutecznego postawienia przedsiębiorcy zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest zatem wykazanie, iż podejmując określone działanie, miał on

zamiar utrudnienia dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy. W dalszej części uzasadnienia wyroku członkowie Izby wskazali ponadto, że nieuczciwe utrudnianie dostępu do rynku może polegać w szczególności na:

- zachowaniu, które z natury swojej służy nieuczciwemu utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku - środki przymusu fizycznego, psychicznego i ekonomicznego,
- użyciu środków, które najczęściej są uznawane za czyny nieuczciwej konkurencji, polegające na dezorganizacji przedsiębiorstwa, wypowiedziach szkodzących innemu przedsiębiorcy - pomawianiu (oczernianiu), nakłanianiu do bojkotu oraz zarobkowym wprowadzaniu na rynek urządzeń i usług niedozwolonych, a także
- użyciu typowych środków walki konkurencyjnej, takich jak: wykup surowców, zaniżanie cen, zróżnicowane traktowanie klientów, czy też reklama porównawcza, które, co do zasady są dozwolone, natomiast przy spełnieniu szczególnych przesłanek nieuczciwości mogą stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

W oparciu o powyższą definicję KIO uznała, że działaniem w ramach dozwolonej konkurencji, zgodnym z prawem i dobrymi obyczajami jest złożenie przez przedsiębiorcę oferty - w celu uzyskania danego zamówienia, pomimo że zawiera ona konkurencyjne warunki wykonania zamówienia w postaci np. ceny niższej od cen zaoferowanych przez konkurencję (czasem nawet ceny niższej od kosztów produkcji), korzystnych warunków płatności, warunków dostawy towarów itp. chyba, że zostanie wykazane, iż przedsiębiorca działa w celu utrudnienia dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców. Należy tutaj podkreślić, że ciężar takiego dowodu, zgodnie z art. 6 kc będzie w tym przypadku spoczywał na zamawiającym, stosującym powyższą przesłankę, jako podstawę odrzucenia oferty.

Za czyn nieuczciwej konkurencji nie można również, zdaniem KIO uznać korzystania przez przedsiębiorstwo z wypracowanej przez siebie pozycji na rynku, o ile nie stosuje niedozwolonych praktyk. Zakaz nadużywania pozycji dominującej, jako praktyka ograniczająca konkurencję w rozumieniu art. 9 ustawy o z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) odnosi się do przedsiębiorcy, który posiada pozycję umożliwiającą mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym tj. w szczególności posiadającego udział w rynku właściwym powyżej 40 %, przy czym przez rynek właściwy należy rozumieć (generalnie) rynek towarów oferowanych na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone

warunki konkurencji (zob. wyrok KIO z dnia 13 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 249/09). Podobnie naturalnym jest, że wykonawca będący członkiem grupy, dysponuje większymi możliwościami w zakresie obniżania kosztów własnych, nabycia materiałów, sprzętu, korzysta bowiem z wypracowanego przez grupę know-how i pozostałych dobrodziejstw własności przemysłowej, np. rozpoznawalność znaku towarowego. Korzystanie z tych możliwości nie może być uznane za niezgodne z prawem, wynika bowiem z samych cech rynku konkurencyjnego i jest elementem swoistej walki o pozycję na danym rynku przez przedsiębiorców danej branży. Powyższe stanowisko potwierdza KIO w wyroku z dnia 28 marca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 226/08).

Kolejną praktyką naruszającą uczciwą konkurencję, specyficzną dla rynku zamówień publicznych jest „zmowa przetargowa”, określona w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* jako porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Przykładem takiego działania jest celowe zaniechanie uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów przez jednego z wykonawców pozostających w zmowie, tak, aby doprowadzić do wyboru oferty innego wykonawcy, oferującego wyższą cenę. W celu ograniczenia tej praktyki, nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 4 września 2008 r. wprowadzono art. 46 ust. 4a nakazujący zamawiającym zatrzymać wadium, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złoży brakujących dokumentów lub oświadczeń. Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 17 listopada 2008 r. (sygn. akt SK/62/08) „środek ten jest niezbędny dla bezpośredniej ochrony interesu publicznego. Środek dolegliwy, ale pozostający w odpowiedniej proporcji do celów i wartości, których ochrona uzasadnia dokonanie ograniczenia. Ograniczenie prawa majątkowego, o którym mowa w zaskarżonym przepisie, jest zatem konieczne dla zagwarantowania interesu publicznego a także wolności i praw innych osób, przede wszystkim zagwarantowania uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.” Należy tutaj zauważyć, że zmowa przetargowa narusza interesy zarówno innych wykonawców, którzy w warunkach uczciwej konkurencji mieliby szansę na uzyskanie zamówienia, jak i zamawiającego, narażając go na poniesienie strat finansowych w związku z koniecznością poniesienia zawyżonych kosztów realizacji zamówienia, celowe jest zatem

podejmowanie wszelkich możliwych środków zapobiegających zaistnieniu tego procederu. Często jednak jest to okoliczność trudna do udowodnienia. Należy bowiem mieć na uwadze, że zmowy przetargowej nie można utożsamiać ze złożeniem ofert przez wykonawców, którzy pozostają ze sobą w powiązaniu rodzinnym, technicznym organizacyjnym czy gospodarczym. Jak podkreśla KIO m.in. w wyroku z dnia 15 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 682/09) ta okoliczność nie stanowi jeszcze czynu nieuczciwej konkurencji i nie skutkuje odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Konieczne byłoby udowodnienie istnienia między takimi wykonawcami porozumienia, mającego na celu wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku.

Podobne stanowisko zajmuje Izba w odniesieniu do zaoferowania towarów lub usług poniżej kosztów ich zakupu lub wytworzenia w wyroku z dnia 5 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 551/08). W ocenie Izby nie jest to jeszcze wystarczająca przesłanka do zakwalifikowania danego działania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Do wypełnienia hipotezy normy art. 15 ust. 1 pkt 1 *ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* niezbędne jest zaistnienie sytuacji utrudniania przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż m.in. usług poniżej kosztów świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. KIO wskazuje, że utrudnianie dostępu do rynku pokrywa się z pojęciem „utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej”. Zaś, o sprzedaży poniżej kosztów świadczenia możemy mówić w okolicznościach, gdy sprzedaż nastąpiła poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu. Nie mają w tym kontekście żadnego znaczenia koszty przeciętne ponoszone przez konkurentów, czy tym bardziej, koszty ponoszone przez przedsiębiorcę dotkniętego tym czynem. Sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, iż do transakcji doszło w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Tak więc, dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów, dokonywana w innym celu, którym w szczególności może być próba wejścia na rynek. W takich wypadkach odniesiony uboczny skutek, nawet w postaci wyeliminowania przedsiębiorcy nie będzie miał znaczenia.

Warunkiem realizacji wskazanej przesłanki celu jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym ten zamiar urzeczywistnić. Zasadniczo warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która oznacza, że nie spotyka się on z istotną konkurencją na rynku krajowym lub lokalnym. W przedmiotowym wyroku Izba wskazuje również, że odmiennie niż ma to miejsce w przypadku ustalania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, na etapie badania ofert to nie

wykonawcę obciąża obowiązek wykazania, iż oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a tym bardziej wyjaśnienia składanie w trybie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie mogą być przesadzające w tej sprawie, z tego powodu chociażby, że zostały złożone w innym celu. W ww. orzeczeniu KIO zwraca ponadto uwagę, iż nieuprawniona jest próba utożsamiania czynu nieuczciwej konkurencji z pojęciem rażąco niskiej ceny, gdyż ustawodawca w sposób wyraźny dokonał rozróżnienia tych pojęć.

Ad.4) Przesłanka rażąco niskiej ceny została wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zarówno w prawie polskim jak i europejskim brak jest legalnej definicji tego pojęcia. W orzecznictwie na ogół przyjmuje się rozumienie pojęcia „rażący” jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezstronny. A zatem oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty bezsporny sposób zaniżoną (np. wyrok z dnia 31 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 906/09). Jak wynika z orzecznictwa KIO i Zespołu Arbitrów można przyjąć, że punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być w szczególności:

- 1) wartość zamówienia ustalona należycie przez zamawiającego i powiększona o VAT;
- 2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców;
- 3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia.

Należy tu wyraźnie wskazać, że orzecznictwo nie wypracowało jednolitego stanowiska, jaka różnica między cenami ofert wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej, wskazuje jedynie, iż sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji jest automatyczne wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, uznawanie za rażąco niskie cen poniżej pewnego poziomu, np. tańszych o więcej niż 10 % od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego (np. wyrok z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1511/08).

W sytuacji uzasadnionych wątpliwości co do rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający jest zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Ustęp 2 ww. przepisu wskazuje przykładowo obiektywne czynniki jakie powinny być brane pod uwagę przez zamawiającego przy ocenianiu wyjaśnień. Jednak jak zauważono w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r. (sygn. akt X Ga 127/08) „właściwie to zamawiający na etapie wstępnego

badania ofert ocenia, czy w jego przekonaniu cena przedstawiona w ofercie nie nosi takiego charakteru. W czasie takiego wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje, czy składniki ceny zamawiający, który nabierze podejrzeń, czy przypuszczeń co do zbyt niskiej ceny proponowanej przez wykonawcę ceny wszczyna procedurę wyjaśnienia. Tak więc już od samego początku oceny proponowanych w ofertach cen widocznym jest, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest pojęciem subiektywnym, zależnym od indywidualnej oceny zamawiającego.” Uzasadnione podejrzenie, że oferta zawiera rażąco niską cenę może zatem stanowić przesłankę do wszczęcia postępowania wyjaśniającego, nie może natomiast w żadnym wypadku skutkować automatycznym odrzuceniem oferty. Zamawiający jest obowiązany każdorazowo dokonać analizy konkretnej sytuacji i odnieść ją do przedmiotu zamówienia. Powyższe potwierdza KIO w wyroku z dnia 4 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 185/09), w której Izba zwraca uwagę, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia "rażąco niskiej ceny", ani nie wskazuje, jakie kryteria należy wziąć pod uwagę dokonując kwalifikacji ceny do przedmiotowej kategorii pojęciowej. Wyraźnie więc z tego wynika, że intencją ustawodawcy było dokonanie analizy ceny z uwzględnieniem warunków danego zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp). Zdaniem Izby, gdyby wolą ustawodawcy było odniesienie ceny do jednego, z góry określonego kryterium, czy też kryteriów, biorąc pod uwagę racjonalność ustawodawcy, stworzony zostałby zamknięty katalog cech kwalifikujących cenę jako rażąco niską.

Ad.5) Kolejną okolicznością skutkującą odrzuceniem oferty jest wyrażona w art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp sytuacja złożenia oferty przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. W odniesieniu do powyższego przepisu należy wskazać, że w zależności od trybu prowadzonego postępowania mogą mieć miejsce dwie, wyraźnie rozróżnione w ustawie sytuacje. Pierwsza odnosi się do postępowań jednoetapowych (np. przetarg nieograniczony), gdzie wykonawcy wraz z ofertą składają dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Brak spełniania warunków udziału w postępowaniu skutkuje wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu i uznanie oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Artykuł 89 ust. 1 pkt 5 ustawy odnosi się natomiast do sytuacji, gdy złożenie oferty przez wykonawcę nastąpiło już po jego wykluczeniu (zob. np. wyrok z dnia 8 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 387/08), co możliwe jest w przypadku trybów wieloetapowych (przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, czy negocjacje bez ogłoszenia), gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert złożonych przez wykonawców

zaproszonych do składania ofert. Jednak jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 3 kwietnia 2008r. (sygn. akt KIO/UZP 250/08) w praktyce ww. przepis jest często stosowany również w przypadku przetargu nieograniczonego dla potwierdzenia, iż zamawiający w pierwszej czynności wykluczył wykonawcę, a następnie odrzucił jego ofertę. W przedmiotowym wyroku KIO uznała, że takie działanie nie narusza przepisów ustawy.

Ad. 6) Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zamawiający obligatoryjnie odrzuca także ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny.

Ustawa nie zawiera definicji legalnej błędu w obliczeniu ceny. Zatem, zgodnie z odesłaniem zawartym w art. 14 Pzp, należy go rozpatrywać jako wadę oświadczenia woli w rozumieniu kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 84 § 2 kc można powoływać się na błąd istotny, czyli uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści. Jak podkreśla się w doktrynie w praktyce chodzi z reguły o błąd co do faktu, polegający na fałszywym wyobrażeniu nie tyle o samej treści oświadczenia woli, ile o innych składnikach czynności prawnej⁴

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 447/09), o błędzie w obliczeniu ceny można mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika z siwz. Chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje zamawiający. Błąd w obliczeniu ceny polega zatem na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikających np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, co, jak podkreśla KIO np. w wyroku z dnia 9 kwietnia 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 257/08, 258/08), odróżnia go od omyłki rachunkowej, przez którą należy rozumieć taki błąd popełniony przez wykonawcę w obliczeniu ceny, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. W stanie prawnym obowiązującym przed nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. podstawę odrzucenia oferty stanowiła obok błędu w obliczeniu ceny również omyłka rachunkowa, której nie można było poprawić na podstawie art. 88, enumeratywnie wyliczającego katalog omyłek obliczeniu ceny możliwych do poprawienia przez

⁴ Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod red. T. Czajkowskiego, Warszawa 2007, s. 300.

zamawiającego. Został on w drodze nowelizacji uchylony, co, jak wynika z uzasadnienia do projektu nowelizacji miało przyczynić się do usprawnienia procedury udzielania zamówień publicznych oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. W obecnym stanie prawnym wskazuje się jedynie w treści art. 87 ust. 2 rodzaje omyłek, jakie zamawiający ma obowiązek poprawić w treści oferty, wymieniając wśród nich oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią siwz, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Według stanowiska KIO wyrażonego w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r. (KIO/UZP 62/09) dla zdefiniowania „oczywistości” omyłki rachunkowej powinno mieć wypracowane wcześniej stanowisko orzecznictwa i doktryny w zakresie oczywistej omyłki pisarskiej. Omyłka może być zatem uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, niebudząca wątpliwości.

