



# I N F O R M A T O R

## URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Nr 5

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
➤ Uchwała ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw .....	3
➤ Uchwała Senatu w sprawie ustawy z dnia 25 września 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych .....	3
➤ Najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych .....	3
➤ Nowe orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie zamówień publicznych .....	4
➤ Konferencje regionalne – „Zmiany w systemie zamówień publicznych i ich wpływ na praktykę udzielania zamówień publicznych” .....	5
PRAWO EUROPEJSKIE.....	6
Instytucja odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.....	6
OPINIE PRAWNE .....	12
Rażąco niska cena.....	12
KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	16
Instytucja odrzucenia oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP.....	16
ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	79
Wybrane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych dotyczące niezgodności treści oferty z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).....	79
ANALIZY SYSTEMOWE.....	94
Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2009 – 31.10.2009 .....	94

## AKTUALNOŚCI

### ➤ **Uchwała ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw**

W dniu 23 października 2009 r. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej jednogłośnie uchwalił ustawę o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. W głosowaniu wzięło udział 421 posłów. Projekt został przekazany Senatowi RP.

[Tekst ustawy w wersji uchwalonej przez Sejm](#)

### ➤ **Uchwała Senatu w sprawie ustawy z dnia 25 września 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych**

W dniu 22 października 2009 r. Senat Rzeczypospolitej Polskiej podjął uchwałę w sprawie ustawy z dnia 25 września 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. W uchwale Senat zaproponował 7 poprawek. Powyższa uchwała zostanie następnie przekazana do Sejmu celem rozpatrzenia poprawek.

[uchwała Senatu](#)

[ustawa](#)

### ➤ **Najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych**

**Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 sygn. akt: KIO/UZP 1216/09** dotyczący zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy.

[treść wyroku](#)

**Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 sygn. akt: KIO/UZP 1344/09** dotyczący zasady jawności postępowania oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

[treść wyroku](#)

**Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. sygn. akt: KIO/W 69/09** w sprawie uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

[treść postanowienia](#)

**Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 9 września 2009 r., sygn. akt: X Ga 231/09** dotyczący konkursu na opracowanie projektu koncepcyjnego architektoniczno-urbanistycznego.

[treść wyroku](#)

### ➤ **Nowe orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie zamówień publicznych**

**Orzeczenie z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-138/08 *Hochtief*.**

*(Procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane – Postępowania rozpoczęte po wejściu w życie dyrektywy 2004/18/WE, lecz przed upływem terminu do transpozycji tej dyrektywy – Procedury negocjacyjne z publikacją ogłoszenia o zamówieniu – Obowiązek dopuszczenia minimalnej liczby odpowiednich kandydatów – obowiązek zapewnienia rzeczywistej konkurencji).*

W orzeczeniu Trybunał wskazał, że:

„1) Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi nie ma zastosowania do decyzji wydanej przez instytucję zamawiającą w trakcie przetargu na roboty budowlane, przed upływem terminu do transpozycji tej dyrektywy.

2) Artykuł 22 ust. 3 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, w brzmieniu zmienionym przez dyrektywę 97/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1997 r. należy interpretować w ten sposób, że jeżeli udziela się zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej, a liczba odpowiednich kandydatów jest mniejsza niż dolna granica ustalona dla danego postępowania, instytucja zamawiająca może mimo to prowadzić

dalej to postępowanie, zapraszając do negocjowania warunków zamówienia odpowiedniego kandydata lub odpowiednich kandydatów.

3) Dyrektywę 93/37 w brzmieniu zmienionym przez dyrektywę 97/52 należy interpretować w ten sposób, że obowiązek zapewnienia rzeczywistej konkurencji jest spełniony, jeżeli instytucja zamawiająca stosuje procedurę negocjacyjną na warunkach określonych w art. 7 ust. 2 tej dyrektywy”.

### **Orzeczenie z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08 Acoset.**

*(Artykuły 43 WE, 49 WE i 86 WE – Udzielanie zamówień publicznych – Powierzenie świadczenia usług wodnych spółce o kapitale mieszanym – Postępowanie publiczne – Wybór wspólnika prywatnego odpowiedzialnego za wykonanie usługi – Powierzenie z pominięciem zasad udzielania zamówień publicznych).*

W orzeczeniu Trybunał wskazał, że:

„Artykuły 43 WE, 49 WE i 89 WE nie sprzeciwiają się bezpośredniemu powierzeniu usługi publicznej obejmującej wcześniejsze wykonanie pewnych prac, takiej jak w postępowaniu przed sądem krajowym, spółce o kapitale mieszanym publiczno - prywatnym, utworzonej specjalnie w celu świadczenia tej usługi i posiadającej wyłączny cel działalności, w której prywatny udziałowiec został wyłoniony w trybie przetargu publicznego, po sprawdzeniu wymogów finansowych, technicznych, operacyjnych i zarządczych w związku z wykonywaną usługą oraz szczególnych cech składanej przez niego oferty w odniesieniu do usługi, która ma być świadczona, pod warunkiem, że omawiane postępowanie przetargowe jest zgodne z zasadami wolnej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania przewidzianymi w traktacie WE w odniesieniu do koncesji”.

[Pełne teksty orzeczeń](#) na stronie internetowej UZP.

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

Urząd Zamówień Publicznych organizuje cykl 6 konferencji regionalnych pod patronatem Prezesa UZP, Ministra Rozwoju Regionalnego oraz Marszałków Województw. Szkolenia skierowane są do przedstawicieli jednostek samorządu terytorialnego i odbywają się: 5 listopada w **Poznaniu**, 19 listopada w **Lublinie**, 26 listopada w **Toruniu**, 27 listopada w **Krakowie**, 3 grudnia we **Wrocławiu**, 15 grudnia w **Warszawie**.

Więcej informacji na temat konferencji regionalnych pod adresem <http://www.uzp.gov.pl>

## PRAWO EUROPEJSKIE

### Instytucja odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

#### 1. Regulacje ujęte w dyrektywie klasycznej

**Dyrektywa 2004/18/WE** Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

**Art. 55** *Rażąco niskie oferty.*

„1. Jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty odnoszące się do świadczenia wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca, **przed odrzuceniem** tych ofert, **zwraca się na piśmie do oferenta** o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne.

Szczegóły te mogą dotyczyć głównie:

- a) ekonomiczności danej metody budowania, procesu produkcyjnego lub świadczonych usług;
- b) technicznych lub wszelkich wyjątkowo korzystnych warunków, którymi dysponuje oferent, w celu realizacji robót budowlanych, dostawie produktów lub usług;
- c) oryginalności robót budowlanych, dostaw lub usług proponowanych przez oferenta;
- d) zgodności z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy, a także miejsca, w którym roboty budowlane, usługi lub dostawy te mają być realizowane;
- e) możliwości uzyskania przez oferenta pomocy państwowej.

2. Przez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca **weryfikuje** składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody.

3. Instytucja zamawiająca, która stwierdzi, że oferta jest rażąco niska ze względu na fakt otrzymania przez oferenta pomocy państwowej, **może odrzucić** taką ofertę **jedynie po konsultacji z oferentem**, jeżeli nie jest on w stanie udowodnić w dostatecznym, wyznaczonym przez tę instytucję terminie, że pomoc ta została mu przyznana w sposób zgodny z prawem. W przypadku odrzucenia oferty w takich okolicznościach, instytucja zamawiająca powiadamia o tym fakcie Komisję”.

## 2. Regulacje ujęte w dyrektywie sektorowej

**Dyrektywa 2004/17/WE** Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

**Art. 57** *Rażąco niskie oferty.*

„1. Jeżeli w przypadku konkretnego zamówienia oferty wydają się rażąco niskie w stosunku do towarów, robót lub usług, **przed odrzuceniem** tych ofert podmiot zamawiający **zobowiązany jest zwrócić się na piśmie o podanie szczegółów** na temat tych elementów ofert, które uważa za istotne.

Szczegóły te mogą w szczególności odnosić się do:

- a) aspektów finansowych procesu wytwarzania, świadczenia usług lub metody budowlanej;
- b) wybranych rozwiązań technicznych lub wyjątkowo sprzyjających warunków, którymi dysponuje oferent przy dostawie towarów lub usług lub przy realizacji robót budowlanych;
- c) oryginalności towarów, usług lub robót proponowanych przez oferenta;
- d) zgodności z przepisami w zakresie ochrony miejsc pracy oraz warunków pracy obowiązujących w miejscu, w którym realizowane są prace, usługi lub dostawy;
- e) możliwości uzyskania przez oferenta pomocy państwa.

2. Podmiot zamawiający jest zobowiązany dokonać **weryfikacji** poszczególnych elementów **w porozumieniu z oferentem i z uwzględnieniem przedstawionych dowodów.**

3. Jeżeli podmiot zamawiający ustali, że oferta jest rażąco niska, ponieważ oferent uzyskał pomoc państwa, wówczas podmiot zamawiający **może odrzucić** tę ofertę wyłącznie z tego powodu tylko wtedy, jeżeli po przeprowadzeniu rozmów z oferentem, oferent nie jest w

stanie wykazać w odpowiednim terminie wyznaczonym przez podmiot zamawiający, że pomoc ta została przyznana w sposób zgodny z prawem. Podmiot zamawiający, który odrzucił ofertę w wymienionych okolicznościach, powiadamia o tym fakcie Komisję”.

### 3. Orzecznictwo ETS

#### **Orzeczenie z dnia 15 maja 2008 roku w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 – *rażąco niska cena***

*(Zamówienia publiczne na roboty budowlane – Udzielanie zamówień – Oferty nienormalnie niskie – Tryby postępowania wykluczającego – Zamówienia na roboty budowlane, które nie osiągają progu przewidzianego w dyrektywach 93/37/EWG i 2004/18/WE – Obowiązki instytucji zamawiającej wynikające z podstawowych zasad prawa wspólnotowego).*

„18 Zwracając się z powyższymi pytaniami, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy podstawowe zasady prawa wspólnotowego mające również zastosowanie do udzielania zamówień publicznych, wyrażone w sposób szczególnie w art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37 sprzeciwiają się przepisom krajowym, które w zakresie zamówień o wartości niższej od progu określonego w art. 6 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy nakładają na instytucje zamawiające obowiązek automatycznego wykluczenia ofert uznanych zgodnie z przewidzianym w tych przepisach kryterium matematycznym za **nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia**, w przypadku gdy liczba ważnych ofert jest wyższa niż pięć, nie pozostawiając tym instytucjom zamawiającym jakiegokolwiek możliwości weryfikacji elementów składowych tych ofert poprzez zwrócenie się do danych oferentów o podanie szczegółów dotyczących tych elementów.

23 Z dokumentów przedstawionych Trybunałowi wynika, że w zakresie udzielania zamówień o wartości niższej od progu określonego w art. 6 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/37 wskazana regulacja nakłada na daną instytucję zamawiającą obowiązek automatycznego wykluczenia ofert uznanych zgodnie z przewidzianym w tych przepisach kryterium matematycznym za **nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia**, przy czym przewidziano odstępstwo polegające na niestosowaniu tego automatycznego wykluczenia wówczas, gdy liczba ważnych ofert jest mniejsza niż pięć.

24 W związku z tym wskazany przepis, sformułowany w sposób jasny, bezwzględny i absolutny, odbiera oferentom, którzy przedstawili oferty nienormalnie niskie, możliwość



wykazania, że są one godne zaufania i poważne. Ten aspekt omawianej regulacji może prowadzić do skutków niezgodnych z prawem wspólnotowym, jeżeli dane zamówienie nadaje się do tego, by ze względu na swe właściwości stanowić niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym i przyciągać w ten sposób podmioty gospodarcze z innych państw członkowskich. Zamówienie publiczne może stanowić tego rodzaju przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym np. ze względu na swą szacowaną wartość w związku z wymaganą wiedzą techniczną lub lokalizacją robót w miejscu wzbudzającym zainteresowanie podmiotów zagranicznych.

28 W związku z tym stosowanie do zamówień stanowiących niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym przepisu automatycznie wykluczającego oferty nienormalnie niskie może pozbawić podmioty gospodarcze z innych państw członkowskich możliwości świadczenia usług w większym stopniu konkurencyjnych niż w przypadku podmiotów mających siedzibę w państwie członkowskim, o którym mowa, i narusza w ten sposób ich dostęp do rynku tego państwa, negatywnie wpływając na wykonywanie swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu usług, co stanowi ograniczenie tych swobód (zob. podobnie wyroki: z dnia 17 października 2002 r. w sprawie C-79/01 Payroll i in., Rec. s. I-8923, pkt 26; z dnia 5 października 2004 r. w sprawie C-442/02 CaixaBank France, Zb.Orz. s. I-8961, pkt 12 i 13 oraz z dnia 3 października 2006 r. w sprawie C-452/04 Fidium Finanz, Zb.Orz. s. I-9521, pkt 46).

29 Stosując tego rodzaju regulację do zamówień stanowiących niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym, instytucje zamawiające, pozbawione możliwości dokonania jakiegokolwiek oceny solidności i pewności ofert nienormalnie niskich, nie są w stanie dochować obowiązku poszanowania podstawowych zasad traktatu w zakresie swobodnego przepływu oraz ogólnej zasady niedyskryminacji, jak wymaga tego orzecznictwo Trybunału wskazane w pkt 20 niniejszego wyroku. Pozbawienie tej możliwości sprzeciwia się jednocześnie własnemu interesowi instytucji zamawiających ze względu na to, że nie mogą one uwzględnić ofert przedłożonych im w warunkach rzeczywistej konkurencji i w związku z tym nie mogą one również udzielić zamówienia w zastosowaniu kryteriów najniższej ceny lub oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, ustanowionych również w interesie ogółu.

32 Nawet przy wystąpieniu niewątpliwego zainteresowania transgranicznego, automatyczne wykluczenie niektórych ofert ze względu na ich nienormalnie niski charakter

może się okazać dopuszczalne, gdy zastosowanie tego przepisu jest uzasadnione nadzwyczaj dużą ilością ofert, a więc w sytuacji, w której instytucja zamawiająca musiałaby przeprowadzić kontryktoryjne postępowania sprawdzające tak dużej ilości ofert, że przekraczałyby to możliwości administracyjne tej instytucji zamawiającej lub zagroziłoby realizacji projektu ze względu na opóźnienie spowodowane tymi postępowaniami.

33 W tych okolicznościach byłoby dopuszczalne, aby przepisy krajowe, lokalne lub sama instytucja zamawiająca określały rozsądny próg zastosowania automatycznego wykluczenia ofert nienormalnie niskich. Jednakże próg pięciu ważnych ofert określony w art. 21 ust. 1a akapit trzeci ustawy nr 109/94 nie może zostać uznany za rozsądny.

34 W zakresie dotyczącym spraw rozpatrywanych przez sąd krajowy do sądu tego należy przeprowadzenie, w oparciu o stan faktyczny, oceny wszystkich istotnych elementów dotyczących dwóch zamówień, o których mowa, celem ustalenia, czy w tych przypadkach zaistniało niewątpliwe zainteresowanie transgraniczne.

35 W związku z powyższym na pytania prejudycjalne należy udzielić odpowiedzi, że podstawowe zasady traktatu w dziedzinie swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu usług oraz ogólna zasada niedyskryminacji sprzeciwiają się przepisom krajowym, które w zakresie zamówień o wartości niższej od progu określonego w art. 6 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, stanowiących niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym nakładają na instytucje zamawiające bezwzględny obowiązek automatycznego wykluczenia ofert uznanych zgodnie z przewidzianym w tych przepisach kryterium matematycznym za nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia, w przypadku gdy liczba ważnych ofert jest wyższa niż pięć, nie pozostawiając tym instytucjom zamawiającym jakiegokolwiek możliwości weryfikacji elementów składowych tych ofert poprzez zwrócenie się do danych oferentów o podanie szczegółów dotyczących tych elementów. Nie ma to zastosowania w przypadku, gdy w związku z nadzwyczaj dużą ilością ofert mogącą skutkować koniecznością przeprowadzenia przez instytucję zamawiającą kontryktoryjnych postępowań sprawdzających obejmujących tak dużą liczbę ofert, że przekraczałyby to jej możliwości administracyjne lub zagroziłoby realizacji projektu ze względu na opóźnienie spowodowane tymi postępowaniami, przepisy krajowe, lokalne lub sama instytucja zamawiająca określa rozsądny próg, powyżej którego zastosowanie będzie miało automatyczne wykluczenie ofert nienormalnie niskich”.

**Orzeczenie z dnia 21 maja 2008 roku w sprawie T-495/04 – rażąco niska cena**

*(Zamówienia publiczne na usługi – Wspólnotowa procedura przetargowa – Oczywista omyłka – Udzielenie zamówienia na podstawie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty – Oferta rażąco niska – Artykuł 139 ust. 1 rozporządzenia (WE, Euratom) nr 2342/2002 – Zarzut niezgodności z prawem – Specyfikacja – Dopuszczalność).*

„88 Ponadto zgodnie z orzecznictwem z art. 139 szczegółowych zasad wykonania wynika, że instytucja zamawiająca ma obowiązek umożliwić oferentowi wyjaśnienie, jak również uzasadnienie cech tej oferty, przed jej odrzuceniem, jeżeli uznaje, że oferta ta jest rażąco niska (wyrok Sądu z dnia 6 lipca 2005 r. w sprawie T-148/04 TQ3 Travel Solutions Belgium przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-2627, pkt 49).

94 Należy ponadto zauważyć, że w pkt 67 wyroku w sprawie Lombardini i Mantovani, przywołanego w pkt 93 powyżej, Trybunał stwierdził, że bezsporny jest fakt, iż art. 30 ust. 4 dyrektywy 93/37/EWG nie zawiera definicji pojęcia „rażąco niska oferta” i nie określa z góry sposobu obliczania progu odchylenia od normy. W tej samej sprawie rzecznik generalny uznał, że pojęcie rażąco niskiej oferty nie jest pojęciem abstrakcyjnym, lecz bardzo dokładnym, które powinno być określone dla każdego zamówienia w zależności od konkretnego przedmiotu, który stanowi świadczenie, o które chodzi w tym zamówieniu (opinia rzecznika generalnego Ruiza-Jaraba Colomera w sprawie Lombardini i Mantovani, Rec. s. I-9235, pkt 93 powyżej, pkt 32 i 35).”

## OPINIE PRAWNE

### Rażąco niska cena

**I.** Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną 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. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

**II.** Jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 wyraźnie bowiem wskazuje, iż chodzi o odniesienie ceny do przedmiotu zamówienia. W chwili oceny ofert, jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT.

Wydaje się, iż punktem odniesienia nie może być sama wartość zamówienia, a więc wartość bez podatku VAT (art. 32 ust. 1), bowiem zgodnie z art. 2 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, cena podawana przez wykonawców w swojej ofercie musi uwzględniać stawkę podatku VAT.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż wyznacznik ten nie jest jednak wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością (o czym jeszcze poniżej). Ponadto, wyznacznik ten powinien służyć tylko i wyłącznie podjęciu decyzji o tym, czy cena może być rażąco niską i uruchomienia procedury przewidzianej w art. 90 ustawy, a więc żądania wyjaśnień. Nie może jednak decydować jeszcze o tym, że cena jest ceną rażąco niską. W tym przypadku, odniesienie ceny do wartości zamówienia powiększonej o VAT ma charakter jedynie pomocniczy i służyć powinien jedynie podjęciu decyzji o tym, czy na zamawiającym ciąży obowiązek żądania wyjaśnień od wykonawcy.

Nieco odmiennie sytuacja przedstawia się w przypadku usług lub dostaw powtarzających się okresowo lub zamówienia dzielonego na części. Wiąże się to z odmiennym sposobem ustalania wartości szacunkowej przy tych zamówieniach. Przy ustalaniu wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo zamawiający bierze pod uwagę łączną wartość zamówień okresowych, jakich zamierza udzielić w określonym czasie (art. 34 ust. 1), a w przypadku zamówienia dzielonego na części - łączną wartość zamówienia dzielonego na części (art. 32 pkt 4). W wypadku kiedy zamawiający zamierza zorganizować kilka odrębnych postępowań na określone usługi lub dostawy powtarzające się okresowo, punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej nie będzie ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia dla tych zamówień tzn. łączna wartość tych zamówień, lecz wartość odzwierciedlająca zakres zamówienia będącego przedmiotem odrębnego postępowania. Powyższe analogicznie należy odnieść również do zamówień publicznych udzielanych w częściach, gdzie wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia, mimo iż każda część stanowi przedmiot odrębnego postępowania.

W przypadku sytuacji, gdy cena oferty nie odbiega od wartości ustalonej przez zamawiającego, ale różni się w sposób rażący od innych cen, zamawiający powinien w pierwszej kolejności przeanalizować czy przyjęta przez niego wartość zamówienia (powiększona o podatek VAT) była określona z należytą starannością. Jeżeli okaże się, że tak określona wartość została ustalona z nienależytą starannością zamawiający nie powinien jej brać pod uwagę jako punktu odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej.

Wydaje się, iż w przypadku nienależytego oszacowania wartości zamówienia, zamawiający na nowo powinien dokonać jej ustalenia. Zauważyć jednak należy, iż modyfikacja ceny, a co się z tym wiąże modyfikacja wartości zamówienia służy wyłącznie do ustalenia rażąco niskiej

ceny. Wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego co do zasady nie ulegnie zmianie. Zgodnie bowiem z art. 35 ustawy ustalenie wartości zamówienia dokonuje się przed dniem wszczęcia postępowania. W sytuacji błędnego oszacowania wartości zamówienia skutkującego tym, iż zamówienie prowadzone jest poniżej progów określonych w ustawie, zamawiający winien natomiast rozważyć, czy nie zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania.

**III.** W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Jako sprzeczne z ustawą należy uznać automatyczne uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert bez możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo) niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych, jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego), bez podania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna.

Ponadto zgodnie z przyjętą linią orzecniczą przy ocenie tego czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy brać pod uwagę cenę całego przedmiotu zamówienia nie zaś poszczególnych składników ceny. „Stwierdzenie, iż w formularzu cenowym w zestawieniu cen według pozycji i zakresu robót występują różnice cenowe w ofertach różnych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji. Skład orzekający Izby ustalił, iż zaoferowana przez (...) S.A. cena ofertowa, nie odbiegała znacząco ani od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, ani od cen zaoferowanych przez innych wykonawców w tym postępowaniu”. (Wyrok z 28 lutego 2008r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08) Podobnie Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2008r. (sygn. akt: KIO/UZP 260/08) „W odniesieniu do zarzutu, iż oferta złożona przez (...) powinna zostać odrzucona także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako że jej złożenie, z powodu zaniżonej stawki roboczogodziny za wykonanie prac interwencyjnych, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji skład orzekający Izby

*nie podziela powyższego stanowiska. Ponieważ stawka roboczogodziny za prace interwencyjne stanowi tylko jeden z elementów wyceny oferty, do tego, że względu na trudność określenia ilości i zakresu tych prac, niepewny jest jej udział w kosztach całościowych wykonania zamówienia, trudno uznać, iż przesądza ona o tym, że wykonawca oferuje sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia albo iż jego działanie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami”. Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2007r. (sygn. akt: KIO/UZP 1453/07) „Rażąco niska cena na niewielki zakres czynności technologicznych wykonawcy nie może być brana pod uwagę jako przesłanka do odrzucenia oferty, jeżeli zachodzi jednocześnie inna przesłanka – cena oferty nie odbiega rażąco od cen rynkowych i od ogólnej kwoty, jaką Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia i jaką przedstawił przed otwarciem ofert, zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp. Ponadto w przypadku powzięcia wątpliwości, co do ceny, Zamawiający ma obowiązek wystosować żądanie do Wykonawcy, aby wyjaśnił elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp”.*

Stosownie do postanowień art. 90 ust. 2 ustawy zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę takie obiektywne czynniki jak: 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. Lista tych czynników będących podstawą oceny wyjaśnień nie jest listą wyczerpującą i zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców.

**IV.** Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie albo jeżeli dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy). Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (art. 90 ust. 4 ustawy Pzp).

# **KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

## **Instytucja odrzucenia oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP**

Instytucja odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została uregulowana w art. 89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Umieszczenie tej instytucji w Rozdziale 4 ustawy zatytułowanym „Wybór najkorzystniejszej oferty” nie jest zabiegiem przypadkowym. Spowodowane jest to faktem, iż kwestia konieczności odrzucenia oferty materializuje się na etapie badania i oceny ofert przez Zamawiającego. W celu ustalenia, czy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu zamawiający dokonuje ich badania pod względem merytorycznym, bada kompletność oferty oraz skutki, jakie może wywołać lub wywołuje jej treść w zakresie wymagań określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, przepisach regulujących kwestie nieuczciwej konkurencji, w zakresie rażąco niskiej ceny oraz jej ważności przy uwzględnieniu przepisów odrębnych (art. 89 ust. 1 pkt 1, 3, 4 oraz 8). Wynika to z faktu, iż na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli zaistniał przynajmniej jeden z przypadków wskazanych w art. 89 ust. 1 ustawy lub w art. 90 ust. 3 ustawy. Badanie to obejmuje również kwestie formalne ofert, gdyż braki formalne oferty (np. brak formy pisemnej oferty, sporządzenie oferty w języku obcym w przypadku braku zgody zamawiającego na możliwość sporządzenia oferty w języku obcym) powodują, iż oferta jest nieważna i w następstwie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (dot. braku formy pisemnej) lub jedynie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy (jeżeli została sporządzona w języku obcym, a zamawiający nie wyraził na to zgody). Jedną z przesłanek odrzucenia oferty jest konieczność jej odrzucenia ze względu na jej niewłaściwą treść. Konieczność odrzucenia przez Zamawiającego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ koresponduje bezpośrednio z treścią art. 82 ust. 3 ustawy, który stanowi, że: „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Adresatem normy prawnej wyrażonej w art. 82 ust. 3 ustawy jest wykonawca



składający ofertę. To w interesie wykonawcy leży, aby złożona przez niego oferta była pod względem treści zgodna z warunkami określonymi w SIWZ. W przeciwnym wypadku wykonawca naraża się na negatywne konsekwencje skutkujące obowiązkiem odrzucenia oferty przez zamawiającego. Uznanie wykonawcy jako adresata normy prawnej wyrażonej w art. 82 ust. 3 ustawy potwierdziła - w oparciu o wykładnię systemową powyższego przepisu - Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 246/09): „Izba nie stwierdziła przekroczenia normy zawartej w przepisie art. 82 ust. 3 p.z.p. W ocenie Izby, zarzut ten jest bezprzedmiotowy, gdyż adresatem wskazanej normy jest wykonawca a nie Zamawiający, na co wskazuje wykładnia systemowa przedmiotowego przepisu”. Powyższe wskazuje, iż do obowiązków zamawiającego w toku badania i oceny złożonych ofert należy kontrola, czy wykonawcy uczynili zadość wyrażonym w art. 82 ust. 3 ustawy warunkom. Powyższe jest realizowane przez zamawiającego w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni z postępowania. Na powyższe wskazuje rola instytucji wykluczenia oraz treść normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 4 ustawy, który stanowi, że: „Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”, który to przepis wskazuje, iż badanie oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania jest bezprzedmiotowe.

Sama ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia oferty, wobec czego na podstawie art. 14 ww. ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Należy wskazać, iż pojęcie „oferta” zostało zdefiniowane w art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, który stanowi, że „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”. Ponadto w kwestii, co należy uznać za ofertę (sam formularz oferty, czy też formularz ofertowy wraz z załącznikami) należy wskazać na uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21.10.2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), w którym skład Sądu odniósł się do kwestii zawarcia przez zamawiającego w SIWZ obowiązku przedstawienia przez wykonawcę informacji na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wobec powyższego, jeżeli treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ (art. 82 ust. 3 ustawy), w powyższym zakresie Sąd Najwyższy wskazał w uzasadnieniu, że: „Jeśli więc przejawem spełnienia wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia było udostępnienie przez oferenta informacji lub dokumentów, których może żądać zamawiający stosownie do regulacji zawartej m.in. w § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7

kwietnia 2004 r. w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. Nr 71, poz. 645), to informacje te są elementem oferty w związku z treścią art. 82 ust. 3 P.z.p., bez względu na to, czy zostały objęte skutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania.

Oferta stanowi jeden z rodzajów oświadczenia woli prowadzących do zawarcia umowy. Jednocześnie, jak wynika z art. 66 § 1 ustawy Kodeks cywilny oferta złożona drugiej stronie winna zawierać (określać) istotne postanowienia umowy. Zagadnienie obejmujące kwestię, jakie elementy składają się na ofertę było również przedmiotem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 267/08), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Elementem oferty są też dokumenty przedstawione przez wykonawcę, potwierdzające spełnienie wymagań wynikających z SIWZ”. Nie oznacza to jednocześnie, iż dokumenty te stanowią merytoryczną treść oferty, która winna odpowiadać treści SIWZ.

Należy odróżnić wyraźnie treść oferty od jej formy. Za formę oferty (lub innego oświadczenia woli) należy uznać sposób, w jaki jej treść zostaje wyrażona na zewnątrz (uzewnętrzniona). W zakresie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych istotną i zasadniczą treść oferty ustala zamawiający w dokumentacji postępowania przetargowego (SIWZ oraz załącznikach do niej). Wobec powyższego istotne postanowienia (*essentialia negotii*) przyszłej umowy są określane przez wykonawcę składającego ofertę na podstawie postanowień SIWZ. Jednakże należy wskazać, że źródłem treści oferty, jak również jej elementów formalnych może być zarówno przepis prawa (ustawa lub rozporządzenie), jak również SIWZ wraz z załącznikami. Wobec powyższego wymagania co do formy i treści ofert mogą być regulowane przez samego ustawodawcę, jak również przez zamawiającego.

Złożenie oferty jest oświadczeniem woli jednej strony wyrażonym w jej treści i podlega warunkom formalnym, jakie dla czynności prawnych przewiduje ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, z wyjątkami przewidzianymi ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Konieczność złożenia oferty w formie pisemnej została wskazana w art. 82 ust. 2 ustawy, z zastrzeżeniem, iż niezachowanie formy pisemnej skutkuje nieważnością oferty chyba, że zamawiający dopuści możliwość złożenia oferty w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zgodnie z art. 78 § 1 ustawy Kodeks

cywilny „Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli”. Kwestia oferty w znaczeniu oświadczenia woli była przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 23 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1429/08), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, iż: „Oferta posiada walor oświadczenia woli w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, które w zestawieniu ze specyfiką prawa zamówień publicznych, jest skuteczne, jeśli oferta spełnia wymogi nakładane przez Zamawiającego, a w szczególności zaś wtedy, kiedy odpowiada SIWZ”.

Należy wskazać, pomimo braku wyraźnego rozróżnienia zawartego w ustawie, iż formalne elementy oferty należy podzielić na istotne (których brak skutkuje nieważnością oferty i koniecznością jej odrzucenia lub jedynie samą sankcją odrzucenia) oraz elementy nieistotne (nie obarczone sankcją nieważności i brakiem konieczności odrzucenia takiej oferty). Tym samym powyższa klasyfikacja odnosi się do również do braków formalnych, które analogicznie możemy podzielić na istotne i nieistotne z punktu widzenia ważności samej oferty i sankcji polegającej na konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Do istotnych elementów formalnych oferty należy zaliczyć konieczność sporządzenia oferty w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 oraz art. 82 ust. 2 ustawy w zw. z art. 78 § 1 ustawy Kodeks cywilny) oraz konieczność sporządzenia oferty w języku polskim (art. 9 ust. 2 ustawy). Istotne elementy w zakresie formy zostały określone przez ustawodawcę w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, które zostały uzupełnione przepisami ustawy Kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Do elementów nieistotnych należy zaliczyć te, które zostały określone przez zamawiającego w treści SIWZ. Zaliczyć do nich należy m. in. konieczność parafowania każdej ze stron oferty, konieczność numeracji wszystkich stron, formę załączników i oświadczeń zawartych w ofercie (tj. układ tabel, rozmieszczenie tekstu oraz kolejność zawartych w ofercie oświadczeń i informacji), jak również konieczność złożenia oferty w dwóch kopertach, sposób opisania koperty zewnętrznej i wewnętrznej. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 352/09) wskazując, że: „Przepisy p.z.p. nie stawiają wymogów podpisania oferty na każdej stronie, wystarczy złożenie podpisu pod dokumentem w taki sposób, aby wynikało, kto podpisał dokument, oraz że wolą osoby podpisującej było objęcie całości złożonego w nim oświadczenia, bowiem dla zastrzeżonej formy pisemnej oferty niezbędne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie (dokumentach) obejmujących treść oświadczenia woli”. Przykładowe elementy składające się na formę oferty wskazała Krajowa Izba

Odwoławcza, dokonując przykładowego wyliczenia błędów formalnych, w wyroku z dnia 12 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1175/08) który wskazuje, że: „Do błędów w zakresie formy oferty zalicza się np. brak numeracji stron, brak trwałego spięcia oferty, brak pieczęci, brak potwierdzenia za zgodność z oryginałem czy brak podpisu na każdej stronie oferty”.

W odróżnieniu od formy oferty za jej treść należy uznać merytoryczną zawartość oferty, tj. zawartość jej treści wyrażoną liczbowo, słownie lub za pomocą znaków interpunkcyjnych, symboli graficznych (matematycznych, logicznych itp.) wchodzących w skład zawartego w ofercie tekstu. Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak zostało wskazane wyżej wykładnia celowościowa (funkcjonalna) ww. przepisu pozwala stwierdzić, iż adresatem normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie jest wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Złożenie oferty nie obciążonej błędami formalnymi lub merytorycznymi leży w interesie prawnym wykonawcy. Wobec powyższego należy uznać, iż na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego ciąży obowiązek należytej staranności w tym zakresie, którego niedochowanie obciążone jest sankcją wynikającą z art. 89 ust. 1 ustawy.

Oznacza to, iż treść oferty musi być tożsama, czyli zgodna z treścią zawartą w SIWZ. Brak zgodności treści oferty pod względem technicznych parametrów przedmiotu zamówienia, innego niż określony w SIWZ terminu wykonania zamówienia, terminu związania ofertą, terminu płatności, jak również inny harmonogram dostaw stanowią przykłady niezgodności treści oferty. Analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa sądów okręgowych pozwala ustalić, jakie elementy składają się na treść oferty. Należy wskazać, iż treść oferty obejmuje w szczególności oświadczenie woli wykonawcy zawarcia umowy o ustalonej przez zamawiającego treści i tym samym wolę realizacji przedmiotu zamówienia (realizację świadczenia) w sposób wskazany przez zamawiającego. Oświadczenie to podlega ogólnym regułom wyrażonym w ustawie Kodeks cywilny, z zastrzeżeniem specyficznych uregulowań ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednym z tych specyficznych uregulowań jest możliwość modelowania złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli przez jego adresata (zamawiającego) w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

O zgodności treści oferty z treścią SIWZ nie przesądza dosłowna zgodność treści ww. dokumentów, zatem wykładnia oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę w treści oferty będzie decydowała w kwestii zasadności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Powyższe potwierdzone zostało w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17

października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1062/08), w którym Izba wskazała, że: „Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie musi polegać na dosłownym powtórzeniu brzmienia zapisów specyfikacji w złożonych ofertach. Istotne jest, aby sens i zakres oświadczeń składających się na treść oferty odpowiadał zamierzeniom zamawiającego”. W powyższej kwestii wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 721/09), w którego uzasadnieniu wskazano, że: „O zakresie zobowiązania wyrażonego w ofercie wykonawcy w pierwszej kolejności przesądza jego treść, której materialnym substratem jest pismo wykonawcy, przedstawiające np. w formie formularza ofertowego cenę, sposób wykonania czy inne warunki zobowiązania, które wykonawca podejmuje”. Kwestia zakresu pojęciowego „treści oferty” była przedmiotem analizy Krajowej Izby Odwoławczej zawartej w wyroku z dnia z dnia 8 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 663/09), w którym skład Izby wskazał, że: „Treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się nie tylko sam formularz ofertowy (czy ściślej: wyrażone w nim oświadczenie woli wykonawcy), ale również wszystkie dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, a składane wraz z formularzem ofertowym dokumenty (np. plany, rysunki, projekty, kosztorysy... itp.)”. W dalszej części uzasadnienia ww. wyroku Izba wskazała ponadto, w postaci definicji negatywnej, że: „Na treść oferty nie składa się oświadczenie wykonawcy czy inne dokumenty potwierdzające np. stan jego rachunku bankowego czy przebyte doświadczenie zawodowe. Co do zasady dokumenty te potwierdzają podmiotowe cechy wykonawcy, które uprawdopodobniają, iż jest zdolny do wykonania zamówienia o wymaganym stopniu komplikacji i rozmiarach, same w sobie nie stanowią jednak żadnego zobowiązania dla wykonawcy, że przy wykonywaniu zamówienia będzie np. używał osób lub sprzętu, który wykazał dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”. W odniesieniu do składników, które mieszczą się w pojęciu treści oferty wart przytoczenia jest również fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 412/09), w którym Izba wskazała, że: „Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie stanowią treści oferty”. W dalszej części uzasadnienia Izba wskazała, iż: „Treścią oferty jest nie tylko formularz ofertowy, w którym najczęściej oświadczenie woli o chęci przystąpienia do wykonania zamówienia wraz z określeniem ceny czy sposobu wykonania, zostaje wyrażone, ale na treść oferty składają się również wszystkie dokumenty doprecyzowujące i dookreślające oświadczenie woli wykonawcy. W szczególności na ofertę będzie składało się wskazanie przez wykonawcę sposobu w jaki będzie wykonywał zamówienie”. W kolejnym

wyroku z dnia 14 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 570/09; KIO/UZP 571/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: „Treść oferty na gruncie p.z.p. należy rozumieć w sposób ścisły, i utożsamiać ją z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zakres zobowiązania wykonawcy względem Zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy”. Powyższe przykłady orzeczeń wskazują, iż treścią oferty jest w szczególności zakres i sposób realizacji zobowiązania wykonawcy (świadczenia). Nie jest to jednak jedyny element składający się na treść oferty, do której należy zaliczyć m. in. termin związania ofertą, który został przez ustawodawcę określony w art. 85 ust. 1 ustawy w wysokości maksymalnej i jest każdorazowo dookreślany przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

W wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r. (Sygn. akt KIO/UZP 62/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: „Interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nakazuje odniesienie normy art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez zamawiającego w SIWZ”. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1121/08), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Nieodpowiedniość” treści oferty może dotyczyć wyłącznie wymagań merytorycznych określonych w SIWZ i może ona zachodzić np. w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu co do zakresu, ilości, jakości. (...) O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie zapewnia realizacji całości przedmiotu zamówienia”.

Należy wskazać, iż za element treści oferty może być uznany kosztorys lub zestawienie kosztów stanowiące część oferty wykonawcy. Jednakże powyższe dokumenty można uznać za stanowiące treść oferty jedynie w przypadku, gdy przy ich pomocy wykonawca jednocześnie dokonuje wyliczenia wynagrodzenia, jak również składa oświadczenie woli potwierdzające przewidziany do wykonania zakres czynności lub dostaw. Jeżeli załączony przez wykonawcę wraz z ofertą kosztorys lub zestawienie kosztów jednocześnie jest jedynym dokumentem, za pomocą którego wykonawca akceptuje pod względem ilościowym lub rodzajowym przedmiotowy zakres zamówienia określony przez zamawiającego, to w takim wypadku niezgodność treści takiego wykazu lub kosztorysu z

treścią zawartego w SIWZ wzoru stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku z dnia 7 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1011/08) Krajowa Izba wskazała, że: „Uchybienia i rozbieżności między kosztorysem ofertowym a dokumentacją przedstawioną przez zamawiającego dotyczące różnic w ilości nakładów, numerach KNR czy robociznie nie stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Z istoty wynagrodzenia ryczałtowego wynika, że wykonawca będzie zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia za cenę ryczałtową bez względu na rozmiar i zakres przyjętych przez siebie prac. Odmienne należy ocenić różnice w kosztorysach ofertowych w stosunku do przedmiarów robót i dokumentacji technicznej w odniesieniu do określenia przedmiotu zamówienia”. W kolejnym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1077/08) Izba wskazała, że: Błąd w kosztorysie ofertowym, sporządzonym na podstawie przedmiaru robót, który nie determinuje zakresu prac przewidzianych do wykonania zamówienia, nie może być rozpatrywany w kontekście niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, lecz co najwyżej błędu w obliczeniu ceny. W powyższym uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, że jeżeli przewidziany do wykonania zakres prac wynika z innych dokumentów lub został potwierdzony w treści oferty np. poprzez złożenie oświadczenia w oparciu o dokumentację projektową stanowiącą załącznik do SIWZ to błędy w kosztorysie ofertowym nie mają wpływu na zobowiązania wykonawcy do wykonania określonego zakresu robót. W treści wyżej przywołanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2008 r. Izba wypowiedziała się również w temacie roli kosztorysu ofertowego w przypadku, gdy zamawiający w treści SIWZ lub istotnych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego przewidział model wynagrodzenia ryczałtowego. W ww. wyroku Izba wskazała, że: „Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów prac. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. (...) W konsekwencji przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego wykluczona jest możliwość odrzucenia oferty z powodu nieścisłości pomiędzy kosztorysem ofertowym a przedmiarem robót”. Analogiczną argumentację znajdujemy w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 938/09), w którym Izba wskazała, że: „Skoro wymóg załączenia kosztorysu ofertowego służy tylko celom informacyjnym, to nie można z powodu nieścisłości w kosztorysie stosować sankcji odrzucenia oferty na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 2 p.z.p., przy uwzględnieniu również okoliczności, że cena w myśl SIWZ ma charakter ryczałtowy”. Oznacza to ni mniej ni więcej, iż w takim wypadku treść kosztorysu ofertowego nie ma wpływu na zobowiązanie wykonawcy w kwestii zakresu przedmiotowego świadczenia. W takim wypadku kosztorys ofertowy lub zestawienia kosztów jest dołączone do oferty w celu zobrazowania sposobu wyliczenia przez wykonawcę wynagrodzenia i nie ma wpływu na zakres świadczenia, który nierzadko jest definiowany przez zamawiającego za pomocą wymagań funkcjonalnych. Oznacza to, iż zamawiający nie ma obowiązku szczegółowego precyzowania przedmiotu zamówienia, a jedynie określa funkcje, jakie po zrealizowaniu świadczenia ma pełnić przedmiot zamówienia. Wówczas prawidłowość rozwiązań technologicznych oraz organizacyjnych pod kątem spełniania założonej przez zamawiającego funkcjonalności będą oceniane na etapie realizacji umowy, tj. czy wykonany przez wykonawcę przedmiot umowy osiągnął założone przez zamawiającego cechy funkcjonalne.