Jak podkreśla KIO w innym wyroku z dnia 20 kwietnia 2009 r. (KIO/UZP 446/09), aby odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, w pierwszej kolejności należy ustalić, czy treść oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z jakich przyczyn, czy jest to wynikiem błędu, a jeżeli tak, to czy błąd kwalifikuje się do poprawy w trybie art. 89 ust. 2 Pzp. Odrzucenie oferty bez dokonania jej poprawy w sytuacji, gdy jest ona możliwa i dopuszczalna stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

W kolejnym orzeczeniu z dnia 29 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 918/09) KIO zwróciła uwagę, że błędy w obliczeniu ceny oferty, o których stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, to błędy nie tylko w stosunku do opisu zawartego w siwz, ale przede wszystkim, błędy w rozumieniu powszechnie obowiązujących przepisów prawnych, regulujących sposób obliczania ceny dostaw, usług czy robót budowlanych. Najczęściej wskazywanym w piśmiennictwie błędem w obliczeniu ceny jest zastosowanie przez wykonawcę niewłaściwej stawki podatku VAT. Zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r., „prawidłowość ustalonej i zastosowanej przez wykonawcę stawki podatku VAT podlega sprawdzeniu przez zamawiającego, wobec jego obowiązku odrzucenia ofert z błędami w obliczeniu ceny, czyli, jak wskazano wyżej, również z błędnie obliczonym podatkiem VAT”. Działania jego jednak nie mogą pozostawać w sprzeczności z przepisami ustawy o VAT i ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r., nr 8, poz. z późn. zm.). Jak bowiem podkreśla KIO w innym wyroku, z dnia 20 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 917/09), „ustawa Pzp nie stanowi jakichś szczególnych uprawnień dla zamawiającego w tym zakresie. Skoro tak, to uznać należy, że zamawiającemu przysługuje

tyle uprawnień, ile wynika z ustaw podatkowych. Jak wskazano wyżej, to wystawca faktury, a więc wykonawca określa stawkę podatku VAT, a odbiorcy przysługuje jedynie prawo do odliczenia kwoty tego podatku (podatek naliczony). Z powyższego zatem nie wynika prawo do korygowania czynności wykonawcy dotyczących stawki podatku VAT”. Stanowisko zamawiającego w przedmiocie stawki podatku VAT, nawet jeśli zostało wyrażone w siwz, nie ma charakteru wiążącego dla wykonawcy. W dalszej części uzasadnienia KIO podnosi, że sytuacja powyższa mogłaby ulec zmianie, gdyby zamawiający dysponował interpretacją indywidualną w rozumieniu przepisu art. 14b ustawy Ordynacja podatkowa. Zatem, jeśli zamawiający nie dysponuje interpretacją indywidualną nie jest uprawniony do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego, a tym bardziej zobowiązania wykonawców do zastosowania się do jej treści. Interpretacja, stanowiąc ocenę stanowiska wnioskodawcy, w istocie stanowi podstawę do podjęcia określonych decyzji przez podatnika, a zastosowanie się do niej nie może szkodzić wnioskodawcy (art. 14k § 1 ustawy Ordynacja podatkowa). Zatem, organy podatkowe, jak i organy kontroli skarbowej nie mogą obciążać negatywnymi konsekwencjami wykonawcy, który przyjął za prawidłowe stanowisko wynikające z interpretacji. Z tego też względu KIO, rozpatrując sprawę o sygn. akt 918/08, uznała za zgodne z przepisami ustawy odrzucenie oferty o stawce VAT odmiennej niż wynikająca z posiadanej przez zamawiającego indywidualnej interpretacji organu podatkowego i wyraźnie określonej przez zamawiającego w treści specyfikacji.

Natomiast w sytuacji, kiedy zamawiający w siwz nie przedstawił swoich wymogów dotyczących stawek podatku, powinien oprzeć się na wyliczeniach wykonawcy, ponieważ w przypadku wystąpienia ewentualnych błędów w zastosowaniu stawki VAT to na podatniku (wykonawcy) będzie ciążył obowiązek właściwego uregulowania podatku oraz będzie on odpowiadał za jego niewłaściwe naliczenie i przekazanie przed organami skarbowymi. Wobec powyższego KIO uznała za nieuprawnione reprezentowane w części doktryny stanowisko, iż przyjęcie różnych stawek VAT w ofertach przez wykonawców w ramach tego samego postępowania nie można pogodzić z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą równego traktowania wykonawców. Zasada ta w tym przypadku nie doznaje uszczerbku - wykonawcy w każdym przypadku (z wyłączeniem sytuacji opisywanej w art. 91 ust. 3a Pzp) otrzymują od zamawiającego cenę brutto, którą według własnej decyzji i ryzyka pomniejszą o wynikającą z adekwatnych przepisów stawkę VAT (zob. wyrok z dnia 12 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 987/09).

Ad. 7) Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę w przypadku, gdy wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3. Przepis ten odsyła zatem do powoływanej wyżej sytuacji poprawienia przez zamawiającego w treści oferty „innych omyłek” polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Określenie to, również wprowadzone w drodze nowelizacji ustawy z dnia 4 września 2008 r., jest bardzo cenne, co powoduje konieczność szczegółowego analizowania przez zamawiających poszczególnych stanów faktycznych. W wyroku z dnia 16 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1536/08) KIO wskazała, że „inna omyłka”, to każda omyłka, która nie jest oczywistą omyłką pisarską ani omyłką rachunkową (poprawia się je na podstawie pkt 1 i 2). Zdaniem Izby kluczowym zatem dla uznania, czy omyłkę w ofercie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp będzie rozstrzygnięcie, czy spowoduje to „istotną zmianę w treści oferty”. O „istotności” zmian w treści oferty decyduje przede wszystkim charakter podstawy dokonania tych zmian, znaczenie ma również kwotowy aspekt dokonanej zmiany (tj. różnica między pierwotnie zaoferowaną ceną, a cena otrzymaną w wyniku poprawek), choć może on mieć znaczenie drugorzędne. W innym wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 34/09) KIO stwierdza, że przez „istotną zmianę w treści oferty”, należy rozumieć sytuację, gdy oferta staje się inna niż dotychczas i to w dodatku w sposób znaczny albo, gdy ulega zmianie w kwestiach głównych, podstawowych. W konsekwencji na mocy wprowadzonego przepisu zamawiający jest upoważniony do dokonywania zmian w ofercie, o ile nie doprowadzą do wypaczenia treści oferty złożonej przez wykonawcę.

Z uwagi na fakt, iż poprawiane w trybie ww. artykuły omyłki nie mają charakteru oczywistego, ich poprawienie jest nieskuteczne, jeżeli wykonawca nie wyrazi na to zgody. Przedstawienie przez wykonawcę oświadczenia o braku zgody w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Należy tutaj zwrócić uwagę, że według stanowiska KIO „przepisy ustawy nie wskazują, czy wykonawca ma w takiej sytuacji podjąć jakiekolwiek działania, w szczególności, czy ma złożyć odrębne oświadczenie w przedmiocie wyrażenia zgody na dokonaną poprawkę. Czynność poprawienia omyłki jest skuteczna, w ocenie Izby, z chwilą zawiadomienia o niej wykonawcy, zaś wykonawca może nie zgodzić się na poprawienie omyłki w terminie wskazanym w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, co powoduje, że oferta podlega odrzuceniu. Natomiast z przepisu nie wynika, by samo przyjęcie zawiadomienia bez oświadczenia o wyrażeniu zgody, miało skutkować odrzuceniem oferty, gdyż jedynie w razie złożenia sprzeciwu oferta jest

odrzućcana.” (wyrok z dnia 7 września 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1094/09). W świetle tego stanowiska należy zatem przyjąć, że nie przekazanie zamawiającemu w terminie określonym w art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp przez wykonawcę pisma, w którym zgadza się on na dokonaną w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawkę nie obliguje zamawiającego do odrzucenia jego oferty.

Ad.8) Ostatnią przesłanką obligującą wykonawcę do odrzucenia oferty jest sytuacja, w której oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W doktrynie powszechnie uważa się, że chodzi tutaj głównie o przepisy kodeksu cywilnego, dotyczące wad oświadczenia woli, takich jak omówiony wcześniej błąd czy też złożenie oświadczenia woli dla pozoru (np. złożenie oferty wyłącznie w celu dopełnienia wymaganej liczby co najmniej 5 ofert w zapytaniu o cenę). Najczęstszą przesłanką stosowania tego artykułu są jednak nieprawidłowości dotyczące udzielania pełnomocnictw. Zgodnie bowiem z art. 104 kc jednostronna czynność prawna dokonana bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie regulują materialnoprawnych kwestii pełnomocnictw. Ustawa ta w art. 23 ust. 2 odnosi się jedynie do obowiązku ustanowienia pełnomocnika przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz w art. 26 ust. 3 do uzupełnienia brakujących lub wadliwych pełnomocnictw. Zgodnie z przepisem art. 14 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez wykonawców i zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, a zatem poza wskazanym powyżej zakresem regulacji ustawy Pzp, stosować należy przepisy kodeksu cywilnego. Wobec powyższego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego strony posługują się pełnomocnictwem materialnoprawnym, udzielonym na podstawie art. 98 i następnych kodeksu cywilnego. Krajowa Izba Odwoławcza w większości orzeczeń dotyczących tego zagadnienia stała na stanowisku, że obowiązkiem wykonawcy jest, aby osoba, która podpisuje ofertę działała na podstawie pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej, a także, że obowiązkiem wykonawcy jest złożenie w ofercie oryginałów (ewentualnie poświadczonych notarialnie kopii) pełnomocnictw, niezależnie od faktu, że udzielenie pełnomocnictwa nastąpiło w formie pisemnej. Biorąc bowiem pod uwagę przepis art. 99 k.c. oraz przepis art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, przewidujący dla oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, stwierdzić należy, że również pełnomocnictwo do podpisania oferty winno być

udzielone w formie pisemnej. Z zachowaniem zaś formy pisemnej mamy do czynienia, zgodnie z art. 78 § 1 k.c., wówczas, gdy na dokumencie obejmującym treść oświadczenia znajduje się własnoręczny podpis osoby składającej to oświadczenie (np. wyrok z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 298/09). Powyższe potwierdza stanowisko doktryny, zgodnie z którym „wykonawca reprezentowany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez pełnomocnika ma obowiązek złożyć wraz z ofertą stosowny dokument pełnomocnictwa. Jest to konsekwencją zasady jawności pełnomocnictwa. Jawność ta oznacza, że osoby trzecie mają uzasadnioną podstawę do zaufania, że dana osoba działa jako przedstawiciel innej osoby, i do żądania zapoznania się z zakresem jej umocowania. Wynika z tego zobowiązanie przedstawiciela do okazania kontrahentowi dokumentu upoważniającego go do zastępowania reprezentowanego”⁵

Reasumując, przedstawienie pełnomocnictwa w formie kopii nie spełnia wymagań jawności pełnomocnictwa i skutkuje odrzuceniem oferty.

Artykuł 98 kodeksu cywilnego stwarza podstawę do wyróżnienia trzech rodzajów pełnomocnictwa z uwagi na zakres umocowania, tj.:

- 1) pełnomocnictwo ogólne;
- 2) pełnomocnictwo do określonego rodzaju czynności (pełnomocnictwo rodzajowe);
- 3) pełnomocnictwo do poszczególnych czynności (pełnomocnictwo szczególne).

Pełnomocnictwo ogólne obejmuje umocowanie do czynności zwykłego zarządu. Dla odmiany, czynności przekraczające zwykły zarząd wymagają albo pełnomocnictwa rodzajowego, albo szczególnego do dokonania określonej czynności. Stosownie do treści art. 98 Kodeksu cywilnego, konieczność udzielenia pełnomocnictwa do dokonania poszczególnej czynności ograniczona jest jedynie do sytuacji, gdy wymaga tego przepis ustawy. Zgodnie zaś z poglądem SN „pełnomocnictwo rodzajowe powinno określać rodzaj czynności prawnej objętej umocowaniem oraz jej przedmiot” (wyrok SN z 4 listopada 1999 r., OSNC.1999/3/66). Ustawodawca nie zdefiniował w przepisach kodeksu cywilnego pojęcia czynności zwykłego zarządu. Jednak powszechnie uznaje się, że zwykły zarząd odnosi się do czynności polegających na zwykłej, codziennej eksploatacji rzeczy (i przedsiębiorstwa) - na dokonywaniu czynności niezbędnych do utrzymania działalności w określonej sferze stosunków prawnych, na zaciąganiu zobowiązań w związku z tą działalnością, zawieraniu

⁵ Prawo zamówień publicznych. Komentarz. G. Wicik, P. Wiśniewski. Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2007). S. 462.

umów dzierżawy, najmu, płaceniu podatków itp. Ponieważ czynności związane z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z zasady należy uznać za przekraczające zakres zwykłego zarządu należy uznać, że wymagane jest do nich pełnomocnictwo rodzajowe. Powyższe stanowisko potwierdziła KIO w wyroku z dnia 18 listopada 2008 r., (KIO/UZP 1212/08, 1225/08). W tym miejscu wypada wspomnieć, że składanie środków ochrony prawnej, jako czynności o szczególnym charakterze i wymagającej szczególnych kompetencji, wymaga aby umocowanie do ich podejmowania czyniło zadość warunkom wymaganym dla pełnomocnictw rodzajowych o ściśle określonym zakresie umocowania, co wielokrotnie było podkreślane w orzecznictwie (np. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13.12.2002r., sygn. akt: V Ca 1820/02, Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27.01.2003r. sygn. akt: V Ca 30/03, Wyrok Sądu Okręgowego w Łomży z dnia 26.08.2004r. sygn. akt: I Ca 155/04).

Podsumowując, należy zauważyć, że niezależnie od powołanej podstawy odrzucenia oferty do obowiązków zamawiającego należy podanie wszystkim wykonawcom uzasadnienia prawnego i faktycznego dla dokonanej czynności (art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp). KIO w wyroku z dnia 7 lipca 2009 r. wyraźnie podkreśla, że zamawiający działając na podstawie art. 92 ustawy w tym samym czasie informuje ponadto wykonawców o dokonanym wyborze najkorzystniejszej oferty,(.....). Przepis ten czyni informację o wyborze oferty kompletną. Informacja zawiera bowiem dane o wykonawcach wykluczonych, odrzuconych ofertach oraz o kolejności ofert niepodlegających odrzuceniu". "Rozwiązanie powyższe (art. 92) ma sprzyjać koncentracji postępowania protestacyjno-odwoławczego i zapobiegać rozbieżnościom w rozstrzyganiu ewentualnych protestów. (...). Jeżeli jednak wykonawca stwierdzi, że jego interes prawny na skutek czynności odrzucenia jego oferty; tudzież wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego został naruszony, może wnieść protest do zamawiającego. Dlatego jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest zawiadomienie wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, a także o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Z zasady równego traktowania wynika, że o każdej z tych czynności należy powiadomić jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Zawiadomień należy dokonać niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty". Czynność odrzucenia oferty jest jedną z kluczowych czynności dokonywanych w toku prowadzonego postępowania i stanowi najczęstszą przyczynę wnoszenia środków ochrony prawnej, dlatego

jej podjęcie powinno być przeprowadzone dokładnym ustaleniem stanu faktycznego i prawnego i uwzględniać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przykładowe naruszenia art. 89 ust. 1 ustawy Pzp wskazane przez Prezesa UZP w informacjach o wynikach przeprowadzonych kontroli:

➤ **NARUSZENIE NR 1 – UZP/DKUE/KN/23/2008**

Zamawiającym była fundacja, która przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę na wynajem ośrodka hotelowo-szkoleniowego (połączony z noclegami i wyżywieniem) w celu przeprowadzenia cyklu dwóch szkoleń w terminach: 16-21.08.2005 i 12-17. 09.2005 w ramach projektu „Ośrodki Przedszkolne – na dobry start”, dla około 55 osób – w ramach projektu nr 3/2.1a/2004/149 Działania 2.1 SPO Rozwój Zasobów Ludzkich. Niniejsze postępowanie przeprowadzono w trybie zapytania o cenę na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania ustalono, że do zamawiającego wpłynęły 4 oferty, dla których przyjęto następujące ceny:

1. Oferta wykonawcy nr 1 - cena: 55 350,00 zł,
2. Oferta wykonawcy nr 2 - cena: 113 050,00 zł,
3. Oferta wykonawcy nr 3 - cena: 46 740,00 zł,
4. Oferta wykonawcy nr 4 - cena: 58 360,00 zł.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, w wysokości 72 600,00 zł.

Jak wynika z druku ZP-16 (Oferty odrzucone), zamawiający odrzucił oferty 3 wykonawców. Jako podstawę odrzucenia ofert wykonawców nr 2 i nr 4 zamawiający wskazał „zbyt wysoką cenę usługi”, natomiast w przypadku oferty złożonej przez wykonawcę nr 3 jako podstawę odrzucenia wskazano „brak terminu celowego szkolenia”.

Analizując wyżej opisany stan faktyczny należy stwierdzić, że w art. 89 ust. 1 ustawy wskazano okoliczności, których zaistnienie skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty. Zawarty w tym przepisie katalog jest zbiorem zamkniętym i nie może podlegać wykładni

rozszerzającej. Należy zatem podnieść, że w przywoływanym przepisie brak jest wskazania na „zbyt wysoką cenę usługi”, jako przesłankę skutkującą odrzuceniem oferty.

W związku z powyższym zamawiający odrzucając oferty ww. wykonawców ze wskazaniem na „zbyt wysoką cenę usługi”, swoim działaniem naruszył postanowienia art. 89 ust.1 Pzp, ponieważ okoliczność taka nie stanowi przesłanki odrzucenia oferty w myśl tego przepisu. W przypadku zbyt wysokiej ceny oferty, zamawiający wybiera korzystniejszą dla siebie ofertę lub unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty też jest za wysoka. Nie odrzuca jednak ofert z tego powodu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy.

➤ **NARUSZENIE NR 2 – UZP/DK/KN/167/08**

Zamawiający przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem było świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej dla 43 numerów abonenckich przez okres 24 miesięcy od dnia określonego w umowie wraz z dostawą 43 fabrycznie nowych aparatów telefonicznych z wyposażeniem i kartami SIM, przystosowanych do sieci GSM na terenie Polski.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający unieważnił na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, uzasadniając to koniecznością odrzucenia jedynej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Oferta ta została przez niego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż wykonawca określił, iż informacje składające się na ofertę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane.

W świetle powyżej opisanego stanu faktycznego należy zauważyć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia to na zamawiającym ciąży obowiązek badania zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji ze względu na zakwalifikowanie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezasadne zastrzeżenie przez wykonawcę informacji z

powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi natomiast przesłanki odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Powyższe stanowisko potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05). Zgodnie z treścią powyższej uchwały "negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa) wywołuje tylko konsekwencje w postaci wyłączenia, przewidzianego w art. 96 ust. 4 zd. 1 ustawy, zakazu ujawniania bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta informacji. Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji, objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania, nie przesądza przecież o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tyle że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania."

Ewentualne zweryfikowania zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa mogłoby zatem odbyć się w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, a więc poprzez żądanie od wykonawcy wyjaśnień w rzeczonym zakresie.

Należy zatem stwierdzić, iż zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty w przypadku, gdy wykonawca zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji informacje, które na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych i odrębnych ustaw są jawne. W przypadku takiego zastrzeżenia zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje. Tym samym odrzucenie oferty z powodu jej zastrzeżenia, a w rezultacie unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

➤ **NARUSZENIE NR 3 – DKD/KU/164/08**

Przedmiotem postępowania, prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, była dostawa czynnika krzepnięcia.

W dniu 4 sierpnia 2008 r. wykonawca - firma O. AG złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W załączonych

dokumentach znalazło się pełnomocnictwo dla Pani Joanny P. udzielone w dniu 11 lipca 2008r. przez Pana Jarosława Cz. do reprezentowania firmy O. AG we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ogłaszanych przez zamawiającego prowadzącego ww. postępowanie. Jednakże pełnomocnictwo dla Pana Jarosława Cz. udzielone w dniu 23 października 2007 r. przez członka zarządu spółki O. AG Pana Felisa L., uprawnionego do samodzielnego reprezentowania spółki, nie zawiera umocowania do dalszego udzielania pełnomocnictw.

W związku z powyższym w Zaleceniach pokontrolnych wskazano, że zamawiający powinien zażądać złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 14 ustawy w zw. z art. 106 kodeksu cywilnego, czy w dniu złożenia ofert Pani Joanna P. była uprawniona do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy O. AG. Zgodnie z treścią art. 106 kodeksu cywilnego „Pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa.”

W wyroku z dnia 6 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 14/08) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż nie ulega wątpliwości, iż „pełnomocnictwo dalsze musi być przewidziane w pełnomocnictwie podstawowym.” Gdyby miała istnieć sytuacja inna, art. 106 k.c. musiałby brzmieć: "w razie braku zastrzeżeń, pełnomocnictwo obejmuje umocowanie do dalszego udzielania pełnomocnictw.”

Mając na uwadze powyższe, jeżeli z przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień będzie wynikało, iż Pani Joanna P. w dniu składania ofert nie była umocowana do złożenia oferty w imieniu ww. wykonawcy, złożoną przez niego ofertę należy odrzucić na podstawie art. 89 ust.1 pkt 8 ustawy jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów – tj. art.106 kodeksu cywilnego, ponieważ oferta została złożona przez osobę nieuprawnioną do działania w imieniu wykonawcy O. AG.

➤ **NARUSZENIE NR 4 - UZP/DKUE/KN/38/2009**

Przedmiotem niniejszego postępowania, przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez urząd pracy, było przeprowadzenie szkoleń dla osób bezrobotnych. Jak stwierdzono w wyniku analizy oferty złożonej przez jednego z wykonawców na szkolenie będące przedmiotem kontrolowanego postępowania, oferta została podpisana przez wiceprezesa Zarządu – Pana Janusza D. Jak wynika z dołączonego do oferty wpisu do KRS „zakład reprezentuje na zewnątrz Prezes Zarządu, a w razie nieobecności Prezesa

upoważniony przez niego wiceprezes”. Tymczasem do złożonej oferty nie zostało dołączone pełnomocnictwo do reprezentowania firmy dla Pana Janusza D. Zgodnie z art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy - Kodeks cywilny, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl art. 103 § 1 i 2 k.c. jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta. Druga strona może wyznaczyć osobie, w której imieniu umowa została zawarta, odpowiedni termin do potwierdzenia umowy i staje się wolna po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu.

Zgodnie natomiast z art. 104 k.c. jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże, gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania. Z powyższego wynika, że w opisanej sytuacji, zamawiający był upoważniony do wezwania wykonawcy na podstawie art. 103 w związku z art. 104 k.c., do potwierdzenia ważności czynności dokonanych przez Pana Janusza D., a w przypadku niepotwierdzenia ważności tychże czynności, złożoną przez Pana Janusza D. ofertę należało odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów - to jest art. 96 k.c. w zw. z art. 103 § 2 k.c., ponieważ oferta ta złożona została przez osobę nieumocowaną do działania w imieniu wykonawcy.

➤ **NARUSZENIE NR 5 - UZP/DKUE/KN/63/08**

Zamawiający przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sygnalizacji świetlnej na skrzyżowaniu drogi krajowej.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, że oferta konsorcjum NCC R. oraz Firmy Drogowej D. została zabezpieczona wymaganym wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej na jednego z jej członków tj. Firmę Drogową D. Powyższa gwarancja została wystawiona w dniu 10 kwietnia 2006 r. (a następnie aneksem z dnia 18 kwietnia 2006 r. zmieniono termin obowiązywania gwarancji do dnia 20 czerwca 2006 r.), tymczasem pełnomocnictwo NCC R. Firmy Drogowej D. dla NCC R. do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało wystawione 18 kwietnia 2006 r.

Z związku z powyższym, wymagane przez zamawiającego wadium zabezpieczało ofertę konsorcjum. Należy też zwrócić uwagę na to, że zamawiający w treści siwz nie zawarł żadnych szczegółowych informacji dotyczących wadium poza jego kwotą.

W dniu 18 maja 2006 r. zamawiający odrzucił ofertę konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy. Zamawiający uzasadnił odrzucenie tym, iż oferta konsorcjum nie została zabezpieczona wadium wniesionym przez podmiot zobowiązany. Zdaniem zamawiającego zobowiązanym z tytułu wadium był wyłącznie partner konsorcjum: Firma Drogowa D., a zobowiązanie to nie uwzględniało solidarnej odpowiedzialności wynikającej z art. 366 § 1 KC lidera konsorcjum – firmy: NCC R., na wypadek zaistnienia przesłanek z art. 46 ust. 5 ustawy. Zamawiający argumentował również, że gwarancja zapłaty wadium z dnia 10 kwietnia 2006 r. została wystawiona przed terminem wystawienia pełnomocnictwa do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Firmy Drogowej D. przez firmę NCC (z dnia 18 kwietnia 2006 r.), a zatem z jej treści nie dało się wywieść skutków prawnych dla obu firm w zakresie ważności wadium.

Stanowisko reprezentowane przez zamawiającego nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach i orzecznictwie. Zamawiający powinien mieć na względzie treść art. 23 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym do wykonawców występujących wspólnie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące pojedynczego wykonawcy. Podkreślenia wymaga również, iż na mocy art. 141 ustawy, wykonawcy o których mowa w art. 23 ust. 1 ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przywołany przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza iż solidarność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powstaje *ex lege*. Zatem zamawiający, który jest wierzycielem wykonawców może domagać się spełnienia całości lub części świadczenia od wszystkich wykonawców łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna.

Stanowisko, że wadium może być wystawione na jednego z członków konsorcjum znajduje również potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach, XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 października 2007 r. (Sygn. akt XIX Ga 408/07) w którym Sąd stwierdził, iż: „Fakt udzielenia zamawiającemu gwarancji bankowej na zlecenie jednego z członków Konsorcjum nie skutkuje ograniczeniem zabezpieczenia zamawiającego jedynie do możliwości domagania się wykonania tej gwarancji w przypadku, gdy do zawarcia umowy nie dojdzie z przyczyn obciążających wyłącznie podmiot, na którego zlecenie bank udzielił gwarancji. Zamawiający korzystając z solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ma możliwość wyboru od którego z członków Konsorcjum zażądania spełnienia zabezpieczenia wadialnego bez

względu na to, który z członków ponosi odpowiedzialność za nie zawarcie umowy po wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. W opisanej sytuacji mając na uwadze przepis art. 141 Prawa zamówień publicznych należało stwierdzić, iż skoro na zlecenie jednego z członków Konsorcjum bank udzielił gwarancji zamawiającemu w wymaganej wysokości oraz w formie zgodnej z obowiązującymi przepisami interes zamawiającego został należycie zabezpieczony.”

Mając powyższe na uwadze, ofertę złożoną przez ww. konsorcjum należało uznać za zabezpieczoną stosownym wadium, co nie uprawniało zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a następnie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Wykluczenie ww. wykonawcy stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, natomiast odrzucenie jego oferty jest naruszeniem dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Z uwagi na okoliczności wskazane w naruszeniu nr 1, tj. niepotwierdzenie przez ww. wykonawcę spełnienia warunku w zakresie dysponowania kierownikiem robót sanitarnych, nie można stwierdzić, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

➤ **NARUSZENIE NR 6 UZP/DK/KN/3/2007**

Zamawiający przeprowadził w trybie negocjacji bez ogłoszenia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę Drogowego Przejścia Granicznego. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający skierował zaproszenie do negocjacji oraz zaproszenie do składania ofert do następujących wykonawców:

1. PPHU ANTRO,
2. Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.,
3. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A.,
4. Budimex Dromex S.A.,
5. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego nr 2 Wrobis S.A.,
6. Acciona Infraestructuras S.A.

W dniu otwarcia ofert następujący wykonawcy złożyli oferty wspólne:

1. PPHU ANTRO wraz z Przedsiębiorstwem Robót Drogowych Sp. z o.o.,
2. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. wraz z Przedsiębiorstwem Wielobranżowym BUDOMEX Sp. z o.o.

Oferta złożona przez konsorcjum PPHU ANTRO oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. została uznana za ofertę najkorzystniejszą i z wykonawcami tymi została zawarta w dniu 29 grudnia 2006 r. umowa w sprawie zamówienia publicznego.