W treści wyroku z dnia 31 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1119/08) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: „Kosztorys ofertowy nie jest dokumentem przedmiotowym w postaci opisu, który ma potwierdzać, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Kosztorys ofertowy ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów. Kwestia ta podlega ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.”. Powyższy wyrok został wydany w oparciu o stan faktyczny, z którego wynika, iż zamawiający żądał od wykonawców sporządzenia i dołączenia do oferty kosztorysu szczegółowego oraz bezwzględnej wyceny wszystkich pozycji zawartych w przedmiarze robót. Należy wskazać również na uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1118/08), w którego treści Izba rozszerzyła treść oferty o kosztorys ofertowy również w przypadku, jeżeli zamawiający w SIWZ lub istotnych postanowieniach umowy przyjął zasadę wynagrodzenia ryczałtowego. W uzasadnieniu ww. wyroku Izba wskazała, że: „Jako że kosztorys ofertowy zawiera spis czynności do wykonania oraz wyliczenie ceny oferty, stanowi treść oferty w rozumieniu art. 66 § 1 k.c., tj. określa istotne postanowienia umowy, która ma być zawarta. Nie ma przy tym znaczenia, że cena za przedmiot zamówienia jest ceną ryczałtową”. W odniesieniu do powyższego wyroku należy wskazać, iż kosztorys ofertowy w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego będzie stanowił treść oferty jedynie wtedy, jeżeli zakres świadczenia wykonawcy zawarty w ofercie zostanie określony jedynie lub w przeważającej części za pomocą kosztorysu ofertowego



opracowanego na podstawie przedmiaru robót. W przeciwnym wypadku kosztorys ten będzie elementem pomocniczym, zaś zakres świadczenia wykonawcy zostanie określony w dokumentacji projektowej, przedmiarze robót i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i nie będzie możliwe aby wykonawca dokonał wiążących modyfikacji w ich treści. W takim wypadku akceptacja zakresu przedmiotowego zamówienia odbywa się poprzez złożenie przez wykonawcę oświadczenia lub akceptacji wzoru umowy. Powyższe przykłady orzeczeń wskazują, iż trudno jest wskazać lub określić jednolitą regułę w powyższym zakresie. W odniesieniu do kwestii, czy kosztorys ofertowy stanowi merytoryczną treść oferty i jego nieodpowiednie sporządzenie decyduje o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, każdorazowo istotna jest ocena, jakie znaczenie zostało przypisane dla tego dokumentu w treści SIWZ przez zamawiającego (tj. jak zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia i w jaki sposób wykonawca miał dokonać akceptacji zakresu świadczenia w treści oferty oraz czemu służyć miało dołączenie do oferty kosztorysu ofertowego). Ponadto w takim wypadku istotne jest, czy zamawiający wskazał, iż wycena robót ma nastąpić ściśle wg ilości wskazanych bezpośrednio w przedmiarach robót, czy też wykonawcy mieli obowiązek uwzględnić w cenie koszty robót nie ujętych w przedmiarach, których wykonanie jest niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy i wynika z pozostałych dokumentów (projektu budowlanego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót). W wyroku z dnia 13 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1198/08; KIO/UZP 1263/08) Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do roli innych dokumentów, których sporządzenie jest często wymagane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem są roboty budowlane. W uzasadnieniu powyższego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza, po szczegółowej analizie wymagań i postanowień zawartych w SIWZ, wskazała, że: „Zestawienia cen robocizny, materiałów, sprzętu, stanowiące element kosztorysu ofertowego, nie są dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ani też dokumentami potwierdzającymi, że wymagania określone przez zamawiającego spełniają oferowane roboty budowlane. Wskazany dokument stanowi element treści oferty”. W wyroku z dnia 12 listopada 2008 r. (sygn. akt 1171/08) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała na kolejny szczególny element treści oferty, stwierdzając w uzasadnieniu, że: „Dokument Koncepcja wykonania usługi nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Dokument wymagany przez zamawiającego, w którym wykonawcy mieli opisać sposób realizacji usługi, stanowi treść oferty (...)”.

Obowiązek odrzucenia oferty materializuje się na etapie badania i oceny przez zamawiającego ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dokonanie powyższych czynności jest obowiązkiem zamawiającego i brak jest podstaw do ich zaniechania nawet wówczas, gdy wykonawcy są znani zamawiającemu. Kwestia obowiązku zamawiającego oraz szczególnej staranności w jego realizacji była przedmiotem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1144/08), w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła, że: „Zamawiający, po wpisaniu do specyfikacji wymogu wykazania przez wykonawcę szczegółowych cech oferowanego przedmiotu, jest obowiązany sprawdzić spełnienie szczegółowych wymagań przez wykonawcę. Zamawiający podczas badania nie może poprzestać na ogólnym stwierdzeniu wykonawcy zawartym w formularzu oferty (...) Zamawiający jest obowiązany do zbadania oferty z należytą starannością, zwłaszcza gdy inny wykonawca zarzuca, że czynność ta została dokonana bez zareagowania na choćby najmniejsze odstępstwa oferty od specyfikacji”. W dalszej części uzasadnienia ww. wyroku Izba wskazała, że: „Zamawiający badając ofertę ma obowiązek stosować się do przepisów Prawa zamówień publicznych i nie może nie reagować na jakiegokolwiek odstępstwa poczynione przez wykonawcę od swoich postanowień postawionych w specyfikacji”.

Należy wskazać, iż z normy prawnej wyrażonej w art. 89 ust. 1 ustawy, ze względu na posłużenie się przez ustawodawcę kategorię zwrótem „Zamawiający odrzuca ofertę (...)” wynika, iż czynność odrzucenia oferty w przypadku, gdy istnieją ku temu jednoznaczne przesłanki, nie jest zależna od uznania zamawiającego. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 907/09; KIO/UZP 915/09), w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła, że: „Zamawiający na każdym etapie badania oferty - bez względu, czy jest to ocena składanych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów (w zakresie przedmiotu zamówienia - ocena przedmiotowa), czy też jest to ocena oferowanego rozwiązania na etapie przeprowadzania testów - ma możliwość i wręcz obowiązek, w przypadku powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących możliwość zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., do odrzucenia oferty wykonawcy, który takiemu przepisowi podlega”. Należy również wskazać, iż obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy dotyczy wszystkich wykonawców, których oferty spełniają kryteria unormowane w ww. przepisie ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższa instytucja powinna w szczególności respektować zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy, który stanowi, że: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o

udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców” oraz że: „Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm”. Konieczność respektowania powyższych zasad potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 133/09) stwierdzając, że: „Działanie Zamawiającego polegające na wybiórczym traktowaniu wymagań ustalonych w siwz, jest na etapie oceny ofert niedopuszczalne, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji”. Podstawowe zasady dotyczące interpretacji i realizacji, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, postanowień normy prawnej wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zostały wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 62/09), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nakazuje odniesienie normy art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez zamawiającego w SIWZ”.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 110/09) wskazała, że: „Przesłanki odrzucenia oferty powinny być interpretowane ściśle, tzn. podstawą odrzucenia winna być tylko jednoznacznie wykazana niezgodność czy też sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji, a nie ocenny i niedookreślony stopień "odpowiadania" oferty wymogom siwz”. W dalszej części uzasadnienia Izba wskazała, w odniesieniu do składników treści oferty, że: „Zasadniczą "treść" oferty stanowi oświadczenie woli wykonawcy, że wykona zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego, natomiast wszystkie dodatkowe informacje podawane w ofercie stanowią uzupełnienie, uszczegółowienie i dookreślenie powyższego. Treść oferty może zostać uznana za niezgodną z treścią siwz dopiero gdy ww. informacje dookreślające oświadczenie woli stoją w wyraźnej sprzeczności do wymagań zamawiającego co do przedmiotu i sposobu wykonania zamówienia”. Ponadto należy wskazać, iż czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy winna zostać poprzedzona czynnościami wyjaśniającymi w celu upewnienia się przez zamawiającego co do jej zasadności. Na powyższe wskazała w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1113/08) Krajowa

Izba Odwoławcza zwracając uwagę na fakt, iż: „Zamawiający w sytuacji, gdy poweźmie wątpliwości do treści oferty, w tym co do treści złożonych w niej oświadczeń, ma obowiązek żądania wyjaśnień od wykonawcy, który takie oświadczenie złożył, gdyż zgodności treści oferty z treścią SIWZ nie można przyjmować wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawcy bez weryfikacji jej zgodności”.

W kolejnym wyroku z dnia 12 listopada 2008 r. (sygn. akt 1171/08) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała na nadrzędność obowiązku odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ oraz na fakt, iż brak jest w ustawie wyjątków, które umożliwiałyby wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, która podlega odrzuceniu. W powyższym wyroku Izba wskazała, że „Zasada konsolidacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma służyć z założenia Zamawiającemu, aby przyspieszać proces udzielania zamówienia publicznego. Faktycznie, Zamawiający w analizowanej sprawie powinien był na etapie dokonania przez siebie pierwszej oceny ofert ocenić również ofertę Odwołującego kompleksowo i w podstawach do jej odrzucenia wskazać wszystkie przesłanki. Nie uczyniwszy tego naraził się na przewlekłość prowadzonego przez siebie postępowania. To uchybienie formalne Zamawiającego nie może jednak prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, która podlega odrzuceniu (jest niezgodna z SIWZ). Niezależnie od powyższego, KIO w przywoływanym wyroku literalnie nakazywała Zamawiającemu dokonanie zarówno czynności oceny ofert, jak i ich badania. Należy jednak zauważyć, że Zamawiający na każdym etapie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego - przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego - ma prawo dokonać czynności odrzucenia oferty, jeśli ujawnią się do tego przesłanki. Zasada konsolidacji postępowania nie może bowiem prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu”. Jednakże w obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wprowadza w tym zakresie znaczący wyjątek. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi wszakże, że: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, który stanowi, że: „Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona” wszedł w życie w dniu 24.10.2008 r. w

związku z nowelizacją ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, która w istotny sposób wpłynęła na czynność odrzucenia oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Tym samym instytucja odrzucenia oferty ze względu na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, utraciła swój bezwzględny charakter. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wprowadza istotną zmianę w zakresie uprawnień zamawiającego dotyczących poprawiania omyłek w ofertach wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie zaś z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, jeśli 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 ustawy. Jak słusznie wskazała w wyroku z dnia 6 stycznia 2009 r. (sygn. akt: 1476/08) Krajowa Izba Odwoławcza „Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy *de facto* wprowadził również zmiany w stosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez ograniczenie konieczności odrzucenia oferty ze względu na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia do niezgodności, której nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy”. Przepis tego artykułu nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia ww. nieścisłości w ofercie wykonawcy, jednak „(...) dla wykonania przez Zamawiającego tego obowiązku konieczne jest ustalenie dwóch okoliczności i łączne ich spełnienie, tj. stwierdzenie przez zamawiającego, iż niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i jednocześnie poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie.” (wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2009 r., sygn. Akt: KIO/UZP 35/09). Powyższy przepis dotyczy poprawiania omyłek, które nie mają charakteru oczywistego i mogą odnosić się do innych elementów oferty niż cena (Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., pod red. J. Sadowy, Warszawa 2008, s. 118). Należy również wskazać, iż posłużenie się w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez ustawodawcę nieostrym zwrotem „niepowodujące istotnych zmian” ma dwojakie znaczenie. Po pierwsze powoduje, iż możliwość poprawiania omyłki nie może modelować treści oświadczenia woli wykonawcy w sposób znaczący w odniesieniu do jej istotnych postanowień. Po drugie poprawienie omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ nie może być dokonane wbrew intencjom wykonawcy, zatem konieczne było wprowadzenie instytucji sprzeciwu wykonawcy wobec zmiany dokonanej przez zamawiającego w oparciu o ww. przepis. Należy również wskazać, iż zbyt daleko idąca zmiana treści oferty może jednocześnie być niedopuszczalna ze względu na jej zakres oraz stać się przedmiotem sprzeciwu wykonawcy, gdyż jest niezgodna z jego intencjami. Powyższe ma na celu zapobieżenie sytuacjom, w których zamawiający dokonuje zmiany treści oświadczenia woli w sposób powodujący istotną zmianę w treści oferty (zmiana

dotyczy istotnych postanowień oferty, które zostają zmienione w znaczący sposób) lub zmiana ta jest niezgodna z intencjami podmiotu składającego oświadczenie woli (wykonawcy), tj. zmiana treści oświadczenia woli modeluje oświadczenie w sposób, którego nie można traktować jako omyłkę, gdyż wynika z zamierzonego działania wykonawcy. W świetle ww. przepisu „dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.” (Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., pod red. J. Sadowy, Warszawa 2008, s. 118, wyrok KIO z dnia 3 lutego 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 88/09: KIO/UZP 89/09). Wobec powyższego, jak wcześniej wspomniano, konieczne było wprowadzenie instytucji sprzeciwu, która ma na celu ochronę w zakresie możliwości swobodnego składania oświadczeń woli, uzasadnionych interesów wykonawcy. Wszakże art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy reguluje instytucje modelowania oświadczenia woli przez adresata (zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Ww. przepis jest niewątpliwie przepisem szczególnym w odniesieniu do przepisów ustawy Kodeks cywilny dotyczących czynności prawnych i składania oświadczeń woli, gdyż wyłącza typowe dla cywilistycznych instytucji zasady dotyczące zawarcia umowy w drodze negocjacji i złożenia oferty (art. 68, art. 68<sup>1</sup> 1 i 2 k.c.). Ustawa Kodeks cywilny posługuje się w tej materii domniemaniami, lecz nie zna instytucji zmiany oświadczenia woli przez jego adresata. W wyroku z dnia 30 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 70/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: „Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p. został wprowadzony w celu umożliwienia poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Ustawodawca zrezygnował z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych wprowadzając rozwiązanie, które ma przyczynić się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego, zmniejszenia liczby odrzuconych ofert i unieważnienia postępowań”.

Instytucja uregulowana w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy doczekała się, od momentu jej wprowadzenia, rozległego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. W wyroku z dnia 20 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 446/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: „Ażeby odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, czy art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., w pierwszej kolejności należy ustalić, czy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, z jakich przyczyn, czy jest to wynikiem błędu, a jeżeli tak, to czy

błąd kwalifikuje się do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 p.z.p.”. W kolejnym wyroku z dnia 8 kwietnia 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt KIO/UZP 388/09) wskazała, że: „Stosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. winno odnosić się do zgodności treści oferty, czyli zobowiązania wykonawcy i sposobu jego formalnego wyrażenia, które stanowi materialny substrat oferty (składane formularze ofertowych, kosztorysy, projekty etc.), z wymaganiami SIWZ, a nie podstawę do bezwzględnej - bez możliwości skorzystania z przewidzianego w art. 87 p.z.p. wyjaśniania i poprawiania ofert - egzekwowania podawania wszystkich informacji, które dla weryfikacji, czy zobowiązanie wykonawcy odpowiada przedmiotowi zamówienia, są zupełnie zbędne i irrelewantne”. Do powyższej kwestii odniosła się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 59/09) wskazując, że: „Do oceny zamawiającego pozostaje okoliczność, czy dokonane poprawki nie powodują istotnych zmian w treści oferty”. Na istotną kwestię w zakresie zależności art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 721/09), w którego uzasadnieniu skład Izby wskazał, że: „Stopień zawinienia omyłki dla zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie ma znaczenia” oraz że: „Dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. należy stosować z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy i w przypadku gdy zachodzą przesłanki zastosowania tego przepisu, dokonywać poprawienia treści oferty, a nie jej natychmiastowego odrzucenia”. W jednym z wyroków (wyrok z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 11/09) Izba wskazała, iż: „Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności”. W kolejnym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.01.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 49/09) skład Izby stanął na stanowisku, że: „Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie znajduje zastosowania do korekty przedmiotowo istotnych elementów treści oferty”. W kolejnym wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 34/09) Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do samej czynności poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i okoliczności jej dokonania wskazując, że: „Nie ma znaczenia fakt, iż poprawienie omyłki jest prostym działaniem matematycznym ani iż wiadomo, w jaki sposób tę omyłkę można by poprawić, gdyż to nie łatwość w poprawieniu omyłki, lecz jej istotność jest przesłanką wskazaną w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.”. W dalszej części uzasadnienia ww. wyroku Izba wskazała, iż: „Istotność lub nieistotność zmiany powinno się odnosić do treści oferty poprawianej, a treści innych ofert można ewentualnie traktować pomocniczo”. W wyroku z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 267/09) Krajowa Izba Odwoławcza określiła dopuszczalne ramy ingerencji

zamawiającego w treść oferty wskazując, że: „Dopuszczona art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. możliwa ingerencja w treść oferty może być możliwa jedynie w przypadku, gdy poprawa dokonana przez zamawiającego nie będzie prowadziła do zmiany zaoferowanego przez wykonawców świadczenia”. W kolejnym wyroku z dnia 1 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 343/09) Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do kwestii wyrażenia przez wykonawcę zgody na dokonaną modyfikację treści oferty wskazując, że: „Redakcja przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. pozwala na wniosek, iż wykonawca musi złożyć oświadczenie o braku zgody na dokonaną modyfikację. Oświadczenie zaś o wyrażeniu zgody nie jest wymagane dla skuteczności dokonanej poprawki”.

Kwestia niedopuszczalności odrzucenia przez zamawiającego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy została poruszona m. in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 918/09) w którym Izba wskazała, że: „Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., zobowiązujący zamawiającego do odrzucenia oferty w razie niezgodności jej treści z treścią SIWZ, nie dotyczy formalnej niezgodności, sprowadzającej się do ustalenia, czy formularz ofertowy sporządzono przez wypełnienie druku zamawiającego, czy na dokumencie według tego druku, czy wreszcie na dokumencie biorącym wzór z formularza ofertowego przez jego dokładne odwzorowanie, jak określił zamawiający. (...) Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. może nastąpić w przypadku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie merytorycznym, co oznacza m.in. niezgodność w zakresie przedmiotu zamówienia, sposobu realizacji zamówienia itp.”. Nadużywanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wynika często z braku wyraźnego rozróżnienia, które elementy stanowią treść oferty, a które odnoszą się do jej formy. Z tego rodzaju przypadkiem zetknęła się Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie postępowania odwoławczego sygn. akt KIO/UZP 643/09; KIO/UZP 656/09. W uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2009 r. wydanego w powyższej sprawie Izba wskazała, że: „Klauzula apostille nie odnosi się do treści dokumentu, a zatem brak jej tłumaczenia nie ma żadnego wpływu na treść oferty, której "niezgodność" z siwz wskazywać musi na element merytoryczny kwestionowanego dokumentu” oraz, że: „Niedokładności w dokumentach dołączonych do oferty polegające na braku parafowania lub sposobie parafowania stron nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty jako niezgodnej z siwz”. W kolejnym wyroku z dnia 13 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 549/09) Krajowa Izba Odwoławcza, wskazała, że: „Niedołączenie do oferty wzoru umowy nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., skoro w formularzu ofertowym wykonawca oświadcza,



że akceptuje treść umowy”. Powyższe potwierdza argument, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ musi mieć zasadnicze i decydujące znaczenie w kontekście zobowiązania zawartego w ofercie złożonej przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku z dnia 24 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 302/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: „Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji. Przesłanka ta nie obejmuje obowiązku badania przez zamawiającego okoliczności czy wykonawca zapoznał się z treścią siwz i w jakim zakresie”. Ponadto w kolejnym wyroku z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. akt 277/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: „Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. może dotyczyć niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w aspekcie merytorycznym, nie dotyczy zaś podmiotowych warunków wykonawcy”. Często popełnianym błędem w zakresie oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ dotyczy dokumentów związanych z wniesieniem wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W powyższym zakresie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 113/09), w którym Izba wskazała, iż: „Nie można odrzucić oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p. z tego powodu, że "forma" (zewnątrzna postać jednej z form wadium przewidzianych przez art. 45 ust. 6 P.z.p.) wadium nie odpowiada wskazówkom SIWZ. (...) Dokument poświadczający wniesienie wadium nie jest treścią oferty - treścią oferty jest wyłącznie zakres świadczenia wykonawcy odnoszący się do realizacji przedmiotu zamówienia”. Za niezgodność formy oferty należy uznać również braki w oznaczeniu podmiotów wspólnie składających ofertę, które to braki nie stanowią treści oferty i nie mogą przesądzać o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Powyższa kwestia znalazła swoje odzwierciedlenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/09), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „Określenie w treści oświadczenia, iż składa się ofertę w charakterze lidera konsorcjum, w wystarczający sposób potwierdza, iż oferta składana jest wspólnie z innym wykonawcą określonym w załączonej do oferty umowie konsorcjum. Brak oznaczenia na pierwszej stronie formularza drugiego członka konsorcjum, jeżeli w ogóle mógłby być oceniany w charakterze braku, to tylko braku formalnego, który nie stanowi o nieważności oferty i nie może być podstawą do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.”. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 22 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1090/08) „Wykaz jest dokumentem, który ma potwierdzić warunki udziału w postępowaniu, nie stanowi treści oferty, zatem rozbieżności pomiędzy wzorem zamawiającego a dokumentem załączonym do oferty nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.”. W kolejnym wyroku z

dnia 7 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1164/08) Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do kwestii częstego nadużywania i niewłaściwej interpretacji przez podmioty zobowiązane do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych instytucji odrzucenia oferty ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. W uzasadnieniu powyższego wyroku Izba wskazała jednoznacznie, że: „Odmienny od wymaganego co do formy sposób prezentacji żądanych informacji nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ”. Oznacza to, iż jeżeli informacje potwierdzają pewne fakty (fakt akceptacji istotnych postanowień umowy, fakt związania ofertą przez żądany przez zamawiającego okres), to sama forma prezentacji jest nieistotna.

Należy ponadto wskazać, iż ustalenie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ musi być oparte na obiektywnych przesłankach, wynikających wprost z treści oferty i SIWZ. Powyższe ustalenie winno być wynikiem dokonania przez zamawiającego oceny ofert pod względem merytorycznym na co zwróciła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1339/08), w uzasadnieniu którego Izba wskazała, że: „Jedynie merytoryczna ocena oferty i stwierdzenie, że nie odpowiada ona treści SIWZ może doprowadzić do jej odrzucenia. Czym innym jest dokonywana wcześniej ocena wykonawcy, która w przypadku nie spełniania warunków udziału w postępowaniu, skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania”. Z powyższego wynika również, iż odrzucenie oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ nie może opierać się na domniemaniach i przypuszczeniach. Na powyższe zagadnienie wskazała ponadto w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 585/09) Krajowa Izba Odwoławcza, w którego treści wskazała, że: „Nieodpowiedniość treści oferty do treści siwz, powodująca skutek w postaci odrzucenia oferty, nie może być domniemywana i wywodzona jedynie z nazw produktów wskazanych w dokumentacji projektowej, musi wynikać wprost z postanowień siwz i treści oferty”. Zakaz ten obejmuje również zdarzenia przyszłe i niepewne, nawet jeżeli zostały one wyrażone w treści SIWZ ale zamawiający nie wskazał, iż będą one przedmiotem weryfikacji na etapie oceny i badania ofert. Na powyższe wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 572/09) w którego uzasadnieniu wskazano, że: „Podstawą odrzucenia oferty z powodu jej rzekomej niezgodności z SIWZ nie mogą być okoliczności związane ze zdarzeniami przyszłymi i niepewnymi, wynikającymi z realizacji umowy, jeśli szczególnych w tym zakresie warunków Zamawiający w SIWZ nie określił i nie żądał ich weryfikacji na etapie składania ofert”. W kolejnym wyroku z dnia 24 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 158/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: „Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. może

nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwa”. Podobną tezę znajdujemy w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2009r. (sygn. akt KIO/UZP 97/09), w którego uzasadnieniu Izba wskazała jednoznacznie, iż: „Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty, z powołaniem się na przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p., w sytuacji gdy SIWZ nie zawierała wyraźnego, jednoznacznie określonego wymogu odnośnie oczekiwań Zamawiającego co do treści oferty. Odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwa”. Wobec powyższego obowiązek odrzucenia oferty, której treść jej niezgodna z treścią SIWZ musi być interpretowany jednoznacznie – zarówno przez zamawiającego, jak również przez samych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższy aspekt został podniesiony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1104/08) w którym Izba wskazała, że: „Treść oferty musi być czytelna i jednoznaczna nie tylko dla wykonawcy składającego ofertę, ale przede wszystkim dla Zamawiającego, jak i innych wykonawców biorących udział w postępowaniu”.

Nierzadko ocena zgodności treści oferty z treścią SIWZ dokonana w postępowaniu w celu ustalenia, czy złożona oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, musi być dokonana przez osoby posiadające specjalistyczną wiedzę lub doświadczenie, zaś czasami może być dokonana jedynie przez biegłych specjalistów. Powyższe jest spowodowane rodzajem i charakterem dokumentów, jakie wykonawcy muszą załączyć wraz z ofertą w celu potwierdzenia wymagań jakościowych lub w celu wyliczenia wynagrodzenia. Na powyższe, w odniesieniu do kosztorysów składanych wraz z ofertą w postępowaniach, których przedmiotem są roboty budowlane, wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1111/08), w którego uzasadnieniu zostało podniesione, iż: „Zgodność kosztorysów ofertowych z przedmiarami robót musi być oceniana przez profesjonalistów; należy uznać za wystarczające, jeżeli użyte w kosztorysie ofertowym określenia są zgodne z przedmiarem robót w ocenie profesjonalisty”.

Art. 89, który wskazuje przesłanki odrzucenia oferty nie zawiera, jak w przypadku instytucji unieważnienia postępowania, wskazania, że jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, jego przepisy stosuje się odpowiednio do każdej oferty częściowej. Jednakże powyższą zasadę nasuwa wykładnia systemowa powyższego przepisu oraz fakt, iż każdą część postępowania oraz w konsekwencji każdą ofertę częściową należy

traktować w sposób autonomiczny. Powyższe zostało wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 823/08), w którego uzasadnieniu Izba wskazała, że: „W zakresie zarzutów dla części II Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Ze względu na treść art. 93 ust. 2 ustawy, jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio, a więc części postępowania należy traktować w sposób autonomiczny. Zamawiający podał kwoty, jakie zamierza przeznaczyć na realizację poszczególnych części zamówienia (osobno dla każdej z nich), wobec czego Izba uznała, iż zamawiający unieważniając postępowanie dla części II nie naruszył art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy”. W związku z powyższym należy wskazać, iż w przypadku gdy zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy dotyczy jedynie tej oferty częściowej, która obarczona jest wadą, tj. jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Z powyższym mamy do czynienia w każdym przypadku, choć jak wynika z utrwalonej praktyki, wykonawcy nie przedkładają fizycznie oddzielnych ofert (oddzielnego formularza ofert, oddzielnych załączników oraz oświadczeń) dla każdej z części. Na powyższe wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 271/09; KIO/UZP 276/09), w którego uzasadnieniu wskazała, że: „Skoro nie budzi wątpliwości, iż wykonawca, który złożył ofertę dla kilku części danego zamówienia, może być wykluczony tylko w zakresie jednej z nich, nie sposób również stwierdzić, iż do fragmentu art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p., dotyczącej nieprzedłużenia wadium lub okresu związania ofertą, należy stosować inną zasadę postępowania. Dotyczy to również odrzucenia oferty, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. wystąpił tylko w stosunku do wybranych części zamówienia”.

Należy wskazać, iż dopuszczenie przez zamawiającego możliwości złożenia oferty wariantowej rodzi szczególne trudności w ocenie, czy w danym wypadku złożona przez wykonawcę oferta jest zgodna pod względem treści z treścią SIWZ. Ustawodawca nie wskazał wyraźnej i jednoznacznej granicy, która przesądza o fakcie gdzie kończy się dopuszczalna wariantowość a rozpoczyna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Kwestia zgodności treści oferty z treścią SIWZ powinna być każdorazowo oceniona w oparciu o jednoznaczną treść SIWZ i w tym wypadku to treść dokumentacji przetargowej będzie przesądzała o tym fakcie. Wobec powyższego, w przypadku dopuszczenia możliwości składania oferta wariantowych, to na zamawiającym będzie ciążył obowiązek określenia

dopuszczalnego zakresu wariantowości aby na etapie oceny i badania ofert możliwe było ustalenie w sposób jednoznaczny i obiektywny, czy złożona w postępowaniu oferta jest zgodna pod względem treści z treścią SIWZ. Powyższa kwestia została uregulowana w art. 24 ust. 4 zdanie 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, który w odniesieniu do dostaw i usług stanowi, że: „W ramach procedury udzielania zamówienia publicznego na dostawy lub usługi instytucje zamawiające, które dopuściły składanie ofert wariantowych, nie mogą odrzucić wariantu wyłącznie na podstawie tego, że prowadziłyby to do udzielenia zamówienia na usługi, zamiast na dostawy lub zamówienia na dostawy zamiast na usługi”. Analogiczna instytucja została uregulowana w art. 36 ust. 2 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Reasumując, instytucja odrzucenia oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest instytucją będącą przedmiotem rozległych interpretacji oraz orzecznictwa. Jej znaczenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest znamienne, gdyż jej stosowanie wywołuje uzasadnione emocje ze względu na wynikające dla wykonawców skutki jej stosowania. Mogłoby się wydawać, iż wypracowana przez orzecznictwo Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej wykładnia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przesądzająca o tym, co należy uznać za treść oferty, a co za jej formę, nie będzie prowadziła do nadużywania tej instytucji przez zamawiających. Jednakże mimo wszystko kwestie związane z tą instytucją są przedmiotem licznych naruszeń w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

**W toku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP stwierdzono następujące nieprawidłowości odnoszące się do czynności odrzucenia oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia:**

#### **Naruszenie 1 UZP/DKUE/KN/124/2008**

1. Jak wynika ze sporządzonego przez zamawiającego *Sprawozdania z przeprowadzenia zapytania o cenę przez Regionalną Szkołę Turystyczną w Polanicy Zdroju na zakup urządzeń do restauracji dydaktycznej*, „nie znając cen jednostkowych urządzeń sporządziliśmy listę

interesującego nas asortymentu i zwróciliśmy się z *Zapytaniem o cenę* do pięciu firm (adresy uzyskaliśmy z ogłoszeń z branżowych czasopism), by spośród nadesłanej oferty wybrać taki rodzaj urządzeń, który odpowiadałby treści merytorycznej projektu, naszym oczekiwaniom pod względem przydatności i użyteczności oraz konkurencyjnej ceny i dostosowania do istniejących możliwości finansowych.” Należy zwrócić uwagę, że jak przyznał zamawiający w swoim *Sprawozdaniu*, „spośród przedstawicieli firm, które odpowiedziały na nasze *Zapytanie o cenę* (...), był jeden przedstawiciel z Firmy Isacom Catering Equipment sp. z o.o. oraz jeden z firmy Gastrotech Polska Gastroplus, którzy przedłożyli osobiście dyrektorowi RST katalogi cenowe swoich firm i wyrazili zainteresowanie naszym zamówieniem. (...) Firmy te do dnia dzisiejszego, pomimo obietnic, nie przedłożyły żadnej innej propozycji cenowej, oprócz dostarczonych szkole katalogów z cenami”. W świetle powyższego należy zauważyć, co następuje.

Zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania 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. „Oferta” jest pojęciem z zakresu prawa cywilnego materialnego, której definicja sformułowana jest w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego (k.c.). Tak więc oferta jest to „*Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy*”. Oferta jest oświadczeniem woli skierowanym do drugiej strony jako propozycja zawarcia umowy, ale także musi zawierać co najmniej minimalną treść proponowanej umowy (jej istotne postanowienia). Wymaganie to wynika z roli, jaka przypada adresatowi oferty – może doprowadzić do zawarcia umowy przez przyjęcie oferty. Instytucję oferty jako sposobu zawarcia umowy cywilnoprawnej stosuje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z tym że adresatem oferty wykonawcy jest zamawiający, a istotne postanowienia umowy są określane przez wykonawcę składającego ofertę na podstawie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta musi być złożona na piśmie. Niezachowanie formy pisemnej skutkuje nieważnością oferty, przy czym jest to nieważność bezwzględna (art. 73 § 1 k.c.), co oznacza, że nie wywołuje ona od początku określonych w niej skutków prawnych.

Do zachowania formy pisemnej zgodnie z art. 78 k.c. konieczne jest złożenie własnoręcznego podpisu pod treścią dokumentu obejmującego treść oświadczenia woli. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego (Wyrok SN z 8 maja 1997 r. – II CKN 153/97) własnoręczny podpis na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli to jest taki

podpis, z którego wynika nie tylko brzmienie nazwiska, ale także i charakter pisma, który ułatwia orientację w rozpoznaniu osoby składającej podpis. Podpis pozwala na zidentyfikowanie osoby składającej oświadczenie woli. W powszechnym rozumieniu podpis oznacza zaś „nazwisko (...) napisane zwykle własnoręcznie”, zaś zwrot „podpisać się” to m.in. tyle co „nadać ważność jakiemuś dokumentowi przez napisanie na nim swojego nazwiska”. Nie będzie więc zachowaniem formy pisemnej oferta zawierająca jedynie mechanicznie odtworzony podpis (faksymile), napisy odtworzone maszynowo lub ksero bądź skan podpisu albo samą pieczętkę bez podpisu. Katalogi cenowe bez podpisu wykonawców nie stanowią oferty w rozumieniu przepisów k.c.

W związku z powyższym uznanie przez zamawiającego katalogów cenowych jakie złożyły firmy Isacom Catering Equipment Sp. z o.o., oraz Gastrotech Polska S.C. za oferty spełniające warunki stawiane przez zamawiającego w siwz, stanowi naruszenie art. 82 ust. 2 ustawy.

Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu.

Nie unieważniając postępowania, zgodnie z obowiązkiem nałożonym przez art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy i dokonując wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało wpływ na wynik tego postępowania zamawiający dopuścił się naruszeń, o których mowa w art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, co może skutkować nieważnością umowy zawartej w wyniku tego postępowania.

**2.** Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający w siwz oraz w zaproszeniach skierowanych do wykonawców wskazał, iż przedmiot zamówienia będzie obejmował dostawę nw. asortymentu:

- garnek wysoki:

- śred. 16/h14cm/2,5 l;
- śred. 20/h20cm/6,0 l;
- śred. 24/h20cm/8,5 l;
- śred. 28/h23cm/14,0 l;
- śred. 32/h26cm/23,0 l;
- śred. 36/h36cm/36,0 l;

- komplet pokrywek;
- garnek średni:
  - śred. 36/h22cm/22,0 l + pokrywka;
- garnek niski:
  - śred. 24/h9,5cm/4,0 l;
  - śred. 28/h13,5cm/8,0 l;
  - śred. 32/h15,5cm/11,5 l;
  - komplet pokrywek;
- urządzenie do gotowania ryżu: śred. 225/h435 mm/10,0 l;
- podgrzewacz okrągły Roll Top podgrzewany paliwem poj. 6,8 l;
- termos stalowy z przyciskiem poj. 2,0 l;
- termos ze stali nierdzewnej z przyciskiem poj. 1,3 l;
- zestaw noży kutek;
- zestaw dekoracyjny;
- mikser Bamix Gastro 200;
- krajalnica – śred. noża 25 cm;
- maszynka do mięsa – moc 0,55 kW/wyd. 60kg/h;
- szatkownica do warzyw CL50 550 W 230V;
- zmywarka kapturowa – dł. cyklu: 120 sek.
- linia kuchenna centralna typu 700;
- gastronomiczny piec konwencyjno – parowy;
- piec do pizzy;
- szafa chłodnicza do wyrobów gotowych;
- tłuczko – obieraczka z kopaczem miazgi;
- naświetlacz jaj;
- lodówka – próbki pokarmowe;
- lodówka na mrożonki;
- lodówka na mięso i drób;
- automatyczny ekspres do kawy;
- regały do samodzielnego montażu:
  - niskie;
  - wysokie otwarte;
  - wysokie zamknięte;



- regał z opiekaczem;
- regały na ziemniaki, warzywa, owoce;
- meble gastronomiczne ze stali nierdzewnej;
  - stół bez półki;
  - stół z półką;
  - stół ze zlewem 1 – komorowym i półką;
  - stół ze zlewem 2 – komorowym i półką;
  - basen do mycia;
  - stół roboczy z komorą chłodniczą z przechowywalnią półproduktów mięsnych;
  -

W przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez firmę Gastromet P. Socha za kwotę 72.760,80 zł. Oferta ta składała się z dwóch części: dłuższego wykazu (kilkadziesiąt pozycji) sprzętu ofertowanego przez wykonawcę i drugiego – krótszego wykazu (12 pozycji).

Należy zauważyć, że oferta nie zawierała następujących urządzeń: urządzenie do gotowania ryżu, termosy, linia kuchenna, naświetlacz jaj. Oferta ta zatem, jako niezgodna z treścią zapytań siwz powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 29 czerwca 2007 r. została zawarta umowa nr 1/2007 pomiędzy Regionalną Szkołą Turystyczną w Polanicy Zdrój a wykonawcą na realizację przedmiotu zamówienia. Zgodnie z § 1 powyższej umowy, przedmiot umowy obejmował dostawę oraz montaż maszyn, urządzeń oraz sprzętu gastronomicznego dla potrzeb restauracji dydaktycznej, wymienionych w załączniku nr 1 do umowy, w którym zamawiający wskazał:

- 1) Piec konwekcyjno – parowy z podstawą;
- 2) Podgrzewacz – bemar x 2 szt.;
- 3) Ekspres do kawy JURA;
- 4) Zlewozmywak 2 komory z półką;
- 5) Stół chłodniczy;
- 6) Kuchenka mikrofalowa;
- 7) Zmywarka do naczyń;
- 8) Lada chłodnicza – sałatkowa;
- 9) Stolik okrągły fi 140 – 4 szt.;
- 10) Stolik 80 x 80 – 4 szt.;

11) Krzesło tapicerowane – 40 szt.

W umowie został zatem wymieniony sprzęt, który wykonawca wskazał w krótszym wykazie w swojej ofercie.

Reasumując: inny sprzęt został wskazany w zapytaniach o cenę i siwz, częściowo inny sprzęt został wymieniony w ofercie wykonawcy i inny niż wskazany w siwz sprzęt został wpisany do treści umowy z tym wykonawcą.

Co do przyczyny zmiany przedmiotu zamówienia, zamawiający tłumaczy, iż zmiana była podyktowana tym, iż: „opracowując siwz i zaproszenia, zamawiający nie posiadał dokładnej, szczegółowej profesjonalnej znajomości wyposażenia profesjonalnej restauracji i sprzętu, który powinien się tam znajdować, bo nie miał takich doświadczeń (...) Po przedłożeniu nam oferty przez P. Sochę, który wyjaśnił, że ma doświadczenie w wyposażaniu kuchni i restauracji zrozumieliśmy, że powinniśmy dokonać takiego, a nie innego zamówienia, ale też w zgodzie z projektem skierowanym do EQUALA. Gdy wybraliśmy z oferty P. Sochy sprzęt, meble i urządzenia, poprosiliśmy o fakturę proforma, by ostatecznie zapytać administratora, czy możemy dokonać takich zakupów.”

W związku z powyższym zamawiający ustalił w umowie inny przedmiot zamówienia, niż ten który został zapisany w siwz.

Zgodnie z treścią art. 140 ust. 1 ustawy, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zatem zawarta wyłącznie na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ofercie. Tym samym treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi być odzwierciedleniem oferty w zakresie przedmiotu zamówienia, ceny, terminu wykonania zamówienia, warunków gwarancji i płatności, itp. Treść oferty musi natomiast odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający nie odrzucił zatem oferty wykonawcy, która nie była zgodna z treścią siwz, ponieważ nie zawierała wszystkich wymaganych urządzeń, a następnie – po konsultacjach z wykonawcą – zawarł umowę, której przedmiotem jest sprzęt inny niż wymagany w siwz, tj. częściowo ograniczony w stosunku do siwz i częściowo zmieniony. Zamawiający naruszył zatem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie odrzucając oferty ww. wykonawcy i ostatecznie udzielił innego zamówienia niż opisane w specyfikacji, co stanowi naruszenie zasady uczciwej

konkurencji opisanej w art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia w siwz mógł bowiem spowodować, że część zaproszonych do składania ofert wykonawców nie złożyła ich, natomiast mogliby złożyć oferty na sprzęt, który ostatecznie został wymieniony w treści umowy z wykonawcą. Dodatkowo należy zauważyć, że zgodnie z art. 29 ust.1 ustawy na zamawiającym ciąży obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający powinien zatem przed wszczęciem postępowania rozpoznać potrzeby w zakresie wyposażenia restauracji i udzielić zamówienia na sprzęt opisany w siwz zgodnie z tymi potrzebami.

Rażące naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 29 ust 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mające wpływ na wynik postępowania może skutkować nieważnością zawartej umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### **Naruszenie 2 UZP/DKUE/KN/126/08**

Jak ustalono na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania, przedmiotem zamówienia były usługi hotelarsko – gastronomiczne polegające na wynajmie 80 miejsc noclegowych w pokojach 2 i 3 - osobowych z łazienkami w dniach 27, 28, 29 listopada 2006 r., posiłki standardowe (śniadanie, obiad, kolacja), 2 przerwy kawowe dziennie oraz wynajem co najmniej 3 sal wykładowych, w tym jedna na 140 osób i jedna na 70 osób.

W terminie składania ofert (5 listopada 2006 r.) do zamawiającego wpłynęły 2 oferty. Żadna z ofert nie odpowiadała treści siwz w zakresie przedmiotu zamówienia, tj.:

1. Fundusz Wczasów Pracowniczych Sp. z o.o. w Warszawie, która zobowiązała się do wykonania usługi za cenę 40 zł /osobodzień. Cena obejmowała zakwaterowanie w pokoju z łazienką, 3 posiłki dziennie, 1 opiekuna na 20 dzieci bezpłatnie, wycieczkę pieszą po okolicy z przewodnikiem. Wykonawca poinformował, iż dysponuje 3 obiektami, w których znajduje się 229 miejsc noclegowych o zróżnicowanym standardzie. Jednocześnie wykonawca przyznał, iż pomimo tego, iż w każdym z jego obiektów znajdują się świetlice, to w żadnej z nich nie można pomieścić więcej niż 50 osób.
2. Hotel Abis Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe P. Wdowiak, R. Piechowicz, J. Lewental s.c., które poinformowało, iż przyjmuje do realizacji organizację seminarium. Jednocześnie wykonawca zapewnił, iż posiada 83 miejsca noclegowe, pokoje 2 osobowe oraz apartamenty i oferuje dwie sale konferencyjne mogące pomieścić łącznie około 150 osób.

Wykonawca zobowiązał się także do nieodpłatnego przeprowadzenia zajęć modułowych restauracyjnych i hotelowych dla uczestników seminarium.

W tym miejscu należy zauważyć, że żaden z ww. wykonawców nie zaoferował 3 sal wykładowych mogących pomieścić wymaganą liczbę osób, tj. co najmniej 3 sal wykładowych, w tym jedna na 140 osób i jedna na 70 osób.

W związku z powyższym zamawiający powinien odrzucić oferty ww. wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający był zobowiązany unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej 2 ofert niepodlegających odrzuceniu. Wybór oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie unieważnienia postępowania w trybie zapytania o cenę stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Należy jednak zauważyć, że przedmiotem kontrolowanego zamówienia są usługi hotelarskie i restauracyjne, do udzielenia których zamawiający mógł zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy. W trybie tym zamawiający mógłby negocjować z wykonawcą zakres przedmiotu zamówienia do chwili zawarcia umowy. Biorąc zatem pod uwagę fakultatywność stosowania przez zamawiającego trybu zapytania o cenę należy uznać, że wskazane powyżej naruszenia ustawy nie są rażące.

### **Naruszenie 3 UZP/DKD/KN/128/2008**

1. Zamawiający posłużył się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nazewnictwem pokrywającym się z nazewnictwem z katalogu oraz dokumentacji technicznej firmy Layher. W Zał. C do siwz w pozycjach 25-30 i 39-42 zestawienia elementów rusztowań, zamawiający wymagał U pomostów T 4 charakterystycznych dla technologii firmy Layher. Ponadto w zestawieniu elementów rusztowań w Zał. C do siwz zamawiający podał parametry zamawianych elementów rusztowań z dokładnością do 1 mm. Zamawiający stwierdził jednocześnie, że dopuszcza możliwość złożenia oferty równoważnej wyjaśniając, iż dotyczy to wymiarów elementów nieznacznie odbiegających od podanych, ale mających takie samo zastosowanie.