W przypadku prowadzenia postępowania w trybie, w którym to zamawiający wybiera wykonawców mających wziąć udział w postępowaniu i kieruje do nich zaproszenia do składania ofert, oferty te mogą być złożone tylko przez zaproszonych wykonawców. Jednocześnie zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (zwanym dalej konsorcjum) stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Tym samym Ustawodawca nakazał traktowanie wykonawców składających wspólną ofertę całościowo, jako stanowiących jeden podmiot, do którego przepisy stosuje się odpowiednio tak, jak do wykonawcy występującego samodzielnie. Z powyższego wynika, że w przypadku postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia wykonawca nie może złożyć oferty wspólnej wraz z podmiotem, który do składania ofert nie był zaproszony. W opisanej sytuacji wykonawca, który chciał złożyć ofertę wspólną z innym podmiotem, powinien był uprzedzić o tym fakcie zamawiającego i uzyskać od niego zaproszenie do złożenia oferty przez konsorcjum.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert podlega obowiązkowemu odrzuceniu. Zatem konsorcjum, którego część członków nie była zaproszona do złożenia oferty, powinno się potraktować jako podmiot w całości niezaproszony do składania ofert i jego ofertę odrzucić. W przedmiotowym postępowaniu oferta, która powinna zostać odrzucona z ww. przyczyn, została uznana za najkorzystniejszą. W tym stanie rzeczy należy uznać, iż zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania, co, zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi przesłankę nieważności umowy zawartej w przedmiotowym postępowaniu.

➤ **NARUSZENIE NR 7 UZP/DKUE/KN/40/2007**

Zamawiający przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług edukacyjnych na potrzeby projektu. Zarówno w treści ogłoszenia, jak i w siwz zamawiający zawarł informację, że dopuszcza składanie ofert wariantowych. Powyższe nie zostało jednak połączone z precyzyjnym określeniem przez zamawiającego sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz określenia minimalnych warunków, jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe.

Zgodnie z treścią art. 2 pkt 7 ustawy przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia. W sytuacji gdy zamawiający przewiduje możliwość składania ofert wariantowych, zobowiązany jest do dokonania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalnych warunków, jakim muszą one odpowiadać. Szczegółowe określenie przez zamawiającego ww. kwestii ma istotne znaczenie, gdyż prowadzi do zapewnienia porównywalności złożonych ofert oraz zapewnia osiągnięcie zamierzonego przez zamawiającego rezultatu. Ponadto konieczność wykonania ww. obowiązku, wynika z samego charakteru oferty wariantowej. Istotą bowiem oferty wariantowej, jest to, że nie jest ona zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem proponuje inny sposób wykonania zamówienia niż przewiduje to zamawiający. Dopiero skonkretyzowanie przez zamawiającego minimalnych warunków jakim muszą odpowiadać oferty wariantowe, umożliwia wykonawcy sporządzenie oferty przedstawiającej najkorzystniejszy według niego sposób wykonania zamówienia, bez obawy, że zostanie ona odrzucona.

W rezultacie zamieszczenia przez zamawiającego w siwz niezgodnej z ustawą klauzuli o dopuszczalności wariantowości cen wykonawca Nr 5 - Pan NN sporządzając „Formularz Ofertowy” określił dwie różne ceny za jednostkę szkoleniową, która w zależności od okresu jej wykonywania została wyceniona na:

- 85 zł – w okresie od 15.10.2005 r. do 28.10.2005 r.
- 100 zł – w okresie od 28.10.2005 r. do 23.07.2006 r.

Wykonawca uzasadniał, iż powyższe zróżnicowanie ceny jednostkowej wynika z jego niejednolitej sytuacji zawodowej występującej w okresie wykonywania zamówienia. Do dnia

28.10.2005 r. wykonawcę łączył z zamawiającym stosunek pracy, który po tym okresie miał ulec rozwiązaniu. Z uwagi na konieczność poniesienia przez pracodawcę w okresie obowiązywania umowy o pracę dodatkowych kosztów związanych z koniecznością uiszczenia obowiązkowych składek na ubezpieczenie, wykonawca do czasu rozwiązania umowy o pracę zastosował obniżoną cenę jednostkową szkolenia tj. 85 zł. Wraz z ustaniem stosunku pracy, cena za godzinę szkolenia miała wzrosnąć do kwoty 100 zł.

Mając na względzie okoliczności faktyczne oraz skutki prawne wniesienia oferty z dwiema cenami, należy stwierdzić, że zamawiający powinien potraktować oświadczenie wykonawcy Nr 5 – Pana NN jako dwie odrębne oferty zawierające odmienne oświadczenia woli co do ceny za wykonanie przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji zamawiający powinien odrzucić ofertę ww. wykonawcy jako niezgodną z przepisami ustawy, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp.

Pomimo wskazanych wyżej okoliczności zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Nr 5 Pana NN, co w efekcie doprowadziło do uznania tejże oferty za najkorzystniejszą i zawarcia z wybranym wykonawcą umowy na przeprowadzenie szkolenia w zakresie ww. modułu. Powyższe zaniechanie zamawiającego należy zatem uznać za naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy.

Ponadto należy stwierdzić, że w wyniku ww. naruszenia zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z rażącym naruszeniem ustawy, a jednocześnie naruszenie to miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

ORZECZNICTWO

W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**Wybrane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych
dotyczące odrzucenia oferty
ze względu na jej niezgodność z SIWZ oraz ze względu na rażąco niską cenę**

1. Sygn. akt: KIO/UZP 1492/08, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r.

Dla uznania, że cena jest rażąco niską, konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia (w tym przypadku – usługach telekomunikacyjnych) nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.

2. Sygn. akt: KIO/UZP 1511/08, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r.

(...) dla oceny, czy rozpatrywana cena jest rażąco niską, należy badać ogólną cenę oferty, za jaką wykonawca deklaruje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie jej wyodrębnione elementy, jak choćby ceny jednostkowe. Skład orzekający Izby stanowisko to podziela, a wynika ono z faktu, że podstawa odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp mówi właśnie o cenie, nie zaś jej poszczególnych częściach, elementach, czy składowych. Innymi słowy, gdyby nawet uznać, że jakaś część oferty jest rażąco niska, to żadną miarą nie czyni to całej ceny rażąco niską.

3. Sygn. akt: KIO/UZP 109/09, Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009 r.

W ocenie Izby, punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej może być nie tylko wartość szacunkowa zamówienia, ale także jego specyfika i charakter oraz ceny ofert konkurencyjnych. Oceniając ceny pozostałych ofert należy wziąć pod uwagę, okoliczność, że usługi telekomunikacyjne aktualnie na rynku cieszą się dużą konkurencją i obserwuje się stałą tendencję do obniżania cen tych usług przez operatorów. Jak wynika z porównania cen zaproponowanych przez wykonawców, ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, cena oferty najkorzystniejszej złożonej przez X S.A., odbiega od ceny oferty

Odwołującego o ok. 23 %. W ocenie Izby sam fakt, że zaproponowana cena jest ceną niższą od cen pozostałych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, że cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba uznała, że cena oferty X S.A. nie odbiega w sposób istotny od cen rynkowych i cen zaproponowanych przez innych operatorów, a zatem nie stanowi zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. Ponieważ ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena” oraz brak również jednoznacznego wskazania w dotychczasowym orzecznictwie kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie, czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej. Zatem każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał w trakcie rozprawy, że koszt dzierżawy łącz lub budowa nowej infrastruktury winien być ujęty w cenie abonamentu za łącze ISDN 30B+D oraz w cenie instalacji łącza ISDN 30B+D, w których to pozycjach X S.A. zaproponował cenę w wysokości 1 grosza. Dla porównania ceny tych samych pozycji w ofercie Odwołującego wynoszą 610 zł oraz 1,22 zł. Z takiego zestawienia wynika, że nawet gdyby przyjąć, że cena oferty X S.A. jest w tych pozycjach zaniżona to i tak pozostaje ona nadal ofertą najkorzystniejszą, gdyż różnica cen w tych pozycjach wynosi ok. 73 000 zł. Jak wynika z porównania cen jednostkowych innych pozycji kalkulacji ceny oferty istotna różnica cenowa wynika z pozycji nr 7, gdzie X S.A. przewidział cenę za minutę połączenia do sieci komórkowych w wysokości 0,27 zł zaś Odwołujący 0,49 zł, co przy ilości szacunkowej minut przewidzianej przez Zamawiającego daje różnicę ok. 137 000 zł. Odwołujący jednak nie kwestionował przyjętej ceny jednostkowej dla połączeń do sieci komórkowej, mimo że, co należy podkreślić, to ta właśnie pozycja wpływa w sposób istotny na różnice w cenach ofert Odwołującego i X S.A. Ponadto należy uznać, że każdy z wykonawców ma prawo samodzielnie i dowolnie kalkulować koszty swoich usług, szczególnie w przypadku usług telekomunikacyjnych, gdzie w skład wchodzi różnego rodzaju usługi odrębnie taryfikowane. Zatem argument Odwołującego wskazujący na cenę 0,01 zł za instalację oraz miesięczny abonament za jedno łącze PRA nie zasługuje na uznanie, szczególnie w sytuacji zaoferowania przez X S.A. w innych pozycjach cen usług wyższych od cen usług zaproponowanych przez Odwołującego np. cena abonamentu za łącze dostępu do Internetu – w ofercie Odwołującego wynosi 6 031,68 zł, zaś w ofercie X S.A. – 15 811, 20 zł, czy cena instalacji łącza analogowego - w ofercie Odwołującego wynosi – 2 415,60 zł, zaś w ofercie X S.A. – 161,04 zł. Należy jednocześnie zgodzić się z ugruntowanym już stanowiskiem orzecznictwa, że oceniając, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej należy brać pod uwagę ceny całkowite oferty, a nie ceny jednostkowe ofert. Wniosek taki wynika z literalnego

brzmienia dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który wskazuje na „rażąco niską cenę oferty” w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie do cen poszczególnych elementów oferty. Zatem nawet, jeśli pewne części oferty, czy pewna usługa mogłaby być uznana za rażąco niską to nie skutkuje to jednak koniecznością odrzucenia oferty jako oferującej cenę rażąco niską.

4. Sygn. akt: KIO/UZP 196/09, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2009 r.

Art. 90 ustawy Pzp zakazuje wykonawcom, żeby formułowali ceny na niewiarygodnie niskim poziomie. Jest to podyktowane przede wszystkim uzasadnioną obawą ustawodawcy, że wykonawcy, aby wygrać postępowanie, będą proponować wykonanie zamówienia za nierealnie niskie ceny, po czym wykonają je nienależycie. Ustawodawca wprowadzając przepis mówiący o odrzuceniu oferty o rażąco niskiej cenie zadbał, by środki publiczne były efektywnie wydatkowane. W przedmiotowym postępowaniu szczególną uwagę zwrócić należy na okoliczność, iż dotychczasowo usługę świadczył tylko jeden wykonawca – obecnie Odwołujący. Zamawiający szacując wartość zamówienia opierał się na dotychczasowych cenach obowiązujących umową ramową Nr 06DPZU320. Krajowa Izba Odwoławcza przy rozpatrywaniu zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia wzięła pod uwagę oświadczenie Zamawiającego złożone na rozprawie, odnośnie błędnego oszacowania przedmiotu zamówienia, tj. zawyżenia jego wartości do 4 mln zł, gdy złożone w postępowaniu oferty wskazały, iż zamówienie to może być wykonane przez startujących w przetargu wykonawców za kwotę 1 742 935,92 – konsorcjum X, oraz kwotę 2 200 184,60 zł – Wykonawca Y sp. z o.o. Zamawiający na rozprawie stwierdził również, że pierwotnie szacując wartość zamówienia dla zamówienia, w którym zawarta była ww. umowa (2006 rok) przewidywał, iż kwota ok. 1 800 000 zł wystarczy na realizację kontraktu w okresie 4 letnim. W wyniku przeprowadzonego postępowania (wpłynęła tylko jedna oferta), w związku z bardzo wysoką ceną oferty zmuszony był do zawarcia umowy na okres tylko 27 miesięcy. Zwrócić przy tym należy uwagę na fakt, iż Zamawiający w dotychczasowym swoim postępowaniu, mimo prowadzonej korespondencji z innymi firmami nie miał możliwości innego skalkulowania wartości szacunkowej zamówienia, zatem ceny oferty wybranego wykonawcy nie można porównywać w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale w odniesieniu do innych cen oferowanych przez innych wykonawców biorących udział w danym postępowaniu. Dopiero takie porównanie, uwzględniające konkurencyjność ofert, które złożone zostały w uczciwej „walce rynkowej o zamówienie” stanowić może podstawę

do uznania, czy cena oferty jest ceną rażąco niską skutkującą jej odrzuceniem na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, taki ogląd sytuacji, w sposób prawidłowy, nie godzący w interesy żadnego z wykonawców, może stanowić podstawę do oceny oferty, pozwalający na stwierdzenie, czy cena oferty jest rażąco niska, czy też nie. Inne postępowanie prowadzić może do zafałszowania prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, co w konsekwencji grozić może naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

5. Sygn. akt: KIO/UZP 236/09, KIO/UZP 254/09, KIO/UZP 255/09, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2009 r.

Nie potwierdził się zarzut zaoferowania przez Konsorcjum X ceny rażąco niskiej. Nietrafnie przywołuje odwołujący się Y S.A. kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 Pzp, co potwierdza orzecznictwo Izby, sądów powszechnych oraz doktryna zamówień publicznych, przy ustaleniu dotyczącym możliwości zaoferowania ceny rażąco niskiej uwzględnia się wartość przedmiotu zamówienia. Ponadto zamawiający uzyskał szczegółowe wyjaśnienia Konsorcjum X. Wyjaśnienia te wskazują czynniki o charakterze obiektywnym, mające wpływ na wysokość ceny i Izba nie znajduje podstaw do ich kwestionowania. Również sam odwołujący się Y S.A. nie wniósł w stosunku do nich żadnych zastrzeżeń. Odwołujący się przyznał na rozprawie, że różnice w cenach ofert wynikają przede wszystkim z zastosowania różnych stawek podatku VAT, nieuzasadnione jest zatem przyjęcie, że Konsorcjum X zaoferowało cenę dumpingową w rozumieniu art. 3 i 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem zarzut art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp należy uznać za chybiony.