Zamawiający potwierdził w wyjaśnieniach z dnia 3 września 2008 r., że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego w załączniku C do siwz został

opracowany w oparciu o elementy systemu rusztowań Layher. Zamawiający wskazał, że system rusztowań Layher najbardziej odpowiada potrzebom zamawiającego, stwierdził także, iż nie jest możliwe opisanie „wirtualnego” rusztowania w sposób nie wskazujący na któregoś z producentów, dlatego zamawiający nie widzi zasadności zakazu użycia nomenklatury „U”.

Jednocześnie w celu dokonania oceny złożonych ofert zamawiający powołał biegłego na okoliczność oceny równoważności parametrów technicznych sposobu wykorzystania i zastosowania pomostów rusztowań typu ECO firmy Altrad Mostostal i U pomostów T4 firmy Layher.

W opinii z dnia 13 sierpnia 2008 r. biegły stwierdził, że oba rodzaje pomostów różnią się nieco, w sposób mało istotny z użytkowego punktu widzenia, w szczegółach dotyczących technologii łączenia poszczególnych elementów składowych. Ponadto pewne różnice dotyczą funkcjonalności pomostów, które w tym zakresie nie są całkowicie równoważne:

- Pomosty typu ECO są wyposażone w rury łączące podłużne boki ram i dzięki temu są sztywniejsze oraz prostsze w montażu - rury te są wygodnymi uchwytami umożliwiającymi podniesienie pomostów i osadzenie ich na podporach, co może przyspieszyć montaż.
- Pomosty typu T4 mają otwory w podłużnych bokach ram, dzięki czemu ich masa jest nieco mniejsza, a ponadto umożliwiają one lokalne poszerzenie pomostu bez potrzeby stosowania wsporników opartych na słupkach ram. W ten sposób można na każdym, wymagającym tego poziomie oraz na dość dowolnej długości wykonać poszerzenie pomostu.

Biegły dokonał oceny równoważności dwóch złożonych ofert przez pryzmat art. 29 ustawy Pzp, zobowiązujący do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty stwierdzając, że „o ile w konkretnym przypadku zamawiającemu chodziło o spełnienie przez oferowany system rusztowania warunku możliwości lokalnego poszerzenia pomostu roboczego bez użycia wsporników, to taki warunek powinien być wyraźnie opisany. Operowanie w zestawieniu elementów rusztowań nazwami pochodzącymi z określonego systemu rusztowań i to bez podania którego, jak na przykład „U - pomost stal. 2,07x0,32 m T4”, nie określa jednoznacznie wspomnianego warunku. Takie określenie może zakładać z góry, że inni oferenci powinni znać nazwy

*„fabryczne” elementów rusztowań oraz detale funkcjonalne innych systemów, których jest bardzo dużo, a co nie jest obowiązkiem oferentów.”*

W opinii z dnia 14 października 2008 r. wydanej na wniosek Dyrektora Departamentu Kontroli Doraźnej UZP, Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego stwierdził, że możliwe jest takie sporządzenie siwz dla rusztowań, aby nie wskazywać na produkt konkretnego wykonawcy. Osoba sporządzająca specyfikację musiałaby w znacznym stopniu posiłkować się specjalistyczną wiedzą w zakresie budowy poszczególnych systemów oraz terminologii stosowanej w normach i przepisach. Opis, bez powoływania się na konkretny system, musiałby być sporządzony przy dużym stopniu ogólności, w którym ograniczonoby się do wykazu podstawowych elementów nośnych lub też w krańcowym przypadku do podania wyłącznie wymagań dotyczących takich parametrów jak usytuowanie rusztowania, warunków wybudowy, jego wymiarów i nośności, możliwości zastosowania siatek lub plandek, możliwych zastosowań i konkretnych konfiguracji. W opinii stwierdzono, że powołanie się w opisie zamówienia na ściśle określony system rusztowań z jednoczesnym stosowaniem terminologii używanej przez producenta bardzo ułatwia sporządzenie oferty.

Zgodnie z opinią Instytutu, wskazywanie przy sporządzaniu oferty wymiarów części rusztowań systemowych z dokładnością do 1 mm nie znajduje uzasadnienia, zwłaszcza technicznego. W przypadku wymiarów poszczególnych części wystarczające jest podawanie ich z dokładnością do 0,1 m (100 mm), a w odniesieniu do nielicznych elementów z dokładnością do 0,05 m (50 mm).

Zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest przestrzegać zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający powinien stosować się do dyspozycji przepisów art. 29-31 ustawy, w tym respektować zakaz sporządzania opisu w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy). Art. 29 ust. 1 ustawy stanowi, że przedmiot zamówienia publicznego musi być określony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z regulacją art. 29 ust. 2 ustawy zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Wyjątek dopuszczający odmienny – od uregulowanego w art. 29 ust. 1 ustawy – opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia oraz dopuszczenie składania ofert równoważnych został określony w art. 29 ust. 3 ustawy. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w szczególnych sytuacjach - gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń.

W świetle opinii Instytutu Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego możliwe było dokonanie opisu przedmiotu zamówienia bez wskazywania na produkt określonego wykonawcy. Tym samym zamawiający niezasadnie dokonał opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie na konkretne rozwiązania konstrukcyjne rusztowań stosowane przez firmę Layher oraz dopuszczenie oferty równoważnej w ww. zakresie.

Dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia wyraźnie uprzywilejowywał wykonawcę oferującego systemy rusztowań Layher i mógł prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Stosownie do treści wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 22 lipca 2005 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0 - 1810/05) trudno mówić o zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretne urządzenie, przy czym wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określane są tak, aby mógł je spełnić tylko jeden wykonawca lub jeden konkretny produkt. Ponadto, zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) istotne jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.

Dopuszczona przez zamawiającego równoważność mogła dotyczyć wyłącznie „wymiarów elementów nieznacznie odbiegających od podanych, ale mających takie samo

zastosowanie”. Powyższy zapis dopuszczający rozwiązania równoważne należy interpretować odpowiednio do wysokiego stopnia szczegółowości dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Z opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik do siwz nie wynika możliwość zastosowania rozwiązań o innych funkcjonalnościach. Taką możliwość powołany przez zamawiającego biegły jedynie wyinterpretował z powyższych zapisów powołując się na treść art. 29 ustawy Pzp.

Wprawdzie ostatecznie zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy innego niż Layher Polska Sp. z o.o., jednak zostało to dokonane na podstawie opinii biegłego, który wbrew literalnemu brzmieniu wymagań opisu przedmiotu zamówienia uznał równoważność urządzeń zaoferowanych przez wykonawcę Altrad-Mostostal Sp. z o.o. w oparciu o wykładnię o charakterze systemowym i celowościowym.

Zamawiający powinien w taki sposób przygotować specyfikację istotnych warunków zamówienia i w taki sposób sprecyzować w niej dodatkowe warunki, by mógł następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności oferty. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający uchybił temu obowiązkowi, wskutek czego zmuszony był posiłkować się interpretacją własnych zapisów opisu przedmiotu zamówienia dokonaną przez powołanego przez siebie biegłego. Powyższe potwierdza dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający naruszył także art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ przedmiot niniejszego zamówienia można było opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń bez używania nazw własnych produktów, które wskazywały konkretnych producentów. Zamawiający wskazując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt, a pomijając minimalne wymagania dające obraz realnych oczekiwań co do oferowanego produktu, nie tylko narusza zasadę określoną w art. 29 ust. 2 ustawy, ale także zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone art. 7 ust. 1 ustawy, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących inne produkty.

Dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia z rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia stanowi wadę postępowania,



którą zamawiający może skorygować jedynie do terminu składania ofert przez wykonawców. Po tym terminie następuje jej utrwalenie, w związku z czym niedopuszczalne jest późniejsze poprawianie wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, również w drodze stosowania przez biegłych reguł wykładni o charakterze systemowym i celowościowym.

Powyższe działanie zamawiającego, w sposób niedopuszczalny rzutuje na decyzję wykonawców o ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego i poprzez niezasadne ograniczenie konkurencji wpływa w sposób zasadniczy na umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Konsekwencją wadliwego opisu przedmiotu zamówienia jest konieczność unieważnienia niniejszego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W myśl art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponieważ przedmiotowe postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, o czym stanowi przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a zamawiający mimo takiej wady dokonał wyboru oferty, tym samym należy uznać, iż zamawiający dokonał tego wyboru z rażącym naruszeniem ustawy Pzp.

W związku z powyższym, umowa zawarta z Altrad-Mostostal Sp. z o.o. jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

2. Mając na uwadze powyższe rozważania dotyczące opisu przedmiotu niniejszego zamówienia zawarte w pkt 1 niniejszej *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* należy zauważyć, że dopuszczona przez zamawiającego równoważność dotyczy wyłącznie wymiarów elementów nieznacząco odbiegających od podanych, ale mających takie samo zastosowanie. Opinia biegłego sporządzona na zlecenie zamawiającego stwierdza jednoznacznie brak równoważności w zakresie funkcjonalności oferowanych przez wykonawcę Altrad Mostostal Sp. z o.o. pomostów rusztowań. Natomiast dopuszczona przez zamawiającego równoważność mogła

dotyczyć wyłącznie „wymiarów elementów nieznacznie odbiegających od podanych, ale mających takie samo zastosowanie”.

W świetle powyższego zamawiający był zobowiązany do odrzucenia przedmiotowej oferty złożonej przez Altrad Mostostal Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią siwz.

Zaniechanie odrzucenia wykonawcy Altrad Mostostal Sp. z o.o. stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym należy uznać, że niniejsze postępowanie winno być zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 ust. 1 pkt 7 ustawy, gdyż było obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W myśl art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponieważ w toku postępowania zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż oferta, o treści nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków tego zamówienia, a wybrana przez zamawiającego, podlegała odrzuceniu, tym samym należy uznać, iż zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy Pzp.

W związku z powyższym, należy stwierdzić, iż zawarta w dniu 25 sierpnia 2008 r. umowa w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą Altrad-Mostostal Sp. z o.o. jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

#### **Naruszenie 4 UZP/DKD/KN/1/09**

Pismem z dnia 30 września 2008 r. zamawiający poinformował wykonawców m.in. o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W uzasadnieniu odrzucenia ww. oferty zamawiający wskazał, iż oferta ta, oświadczenia i kopie dokumentów zostały opatrzone tylko jednym podpisem. Z KRS załączonego do oferty wynikało, że do składania oświadczeń woli w zakresie praw i obowiązków majątkowych i niemajątkowych oraz podpisywania w imieniu spółki upoważnieni są dwaj członkowie zarządu działający łącznie lub jeden członek zarządu łącznie z prokurentem lub pełnomocnikiem. Zamawiający wskazał, iż w takim przypadku wymagał zgodnie z pkt XV ust. 1 pkt 5 siwz dołączenia do oferty właściwego umocowania prawnego dla osoby podpisującej ofertę. W związku z powyższym zamawiający uznał,

iż niedołączenie do oferty dokumentu, z którego wynika umocowanie prawne do jej podpisania skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W dniu 7 października 2008 r. wykonawca ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. wniósł protest na bezprawne odrzucenie przez zamawiającego złożonej przez niego oferty. Według protestującego oferta złożona przez niego została podpisana przez osobę uprawnioną do składania oświadczeń woli w zakresie praw i obowiązków majątkowych i niemajątkowych oraz podpisania w imieniu spółki przedmiotowej oferty. Z załączonego odpisu aktualnego z KRS, dział II str. 4 rubryka 3 wynika, iż pan Józef Janiszewski, który podpisał ofertę, jest prokurentem, a rodzaj określonej prokury jest samoistny.

Zamawiający w dniu 15 października 2008 r. oddalił protest jako bezzasadny, w uzasadnieniu podtrzymując podstawę odrzucenia oferty wykonawcy ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o.

Z ustaleń kontroli wynika, iż ofertę złożoną przez wykonawcę ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. podpisał pan Józef Janiszewski, który zgodnie z odpisem aktualnym z KRS z dnia 12 czerwca 2008 r., złożonym wraz z ofertą figuruje w dziale II, rubryka 3 jako prokurent samoistny. Wpis taki oznacza, iż w ramach prokury oddzielnej pełnomocnik może samodzielnie (jednoosobowo) dokonywać czynności w imieniu spółki w ramach swego umocowania. Zgodnie z art. 109<sup>4</sup> § 1 kodeksu cywilnego prokura może być udzielona kilku osobom łącznie (prokura łączna) lub oddzielnie. Przyjęcie w umowie spółki, jako zasady, współdziałania osób upoważnionych do jej reprezentacji w ramach reprezentacji łącznej, jak to ma miejsce w niniejszej sprawie (do reprezentowania spółki uprawnieni są bowiem dwaj członkowie zarządu lub jeden członek zarządu łącznie z prokurentem lub pełnomocnikiem), nie wyklucza możliwości ustanowienia prokury samoistnej, a jej ustanowienie uprawnia prokurenta oddzielnego do samodzielnego działania (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 10 października 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2790/05). Zakres umocowania zarządu w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wynika z art. 205 ksh, zakres umocowania prokurenta natomiast wynika z przepisów kodeksu cywilnego. Przepis art. 205 § 3 ksh stanowi, iż reprezentacja łączna członków zarządu spółki nie wyłącza ustanowienia prokury jednoosobowej.

Ponadto, jednoznaczne stanowisko w tej kwestii zajął Sąd Okręgowy we Wrocławiu w postanowieniu z dnia 2 grudnia 2005 r., sygn. akt II Ca 1049/05, który stwierdził, iż

art. 205 §3 ksh w pewnym stopniu daje priorytet prokurze jednoosobowej, gdy jest ustanowiona reprezentacja łączna w spółce. Wówczas to zarząd musi respektować reguły reprezentacji łącznej, natomiast prokurent może wystąpić samodzielnie. Ustanowieni prokurenci jednoosobowi nie niweczą zasady reprezentacji łącznej przez członków zarządu. Dlatego, jeżeli ustanowiona jest reprezentacja łączna członków zarządu czy też zarządu z prokurentem, w każdym przypadku prokurent, gdy ma prokurę samoistną, może reprezentować spółkę samodzielnie.

Biorąc pod uwagę powyżej powołane przepisy należy stwierdzić, iż oferta wykonawcy ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. została złożona skutecznie przez osobę uprawnioną do działania w imieniu wykonawcy ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. Odrzucenie przez zamawiającego ww. oferty stanowi rażące naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Należy zatem wskazać, iż w przypadku gdyby oferta wykonawcy ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. nie została odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zamawiającego, zamawiający winien był wezwać na podstawie art. 91 ust. 5 ustawy wykonawcę ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. oraz wykonawcę POL-OIL CORPORATION Sp. z o.o. do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych, gdyż jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena, a powyższe oferty zawierały taką samą cenę.

Konsekwencją przeprowadzenia postępowania z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy może być ustalenie przez sąd nieważności umowy, stosownie do art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy. Powołana norma uzależnia nieważność umowy od dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy.

### **Naruszenie 5 UZP/DKUE/KU/1/2009**

Zgodnie z zapisem pkt 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia cena oferty wynika z sumy kwot wyliczonych na kosztorysach ofertowych, których formularze winny być wypełnione w każdej pozycji. W SIWZ, w pkt 1.3 zostały wyodrębnione projekty budowlano – wykonawcze drogi nr 251 i drogi nr 252 oraz w pkt 1.3.1 podano spis kosztorysów ofertowych nie będących częścią dokumentacji technicznej: kosztorys ofertowy promocji,

tablic informacyjnych i pamiątkowych oraz kosztorys ofertowy zaplecza biura inżyniera kontraktu.

W ofercie złożonej przez konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, WPRD z siedzibą w Nowej Wsi i PRD SPEC-DRÓG z siedzibą we Włocławku, w dokumencie pn. „Zestawienie kosztów” nie uwzględniono kosztów promocji, tablic informacyjnych i pamiątkowych oraz kosztów biura inżyniera kontraktu w łącznej wysokości 405 284,00 zł. Z uwagi na fakt, że cena oferty miała być ceną kosztorysową, zgodną z kosztorysami ofertowymi, wszystkie elementy składające się na poszczególne pozycje kosztorysu powinny być uwzględnione. Należy podkreślić, że w pozostałych złożonych ofertach ww. koszty tablic i biura inżyniera zostały wliczone w cenę oferty.

Wobec nie uwzględnienia w cenie oferty ww. wykonawcy kosztów tablic i biura inżyniera, zamawiający winien był odrzucić taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia a nie uwzględnienie w cenie oferty wartości 405 284,00 zł wynikającej z kosztów promocji, tablic informacyjnych i pamiątkowych oraz kosztów zaplecza biura inżyniera kontraktu stanowi istotną zmianę w treści oferty.

Biorąc pod uwagę fakt, że oferta ww. konsorcjum nie była w niniejszym postępowaniu ofertą najkorzystniejszą, powyższe zaniechanie zamawiającego nie stanowi rażącego naruszenia ustawy i nie miało wpływu na wynik postępowania.

### **Naruszenie 6 UZP/DKUE/KN/11/2009**

Zamawiający w pkt 9 ppkt 2) lit. b) SIWZ postawił warunek, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się posiadaniem w okresie ostatnich trzech lat od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie przeciętnego zatrudnienia na poziomie 20, 40 lub 60 osób, w zależności od łącznej długości odcinków, jakie obejmują części zamówienia, o których udzielenie wykonawca się ubiega. W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć Informację na temat przeciętnej liczby zatrudnionych pracowników sporządzoną według wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ. Ponadto w odpowiedzi na pytanie dotyczące sposobu wypełnienia ww. formularza, zamawiający doprecyzował swoje żądanie, wymagając podania informacji dla lat kalendarzowych 2003,

2004, 2005 oraz stan na dzień 25 sierpnia 2006r. (dzień publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej).

Wykonawca konsorcjum firm Zakład Robót Specjalnych Budowlanych A. Motyczka z siedzibą w Wodzisławiu Śl. (lider) i CETUS Energetyka Gazowa Sp. z o.o. z siedzibą w Świerklanach załączył do oferty złożonej w części 1 postępowania ww. formularz z danymi dotyczącymi liczby zatrudnionych pracowników w latach 2003, 2004 i 2005, lecz bez wskazania poziomu zatrudnienia w dniu 25 sierpnia 2006r. Na tej podstawie zamawiający odrzucił ofertę ww. wykonawcy w tej części postępowania, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. z uwagi na fakt, że załącznik nr 3 formularza oferty nie został sporządzony zgodnie z zapisami SIWZ oraz późniejszymi odpowiedziami na zapytania do SIWZ.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy (w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania) zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż dokument przedstawiony przez ww. wykonawcę, zawierający błąd w postaci braku informacji o liczbie zatrudnionych pracowników na dzień 25 sierpnia 2006r. podlegał uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust 3 ustawy, a zaniechanie zamawiającego w tej kwestii stanowi naruszenie dyspozycji ww. przepisu. Dodatkowo należy zauważyć, iż ww. wykonawca załączył prawidłowo wypełniony załącznik nr 3 wraz z ofertą złożoną w części 2 postępowania. Wykonawca ten potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w tej części postępowania. Zamawiający posiadając wiedzę o tym, że wykonawca w istocie spełnia warunek tym bardziej nie miał podstaw do odrzucenia oferty.

Ponadto zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty złożonej w części 1 postępowania przez wskazanego wyżej wykonawcę podniósł argument zastosowania przez niego błędnego druku Formularza oferty, co również miało stanowić niezgodność z treścią SIWZ. Z analizy treści wzoru Formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ i formularza użytego przez wykonawcę wynika następująca różnica: we wzorze Formularza oferty jest: „nie uczestniczę(ymy) jako wykonawca w jakiegokolwiek innej ofercie złożonej

w celu udzielenia niniejszej części zamówienia”, zaś formularz oferty złożony przez wykonawcę zawiera następujący zapis: „nie uczestniczę(ymy) jako wykonawca w jakiegokolwiek innej ofercie złożonej w celu udzielenia niniejszego zamówienia”. Charakter przedstawionej wyżej różnicy wskazuje na oczywistą omyłkę pisarską, którą zamawiający mógł poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Dodatkowo należy zauważyć, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi przesłankę odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Oznacza to, że podstawą odrzucenia oferty jest merytoryczna niezgodność z zapisami SIWZ, nie zaś uchybienia, czy braki formalne, np. w zakresie zastosowanych wzorów formularzy. Z treści oferty złożonej przez ww. wykonawcę wynikało, że jest to oferta na część 1, zatem nie było podstaw do jej odrzucenia w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Wyżej opisane działania zamawiającego nie miały wpływu na wynik postępowania.

### **Naruszenie 7 UZP/DKUE/KN/14-21/2009**

2). Naruszenia związane z odrzucaniem ofert w ramach przedmiotowych postępowań.

a) Pismem z dnia z dnia 6 lipca 2007 r. zamawiający poinformował, iż w postępowaniu nr ZPRW/ZP/8/2007 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzucona została oferta złożona przez firmę PROREAL Michał Ciecierski. Podstawą odrzucenia był brak w złożonej ofercie tzn. w kosztorysie ofertowym pozycji nr 8, 9 i 10 zawartych w przedmiarze robót stanowiącym załącznik nr 1 do siwz.

W toku kontroli ustalono, że wykonawca PROREAL Michał Ciecierski ujął oraz wycenił w kosztorysie ofertowym załączonym do swojej oferty pozycje nr 8, 9 i 10 zawarte w przedmiarze robót, a obejmujące odpowiednio:

- demontaż grzejnika żeliwnego członowego o powierzchni do 2,5 m<sup>2</sup>,
- demontaż grzejnika żeliwnego członowego o powierzchni do 5 m<sup>2</sup>,
- demontaż grzejnika żeliwnego członowego o powierzchni do 7,5 m<sup>2</sup>.