6. Sygn. akt: KIO/UZP 262/09, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2009 r.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, zawarte w przywołanym przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, wyroku z dnia 05.01.2007r., sygn. akt: V Ca 2214/06, tj. że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało zamawiającego do

odrzućcenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej. Wykonawca, poprzez swoje wyjaśnienia, domniemania tego nie obalił. Wielokrotnie w doktrynie podnoszono, że orzecznictwo nie wypracowało jednolitego stanowiska, jaka różnica wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej. Przeciwnie, rozbieżności w tym względzie są daleko idące. Zespół Arbitrów w sprawie o sygnaturze akt UZP/ZO/0-696/07 wskazał, że rozbieżności pomiędzy ceną badaną, a wartością szacunkową, powiększoną o podatek VAT, które uzasadniałyby zakwalifikowanie ceny jako rażąco niskiej wynoszą od 40 do 20%. W przedmiotowym postępowaniu z porównania wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej, ze względu na definicję ceny zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach w związku z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, o właściwą stawkę podatku VAT, z ceną brutto oferty odwołującego, wynika, że cena oferty stanowi 71 % tej wartości, a zatem jest od niej niższa o 29%. Znacząca rozbieżność występuje także w relacji do cen ofertowych innych wykonawców. Z ich analizy wynika, że cena oferty odwołującego stanowi 66% średniej ceny pozostałych ofert, 58% oferty najdroższej w tym postępowaniu oraz 73% wartości oferty najtańszej w tym postępowaniu (poza ofertą odwołującego). Niezależnie jednak od tej dodatkowej analizy porównawczej stwierdzić należy, że podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia dokonana przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT, ponieważ szacunek zamawiającego należy uznać za ustalony w sposób prawidłowy. Jego prawidłowość potwierdzają ceny innych wykonawców, zawarte w złożonych przez nich ofertach oraz fakt, że wszyscy wykonawcy, w tym również odwołujący, potwierdzili prawidłowość tego szacunku, poprzez nie oprotowanie tej czynności zamawiającego.

7. Sygn. akt: KIO/UZP 271/09, KIO/UZP 276/09, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2009 r.

W odniesieniu do podniesionego przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowo Transportowe X Sp. j. B. A. i G. A. zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny Izba uznała, iż zarzut nie został udowodniony. Po pierwsze wskazane ceny nie odbiegają w sposób znaczący od cen ustalonych przez Zamawiającego, które przełożyły się na podaną wartość zamówienia oraz kwoty, które zamierza on przeznaczyć na jego realizację w poszczególnych częściach,

zawarte w protokole postępowania. Po drugie – fakt zastosowania zbliżonych do siebie cen przez trzech wykonawców uprawdopodobnia fakt, iż są to realne ceny, za które można zrealizować zamówienie. Ceny uzyskane w innych postępowaniach przez tego samego lub innych zamawiających nie przesądzają o fakcie zastosowania rażąco niskiej ceny, gdyż w dużej mierze zależą one od zaistnienia różnych zmiennych czynników (oprócz konieczności uwzględnienia w cenie szczególnych wymagań zamawiającego i innych elementów wpływających na koszty), np. liczby wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia i cen zawartych w ich ofertach, na które konkurenci muszą zareagować, jeśli chcą złożyć ofertę konkurencyjną.

8. Sygn. akt: KIO/UZP 717/09, Wyrok KIO z 18 czerwca 2009 r.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny wybranej oferty, skład orzekający oddalił zarzut, gdyż wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających słuszność zarzutu, opierając się wyłącznie na gołosłownym twierdzeniu, iż cena niższa o 28 % w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, powinna zostać zakwalifikowana jako rażąco niska. Z uwagi na brak ustawowej definicji ceny rażąco niskiej, skład orzekający przywołuje definicję wypracowaną przez orzecznictwo, powtarzaną wielokrotnie w wyrokach również sądów powszechnych, iż ceną rażąco niską jest cena niewiarygodna oderwana całkowicie od realiów rynkowych. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego opłacalne (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. XIX Ga 3/07). Z samego porównania ceny oferty wybranej z drugą w kolejności ofertą odwołującego wynika, iż różnica w cenie wynosi około 6%, a więc nie można mówić o zaniżeniu ceny w sposób niedozwolony. Potwierdzeniem dla stanowiska Izby, iż cena oferty najkorzystniejszej odpowiada cenom rynkowym, może być również przedłożone przez zamawiającego umowy zawarte w okresie 2008 i 2009 roku, w których wysokość cen jest porównywalna z ceną oferty przedstawioną w rozbiciu na ceny roboczogodzin stanowiących podstawę dla wyliczenia ceny całkowitej oferty. Zaoferowana w ofercie stawka roboczogodziny pracy sprzętu netto wynosi: 75 zł (spycharka z operatorem), 50 zł (ładowarka kołowa z operatorem), 75 zł (ładowarka kołowa 3,4 m³ łyżki wyposażona w wagę dynamiczną z operatorem) oraz 86 zł (ładowarka kołowa 5,0 m³ łyżki wyposażona w wagę dynamiczną z operatorem). Wysokość cen roboczogodziny sprzętu w zawartych umowach wynosi odpowiednio: od 64 zł do 83 zł (spycharka), od 68,50 zł do 85 zł (ładowarka kołowa z wagą, pojemność 3,4 m³) Izba

zaznacza, iż procedura wyjaśniania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny określona w art. 90 ustawy Pzp, znajduje zastosowanie w sytuacji, jeżeli zachodzi potrzeba wyjaśnienia ceny, natomiast nie stosuje się jej z automatu do oferty najtańszej. To zamawiający dokonując analizy ceny ofert decyduje, czy zachodzi podstawa do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, tak aby móc dokonać wyboru oferty, która nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Jeżeli na podstawie analizy cen rynkowych, zamawiający poweźmie wątpliwość co do wysokości ceny, zobowiązany jest zastosować procedurę określoną w art. 90 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający nie naruszył art. 90 ustawy, którego zastosowanie nie znajduje uzasadnienia w odniesieniu do oferty najkorzystniejszej.

9. Sygn. akt: KIO/UZP 1000/09, Wyrok KIO z 13 sierpnia 2009 r.

Należy zgodzić się z argumentacją odwołującego, że rozróżnienia wymagają dwie kwestie, tj. wezwanie konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty w celu umożliwienia zbadania tej oferty, czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny i kwestia własnej wiedzy zamawiającego na temat kształtowania się cen wykonania podobnych obiektów na rynku robót budowlanych. Zamawiający nie żądał w istocie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, umożliwiających ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, ale żądał wyjaśnień do treści oferty, skoro uwaga zamawiającego koncentrowała się na tym, czy wykonawca wybrany objął całkowitą ceną ryczałtową oferty kompletny zakres rzeczowy zamówienia. Mimo podania prawidłowej podstawy art. 90 ust. 1 Pzp, sama treść wezwania nie dotyczyła wyjaśnień ceny oferty, w kierunku wykluczenia, bądź potwierdzenia przypadku podania rażąco niskiej ceny, w oparciu o czynniki weryfikacji, przykładowo wskazane w art. 90 ust 2 Pzp. Ustawa Prawo zamówień publicznych, upoważnia wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego, jak stanowi art. 180 ust. 1 Pzp, zatem Izba rozpatrując odwołanie odnosi się do tych czynności, a nie do przywołanej do nich podstawy prawnej. Cena brutto oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. wynosząca - 20 778 737, 75 zł. w zestawieniu z szacunkową wartością zamówienia z podatkiem VAT - 43 535 980,27 zł. (różnica 22 757 242,52 zł.) oraz z ceną oferty odwołującego – 27 985 297,70 zł. (różnica 7 206 559,95 zł.), jako kolejną podlegającą ocenie oraz cenami następnych ofert, pomijając skrajnie wysoką cenę oferty sklasyfikowanej na ostatniej pozycji – 86 490 920,97 zł., wykazująca znaczną rozbieżność, uzasadniała wątpliwości, że jest skalkulowana na poziomie

rażąco niskim, nie odzwierciedlającym koniecznych do poniesienia kosztów i nakładów, dla właściwego zrealizowania przedmiotu zamówienia. Taka rozbieżność cenowa, aczkolwiek nie przesądzająca sama przez się o podaniu ceny oferty na zaniżonym poziomie w stosunku do rzetelnie przeprowadzonej kalkulacji kosztów, przy założeniu zysku, a więc ceny rażąco niskiej, zasadnie skłoniła zamawiającego do wniosków, iż może mieć do czynienia z rażąco niską ceną oferty, uzasadniającą zainicjowanie procedury wyjaśniającej, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. Izba podziela stanowisko odwołującego, że wyjaśnienia o jakie wezwał zamawiający konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. nie wyczerpują dyspozycji art. 90 ust. 1 i 2 Pzp. Stosownie do ugruntowanych poglądów, wynikających z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych np. postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05, w którym Sąd ten stwierdził, iż „ocenając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty,” wyroku z dnia 24 marca 2005 r. Sygn. akt II Ca 425/04 Sądu Okręgowego w Lublinie uznającego również, że „ocena oferty - przedstawienia rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę” - badanie ceny oferty, w kierunku czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, należy odnosić do ceny całkowitej oferty oraz do obiektywnych czynników, mających wpływ na wysokość ceny, a więc uprzednio wymaga to wyjaśnianie podanych przez wykonawcę czynników. Badanie oferty przez zamawiającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, nie polega na potwierdzeniu, że oferta obejmuje pełen zakres rzeczowy robót, przewidzianych dokumentacją przetargową, opisem przedmiotu zamówienia, projektem budowlanym, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, gdyż zakres rzeczowy robót i jego pełne zaoferowanie, w szczególności gdy cenę określono jako ryczałtową zgodnie z art. 632 K.c., przynależy do treści oferty, więc jej istotnych postanowień w rozumieniu art. 66 § 1 K.c., jako essentialia negotii przyszłej umowy o realizację zamówienia. Ponadto zamawiający jest związany swoim wyjaśnieniem, że cena ryczałtowa oferty wynika z podsumowania poszczególnych pozycji przedstawionego przez wykonawcę kosztorysu szczegółowego, a w sytuacji braku w szczegółowym kosztorysie ofertowym, w stosunku do SIWZ i dokumentacji projektowej jakichkolwiek pozycji, nie będzie można uznać, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, bowiem uważać się będzie, że zostały one ujęte w całkowitej cenie ryczałtowej przedmiotu zamówienia, podanej na druku oferty. Wynika z powyższego że weryfikowanie treści oferty, w sposób jak uczynił to zamawiający również było bezprzedmiotowe. Podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny i weryfikacji tej ceny, nie może być

zatem pominięcie wyceny określonego zakresu rzeczowego zamówienia, które jeżeli nastąpi, winno być kwalifikowane jako niezgodność z treścią SIWZ. Zatem zaistnienie takiej okoliczności upoważniałoby zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zadanie pytanie odnosiło się do treści oferty, a za jego podstawę prawną prawidłowo powinien być wskazany art. 87 ust. 1 Pzp. Izba stwierdza, że z uwagi na ryczałtowy charakter ceny, co stanowi okoliczność bezsporną, wybrane konsorcjum potwierdziło, iż w cenie oferty zawarło wymagany dokumentacją pełen zakres rzeczowy robót. Treść pytania była na tyle precyzyjna, że nie można przyjmować, iż wykonawca nie udzielił wymaganej odpowiedzi, stosownej do rzeczywistych intencji zadającego pytanie. Sam zamawiający przyznał, że pytanie jak zostało sformułowane, odnosiło się do wyjaśnienia treści oferty i jego podstawę mógł stanowić art. 87 ust. 1 Pzp, a nie art. 90 ust. 1 ust. 1 i 2 Pzp, który został przywołany pomyłkowo. Wykonawca, który udzielił odpowiedzi wprost na zadane pytanie, nie może ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji. Zamawiający, poza podaniem podstawy prawnej, nie zawarł wymogu aby odpowiedź dotyczyła podania obiektywnych czynników, dotyczących ceny oferty, przez co uwzględniając treść odpowiedzi, pozbawił się możliwości oceny, czy cena oferty wykonawcy, którego wybrał do realizacji zamówienia nie odbiega od cen rynkowych, w sposób rażąco zaniżony. Przykładowo wskazane przez ustawodawcę obiektywne czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość ceny oferty, to: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne wykonawcy, oryginalność projektu, czy uzyskanie pomocy publicznej. Muszą to być czynniki o obiektywnym charakterze, dostępne dla wykonawcy w sposób zindywidualizowany. Katalog ten nie jest zamknięty i nie ogranicza wykonawcy w możliwości wykazywania, iż cena oferty jest rzetelna, a w działalności jego przedsiębiorstwa, występują również inne prawem dozwolone czynniki, wpływające na możliwość pełnego i prawidłowego wykonania zamówienia, za cenę, wobec której zgłaszane są wątpliwości jej zniżenia w sposób rażący. Izba nie uznała wyjaśnień zamawiającego, że przeprowadził on postępowanie oceniające cenę oferty konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. we własnym zakresie, gdyż posiadał informacje o cenach porównywalnych obiektów, tj. krytych pływalni realizowanych na terenie Dzielnicy Bielany w Warszawie, w Radomiu oraz w Limanowej, gdzie biorąc pod uwagę kubaturę tych obiektów oraz cenę 1 m² powierzchni, stwierdził, iż cena oferty wybranego konsorcjum kształtuje się na podobnym poziomie. Ponadto aktualizacja kosztorysu inwestorskiego, dokonana w sierpniu 2009 r. i oszacowanie przedmiotowego zamówienia według aktualnych cen rynkowych w kwocie 22 179 449,31 zł netto, wskazuje, że ustalenia których dokonał w

odniesieniu do ceny wybranej oferty są prawidłowe, a wybór tej oferty jako najkorzystniejszej nie naruszył przepisów ustawy. W ocenie Izby, przy badaniu oferty wykonawcy, czy nie zawiera rażąco niskiej ceny, zamawiający nie może poprzestać na ustaleniach własnych w oparciu o uzyskane inne źródła informacji. W procedurze tej nie można bowiem pominąć wyjaśnień wykonawcy, złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Bez udziału wykonawcy i umożliwienia mu złożenia właściwych wyjaśnień, nie można mówić, iż w ogóle tego typu procedura została przez zamawiającego przeprowadzona i dokonał on oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, aby uzyskać potwierdzenie, że za zaoferowaną cenę wykonawca zrealizuje zamówienie rzetelnie - w całości, terminowo i w sposób należyty. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości np. wyrok sygn. akt 76/81 „Transporoute”, wyrok sygn. akt 103/88 „Constanzo,” wyrok sygn. akt C-285/89 „Impresa Dona Alfonso,” potwierdzają, że państwa członkowskie mogą wymagać analizowania ofert, kiedy wydaje się, iż przedstawiają one rażąco niskie ceny, a nie tylko kiedy w oczywisty sposób są zaniżone oraz, że nie można oceniać ofert wyłącznie według kryterium arytmetycznego, ale należy zawsze umożliwić zainteresowanemu wykonawcy przedstawienie wyjaśnień, dopiero analiza których pozwala na prawidłową ocenę, czy cena oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia nie została rażąco zaniżona.