W związku z powyższym, w opisywanych okolicznościach nie zaszła przesłanka, na którą powoływał się zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty PROREAL Michał

Ciecierski. Ponadto dla oceny opisywanego stanu faktycznego istotne znaczenie mają zapisy rozdziału XII siwz. W pkt 4 i 5 tego rozdziału zamawiający wskazał, iż cena oferty musi obejmować wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia (w tym transport, montaż, instalacja itd.) oraz, że za wykonanie przedmiotu zamówienia ustala się wynagrodzenie ryczałtowe.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej „ceny ryczałtowej”. Szukając w innych aktach prawnych tego lub podobnych sformułowań, wskazać należy na art. 632 Kodeksu cywilnego. W przepisie tym ustawodawca posłużył się określeniem „wynagrodzenie ryczałtowe” w odniesieniu do wynagrodzenia wykonawcy dzieła (przyjmującego zamówienie) na podstawie umowy o dzieło. Można przyjąć, iż „wynagrodzenie ryczałtowe” z art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego oraz „cena ryczałtowa” z art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy dotyczą tego samego desygnatu. W piśmiennictwie twierdzi się, iż wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Zamawiający ustalając wynagrodzenie ryczałtowe wyraźnie lub w sposób dorozumiany zakłada, że przyjmujący zamówienie nie będzie domagać się zapłaty wynagrodzenia wyższego. „Wynagrodzenie ryczałtowe” lub „cena ryczałtowa” stanowi przeciwieństwo „wynagrodzenia kosztorysowego” lub „ceny kosztorysowej”. Pojęciem „wynagrodzenia kosztorysowego” ustawodawca posługuje się w art. 629 Kodeksu cywilnego. Wynagrodzenie kosztorysowe występuje zwykle przy dziełach o bardziej skomplikowanej kalkulacji. Najczęściej przyjmuje się, że kosztorys stanowi zestawienie (z reguły pisemne) potrzebnych do wykonania dzieła materiałów i nakładów pracy z podaniem ich cen jednostkowych. W odróżnieniu od ryczałtu, kosztorys nie ma charakteru ostatecznego, wiążącego dla stron. Jest on jedynie preliminarzem zestawiającym w sposób orientacyjny przewidywane koszty. Z punktu widzenia wysokości wynagrodzenia znaczenie ma dopiero „kosztorys wykonawczy”, sporządzony przez przyjmującego zamówienie po ukończeniu dzieła. Kosztorys wykonawczy może określać wynagrodzenie niższe lub wyższe od wskazanego w kosztorysie umownym.

W świetle powyżej przedstawionej charakterystyki „ceny ryczałtowej”, w sytuacji, gdy przedmiotem są roboty budowlane opisane przy pomocy projektu budowlano-wykonawczego instalacji centralnego ogrzewania wraz z przedmiarem oraz specyfikacją techniczną instalacji centralnego ogrzewania, nawet w przypadku złożenia w ofercie



kosztorysu ofertowego niezawierającego wszystkich pozycji przedmiaru robót stwierdzić należy, iż oferta taka nie będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Zespołu Arbitrów np.: wyrok z dnia 20 lutego 2006 r. (syg. akt UZP/ZO/0-430/06) wyrok z dnia 30 sierpnia 2007 (syg. akt UZP/ZO/0-1065/07), wyrok z dnia 27 września 2007 (syg. akt UZP/ZO/0-1163/07). Niezależnie od powyższego zauważyć należy, iż zgodnie z treścią formularza ofertowego (pkt 10), wykonawcy składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu oświadczali, iż w cenie ryczałtowej ujęli pełen zakres prac wynikający z przedmiotu zamówienia, projektu, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, wizji w terenie oraz wszystkich innych dodatkowych elementów cenotwórczych.

Opisywane okoliczności wskazują zatem, iż zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy PROREAL Michał Ciecierski z powołaniem się na dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z brakiem uwzględnienia w złożonej ofercie w kosztorysie ofertowym pozycji 8, 9 i 10 wyszczególnionych w przedmiarze robót. Niezależnie od powyższego w toku czynności kontrolnych stwierdzono także, następujące rozbieżności pomiędzy przedmiarem robót (zestawienie materiałów) a załączonym do oferty DEMAR Gorczyca Waldemar (wybranej jako najkorzystniejsza) kosztorysem ofertowym:

- zamiast wyszczególnionego w poz. 27 przedmiaru robót – zaworu kulowego z półsrubunkiem fi 20 mm (10 szt.), wykonawca zaoferował w kosztorysie w poz. 26 zawór zaporowy śr. żeliwny z kielichem gwintowanym 15 mm (10 szt.),
- zamawiający w pozycjach 55-60 przedmiaru wymagał zaoferowania łącznika kielichowego miedzianego śred.: 15 mm (1812,1600 szt.), 18 mm (270,9870 szt.), 22 mm (160,8670 szt.), 28 mm (175,0800 szt.), 35 mm (140,0340 szt.), 42 mm (21,7440 szt.), natomiast wykonawca uwzględniając niniejsze pozycje w kosztorysie zaoferował odpowiednio: 468,1600 szt., 180,9870 szt., 124,8670 szt., 115,0800 szt., 68,0340 szt., 9,7440 szt. powyższych łączników, zaniżając tym samym ich ilość w stosunku do wymaganej w przedmiarze,
- zamawiający w pozycji 75 przedmiaru wymagał zaoferowania złączek przejściowych mosiężnych 15 mm w ilości 714,0000 szt., natomiast wykonawca uwzględniając niniejszą pozycję zaoferował w pozycji 76 kosztorysu 314,0000 szt. powyższych złączek, zaniżając tym samym ich ilość w stosunku do wymaganej w przedmiarze,
- w ramach pozycji 82-87 przedmiaru zamawiający wymagał zaoferowania dwuzłączek przejściowych mosiężnych: śred. 15 mm (714,0000 kpl), 18 mm (30,0000 szt.), 22 mm (12,0000 szt.), 28 mm (20,0000 szt.), 35 mm (24,0000 szt.), 42 mm (4,0000 szt.), natomiast

uwzględniając powyższe pozycje przedmiaru wykonawca zaoferował w pozycji 82 kosztorysu ofertowego dwuzłączki mosiężne (404,0000 szt.), niedookreślając tym samym ich rozmiaru oraz zaniżając ich ilość w stosunku do wymaganej w przedmiarze robót.

Zatem mając na uwadze powyższe podnieść należy, iż w opisywanych okolicznościach doszło do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 zasady, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż tylko w przypadku jednego z wykonawców rozbieżności kosztorysu ofertowego z przedmiarem skutkowało odrzuceniem jego oferty na podstawie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Oferta drugiego wykonawcy w podobnych okolicznościach nie została odrzucona, ale uznana za najkorzystniejszą.

Reasumując zauważyć należy, iż w przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena (waga 100%), zaś oferta PROREAL została odrzucona bezpodstawnie z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 Pzp. W związku z powyższym, w sytuacji gdy odrzucona oferta PROREAL Michał Ciecierski przedstawiała korzystniejszy bilans cenowy (cena brutto: 187 723,62 zł), niż wybrana oferta firmy DEMAR Gorczyca Waldemar (cena brutto: 254 357,89 zł), w kontrolowanym postępowaniu doszło przy wyborze oferty do rażącego naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania, co może skutkować nieważnością zawartej w dniu 13 lipca 2007 r. umowy nr 10/2007 na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

**b)** Pismami z dnia 19 lipca 2007 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty DEMAR Waldemar Gorczyca w ramach postępowania ZPRW/ZP/10/2007. W uzasadnieniu wyboru wskazał, iż proponowana przez wykonawcę cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie przekracza kwoty zaplanowanej na wykonanie przedmiotu zamówienia oraz oferta spełnia wszystkie wymogi wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto zamawiający wskazał, iż w niniejszym postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu m.in. braków w kosztorysach zostały odrzucone 3 oferty, w tym m.in. oferta złożona przez Zakład Usług Budowlanych RADEX, w której podstawą odrzucenia był

brak w kosztorysie ofertowym w zestawieniu materiałów pozycji 44, 45, 86, 87, 88 oraz brak wyceny pozycji 139 przedmiaru robót.

Dla opisywanego stanu faktycznego istotne znaczenie mają zapisy rozdziału XII siwz. W pkt 4 i 5 tego rozdziału zamawiający wskazał, iż cena oferty musi obejmować wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia (w tym transport, montaż, instalacja itd.) oraz, że za wykonanie przedmiotu zamówienia ustala się wynagrodzenie ryczałtowe. Wynagrodzenie ryczałtowe ustalane jest z góry w kwocie stałej i niezmiennej, niezależnie od faktycznego rozmiaru lub kształtu robót. Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kształtu prac (*vide* naruszenie opisane w pkt I.1).a).

W świetle przedstawionej powyżej charakterystyki „ceny ryczałtowej” w sytuacji, gdy przedmiotem są roboty budowlane opisane przy pomocy projektu budowlano-wykonawczego instalacji centralnego ogrzewania wraz z przedmiarem oraz specyfikacją techniczną instalacji centralnego ogrzewania, w przypadku złożenia oferty z kosztorysem niezawierającym wszystkich pozycji przedmiaru robót stwierdzić należy, iż oferta taka nie będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W powyższym przypadku decydujące znaczenie ma bowiem dokumentacja projektowa określająca zakres przedmiotu zamówienia. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Zespołu Arbitrów: wyrok z dnia 20 lutego 2006 r. (syg. akt UZP/ZO/0-430/06) wyrok z dnia 30 sierpnia 2007 (syg. akt UZP/ZO/0-1065/07), wyrok z dnia 27 września 2007 (syg. akt UZP/ZO/0-1163/07). Niezależnie od powyższego zauważyć należy, iż zgodnie z treścią formularza ofertowego (pkt 10), wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu oświadczali, iż w cenie ryczałtowej ujęli pełen zakres prac wynikający z przedmiotu zamówienia, projektu, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, wizji w terenie oraz wszystkich innych dodatkowych elementów cenotwórczych.

Opisywane okoliczności wskazują zatem, iż zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia ofert ww. wykonawców z powołaniem się na dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z brakiem uwzględnienia w złożonych ofertach w kosztorysach ofertowych wszystkich pozycji, braku załączeniu zestawienia materiałów, dokonaniem podwójnej wyceny niektórych pozycji.

Ponadto zauważyć należy, iż w przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena (waga 100%). Dwie odrzucone oferty: RADEX i PROREAL były tańsze od wybranej oferty firmy DEMAR. W związku z powyższym, w sytuacji gdy w szczególności niezasadnie odrzucona oferta złożona przez Zakład Usług Budowlanych RADEX przedstawiała korzystniejszy bilans cenowy (cena brutto: 156 852,70 zł), niż wybrana oferta firmy DEMAR Gorczyca Waldemar (cena brutto: 161 254,78 zł), w kontrolowanym postępowaniu doszło przy wyborze oferty do rażącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania, co może skutkować nieważnością zawartej w dniu 27 lipca 2007 r. umowy nr 12/2007 na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

c) Pismem z dnia 6 lipca 2007 r., zamawiający poinformował, iż w postępowaniu ZPRW/ZP/7/2007 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzucona została oferta złożona przez firmę PROREAL Michał Ciecierski. Podstawą odrzucenia był brak w złożonej ofercie tzn. Kosztorysie ofertowym pozycji nr 21, 22, 23, 24, 25 zawartych w przedmiarze robót stanowiącym załącznik nr 1 do siwz oraz zaproponowana przez wykonawcę rażąco niska cena (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy).

Odnosząc się do pierwszej z ww. przesłanek, które zdaniem zamawiającego skutkowały odrzuceniem oferty PROREAL Michał Ciecierski podnieść należy co następuje. W toku kontroli ustalono, że wykonawca PROREAL Michał Ciecierski nie uwzględnił w stanowiącym element kosztorysu ofertowego zestawieniu materiałów pozycji o ww. numerach, obejmujących odpowiednio:

- piasek natur. do zapr. odm. II, uziar. do 1,0 mm (0,8600 m<sup>3</sup>),
- cement CEM I 42,5 – workowany (0,1711 t),
- wapno hydratyzowane workowane, gat. I (0,0955 t),
- cegła bud. pełna 25X12X6,6 cm – kl. 15 (344,0000 szt.),
- woda z rurociągu (0,4300 m<sup>3</sup>).

Dla oceny opisywanego stanu faktycznego istotne znaczenie mają zapisy rozdziału XII siwz. W pkt 4 i 5 tego rozdziału zamawiający wskazał, iż cena oferty musi obejmować wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia (w tym transport, montaż, instalacja itd.) oraz, że za wykonanie przedmiotu zamówienia ustala się wynagrodzenie ryczałtowe.

Wynagrodzenie ryczałtowe ustalane jest z góry w kwocie stałej i niezmiennej, niezależnie od faktycznego rozmiaru lub kształtu robót. Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kształtu prac (*vide* naruszenie opisane w pkt I.1).a).

W świetle powyżej przedstawionej charakterystyki „ceny ryczałtowej” w sytuacji, gdy przedmiotem są roboty budowlane opisane przy pomocy projektu budowlano-wykonawczego instalacji centralnego ogrzewania wraz z przedmiarem oraz specyfikacją techniczną instalacji centralnego ogrzewania, nawet w przypadku złożenia w ofercie kosztorysu ofertowego niezawierającego wszystkich pozycji przedmiaru robót stwierdzić należy, iż oferta taka nie będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Zespołu Arbitrów np.: wyrok z dnia 20 lutego 2006 r. (syg. akt UZP/ZO/0-430/06) wyrok z dnia 30 sierpnia 2007 (syg. akt UZP/ZO/0-1065/07), wyrok z dnia 27 września 2007 (syg. akt UZP/ZO/0-1163/07). Niezależnie od powyższego zauważyć należy, iż zgodnie z treścią formularza ofertowego (pkt 10), wykonawcy składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu oświadczali, iż w cenie ryczałtowej ujęli pełen zakres prac wynikający z przedmiotu zamówienia, projektu, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, wizji w terenie oraz wszystkich innych dodatkowych elementów cenotwórczych.

Opisywane okoliczności wskazują zatem, iż zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy PROREAL Michał Ciecierski z powołaniem się na dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z brakiem uwzględnienia w złożonej ofercie w kosztorysie ofertowym pozycji 21, 22, 23, 24, 25 wyszczególnionych w przedmiarze robót. Drugą z przesłanek, na którą powołał się zamawiający dokonując odrzucenia oferty PROREAL Michał Ciecierski była rażąco niska cena - art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Ww. wykonawca w swojej ofercie zadeklarował realizację przedmiotu zamówienia za kwotę 79 347,57 zł.

Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający pismem z dnia 5 lipca 2007 r. wystąpił do wykonawcy PROREAL Michał Ciecierski z prośbą o złożenie w swojej siedzibie do dnia 6 lipca 2007 r. do godziny 10:00 wyjaśnień dotyczących:

- a) producenta grzejników, ich typów oraz parametrów jakich zamierza użyć przy realizacji zamówienia,
- b) ceny wymienionej m.in. na grzejniki wymienione w formularzu ofertowym.

Wykonawca udzielając wyjaśnień przy piśmie z dnia 6 lipca 2007 r. wskazał, iż dla realizacji przedmiotowego zamówienia przewidział grzejniki Cosmo NOVA zgodnie z specyfikacją techniczną zawartą w materiałach przetargowych oraz, że ceny zakupów niniejszych grzejników podlegają tajemnicy handlowej, ale są niższe od cen katalogowych oraz cen wyszczególnionych w zestawieniu materiałów do kosztorysu ofertowego. Ponadto podkreślił, iż z uwagi na cenę ryczałtową, faktyczne koszty nabycia grzejników nie mają większego znaczenia. Wykonawca powołując się na orzecznictwo Zespołu Arbitrów wskazał także, iż zarzut rażąco niskiej ceny należy rozpatrywać wyłącznie w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia, nie zaś w odniesieniu do poszczególnych jego elementów.

Ponadto w wyjaśnieniach przekazanych przy piśmie z dnia 10 kwietnia 2009 r. zamawiający wskazał, iż czynności odrzucenia oferty PROREAL Michał Ciecierski z powołaniem się na przesłankę rażąco niskiej ceny dokonał *po konsultacji z projektantem i kosztorysantem (...), ponieważ wykonawca obniżył wartość materiałów do ceny rynkowej o kwotę 28 711 zł, obniżenie ceny oferty o 36,8% w stosunku do kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie przedmiotowego zadania w okresie, kiedy ceny wyrobów z miedzi zaczęły rosnąć, budziła duże wątpliwości co do prawidłowego wykonania zadania z zastosowaniem materiałów o parametrach nie gorszych, niż wskazane w projekcie.*

W związku ww. okolicznościami podnieść należy, iż zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny (art. 90 ust 1). Natomiast zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę takie 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. Lista tych czynników będących podstawą oceny wyjaśnień nie jest listą wyczerpującą i zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców.

Jak wynika z treści pisma z dnia 5 lipca 2007 r., zamawiający żądał wyjaśnień jedynie co do ceny oraz parametrów technicznych oferowanych w ramach przedmiotu zamówienia grzejników, natomiast zgodnie z przyjętą linią orzecniczą przy ocenie tego czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy brać pod uwagę cenę całego przedmiotu zamówienia nie zaś poszczególnych składników ceny. „Stwierdzenie, iż w formularzu cenowym w zestawieniu cen według pozycji i zakresu robót występują różnice cenowe w ofertach różnych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji” (wyrok KIO z 28 lutego 2008r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08).

Jak wynika z protokołu przedmiotowego postępowania na realizację przedmiotowego postępowania zamawiający zamierzał przeznaczyć kwotę w wysokości 125 591,73 zł, natomiast odrzucona oferta opiewała na kwotę 79 347,57 zł (63,2%), jednak cena wybranej oferty firmy DEMAR była również niższa od kwoty na sfinansowanie zamówienia - 91 445,26 zł (72,8%). Niezależnie od powyższego zauważyć należy, iż w unieważnionym postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia oznaczonym jako ZPRW/ZP/3/2007, jedna z sześciu złożonych ofert zawierała cenę jeszcze niższą, niż odrzucona oferta PROREAL Michał Ciecierski, mianowicie: RICARDO Ryszard Droszcz (cena brutto: 68 564,52 zł) i nie została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny. Z powyższego wynika, iż cena odrzuconej oferty nie odbiegała od ceny rynkowej dla inwestycji tego typu. Natomiast zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym w wyroku KIO z dnia 28 grudnia 2007r. (sygn. akt: KIO/UZP 1453/07) „Rażąco niska cena na niewielki zakres czynności technologicznych wykonawcy nie może być brana pod uwagę jako przesłanka do odrzucenia oferty, jeżeli zachodzi jednocześnie inna przesłanka – cena oferty nie odbiega rażąco od cen rynkowych i od ogólnej kwoty, jaką Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia i jaką przedstawił przed otwarciem ofert, zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp.”.

Zważywszy na powyższe okoliczności zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty PROREAL Michał Ciecierski z powołaniem się na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Zważywszy, iż w przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena (waga 100%), w sytuacji gdy bezpodstawnie odrzucona oferta PROREAL Michał Ciecierski przedstawiała korzystniejszy bilans cenowy (cena brutto: 79 347,57 zł), niż wybrana jako najkorzystniejsza oferta firmy DEMAR Gorczyca Waldemar (cena brutto: 91 445,26 zł), w kontrolowanym postępowaniu przy wyborze oferty doszło do rażącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania, co może skutkować nieważnością zawartej w dniu 13 lipca 2007 r. umowy nr 9/2007 na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

**d).** Pismami z dnia 19 lipca 2007 r. w ramach rozstrzygniętego postępowania oznaczonego jako ZPRW/ZP/9/2007, zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty firmy DEMAR Waldemar Gorczyca. W uzasadnieniu wyboru wskazał, iż proponowana przez wykonawcę cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie przekracza kwoty zaplanowanej na wykonanie przedmiotu zamówienia oraz oferta spełnia wszystkie wymogi wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto zamawiający wskazał, iż w niniejszym postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 została odrzucona m.in. oferta złożona przez Zakład Usług Budowlanych RADEX, gdzie podstawą odrzucenia był brak w złożonej ofercie, w kosztorysie ofertowym w zestawieniu materiałów pozycji 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, natomiast w pozycji 78 przyjęto do wyceny 2 szt. mniej a w pozycji 143 przyjęto do wyceny 84 szt. mniej niż przedmiarze robót w zestawieniu materiałów oraz oferta PROREAL Michał Ciecierski, gdzie podstawą odrzucenia był brak w złożonej ofercie treści zmodyfikowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz brak w kosztorysie ofertowym w zestawieniu materiałów pozycji 109 i 111 oraz podwójna wycena pozycji 112 i 113, w kosztorysie ofertowym oraz w załączniku nr 9 – wykaz urządzeń – w pozycji 25 i 26 wprowadzono trzy sztuki urządzenia co jest niezgodne z treścią zmodyfikowanego siwz. W przedmiarze robót – w zestawieniu materiałów - w pozycji 84 brak wyceny 2 szt., w pozycji 85 brak wyceny 8 szt., w pozycji 143 brak wyceny 10 szt.



Dla opisywanego stanu faktycznego istotne znaczenie mają zapisy rozdziału XII siwz. W pkt 4 i 5 tego rozdziału zamawiający wskazał, iż cena oferty musi obejmować wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia (w tym transport, montaż, instalacja itd.) oraz, że za wykonanie przedmiotu zamówienia ustala się wynagrodzenie ryczałtowe. Wynagrodzenie ryczałtowe ustalane jest z góry w kwocie stałej i niezmiennej, niezależnie od faktycznego rozmiaru lub kształtu robót. Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kształtu prac (*vide* naruszenie opisane w pkt I.1).a)).