Zatem twierdzenie, że rozbieżność oszacowania przedmiotu zamówienia, (które pozostaje niezmiennie po wszczęciu procedury przetargowej, o czym stanowi art. 35 ust. 2 Pzp), cen innych wykonawców i ceny oferty wybranego wykonawcy winna wzbudzać uzasadnione obawy o rzetelność skalkulowania całkowitej ceny oferty, który to pogląd Izba podziela, również powinna skłaniać zamawiającego do sprawdzenia tych okoliczności. Zamawiający zobowiązany jest ponownie wezwać wykonawcę w sposób prawidłowy do podania elementów oferty mających wpływ na poziom zaoferowanej ceny, w rozumieniu wytycznych, jakie zawiera art. 90 ust. 2 Pzp. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera zakazu ponownego wzywania wykonawcy, do wyjaśnienia ceny oferty, w szczególności, gdy czynność ta została przeprowadzona wadliwie i winna być uznana za niebyłą - nieskuteczną, a odpowiedź wykonawcy, stosowna wprost do treści wezwania, nie odpowiadała wskazaniom ustawowym, odnoszącym się do wyjaśnienia, że oferta nie przedstawia rażąco niskiej ceny. Izba w tej sprawie, nie weryfikowała czynności zamawiającego – oceny czy oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę, gdyż w tym zakresie, wobec wadliwie przeprowadzonej procedury, w przekonaniu Izby, wyjaśnienia składników cenotwórczych i czynników przekładających się na cenę całkowitą oferty, przez

konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. w ogóle nie zostały przedstawione i ocenione przez zamawiającego, zatem brakuje podstaw do przeprowadzenia przez Izbę ustaleń w tym przedmiocie – oceny czynności zaniechanej. Izba nie może za zamawiającego wypowiadać się, czy cena oferty przystępującego nie jest rażąco zaniżona do przedmiotu zamówienia. Zadaniem Izby jest weryfikacja czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami, a nie wyrażanie zamawiającego w jego czynnościach. Zamawiający po uzyskaniu wyjaśnień konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o., winien samodzielnie je ocenić wraz z przedstawionymi dowodami, również tymi, które zostały złożone do akt niniejszej sprawy. W tym stanie rzeczy, wobec zaniechania czynności zamawiającego, Izba mogła jedynie stwierdzić naruszenie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, a w następstwie naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, wskutek nie zapewnienia równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania wbrew regułom ustawy Pzp. Z tych względów, nie przesądzając kwestii czy oferta konsorcjum TIWWAL Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, orzeczono jak w sentencji.

10. Sygn. akt: KIO/UZP 1359/09, Wyrok KIO z dnia 5 października 2009 r.

Zgodnie art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie czy zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Nie ma dotychczas wykształconego stanowiska, od jakiego progu różnic w cenie ofertowej i oszacowaniu przez zamawiającego takie działanie powinno być obligatoryjnie przeprowadzone przez zamawiającego. Zamawiający z własnej inicjatywy przeprowadził postępowanie wyjaśniające co do ceny wykonawcy, która była niższa o 35% niż wynikało to z oszacowania zamawiającego, podanego do wiadomości przed otwarciem ofert, zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp. Postępowanie to było zgodne z podnoszonym w doktrynie stanowiskiem odnoszącym się do doświadczeń państw Unii Europejskiej, gdzie „istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia” – wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1443/08.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Jest to tzw. otwarty katalog czynników, które

zamawiający może wziąć pod uwagę w trakcie badania wyjaśnień, a więc zamawiający może wziąć pod uwagę również inne czynniki, które w szczególności przedstawi wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. akt V Ca 459/06 „postępowanie wyjaśniające ma (...) utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie” i oferta zawiera rażąco niską cenę lub oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień – na podstawie art. 90 ust. 1 i 3 Pzp – spoczywa ciężar wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast, jak zostało orzeczone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1068/08: „w przypadku złożenia stosownych wyjaśnień poddawanych ocenie przez zamawiającego, ciężar dowodu co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na odwołującym się. Potwierdza to również [...] wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30.01.2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym sąd stwierdził, iż *Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.* [...] Podkreślenia wymaga fakt, iż wystąpienie przesłanki z art. 90 ust. 3 zachodzi w sytuacji, gdy dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.”.

11. Sygn. akt: KIO/UZP 1330/09, Wyrok KIO z dnia 29 października 2009 r.

Przepis art. 90 ust. 1 i 2 Pzp określa procedurę, jaką zamawiający ma obowiązek przeprowadzić w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W rozpoznanej sprawie zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, gdyż uznał, że nie ma podstaw do przyjęcia, że cena jest rażąco niska. Ocena zamawiającego wynika z rozeznania rynku w zakresie cen za przewozy, w okresie od 2002 r. do połowy 2009 r. Ceny te kształtowały się na poziomie od najniższej 1,07 zł do najwyższej 2,55 zł. za tonę. Wybrany wykonawca świadczy aktualnie przedmiotową usługę na rzecz zamawiającego za cenę 2,48 zł/t. Odwołujący za tożsame usługi ustalał stawki w wysokości 1,79 zł i 2,55 zł. Obecnie przedstawił w ofercie cenę 3,10 zł/t i wyjaśnił na rozprawie, że cena ta została ustalona z uwzględnieniem ryzyka wynikającego z faktu, że w ubiegłych latach odwołujący świadczył

usługę na rzecz zamawiającego, który zlecał faktycznie do przewozu ok. 72% ilości masy towarowej określonej w umowie. Na podstawie wskazanej symulacji kosztów odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca nie osiągnie zysku, a także uznał, że ta sama symulacja wskazuje, że poniesie straty, podał jednak, że przy założeniu, że zamawiający nie zleci przewozu przewidzianej w siwz masy towarowej w miesiącu, w ilości 279 000 ton. Odwołujący nie przedstawił żadnego innego dowodu na potwierdzenie wniosków wynikających z symulacji. W sposób jednoznaczny potwierdził, że wskazana sytuacja wystąpi tylko wówczas, gdy przewóz masy będzie utrzymał się na poziomie ok. 72% maksymalnej wielkości, wynikającej z siwz. Zamawiający przyznał, że zaniżony przewóz w ubiegłych latach wynikał z tzw. siły wyższej, spowodowany był m.in. wypadkami. Stwierdził, że w celu utrzymania ceny na realnym poziomie określił w siwz możliwość zmiany ceny, podając zasady jej indeksacji. Do kwestii tej odwołujący nie odniósł się. W ocenie KIO, przedstawiona relacja cenowa wynikająca ze złożonych ofert, jest wyrazem konkurencji wykonawców na rynku przewozowym. Nie wynika z powyższego, że cena wybranej oferty jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy ceną nierealną stosowaną poniżej kosztów świadczenia usługi, ustaloną w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a w szczególności odwołującego. KIO oddalając odwołanie wobec nie potwierdzenia zarzutów, zgodnie z art. 6 k.c., uwzględniła przepisy art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz orzecznictwo arbitrażowe i sądowe, w szczególności wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r. sygn. akt X Ga 127/08, w którym Sąd podał, że „(...) kwestia rażąco niskiej ceny podlegająca rozstrzygnięciu w oparciu o kryteria wskazane w art. 90 ust. 1 Pzp znalazła uregulowanie ustawowe w powołanym przepisie. Właściwie to zamawiający na etapie wstępnego badania ofert ocenia, czy w jego przekonaniu cena przedstawiona w ofercie nie nosi takiego charakteru. W czasie takiego wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje, czy składniki ceny zamawiający, który nabierze podejrzeń, czy przypuszczeń co do zbyt niskiej ceny proponowanej przez wykonawcę ceny wszczyna procedurę wyjaśnienia. Tak więc już od samego początku oceny proponowanych w ofertach cen widocznym jest, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest pojęciem subiektywnym, zależnym od indywidualnej oceny zamawiającego. Zgodzić należy się również ze stanowiskiem zamawiającego, że przypisać charakter ceny rażąco niskiej można cenie, która jest niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych”. Z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 kwietnia 2003 r. sygn. akt V Ca 522/03, wynika

”Dla oceny, czy oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, należy mieć na uwadze wszystkie jej elementy łącznie, a nie rozpoznawać te kryteria w sposób od siebie niezależny”.

12. Sygn. akt: KIO/UZP 1388/09, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2009 r.

Izba ustaliła, co już stwierdzono powyżej, że oferta Tomasza Zelanta zajęła trzecie miejsce w rankingu cenowym. Na rozprawie również ustalono, iż Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zwrócił się o złożenie wyjaśnień do Konsorcjum Dozorbud, Spółdzielni Inwalidów „Naprzód” oraz Konsorcjum Impel, natomiast nie zwrócił się do Tomasza Zelenta. Z uwagi na powyższe okoliczności, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – skoro Zamawiający powziął wątpliwość, czy zaoferowana cena jest rażąco niska odnośnie oferty pierwszej, drugiej i czwartej w rankingu cenowym, powinien z takimi samymi wątpliwościami zwrócić się do wykonawcy, który złożył ofertę trzecią w kolejności. Wobec okoliczności, że Zamawiający za ofertę najkorzystniejszą uznał ofertę, co do której zaniechał wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Izba uznała, że zaniechanie to – wobec braku pewności co do odpowiedzi Tomasza Zelenta - miało wpływ na wynik postępowania, i dlatego uwzględniła odwołanie KIO/UZP 1388/09. Skład orzekający zwraca uwagę, że bez uprzedniego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie można odrzucić wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, a to na podstawie art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych podniesiony w odwołaniach KIO/UZP 1381/09 i KIO/UZP 1388/09, a uwzględniła zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, podniesiony w odwołaniu KIO/UZP 1388/09.

13. Sygn. akt: IX Ga 93/09, Wyrok SO w Lublinie z 22 maja 2009 r.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy jest nieuzasadniony. Prawidłowo KIO stwierdziła, że brak było podstaw do występowania w postępowaniu przetargowym przez zamawiającego do wykonawców, których oferty były najtańsze w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, zważywszy na to, że pomiędzy datą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia (19 maja 2008 r.), a terminem składania i otwarcia ofert (23 stycznia 2009 r.) upłynął dość znaczny okres, w którym doszło do zmian w gospodarce kraju i które przyczyniły się do znacznego spadku cen na materiały i roboty budowlane. Zmiany cen były nagłe. W takiej sytuacji odniesienie się do wartości szacunkowej zamówienia nie jest adekwatne dla oceny kwestii rażąco niskiej ceny. Przepis

art. 90 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Niewątpliwie przepis ten jest bezwzględnie obowiązujący, co należy rozumieć w ten sposób, że jeżeli zamawiający poweźmie podejrzenie, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, to obowiązany jest do zwrócenia się na piśmie do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień. W niniejszej sprawie okoliczność taka nie zachodziła. Zamawiający, wbrew stanowisku składającego skargę wykonawcy, nie miał obowiązku wszczęcia postępowania mającego na celu wyjaśnienie elementów oferty wpływających na cenę oferty. Zamawiający bowiem miał prawo i obowiązek, samodzielnego zbadania ofert. Ustawa Prawo zamówień publicznych daje zamawiającemu takie prawa i obowiązki, nakazując powołanie komisji przetargowej, jako zespołu pomocniczego, właśnie do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert. Komisja przetargowa w szczególności przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 19 i art. 20 ustawy). Oczywistym jest, że podczas badania przez komisję przetargową ofert dokonuje się sprawdzenia ofert pod względem formalnym oraz merytorycznym, w tym ewentualnie stwierdzenia, czy nie zachodzi przypadek zaoferowania rażąco niskich cen. Zakres badania może ulec stosownemu rozszerzeniu zależnie od okoliczności. Uprawnienia zamawiającego do szerokiego badania ofert potwierdza też uprawnienie do korzystania z pomocy biegłych (art. 21 ust. 4 ustawy). W omawianym przypadku zamawiający, wobec podniesienia w proteście zarzutu rażąco niskiej ceny, przeprowadził rozszerzone badanie wybranych ofert. Przeanalizował szczegółowo rynek lokalny przetargów dotyczących inwestycji o podobnej wielkości zakończonych w ostatnim okresie. Zamawiający zwrócił się też między innymi do wykonawcy Budimex Oromex o wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny ofertowej. Składającego protest zobowiązał do uszczegółowienia elementów kwestionowanych ofert, które to elementy jego zdaniem, mają istotny wpływ na zaniżenie ofert (protokół posiedzenia komisji przetargowej -k. 253-253 v. dokumentacji postępowania część III). Budimex Oromex w odpowiedzi oświadczył, że podtrzymuje oświadczenie złożone w treści przystąpienia do protestu w zakresie realności i prawidłowości założeń ekonomiczno -finansowych przyjętych do kalkulacji ceny oferty, zapewniających mu umiarkowany (rozsądny) zysk, rozumiany m.In, w kategoriach używanych w nomenklaturze FIOle (oświadczenie z dnia 23 lutego 2009 r. -k. 263, pismo o przystąpieniu do postępowania protestacyjnego z dnia 19 lutego 2009 r. -

k.255-257 dokumentacji postępowania część III). Po ponownym zbadaniu kwestii zarzutu rażąco niskiej ceny zamawiający również nie znalazł podstaw do podjęcia czynności określonych w art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający dał temu wyraz w rozstrzygnięciu protestu z dnia 25 lutego 2009 r. Oddalając protest w zakresie dotyczącym zarzutu rażąco niskiej ceny i zaniechując odrzucenia ofert wykonawców Budimex Oromex i Polimex -Mostostal, zamawiający przedstawił analizę motywów swojej decyzji. Odwołał się do ofert na rynku analogicznych zamówień, w analogicznym okresie i biorąc pod uwagę takie czynniki jak bliskie położenie porównywalnych inwestycji, udział w przetargach tych samych wykonawców oraz uwzględniając różne warianty przeliczeniowe cen ofertowych. Uwzględnił ceny oferowane ogółem, średnie cen, ceny poszczególnych pozycji kosztorysowych. W konkluzji zamawiający stwierdził, że różnice pomiędzy oferowanymi cenami nie dały podstaw do wszczęcia takiej procedury. Nie może ująć uwagi Sądu, że zamawiający zna dokładnie rynek lokalny i tendencje na tym rynku i na rynku krajowym, w tym także w zakresie cen materiałów budowlanych i usług. Jest tak nie tylko z racji podlegania przez zamawiającego w jego działalności przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Wynika to przede wszystkim z zakresu ustawowych obowiązków zamawiającego, w ramach których analizuje dane uzyskiwane od podatników i z innych źródeł, w tym analiz dokonywanych przez Ministerstwo Finansów opracowanych na podstawie danych uzyskanych z terenu całego kraju z wielu źródeł. Zamawiający w zakresie swych działań ma też przeciwdziałanie czynnościom podatników mających na celu uszczuplenie dochodów Skarbu Państwa. Tę wiedzę zamawiający wykorzystał przy ocenie ofert. W piśmiennictwie przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej (Radosław Prusowski, artykuł "Rażąco niska cena.", publ. Zamówienia Publiczne Doradca 2008/7/56, teza 3, LEX numer 94524). Co do uprawnienia zamawiającego do decydowania, czy zasadne jest wszczęcie postępowania określonego przepisami art. 90 ust. 1 ustawy wypowiedział się Jerzy Pieróg w wydawnictwie Prawo zamówień publicznych, komentarz, wydanie 9, Wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2009. Stwierdził, że przepis ten reguluje sprawę postępowania w przypadku otrzymania oferty zawierającej rażąco niską cenę. Zamawiający nie podejmuje więc działań wynikających z przepisu w sytuacjach, gdy nie ma podejrzenia co do zaniżenia ceny. Należy przy tym podkreślić, że w przepisie chodzi o cenę oferty, której uznanie za rażąco niską powinno spowodować żądanie wyjaśnień. Nie ma podstaw do takiego działania w przypadku zaniżenia niektórych cen jednostkowych, bez

przełożenia tego na ostateczną cenę oferty (str. 308). W ocenie Sądu zważywszy na wysokość innych ofert złożonych w przetargu oraz podniesioną wcześniej okoliczność zmiany warunków rynkowych w okresie pomiędzy ustaleniem wartości zamówienia, a dniem otwarcia ofert, ofert firm Budimex Dromex oraz Polimex • Mostostal nie charakteryzuje rażąco niska cena. Naturalną rzeczą w okresie kryzysu jest, że część firm jest w stanie organizacyjnie i finansowo dostosować się do zmieniającej sytuacji znacznie wcześniej niż inne firmy. Na tym polega zasada funkcjonowania na wolnym rynku. Nadto w okresie poprzedzającym kryzys -co jest rzeczą powszechnie wiadomą- ceny materiałów i usług budowlanych były zawyżone, producenci i usługodawcy wykorzystywali olbrzymi popyt, mówiło się nawet o spekulacyjnych działaniach usługodawców, zaś w dobie kryzysu musiało dojść do urealnienia cen. Zatem gwałtowny spadek cen pomiędzy datą opracowania dokumentacji przetargowej, a datą otwarcia ofert nie dziwi. Z informacji przekazanych przedstawicielom mediów przez Ministerstwo Infrastruktury w ubiegłym tygodniu wynika, że Ministerstwo to, na skutek obniżki cen materiałów i usług, uzyskało w przetargach na budowę dróg i autostrad oszczędności w wysokości 36% w stosunku do założonych kosztów. Potwierdza to stanowisko wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia Izby.

14. Sygn. akt: V Ca 1660/09, Wyrok SO w Warszawie z dnia 30 września 2009 r.

Zgodnie z treścią pkt 2 rozdziału II specyfikacji wykonawca miał dołączyć do oferty kosztorysy ofertowe opracowane według kalkulacji uproszczonej w oparciu o przedmiary robót stanowiące załącznik nr 6 do siwz oraz zestawienie pozostałych kosztów, wykazy materiałów i sprzętów. Zamawiający zastrzegł przy tym wyraźnie, że jedynie brak wykazu materiałów sprzętu spowoduje odrzucenie oferty (rozdział VI pkt 4 siwz). Oferta skarżącego zawiera kosztorysy ofertowe sporządzone według kalkulacji uproszczonej w oparciu o przedmiary robót stanowiących załącznik nr 6 do siwz, wykazy materiałów i sprzętu. Przedmiary robót zamieszczone w załączniku nr 6 zostały opatrzone odrębnymi dopiskami o treści "roboty pomocnicze wycenić poza narzutami doliczając do wartości oferty wraz z zajęciem pasa drogowego na czas związania wykonawcy umową". Roboty pomocnicze (tymczasowe) to tego rodzaju roboty, które są projektowane i wykonywane jako potrzebne do wykonania robót podstawowych ale nie są przekazywane zamawiającemu i są usuwane. Zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego w tabelach

przedmiaru robót nie uwzględnia się robót tymczasowych, z wyłączeniem przypadków, gdy istnieją uzasadnione podstawy do ich odrębnego rozliczania. Tabele przedmiaru robót, którymi w tym postępowaniu posłużył się zamawiający nie uwzględniały robót tymczasowych (pomocniczych) -co akurat trafnie ocenił skład orzekający KIO. Wspomniane wyżej dopiski poczynione pod tabelami należy w ocenie Sądu Okręgowego rozumieć w ten sposób, że zamawiający wymagał jedynie doliczenia przez wykonawcę robót pomocniczych wycenionych poza narzutami do pozycji robót wymienionych w przedmiarach, na podstawie których należało sporządzić kosztorysy ofertowe. Skarżący postąpił w ten właśnie sposób, gdyż wykonał kosztorysy na podstawie przedmiarów robót wliczając do odpowiednich pozycji robót podstawowych konieczne roboty pomocnicze wycenione poza narzutami. Odpowiednich wyjaśnień w tej kwestii skarżący udzielił na pytanie zamawiającego, a ten w toku niniejszego postępowania nie kwestionował prawdziwości twierdzeń wykonawcy. Dlatego też niezrozumiałe i niezasadne jest uznanie przez KIO, że odwołujący się nie udowodnił okoliczności, na które się powoływał -do czego nie był zobowiązany, wobec niezaprzeczenia przez zamawiającego zaistnieniu tychże. Brak jest podstaw do przyjmowania, że zamawiający wymagał od wykonawców aby sporządzając kosztorysy ofertowe umieszczali w nich roboty pomocnicze jako dodatkową pozycję, a w szczególności aby umieszczali je na stronie tytułowej kosztorysu ofertowego -co zamawiający powołał jako uzasadnienie faktyczne swej decyzji o odrzuceniu oferty skarżącego.

Co więcej -sam zamawiający zmienił swoje stanowisko, albowiem ostatecznie porzucił taką argumentację odrzucenia oferty skarżącego, wiążąc sprzeczność treści tej oferty z treścią siwz nieumieszczeniem wykazu i cen robót tymczasowych w zestawieniu pozostałych kosztów. Oferta skarżącego istotnie nie zawiera "zestawienia pozostałych kosztów" jednak zdaniem Sądu Okręgowego nie jest to równoznaczne ze sprzecznością jej treści z treścią siwz. Brak zestawienia pozostałych kosztów może być poczytany jedynie jako ewentualny brak formalny oferty, nie związany jednak z treścią tej oferty. Co więcej - jak wskazano wyżej - niedołączenie tego wykazu nie zostało przez zamawiającego obwarowane sankcją odrzucenia. Należy też zgodzić się ze skarżącym, że z treści siwz nie wynika, iż pod pojęciem "zestawienia pozostałych kosztów" zamawiający rozumiał zestawienie wykazu i cen robót pomocniczych. Poza tym trzeba również zauważyć, że wyszczególnienie przez wykonawcę ilości, rodzaju i cen robót pomocniczych -w jakimkolwiek dokumencie oferty -nie miałyby wpływu na treść tej oferty, gdyż roboty pomocnicze wycenione poza narzutami zostały przez tego wykonawcę uwzględnione w cenie (zgodnie z wymogiem rozdziału VI pkt 6 siwz) i odrębne ich wymienienie nie miałyby wpływu na określenie ceny.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

➤ **Orzeczenie z dnia 22 czerwca 1989 roku w sprawie C-103/88 *Fratelli Costanzo***

(Zamówienia publiczne na roboty budowlane - rażąco niskie oferty - bezpośredni skutek zastosowania dyrektyw przez władze administracyjne).

„1. Art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305, od którego stosowania państwa członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zabrania państwom członkowskim wprowadzania przepisów prawnych, które wymagają automatycznego odrzucenia ofert złożonych w ramach zamówień publicznych, według kryterium arytmetycznego, zamiast zobowiązania pomiotów zamawiających do przeprowadzenia procedury weryfikacji określonej w dyrektywie, umożliwiającej podmiotowi składającemu ofertę przedstawienie wyjaśnień.

Państwa członkowskie mogą wymagać, by oferty przetargowe były analizowane w przypadku podejrzenia rażąco niskich cen, a nie tylko wtedy, gdy w sposób oczywisty przedstawiają rażąco niskie ceny”.

„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC stanowi:

"Jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty są oczywiście rażąco niskie w stosunku do świadczenia zamawiający jest zobowiązany zweryfikować szczegóły ofert przed podjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia. Wynik takiej weryfikacji powinien być brany pod uwagę. W tym celu zamawiający jest obowiązany wymagać od oferenta przedstawienia koniecznych wyjaśnień oraz, w uzasadnionych przypadkach, wskazać, które elementy oferty są dla niego nie do przyjęcia.

Jeżeli dokumentacja dotycząca zamówienia przewiduje udzielenie zamówienia na podstawie kryterium najniższej ceny, zamawiający jest obowiązany uzasadnić przed Komitetem Doradczym d/s Zamówień Publicznych, utworzonym decyzją Rady z dnia 26 lipca 1971 r., powód odrzucenia ofert uznanych przez niego za zbyt niskie".

„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 został wdrożony we Włoszech trzecim paragrafem art. 24 Ustawy Nr 584 z 8 sierpnia 1997 r. wprowadzającym zmiany do procedury udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (Dz.U. Republiki Włoskiej Nr 232 z 26 sierpnia 1977 roku, str. 6272). Treść przepisu jest następująca:

"Jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty są rażąco niskie w stosunku do świadczenia, zamawiający, po zwróceniu się do oferenta o przedstawienie wymaganych wyjaśnień oraz wskazaniu, w uzasadnionych przypadkach, jakie elementy są dla niego nie do przyjęcia, jest zobowiązany zweryfikować szczegóły ofert a kiedy uzna ofertę za nie kwalifikującą się, może ją odrzucić. W takim jednak przypadku, jeżeli kryterium udzielenia zamówienia jest najniższa cena, zamawiający jest zobowiązany zawiadomić Ministra Robót Publicznych o odrzuceniu oferty wraz z podaniem powodów takiej decyzji. Minister jest odpowiedzialny za przekazanie tej informacji w terminie określonym w pierwszym paragrafie art. 6 niniejszego rozporządzenia, do Komitetu Doradczego d/s Zamówień Publicznych, powołanego przez Europejską Wspólnotę Gospodarczą".

„25. W pierwszej części trzeciego zagadnienia, sąd krajowy pragnie ustalić, czy art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 zezwala państwom członkowskim na egzekwowanie weryfikacji ofert, jeżeli okażą się one rażąco niskie, a nie tylko kiedy są oczywiście rażąco niskie.

26. Procedura weryfikacji powinna być stosowana w każdym przypadku, kiedy zamawiający badają oferty, przedstawiające rażąco niskie ceny. W konsekwencji, bez względu na próg zezwalający na rozpoczęcie tej procedury, oferenci mogą być pewni, że nie będą wykluczeni z udziału w przetargu bez możliwości przedstawienia wyjaśnień dotyczących prawdziwości ich ofert.

27. Wynika z tego, że odpowiedź na pierwszą część trzeciego zagadnienia powinna brzmieć, iż art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 zezwala państwom członkowskim na żądanie, aby oferty były weryfikowane w przypadku, kiedy wydają się być rażąco niskie, a nie tylko kiedy są oczywiście rażąco niskie”.

„W oparciu o te podstawy, Trybunał w odpowiedzi na zagadnienia przedstawione przez Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia we wniosku z dnia 16 grudnia 1987 r., ustala co następuje:

Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 zakazuje państwom członkowskim stosowania przepisów, które wymagają automatycznego odrzucenia ofert złożonych w ramach zamówień publicznych według kryterium arytmetycznego, zamiast zobowiązania zamawiających do

stosowania procedury weryfikacji określonej w dyrektywie, dającej oferentowi możliwość przedstawienia wyjaśnień.

Stosując Dyrektywę Rady 71/305/EEC, państwa członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu od postanowień art. 29 ust. 5 tej dyrektywy.

Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 zezwala państwom członkowskim żądać weryfikacji ofert, kiedy te wydają się być rażąco niskie, a nie tylko jeżeli są oczywiście rażąco niskie.

Władze administracyjne, także władze gmin, podlegają temu samemu obowiązkowi jak sąd krajowy, jeżeli chodzi o stosowanie postanowień art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305/EEC oraz powstrzymanie się od stosowania tych krajowych przepisów prawnych, które są z nimi sprzeczne”.

➤ **Orzeczenie z dnia 10 lutego 1982 roku w sprawie C-76/81 *Transporoute***

(Wolność zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług; swobodny przepływ usług; zbliżanie prawodawstwa państw członkowskich).