W świetle powyżej przedstawionej charakterystyki „ceny ryczałtowej”, w sytuacji, gdy przedmiotem są roboty budowlane opisane przy pomocy projektu budowlano-wykonawczego instalacji centralnego ogrzewania wraz z przedmiarem oraz specyfikacją techniczną instalacji centralnego ogrzewania, w przypadku złożenia oferty z kosztorysem niezawierający wszystkich pozycji przedmiaru robót stwierdzić należy, iż oferta taka nie będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W powyższym przypadku decydujące znaczenie ma bowiem dokumentacja projektowa określająca zakres przedmiotu zamówienia. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Zespołu Arbitrów: wyrok z dnia 20 lutego 2006 r. (syg. akt UZP/ZO/0-430/06) wyrok z dnia 30 sierpnia 2007 (syg. akt UZP/ZO/0-1065/07), wyrok z dnia 27 września 2007 (syg. akt UZP/ZO/0-1163/07). Niezależnie od powyższego zauważyć należy, iż zgodnie z treścią formularza ofertowego (pkt 10), wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu oświadczali, iż w cenie ryczałtowej ujęli pełen zakres prac wynikający z przedmiotu zamówienia, projektu, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, wizji w terenie oraz wszystkich innych dodatkowych elementów cenotwórczych.

Opisywane okoliczności wskazują zatem, iż zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia ofert ww. wykonawców z powołaniem się na dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z brakiem uwzględnienia w złożonej ofercie, w kosztorysie ofertowym wszystkich pozycji przedmiaru robót lub zaniżeniem liczby wycenianych w ramach danej pozycji elementów przedmiotu zamówienia w stosunku do wymaganych przedmiarem robót.

W toku czynności kontrolnych ustalono dodatkowo, iż kosztorys ofertowy załączony do oferty firmy DEMAR Gorczyca Waldemar (wybranej jako najkorzystniejsza) nie

odpowiada w poz. 65 – łącznik z żeliwa ciągliwego czarne poz. 78 przedmiaru robót w zakresie ilości jednostek miary, wykonawca dokonał wyceny 2 szt. natomiast zamawiający wymagał zaoferowania 4 szt. Zatem należy zauważyć, iż w analogicznym przypadku niezgodności kosztorysu ofertowego złożonego wraz z ofertą Zakładu Usług Budowlanych RADEX oraz PROREAL Michał Ciecierski zamawiający odrzucił ich oferty jako niezgodne z siwz, zaś ofertę firmy DEMAR uznał za najkorzystniejszą. Oznacza to, że w niniejszym postępowaniu doszło również do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. zasady równego traktowania wykonawców, poprzez niejednakowe traktowanie ofert z podobnymi błędami złożonych przez różnych wykonawców.

Zważywszy, iż w przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była cena (waga 100%), w sytuacji gdy bezpodstawnie odrzucone oferty złożone przez Zakład Usług Budowlanych RADEX oraz PROREAL Michał Ciecierski przedstawiały korzystniejszy bilans cenowy, niż wybrana oferta firmy DEMAR Gorczyca Waldemar (cena brutto: 103 683,82 zł), w kontrolowanym postępowaniu doszło przy wyborze oferty do rażącego naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania, co może skutkować nieważnością zawartej w dniu 27 lipca 2007 r. umowy nr 11/2007 na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

### **Naruszenie 8 UZP/DKD/KU/23/2009**

Pismem z dnia 27 lutego 2009 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu między innymi o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Innowacyjno – Wdrożeniowe KOMSERWIS Sp. z o. o. oraz oferty wykonawcy ACom Sp. J. Wanda Drzewiecka Artur Drzewiecki, gdyż zaoferowany przez obu wykonawców monitor Acer V173 Abm o numerze katalogowym: ET.BV3RE.A13, według specyfikacji pobranej ze strony producenta nie posiada cyfrowego wejścia sygnałowego DVI, czego żądał zamawiający (SIWZ, Załącznik nr 1, poz. Monitor kolorowy LCD 17’’ – Wejście sygnałowe).

W dniu 4 marca 2009 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Innowacyjno – Wdrożeniowe KOMSERWIS Sp. z o. o. wniósł protest na czynność odrzucenia z postępowania oferty tegoż wykonawcy oraz na wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Centrum Informatyki ZETO S. A., zarzucając naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Protestujący wskazał, iż Acer produkuje dwa typy monitorów o identycznych parametrach użytkowych, z tym, że ten drugi typ monitorów o nr katalogowym

ET.BV3RE.A18 spełnia wymagania stawiane przez zamawiającego w SIWZ i ten właśnie typ monitora oferował protestujący. Protestujący zarzucił zamawiającemu, iż arbitralnie przyjął, iż oferowany monitor LCD marki Acer ma nr katalogowy ET.BV3RE.A13, w związku z czym nie posiada wejścia sygnałowego DVI.

Zamawiający oddalił protest w zakresie powyższych zarzutów. W uzasadnieniu natomiast wskazał, iż protestujący w ofercie zaoferował model monitora Acer V173Abm, który posiada nr katalogowy ET.BV3RE.A13, a ze specyfikacji technicznej tego monitora wynika, iż nie posiada on wejścia sygnałowego. W konsekwencji więc oferta protestującego pozostaje niezgodna z wymogami SIWZ.

Art. 87 ust. 1 ustawy stanowi, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jak wynika z brzmienia tego przepisu zamawiający nie ma obowiązku żądania od wykonawcy wyjaśnień zapisów oferty. Zamawiający powinien jednak zażądać stosownych wyjaśnień, jeżeli w toku badania i oceny ofert powstaną wątpliwości co do treści danej oferty. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 19 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 5/09) wątpliwości takie powinny zostać wyjaśnione, gdy rzutują na wynik postępowania.

Zamawiający w dniu 20 lutego 2009 r. wezwał wykonawcę Przedsiębiorstwo Innowacyjno – Wdrożeniowe KOSMERWIS Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień zapisów złożonej oferty dotyczących nazwy i modelu oferowanej szafy serwerowej, nazwy i modelu oferowanego zasilacza serwera, numerów wszystkich podzespołów włącznie z pakietami gwarancyjnymi, serwisu gwarancyjnego. W tym samym dniu zamawiający wezwał wykonawcę ACom Sp. J. Wanda Drzewiecka Artur Drzewiecki do złożenia wyjaśnień zapisów złożonej oferty dotyczących serwera, karty sieciowej, nazwy i modelu szafy serwera, pamięci RAM, gwarancji oraz serwisu. Zamawiający natomiast nie żądał od żadnego z ww. wykonawców wyjaśnień w zakresie niezgodności oferowanego modelu monitora LCD (Acer V173Abm) z jego opisem technicznym zawartym w ich ofertach, z którego wyraźnie wynika, iż oferowany model monitora posiada dwa wejścia sygnałowe: D – Sub (VGA) oraz DVI – D, choć w rzeczywistości model monitora Acer V173Abm nie posiada wejścia sygnałowego DVI. Wejście takie natomiast posiada monitor Acer V173Abm. Z powyższego wynika, iż zamawiający nie miał wątpliwości co do tego, że zaoferowany monitor spełnia wymagania

określone w Załączniku 1 do SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. W innym bowiem razie, gdyby zamawiający zdawał sobie sprawę z istnienia takiej rozbieżności w ofercie, która zdaniem zamawiającego prowadzi do odrzucenia oferty skarżącego, żądanie wyjaśnień od wykonawcy w pozostałym zakresie byłoby niecelowe i nielogiczne. Zatem zamawiający powziął wątpliwości dotyczące spełniania wymagań określonych w ww. załączniku do SIWZ przez oferowany model monitora w okresie późniejszym. W zakresie powyższych wątpliwości zamawiający nie zażądał od ww. wykonawców wyjaśnień. Jednak wydaje się, iż prawidłowym postępowaniem zamawiającego byłoby wezwanie ich do złożenia stosownych wyjaśnień, biorąc pod uwagę, iż nazwa ww. modeli monitora różni się jedynie literą „d”, zwłaszcza w sytuacji, gdy cechy techniczne wskazanego w obu ofertach modelu monitora Acer V173Abm nie odpowiadają jego opisowi technicznemu wskazanemu w ofertach - wykonawcy wskazali, iż oferowany przez nich monitor posiada dwa wejścia sygnałowe: D – Sub (VGA) oraz DVI – D, gdy w rzeczywistości wejścia te posiada model monitora Acer V173Abdm. Przy takiej rozbieżności modelu monitora i jego opisu, mając na uwadze niewielkie różnice w oznaczeniu poszczególnych modeli monitorów zamawiający powinien wyjaśnić zaistniałe wątpliwości, co do modelu monitora, który w rzeczywistości został zaoferowany przez ww. wykonawców.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zgodnie zaś z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, jeśli 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 ustawy. „Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy de facto wprowadził również zmiany w stosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez ograniczenie konieczności odrzucenia oferty ze względu na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia do niezgodności, której nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.” (wyrok KIO z dnia 6 stycznia 2009 r. sygn. akt: 1476/08). Przepis tegoż artykułu nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia ww. nieścisłości w ofercie wykonawcy, jednak „(...) dla wykonania przez Zamawiającego tego obowiązku konieczne jest ustalenie dwóch okoliczności i łączne ich spełnienie: 1) stwierdzenie przez Zamawiającego, iż niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w ofercie.” (wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2009 r., sygn. Akt: KIO/UZP

35/09). Powyższy przepis dotyczy poprawiania omyłek, które nie mają charakteru oczywistego i mogą odnosić się do innych elementów oferty niż cena (Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., pod red. J. Sadowy, Warszawa 2008, s. 118). W przedmiotowym stanie faktycznym niezgodność ofert z postanowieniami SIWZ dotyczy cech technicznych modelu monitora z jego opisem technicznym wskazanym w ofercie. W świetle ww. przepisu „dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.” (Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., pod red. J. Sadowy, Warszawa 2008, s. 118, wyrok KIO z dnia 3 lutego 2009 r. sygn. Akt: KIO/UZP 88/09, 89/09). W zaistniałym stanie faktycznym należy mieć na uwadze, iż uzasadnienie rozstrzygnięcia protestu z 4 marca 2009 r. wskazuje, iż zamawiający wiedział, który model monitora Acer odpowiada opisowi wskazanemu w ofercie skarżącego (Acer V173Abdm, nr katalogowy ET.BV3RE.A18) i że oznaczenia modeli różnią się tylko literą „d”. W wyroku z dnia 6 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1476/08) skład orzekający KIO wskazał, iż „ (...) wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia i posiadający doświadczenie w tej dziedzinie oraz znający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zdaje sobie sprawę, iż oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podlega odrzuceniu, a zatem umyślne działanie polegające na przygotowaniu oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – ponosząc wysiłek i koszty sporządzenia tej oferty – jest nielogiczne i bezcelowe.” W cytowanym orzeczeniu skład KIO uznał, iż zaoferowanie przez wykonawcę kabli do zestawów komputerowych nie odpowiadających wymaganiom określonym w SIWZ, ze względu na to, iż wykonawca nie uwzględnił w ofercie, iż zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w tym zakresie jest omyłką, którą zamawiający ma obowiązek poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Skład orzekający wskazał, iż kable te są nieodzowne do funkcjonowania całego zestawu komputerowego, jednakże są tylko jednym z wielu elementów wymogów zamawiającego dotyczących konfiguracji sprzętu a wartość rynkowa tego elementu jest niewielka. Jako istotną okoliczność dającą podstawy do zastosowania korekty omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest fakt, iż wykonawcy zobowiązani byli podać w ofercie cenę całego zestawu, zatem zmiana rodzaju kabli nie wpłynie w ogóle na tę cenę, gdyż nie ma podstaw do dokonania jej korekty.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy przedmiotem zamówienia jest serwer sieciowy wraz z oprogramowaniem oraz usługi umożliwiające włączenie go do pracy w siedzibie zamawiającego. Biorąc pod uwagę, iż serwer sieciowy jest komputerem o dużej mocy obliczeniowej, o zarówno wydajnym jak i pojemnym podsystemie dyskowym niezbędnym do przechowania oprogramowania i danych użytkowników, monitor LCD jest tylko jednym z elementów całego zestawu, oczywiście z punktu widzenia funkcjonowania całego zestawu element ten jest elementem niezbędnym, jednak ma charakter pomocniczy. Także udział wartości monitora w wartości całego zamówienia jest niewielki. Należy również wskazać, iż cena ofertowa wskazana w ofercie skarżącego zgodnie z brzmieniem rozdz. XI pkt 2 SIWZ zawiera „... wszystkie koszty, jakie wykonawca poniesie w związku z realizacją zamówienia, w tym koszty transportu i ubezpieczenia, przeszkolenia pracowników zamawiającego, instrukcji w języku polskim.” Natomiast w rozdz. XIV pkt 1 Zamawiający wyraźnie wskazał, iż „cena ofertowa zaproponowana przez oferenta i przyjęta przez zamawiającego jest zryczałtowaną ceną ustaloną na okres realizacji przedmiotu zamówienia i nie podlega negocjacom.” Zatem poprawienie symbolu monitora zaoferowanego w ofercie skarżącego nie wpłynie w ogóle na cenę całej oferty, gdyż nie ma podstaw do dokonania jej korekty. W związku z okolicznością, iż poprawienie przez zamawiającego symbolu monitora zaoferowanego w ofertach przez wykonawców Przedsiębiorstwo Innowacyjno – Wdrożeniowe KOMSERWIS Sp. z o. o. oraz ACom Sp. J. Wanda Drzewiecka Artur Drzewiecki nie spowoduje istotnej zmiany treści tychże ofert oraz mając na uwadze, iż zamawiający mógł dokonać powyższej korekty samodzielnie, zatem nie wymagała ona znaczącej jego ingerencji oraz nie dotyczyła istotnych postanowień ofert, zamawiający w pierwszej kolejności był zobowiązany do poprawienia ww. omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz niezwłocznego zawiadomienia o tym ww. wykonawców. Zamawiający byłby natomiast obowiązany odrzucić oferty tychże wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy dopiero, gdy wykonawcy ci w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o poprawieniu omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie zgodziliby się na powyższą czynność.

W związku z powyższym, należy uznać, iż w niniejszym postępowaniu zamawiający poprzez zaniechanie poprawienia omyłki polegającej na niezgodności ofert ww. wykonawców ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany tychże ofert rażąco naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Ponadto należy wskazać, iż odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo

Innowacyjno – Wdrożeniowe KOMSERWIS Sp. z o. o., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, gdyż odrzucona oferta jest o 2 187, 46 zł tańsza niż oferta wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Konsekwencją przeprowadzenia postępowania z naruszeniem wskazanych przepisów ustawy może być uznanie przez sąd nieważności umowy, stosownie do art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

### **Naruszenie 9 UZP/DKD/KN/51/2009**

Zamawiający w Rozdziale 3 pkt 2 SIWZ, opisując warunki udziału wykonawców w niniejszym postępowaniu wskazał, iż „w przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. wykonawca wykonał jedno lub więcej zamówień, z których każde o wartości odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie.” Na potwierdzenie spełniania tak opisanego warunku posiadanego doświadczenia zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą „wykazu wykonanych dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadającym swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, wraz z dokumentami potwierdzającymi, że te dostawy zostały wykonane należycie. W wykazie należy wskazać pozycje potwierdzające spełnienie wymagania określonego w Rozdziale 3 ust. 2.” (Rozdział 5 pkt 5 SIWZ).

Jak wynika z treści art. 22 ust. 2 ustawy, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Innymi słowy podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Określone przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego preferowania

jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Opisując warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

W niniejszym postępowaniu, w dniu 21 listopada 2008 r. komisja przetargowa ustaliła, iż w wykazie wykonanych dostaw przez wykonawcę P. H. U. CENTRONIC żadna z dostaw nie odpowiada wartością złożonej ofercie, ani kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w związku z czym oferta P. H. U. CENTRONIC została odrzucona w dniu 26 listopada 2008 r. Na czynność odrzucenia oferty wykonawca ten złożył do zamawiającego protest w dniu 3 grudnia 2008 r. W rozstrzygnięciu tegoż protestu z dnia 8 grudnia 2008 r. zamawiający wskazał, iż sformułowanie „odpowiadających wartością” według niego oznacza wykonane dostawy o wartości co najmniej równej lub wyższej od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający stwierdził, iż „przeznaczył na wykonanie zamówienia kwotę 266 995 zł (brutto), natomiast najwyższa wartość dotychczas wykonanego zamówienia przez Protestującego wynosiła 211 798,10 zł. Zestawienie obu wartości prowadzi do wniosku, że wartość największego zamówienia zrealizowanego przez Protestującego nie odpowiada wartości dostawy stanowiącej przedmiot zamówienia. Należy podkreślić, że cena dostaw, zawarta w ofercie Protestującego wyniosła 245 798,00 zł. Zatem, zestawienie także tej wartości z najwyższą wartością wykonanego zamówienia świadczy o tym, że Protestujący nie spełnił warunku wynikającego z § 1 ust. 2 pkt 2 powołanego rozporządzenia [Rozporządzenie 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. z 2006 r., Nr 87, poz. 605 ze zm.).”

Jak wynika więc z rozstrzygnięcia powyższego protestu zamawiający dokonywał oceny spełniania przez wykonawców warunku posiadania wymaganego doświadczenia przez pryzmat kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz alternatywnie przez odniesienie do ceny oferty danego wykonawcy. Należy również wskazać, iż zamawiający określając warunek posiadania przez wykonawców odpowiedniego doświadczenia, nie sprecyzował w sposób wystarczający, w jaki sposób będzie oceniał spełnienie tego warunku przez wykonawców, którzy złożyli oferty w ww. postępowaniu. Odniesienie do ceny oferty brutto w zakresie oceny spełnienia przez wykonawcę warunku posiadania wymaganego przez zamawiającego doświadczenia prowadzi do naruszenia zasady



uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Należy bowiem stwierdzić, iż każdy z wykonawców określa inną cenę ofertową brutto, a zatem, każdy z nich będzie musiał spełniać inny warunek, dotyczący wykazania się wymaganym doświadczeniem. Natomiast w przypadku odniesienia do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie oceny spełniania ww. warunku należy wskazać, iż wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu do momentu upływu terminu składania ofert nie posiadają wiedzy, czy rzeczywiście spełniają ten warunek.

Kwoty, w stosunku do których zamawiający oceniał spełnianie powyższego warunku przez wykonawców zostały przez niego wskazane dopiero w rozstrzygnięciu protestu w dniu 8 grudnia 2008 r. W SIWZ (Rozdział 3 pkt 2) natomiast zamawiający wskazał tylko, iż wykonawca musi wykazać, iż dokonał co najmniej jednej dostawy, która swoim rodzajem i wartością odpowiada przedmiotowi zamówienia.

W wyroku z dnia 3 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 250/08) Krajowa Izba Odwoławcza, orzekając na podstawie stanu faktycznego podobnego do rozpatrywanego w niniejszym postępowaniu, z tą różnicą, że postępowanie dotyczyło zamówienia na roboty budowlane, stwierdziła, iż „określenie w specyfikacji, że zrealizowane roboty muszą odpowiadać ‘wartości robót stanowiących przedmiot zamówienia’ nie daje podstaw do wywodzenia, że spełnieniem warunku będzie wykazanie robót o wartości równej lub wyższej od ceny oferty danego wykonawcy.”

Zamawiający nie wskazał w opisie sposobu oceny spełniania warunku, dotyczącego wymaganego doświadczenia wykonawcy, minimalnej wartości dostaw, którą uzna za wystarczającą do uznania za spełniony przez niego warunek. Należy wskazać za Krajową Izbą Odwoławczą, że „brak sprecyzowania warunku poprzez nie zakreślenie minimalnej wartości robót, nie może uzasadniać uznaniowego sposobu oceny jego spełniania.”

Ponadto, w ocenie Izby „ustalenie warunku, który de facto jest inny dla każdego wykonawcy (uzależniony od wysokości ceny ofert) jest niezgodny z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp oraz narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Izba uznała, że Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełniania.”

Zatem, w niniejszym postępowaniu zamawiający bezzasadnie „odrzucał” ofertę wykonawcy P. H. U. CENTRONIC z powodu niewykazania przez wykonawcę żadanego przez zamawiającego doświadczenia. O odrzuceniu m. in. oferty ww. wykonawcy zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu w ogłoszeniu o wynikach przetargu z dnia 26 listopada 2008 roku.

W niniejszym postępowaniu wziąć należy pod uwagę, iż „specyfikacja ma chronić interes zamawiającego i gwarantować mu, iż otrzyma dobro, które rzeczywiście było przedmiotem zamówienia. Specyfikacja ma chronić również interes prawny wykonawcy, iż jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana w przetargu. Dlatego postanowienia specyfikacji muszą być precyzyjne i jednoznaczne, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, z zachowaniem przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy (wyrok ZA z 30 maja 2005 r., sygn. akt: UZO/ZO/0-1076/05; wyrok ZA z 18 sierpnia 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2197/05). Wykonawca, działając w zaufaniu do ustalonej przez zamawiającego treści specyfikacji, nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniedbania zamawiającego, o ile zaniedbanie to nie skutkuje nieważnością postępowania.” (wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 844/08).

Z powyższego wynika, iż brak jednoznacznego opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w niniejszym postępowaniu stanowi naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Należy wskazać, iż wykonawca P. H. U. CENTRONIC do złożonej przez siebie oferty dołączył 6 listów referencyjnych potwierdzających należyte wykonanie zamówień na dostawy sprzętu komputerowego:

- 1) dla Powiatowego Urzędu Pracy w Płocku o wartości 211 798,10 zł;
- 2) dla Specjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Ciechanowie o wartości 29 444,70 zł;
- 3) dla Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej (brak wskazania wartości zamówienia);
- 4) dla Urzędu Miejskiego w Płocku (brak wskazania wartości zamówienia);
- 5) dla Sygma Bank Polska o wartości 16 253,70 zł;

- 6) dla „SECURITYPOL” Spółka z o. o. Agencji ochrony osób i mienia o wartości 33 460,00 zł.