„Jeśli, w opinii zamawiającego udzielającego zamówienia publicznego na roboty budowlane, oferta jest rażąco niska w porównaniu ze świadczeniem, przepis art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 wymaga, by zamawiający, przed podjęciem decyzji dotyczącej udzielenia zamówienia, zażądał od oferenta wyjaśnień dotyczących jego ceny lub poinformował oferenta, która z jego ofert wydaje się rażąco niska, i pozwolił mu w odpowiednim terminie dostarczyć dalszych wyjaśnień”.

„17. Art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 stanowi, że jeśli oferta jest oczywiście rażąco niska, zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia szczegółów oferty i w tym celu, obowiązany jest zażądać od oferenta przedstawienia potrzebnych wyjaśnień. W przeciwieństwie do poglądu wyrażonego przez rząd Luksemburga, fakt, że przepis wyraźnie upoważnia zamawiającego do sprawdzenia, czy wyjaśnienia są wiarygodne, pod żadnym pozorem nie upoważnia go do decydowania przed czasem, poprzez odrzucenie oferty bez wezwania oferenta do przedstawienia wyjaśnień, że niemożliwe było przedstawienie przez niego wystarczających wyjaśnień. Cel przepisu, który ma chronić oferentów przed arbitralnością zamawiającego, nie mógłby być osiągnięty, jeśli to zamawiający miałby decydować, czy właściwe jest żądanie od oferenta przedstawienia wyjaśnień.

18. Na drugie pytanie należy więc odpowiedzieć, że w sytuacji kiedy w opinii zamawiającego udzielającego zamówienia publicznego na roboty budowlane oferta jest oczywiście rażąco niska w stosunku do świadczenia, art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 wymaga od zamawiającego, by zażądał od oferenta, przed wydaniem decyzji co do udzielenia zamówienia, wyjaśnień odnośnie jego cen lub poinformował oferenta, która z jego ofert wydaje się nieporównywalnie niska, oraz by pozwolił mu, w wystarczającym terminie, przedstawić dalsze szczegóły”.

„Na tych podstawach, Trybunał postanawia:

Jeśli, w opinii zamawiającego udzielającego zamówienia na roboty budowlane, oferta jest oczywiście rażąco niska w stosunku do wartości świadczenia, art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305 wymaga od zamawiającego uzyskania od oferenta, przed podjęciem decyzji co do udzielenia zamówienia, wyjaśnień dotyczących jego cen lub poinformowania oferenta, która z jego ofert wydaje się rażąco niska i przyznania mu odpowiedniego terminu na przedłożenie dalszych szczegółów”.

➤ **Orzeczenie z dnia 18 czerwca 1991 roku w sprawie C-295/89 *Impresa Dona Alfonso***

(Zamówienia publiczne na roboty budowlane - oferty przedstawiające rażąco niskie ceny).

Sentencja orzeczenia:

„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzenia przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień.

Podczas stosowania Dyrektywy Rady 71/305, Kraje Członkowskie nie mogą odejść w żadnym istotnym stopniu od przepisów art. 29 ust. 5 dyrektywy

Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 pozwala Krajom Członkowskim wymagać, aby oferty były przedmiotem analizy, ilekroć wydaje się, że przedstawiają one rażąco niskie ceny, a nie tylko, kiedy w oczywisty sposób są zaniżone”.

[Pełne teksty cytowanych orzeczeń](#) znajdują Państwo na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, w zakładce Prawo Unii Europejskiej

ANALIZY SYSTEMOWE

Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych

01.01.2009 – 30.11.2009

I. RYNEK ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	137 798	12 904	150 702
O udzieleniu zamówienia	157 194	17 084	174 278
O konkursie	104	40	144
O wynikach konkursu	81	62	143
O zmianie ogłoszenia	24 240	6 637*	30 877
O koncesji na usługi / roboty budowlane	14	20	34
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	397	397
RAZEM	319 431	37 144	356 575

* - ogłoszenia dotyczące dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania

Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	36,90%	5,16%
Dostawy	35,97%	56,11%
Usługi	27,13%	38,73%

Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	98,80%	93,67%
Przetarg ograniczony	0,78%	4,86%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,10%	1,12%
Dialog konkurencyjny	0,05%	0,35%
Licytacja elektroniczna	0,27%	-

Kryteria oceny ofert
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)

Kryterium	Odsetek postępowań			
	roboty budowlane	dostawy	usługi	Ogółem
Cena jako jedyne kryterium	94%	87%	88%	90%
Cena i inne kryteria	6%	13%	12%	10%

Zamówienia udzielone według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	30,93%	3,36%
Dostawy	30,54%	38,38%
Usługi	38,53%	58,26%

Zamówienia udzielone według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	69,34%	75,43%
Przetarg ograniczony	0,60%	4,34%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,06%	4,00%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,38%	16,17%*
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,06%
Wolna ręka	25,25%	-
Zapytanie o cenę	4,21%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,14%	nie ogłasza się

* - w tym wolna ręka

Wartość udzielonych zamówień*

Wartość zamówień	49,5 mld zł
-------------------------	--------------------

Rodzaj zamówienia	Struktura zamówień wg wartości
Roboty budowlane	66%
Dostawy	18%
Usługi	16%

* - wartość określono na podstawie danych z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (dotyczących postępowań o wartości od 14.000 euro do progów UE)

**Zamówienia udzielone według województw
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

Województwo	Odsetek liczby	Odsetek wartości
dolnośląskie	7%	8%
kujawsko-pomorskie	5%	5%
lubelskie	5%	4%
lubuskie	2%	3%
łódzkie	5%	6%
małopolskie	10%	9%
mazowieckie	17%	15%
opolskie	3%	3%
podkarpackie	5%	7%
podlaskie	3%	3%
pomorskie	6%	5%
śląskie	12%	10%
świętokrzyskie	3%	5%
warmińsko-mazurskie	4%	4%
wielkopolskie	9%	9%
zachodniopomorskie	4%	4%

**Procentowa wartość udzielanych zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

Kategorie zamawiających	% wartości
Administracja rządowa centralna	3,99%
Administracja rządowa terenowa	2,27%
Administracja samorządowa	60,55%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	4,42%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,62%
Uczelnie publiczne	3,68%
Podmiot prawa publicznego	0,18%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	9,29%
Inny	15,00%

**Procent liczby udzielanych zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej 14 000 euro)**

Kategorie zamawiających	Udział
Administracja rządowa centralna	2,87%
Administracja rządowa terenowa	3,17%
Administracja samorządowa	47,01%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,12%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,88%
Uczelnie publiczne	5,87%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	15,36%
Zamawiający sektorowy	0,97%
Inny	18,76%

**Rodzaj udzielanych zamówień według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej 14 000 euro)**

Kategorie zamawiających	Udział procentowy		
	roboty budowlane	dostawy	usługi
Administracja rządowa centralna	18,35%	22,40%	59,25%
Administracja rządowa terenowa	12,60%	37,47%	49,94%
Administracja samorządowa	43,72%	12,68%	43,60%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	17,33%	42,46%	40,20%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	8,96%	45,06%	45,98%
Uczelnie publiczne	14,27%	49,84%	35,89%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	6,69%	66,75%	26,57%
Zamawiający sektorowy	1,77%	56,15%	42,08%
Inny	20,77%	38,52%	40,71%

**Struktura procentowa trybów udzielania zamówień
według kategorii zamawiających
(zamówienia powyżej 14 000 euro ale poniżej progów UE)**

Kategorie zamawiających	Tryb [%]							
	PN	PO	NO	NB	DK	WR	ZC	LE
Administracja rządowa centralna	57,11	0,43	0,00	0,24	0,03	35,56	6,36	0,27
Administracja rządowa terenowa	65,11	0,47	0,00	0,45	0,09	22,85	10,39	0,64
Administracja samorządowa	70,37	0,57	0,05	0,40	0,02	25,51	2,95	0,14
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	65,38	0,57	0,07	0,26	0,02	28,40	5,18	0,12
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	48,01	0,59	0,13	0,26	0,00	26,42	24,40	0,20
Uczelnie publiczne	59,39	0,19	0,06	0,25	0,00	32,66	7,35	0,11
Podmiot prawa publicznego	73,46	0,00	0,00	0,15	0,15	19,44	6,48	0,31
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	83,88	0,69	0,03	0,23	0,00	13,28	1,89	0,00
Inny	64,66	0,85	0,11	0,56	0,05	28,07	5,55	0,15

**Liczba zamówień udzielonych polskim wykonawcom na rynkach innych państw członkowskich UE
z uwzględnieniem wartości tych zamówień***

Państwo	Liczba kontraktów	Rodzaj zamówienia	Równowartość w EUR
Austria	3	3 x dostawy	brak danych
Belgia	7	6 x usługi 1 x roboty budowlane	13 143 250 EUR
Czechy	3	3 x dostawy	2 596 675 EUR
Dania	1	1 x usługi	4 194 234 EUR
Estonia	2	2 x dostawy	4 733 559 EUR
Francja	2	2 x usługi	brak danych
Grecja	3	3 x dostawy	919 872 EUR
Litwa	7	7 x dostawy	6 340 297 EUR
Luksemburg	9	1 x dostawy 8 x usługi	12 761 612 EUR
Łotwa	1	1 x usługi	235 000 EUR
Portugalia	1	1 x dostawy	469 500 EUR
Rumunia	2	2 x usługi	345 828 EUR
Szwecja	1	1 x dostawy	516 308 EUR
Węgry	3	3 x dostawy	19 689 379 EUR
Włochy	1	1 x dostawy	1 710 000 EUR
Razem	46	25 x dostawy 20 x usługi 1 x roboty budowlane	67 655 514 EUR

* - dane na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED)

Liczba zamówień udzielonych przez polskich zamawiających wykonawcom zagranicznym z uwzględnieniem wartości tych zamówień*

Państwo	Rodzaj zamówienia – ilość kontraktów, wartości kontraktów [w PLN]								Razem	
	roboty budowlane		dostawy		usługi		konkurs			
Australia					1	4 500 000			1	4 500 000
Austria	1	920 460 073	5	7 144 312	4	358 249			10	927 962 634
Belgia			5	6 251 450	1	15 795 187			6	22 046 637
Chiny	2	1 153 063 430							2	1 153 063 430
Chorwacja					1	2 746 045			1	2 746 045
Czechy			12	312 840 927	12	22 072 054			24	334 912 981
Cypr			7	31 619 894					7	31 619 894
Dania					4	662 917			4	662 917
Estonia			1	24 888 000					1	24 888 000
Finlandia			3	239 142 284	2	12 206 795			5	251 349 079
Francja	1	233 328 710	11	53 418 294	15	36 924 589			27	323 671 593
Grecja	2	1 687 469 516							2	1 687 469 516
Hiszpania	6	3 103 277 109			8	89 612 312			14	3 192 889 421
Holandia			18	39 111 653	6	35 963 472			24	75 075 125
Indie					1	16 370 000			1	16 370 000
Irlandia			2	5 132 200	5	43 256 794			7	48 388 994
Izrael			1	812 000					1	812 000
Litwa			1	616 800	1	303 185			2	919 985
Niemcy	5	567 972 341	46	252 485 077	17	454 704 440	1	15 890	69	1 275 177 748
Norwegia			1	4 210 000	1	1 000 000			2	5 210 000
Portugalia	3	1 645 951 747							3	1 645 951 747
Rosja			1	23 780 100					1	23 780 100
Słowacja			2	13 085 213					2	13 085 213
Szwajcaria			19	17 973 026	3	38 132 016			22	56 105 042
Szwecja			4	5 462 134			1	0	5	5 462 134
Ukraina			1	2 880 000					1	2 880 000
USA			5	5 614 565	3	218 764 668			8	224 379 233
Węgry					1	2 904 000			1	2 904 000
Wielka Brytania			109	33 140 665	22	88 286 105	1	5 000	132	121 431 770
Włochy	2	5 528 262 062	25	27 278 337	2	11 637 204			29	5 567 177 603
Razem	22	14 839 784 988	279	1 106 886 931	110	1 096 200 033	3	20 890	414	17 042 892 842

* - dane na podstawie ogłoszeń o udzieleniu zamówienia zamieszczonych w Dzienniku Urzędowym UE (strona internetowa TED)

II. KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Kontrole uprzednie

Kontrole	Ilość – 2009 r.	
Wszczęte	92	
Zakończone	88	
Wyniki kontroli	Ilość	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	57	65%
Stwierdzono naruszenia	31	35%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	3	10%
ponowna ocena	2	6%
uchybień formalne	26	84%

Kontrole następne

Kontrole	Ilość – 2009 r.	
Wszczęte	134	
Zakończone	122	
Wyniki kontroli	Ilość	Struktura procentowa
Brak naruszeń	13	11%
Stwierdzono naruszenia	109	89%
W tym: zawiadomienie RDFP	59	54%

Kontrole doraźne
(kontrola wyboru trybu udzielenia zamówienia na podstawie zawiadomień kierowanych do prezesa UZP w związku z art. 62 ust. 2 i art. 67 ust. 2 ustawy Pzp)

Kontrole	Liczba – 2009 r.	
Wszczęte	38	
Zakończone	29	
Wyniki kontroli	Liczba	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	1	4%
Nie stwierdzono naruszeń	14	48%
Stwierdzono naruszenia	14	48%
w tym:		
zalecenie unieważnienia postępowania	3	21%
uchybień formalne	6	43%
Zawiadomienie RDFP	4	28%

III. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

	Liczba - 2009 r.	
Wniesiono ogółem	1 797	
Brak wpisu	102	
Rozpatrzono ogółem	1 493	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy
Odrzucone	200	13%
Umorzone postępowanie	200	13%
Oddalone	627	42%
Uwzględnione	466	32%

Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2009 r.	2008 r.
Roboty budowlane	35%	38%
Dostawy	28%	32%
Usługi	37%	30%

Liczba skarg na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej / zespołu arbitrów wniesionych do sądów

Skargi	2009 r.	2008 r.
Liczba wniesionych skarg	297	242
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	20%	17%

Zespół redakcyjny Informatora UZP:

<i>Joanna Czarnecka</i>	<i>Joanna Orzeł</i>
<i>Renata Dzikowska</i>	<i>Anna Łagocka</i>
<i>Urszula Krynicka</i>	<i>Justyna Łądowska</i>
<i>Izabela Rzepkowska</i>	<i>Piotr Zabadeusz</i>

pod kierunkiem Anity Wichniak Olczak

KONTAKT:

***Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a , 02-676 Warszawa
tel. 458-77-07 fax 458-78-36, informator@uzp.gov***