W związku z powyższym, odrzucenie oferty wykonawcy P. H. U. CENTRONIC z powodu niewykazania przez wykonawcę żadanego przez zamawiającego doświadczenia stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Ponadto należy wskazać, iż odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy miało wpływ na wynik postępowania, gdyż wykonawca ten złożył ofertę z najniższą ceną. Konsekwencją przeprowadzenia postępowania z naruszeniem określonych przepisów ustawy może być uznanie przez sąd nieważności umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy. Powyższa norma uzależnia unieważnienie umowy od naruszenia w postępowaniu przepisów określonych w ustawie, które miały wpływ na wynik tego postępowania.

### **Naruszenie 10 UZP/DKD/KN/67/2009**

Zamawiający żądał wskazania w formularzu ofertowym oprócz parametrów oferowanego sprzętu również ”producenta, nazwy, wersji oferowanego oprogramowania (jeśli dotyczy)”. W pkt 18 opisu przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ zamawiający zawarł wymaganie dotyczące dostępu do aktualnych sterowników realizowanego poprzez podanie identyfikatora klienta lub modelu komputera lub numeru seryjnego komputera, na dedykowanej przez producenta stronie internetowej. Wykonawcy obowiązani byli podać adres strony oraz sposób realizacji wymagania.

Z dokumentacji przesłanej do kontroli wynika, iż następujący wykonawcy nie zawarli w formularzu ofertowym wszystkich wymaganych przez zamawiającego informacji:

1. Wola Info S.A. – w pozycji 12 formularza ofertowego wykonawca nie podał nazwy i wersji oprogramowania CD-ROM oraz producenta i nazwy napędu CD-ROM. Z kolei w pozycji 10 formularza ofertowego wykonawca nie podał producenta i nazwy klawiatury, w pozycji 11 formularza ofertowego producenta nazwy myszy komputerowej, w pozycji 13 formularza ofertowego producenta i nazwy obudowy

- komputera, a w pozycji 14 wersji oprogramowania. W pozycji 4 formularza ofertowego wykonawca nie podał producenta i nazwy pamięci RAM, w pozycji 5 producenta i nazwy dysku twardego. Wykonawca nie podał też adresu strony internetowej dedykowanej przez producenta strony internetowej z dostępem do aktualnych sterowników;
2. Makronet Sp. z o. o. – w pozycji 12 formularza ofertowego wykonawca nie podał nazwy i wersji oprogramowania CD-ROM oraz producenta i nazwy napędu CD-ROM. Z kolei w pozycji 10 formularza ofertowego wykonawca nie podał producenta i nazwy klawiatury, w pozycji 11 formularza ofertowego producenta nazwy myszy komputerowej, w pozycji 13 formularza ofertowego producenta i nazwy obudowy komputera, a w pozycji 14 wersji oprogramowania. Wykonawca nie podał również w pozycji 2 formularza ofertowego producenta i nazwy chipsetu, a w pozycji 4 nazwy pamięci RAM;
  3. Asseco S.A. - w pozycji 12 formularza ofertowego wykonawca nie podał nazwy i wersji oprogramowania CD-ROM;
  4. Global Technology Sp. z o. o. – w pozycji 12 formularza ofertowego wykonawca nie podał nazwy i wersji oprogramowania napędu CD-ROM oraz nazwy modelu napędu CD-ROM. Z kolei w pozycji 10 formularza ofertowego wykonawca nie podał producenta i nazwy klawiatury, w pozycji 11 formularza ofertowego producenta i nazwy myszy komputerowej, w pozycji 13 formularza ofertowego producenta i nazwy obudowy komputera. Wykonawca nie podał również w pozycji 2 formularza ofertowego producenta i nazwy chipsetu, a w pozycji 4 producenta i nazwy pamięci RAM;
  5. Konsorcjum ZETO – w pozycji 12 formularza ofertowego wykonawca nie podał nazwy i wersji oprogramowania napędu CD-ROM oraz nazwy modelu napędu CD-ROM. W pozycji 14 formularza ofertowego wykonawca nie wskazał nazwy i wersji oferowanego oprogramowania, w pozycji 13 modelu obudowy. Z kolei w pozycji 10 formularza ofertowego wykonawca nie podał producenta i nazwy klawiatury w pozycji 11 formularza ofertowego producenta nazwy myszy komputerowej, w pozycji 2 producenta chipsetu, a w pozycji 5 rodzaju technologii SMART;
  6. GVC Tax Sp. j. – wykonawca w pozycjach 2,3,4,5,6,7,16 formularza ofertowego nie podał parametrów oferowanego sprzętu poprzestając na podaniu nazwy modelu, a w pozycji 12 formularza ofertowego nie podał wersji oprogramowania.

7. Wasko S.A. – w pozycji 2 formularz ofertowego nie podano producenta i nazwy chipsetu.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 lipca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 606/08) stwierdziła, iż „nazwa oferowanego produktu to bez wątpienia merytoryczna treść oferty, ponieważ służy identyfikacji i konkretyzacji oferowanego przedmiotu zamówienia i późniejszego przedmiotu umowy, a więc niepodanie przez wykonawcę nazwy produktu (nazwy nadanej przez producenta) w przypadku, gdy zamawiający tej nazwy postanowieniami specyfikacji wymagał, powoduje, iż treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji.”

Tym samym treść ofert złożonych przez ww. wykonawców, nie była zgodna z treścią SIWZ. Zamawiający winien był zatem odrzucić oferty złożone przez wykonawców Wola Info S.A., Makronet Sp. z o. o., Asseco S.A., Global Technology Sp. z o. o., Konsorcjum ZETO, Wasko S.A. oraz GVC Tax Sp. j. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

### **Naruszenie 11 UZP/DKUE/KN/92/09**

1. Jak wynika z dokumentów przekazanych przez zamawiającego, w pkt 7 siwz oraz w treści ogłoszeń o kontrolowanym postępowaniu, zamawiający określił wymagany termin wykonania zamówienia do dnia 30 sierpnia 2006 r.

W ofercie złożonej przez firmę Franciszka Bielawy, Roboty Ziemne Budowlane Remontowe i Transportowe, która następnie została wybrana jako najkorzystniejsza, wykonawca wskazał, iż przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany do dnia 31 sierpnia 2006 r.

Ponadto w umowie zawartej w dniu 28 marca 2006 r. pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w § 2 wpisano, iż przedmiot zamówienia zostanie wykonany do 31 sierpnia 2006 r., zgodnie ze złożoną ofertą.

Przepis art. 89 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia niniejszego postępowania, przedstawia katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Wśród wymienionych w powyższym artykule sytuacji, obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty, w pkt 2 wskazana została okoliczność, kiedy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepisy ustawy

Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia „treść oferty”, dlatego stosownie do treści art. 14 ustawy, należy posilkować się definicją zawartą w art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.). Z brzmienia tego przepisu wynika, iż *ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy*. Z tego wynika, iż oferta nieodpowiadająca treści siwz to taka oferta, która w sposób odmienny, niż zostało to ujęte w siwz, redaguje istotne postanowienia umowy, wprowadzając zmiany np.: w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak również terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę na treść art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz poprawia w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe. Biorąc pod uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę wskazał w niej termin wykonania zamówienia tylko o jeden dzień dłuższy od terminu wymaganego, zasadne było zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienie w tej sprawie i ewentualne poprawienie terminu w ofercie jako omyłki pisarskiej, jeżeli wyjaśnienia wykonawcy by na to pozwoliły. W przypadku uzyskania od wykonawcy wyjaśnień nie uzasadniających uznania wskazanego terminu za omyłkę pisarską, zamawiający powinien był odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, opisany stan faktyczny prowadzi do wniosku, iż zamawiający był zobowiązany do wyjaśnienia z wykonawcą i poprawienia ewentualnej omyłki pisarskiej bądź ewentualnie do odrzucenia oferty złożonej przez firmę Franciszka Bielawy, Roboty Ziemne Budowlane Remontowe i Transportowe na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z uwagi na rozbieżności w terminie realizacji przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego należy uznać, iż zamawiający w niniejszym postępowaniu, w zależności od treści uzyskanych od wykonawcy wyjaśnień, naruszył art. 87 ust. 1 i 2 lub także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

# ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

## Wybrane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych dotyczące niezgodności treści oferty z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp)

### 1. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2009 sygn. akt: KIO/UZP 1196/09

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest stwierdzenie, czy oferta nie zawierająca podpisu osoby uprawnionej ze strony wykonawcy na formularzu ofertowym jest ofertą ważną. Oferta, zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego mającego zastosowanie w przedmiotowej sprawie na podstawie art. 14 ustawy Pzp, stanowi oświadczenie woli zawarcia umowy określające istotne postanowienia tej umowy. Do istotnych postanowień umowy należy niewątpliwie określenie podmiotu składającego ofertę, przedmiotu zobowiązania oraz ceny. Dyspozycja art. 9 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje przy tym, aby oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożona została w formie pisemnej. Krajowa Izba Odwoławcza, po analizie treści złożonej przez Odwołującego oferty stwierdziła, iż zawiera ona wszystkie ww. istotne elementy. Nie biorąc pod uwagę pierwszej strony oferty, na której brak podpisu, stwierdzić należy, że przedmiotowa oferta zawiera treść umowy konsorcjum z dnia 1 września 2007 r. oraz pełnomocnictwo, które to dokumenty zostały podpisane w sposób prawidłowy przez upoważnione do tego osoby i z których jasno wynika, jaki podmiot złożył ofertę, a także przez kogo i w jakim zakresie może on być reprezentowany. Z kolei na kolejnych stronach oferty zamieszczone zostały załączniki o treści zgodnej z wymaganiami Zamawiającego (Załącznik B do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) wraz z określoną ceną, za jaką Odwołujący jest w stanie wykonać zamówienie. Załączniki te zostały ostemplowane przez obu członków Konsorcjum oraz podpisane przez Pana Marcina P. Tym samym, oferta Odwołującego bezsprzecznie zawiera istotne elementy umowy i stanowi ofertę w myśl art. 66 Kodeksu cywilnego. Izba stwierdziła, jak już wskazano powyżej, że oferta Odwołującego, mimo braku podpisu na jej pierwszej stronie, zawiera ww. elementy z wyjątkiem ceny całkowitej za realizację przedmiotu zamówienia. Jednakże wobec złożenia przez Odwołującego jednoznacznego oświadczenia w zakresie cen za poszczególne składowe przedmiotu zamówienia, brak ceny całkowitej może zostać konwalidowany na podstawie art.

87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zsumowanie poszczególnych cen podanych na stronach 19-26 oferty.

**2. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2009 sygn. akt:  
KIO/UZP 1236/09 KIO/UZP 1237/09**

Z treści art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, na który to przepis powołuje się Odwołujący X, wynika, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Ustawodawca jako podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał również na niezgodność co do treści oferty, a nie co do jej formy. Za wymogi dotyczące formy należy uznać wymóg numeracji stron i odpowiedniego uporządkowania oferty co do jej spisu treści. Jest to wymóg określony w zapisach SIWZ przez samego Zamawiającego jako pożądaný, zatem nie może on świadczyć o sprzeczności merytorycznej oferty Y z treścią SIWZ, a w konsekwencji też nie może być podstawą do odrzucenia tej oferty, tak na podstawie przywołanego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak i wykazywanych przez X przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (nie jest to żadna sprzeczność z przepisami ustawy Pzp) i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (nie można mówić o czynie nieuczciwej konkurencji, który nie został w żaden sposób nawet uprawdopodobniony przez Odwołującego się).

**3. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2009 sygn. akt:  
KIO/UZP 1242/09, KIO/UZP 1243/09**

Biorąc pod uwagę specyfikę prowadzonego trybu postępowania, jakim są negocjacje z ogłoszeniem, należy uznać, że co do zasady oferta wstępna, która ma charakter stanowiska negocjacyjnego może w pewnym zakresie zostać zmieniona, zmodyfikowana czy wyjaśniona. Celem bowiem prowadzonych negocjacji jest doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia lub warunków udziału w postępowaniu, zaproponowanych w ofercie wstępnej. Niemniej jednak, zdaniem Izby, zmiany i modyfikacja oferty wstępnej nie mogą dotyczyć pewnych istotnych dla zamawiającego założeń, przekazanych wykonawcom w przygotowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których potwierdzenia zamawiający oczekiwał w złożonych ofertach wstępnych. Założenia co do realizacji zamówienia, przekazane wykonawcom w treści siwz winny pozostawać niezmiennie, a ich deklaracja w ofercie musi być jednoznaczna i nie może podlegać żadnym zmianom. W



zaistniałych okolicznościach faktycznych sporu, w sytuacji, gdy zamawiający przygotował pewne założenia co do rozmieszczenia ekspedycji i recepcji, które w jego ocenie są istotne dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia, należy uznać, że przygotowanie projektu proponującego odmienne założenia stanowi o niezgodności treści oferty wstępnej z treścią siwz, co w konsekwencji skutkuje odrzuceniem oferty odwołującego. Za ofertę nieodpowiadającą treści siwz należy uznać ofertę, która została sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia siwz, w szczególności gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada lub jest niezgodny z opisanym przez zamawiającego w siwz. W rozpatrywanych okolicznościach sprawy, usytuowanie maszyny na rysunku przedstawiającym inne niż wymagane w siwz położenie ekspozycji i recepcji jest niezgodnością o charakterze merytorycznym, niepodlegającą poprawie czy uzupełnieniu i w konsekwencji skutkującą obligatoryjnym odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, niezgodność ta nie może zostać poprawiona w trybie art. 87 czy 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż przepisy te, jak słusznie wskazywał zamawiający, nie znajdują zastosowania w odniesieniu do ofert wstępnych składanych w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Dyspozycja przepisu art. 57 ust. 2 ustawy Pzp zdanie drugie, odsyła do odpowiedniego stosowania w zakresie ofert wstępnych ściśle wymienionych przepisów ustawy Pzp tj. art. 82 - 84, art. 89 ust. 1 pkt 1-3, 5, 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6, 7 i ust. 2 - 4, nie wskazując jednak na możliwość odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących poprawienia omyłek czy uzupełniania dokumentów. Z uwagi na specyficzny charakter trybu negocjacji z ogłoszeniem należy postulować *de lege lata* zmianę przepisów prawa w tym zakresie przez dopuszczenie możliwości zastosowania instytucji wyjaśnień, poprawienia omyłek czy uzupełnienia dokumentów również w odniesieniu do ofert wstępnych, tym bardziej że w stosunku do ofert ostatecznych ustawodawca te instytucje przewidział.

#### **4. Wyrok KIO z dnia 14 września 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1086/09**

Podstawą odrzucenia oferty wyrażoną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro jednak treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wymogu) nie jest do końca zrozumiała, a więc może mieć więcej niż jedną poprawną interpretację, trudno mówić o takiej niezgodności. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia stanowi bowiem dla wykonawców instrukcję, w jakim zakresie i w jaki sposób złożyć ofertę, a zadaniem Zamawiającego jest jej przygotowanie w taki sposób, by otrzymać w niej wymagane

informacje (przy tym istotne jest to, co wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie same ewentualne zamierzenia Zamawiającego), a swoimi niedociągnięciami nie może on obciążać wykonawców.

#### **5. Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 739/09**

Przepis art. 29 ust. 3 Pzp ma zastosowanie w przypadku, gdy specyfika przedmiotu zamówienia uzasadnia opisanie go za pomocą patentów, znaków towarowych lub pochodzenia albo gdy nie można opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Wówczas opisowi przedmiotu zamówienia musi towarzyszyć zwrot „lub równoważny”. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą parametrów technicznych, wskazując wymagania ostre, minimalne lub graniczne z zachowaniem pewnych tolerancji. Przedmiot oferty powinien spełniać wymagania określone przez zamawiającego w specyfikacji technicznej. Każdy produkt spełniający określone w ten sposób wymagania jest równoważny innemu produktowi spełniającym te wymagania. Zaoferowanie natomiast przedmiotu zamówienia o innych (tj. wyższych lub niższych) parametrach niż dopuszczone przez zamawiającego w specyfikacji stanowi o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji i zarazem podstawę do odrzucenia oferty stosownie do art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Nie ma przy tym żadnego znaczenia pogląd wykonawcy na kwestię jaki produkt, o jakich parametrach technicznych jest lepszy w jego ocenie. Pogląd prezentowany przez odwołującego, iż produkt o wyższej gramaturze niż wymagana przez zamawiającego jest lepszy i spełnia wymóg art. 29 ust. 3 Pzp jako „równoważny”, nie znajduje właściwego usprawiedliwienia. Ocena odwołującego w powyższym zakresie jest subiektywna i nie ma oparcia w treści siwz. Opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje wyłącznie zamawiający - stosownie do swoich potrzeb. Może tego dokonać poprzez opisanie parametrów technicznych przedmiotu zamówienia, tak jak w przedmiotowym postępowaniu. Taki opis obowiązuje w sposób równy i obiektywny wszystkich wykonawców, niezależnie od prezentowanych przez tych wykonawców poglądów. Użyty przez zamawiającego w opisie tabeli (zał. nr 6 do siwz) zwrot „nie gorsze niż” należy rozumieć wyłącznie jako możliwość zaoferowania przedmiotu przewyższającego wymagania określone jako minimalne.

#### **6. Wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 392/09/09**

Izba uznaje za niezgodne z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucenie oferty z powodu braku numeracji stron kosztorysu ofertowego, gdyż wskazany przepis ustawy daje podstawę odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast wskazane uchybienie nie jest wadą co do treści lecz odnosi się jedynie do formy oferty.

#### **7. Wyrok KIO z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 345/09**

W ofercie brakuje istotnych informacji, wymaganych w siwz, których zamawiający nie może uzupełnić ani wystąpić o ich wyjaśnienie wobec ich braku. Wobec powyższego należało uznać, że brak istotnego elementu oferty w postaci zestawienia danych do kosztorysowania stanowi o niezgodności treści złożonej oferty z treścią siwz (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 27.12.2006r. sygn. akt IV Ca 926/06). Izba podziela stanowisko odwołującego, iż w sytuacji, gdy cena za przedmiot zamówienia jest ceną ryczałtową, wady dokumentów, na podstawie których dokonano jej wyliczenia, nie mają znaczenia dla poprawności oferty (wyrok KIO z 2008-07-02 sygn. akt KIO/UZP 616/08), a kosztorys ma jedynie znaczenie pomocnicze. W przedmiotowym postępowaniu podstawą uznania niezgodności treści oferty z treścią siwz nie jest jednak sposób wyliczenia ceny oferty lub błędy w pozycjach kosztorysowych, lecz brak informacji koniecznych dla wykonania przedmiotu zamówienia w przypadku wystąpienia robot dodatkowych, których wystąpienia nie można wykluczyć. O ile wynagrodzenie za wykonanie zamówienia podstawowego ma charakter ryczałtowy, o tyle wynagrodzenie za roboty dodatkowe nieobjęte projektem będzie wynagrodzeniem kosztorysowym. Taki sposób ustalenia wynagrodzenia wynika z treści siwz i wzoru umowy, stanowiąc tzw. system mieszany.

#### **8. Wyrok KIO z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 302/09**

Przesłanki odrzucenia oferty określone w art. 89 Pzp podlegają ścisłej interpretacji. Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przesłanka ta nie obejmuje obowiązku badania przez zamawiającego okoliczności, czy wykonawca zapoznał się z treścią siwz i w

jakim zakresie. Odzwierciedleniem znajomości przez wykonawcę wymagań zamawiającego jest bowiem treść złożonej oferty, która podlega badaniu i ocenie. Tylko w przypadku niezgodności merytorycznej treści oferty z treścią siwz zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

#### **9. Wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 277/09**

Odwołujący się wskazał, iż niespełnienie warunków udziału w postępowaniu narusza normę zawartą w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przedmiotowe stanowisko obarczone jest błędem. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest w pierwszym rzędzie, przed oceną ofert, a brak spełniania któregośkolwiek warunku powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a jego ofertę uznaje się za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może dotyczyć niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w aspekcie merytorycznym, nie dotyczy zaś podmiotowych warunków wykonawcy.

#### **10. Wyrok KIO z dnia 13 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 241/09, KIO/UZP 242/09**

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego treści formularza oferty, ustalono, że pismem z dnia 31.12.2008 r., odpowiadając na pytanie nr 325, Zamawiający dokonał zmiany SIWZ w zakresie jednego z postanowień zawartych w formularzu oferty. W miejsce postanowienia o treści: „W cenie zawarto wszystkie koszty związane z realizacją zadania, wynikające ze Specyfikacji technicznej, jak również nieujęte w Specyfikacji technicznej, a niezbędne do wykonania zadania, tj. wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowaniu placu budowy, koszty wykonania, utrzymania i likwidacji zaplecza budowy, obsługę geodezyjną, wykonanie geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej, zmiany organizacji ruchu na czas prowadzenia robót itp.” Zamawiający wprowadził treść: „Cena oferty została podana ryczałtowo i obejmuje wykonanie całego przedmiotu zamówienia opisanego w dokumentacji przetargowej. Cena oferty jest jednocześnie wartością umowy i może zostać zmieniona tylko w sytuacjach opisanych we wzorze umowy.”. Niesporne jest, że konsorcjum, którego liderem jest X sp. z o.o., jak i konsorcjum Y S.A. i ZY S.A. złożyły oświadczenia o treści sprzed dokonania wskazanej wyżej modyfikacji. Analizując treść wymaganych i

faktycznie złożonych oświadczeń woli w kategoriach oferty zdefiniowanej przepisem art. 66 kc § 1 kc, skład orzekający stwierdza, że kwestionowana treść oferty obydwu Konsorcjów odpowiada treści SIWZ, pomimo różnic w formie zapisu wymaganego postanowienia. Oba postanowienia, tj. oczekiwane oraz rzeczywiście złożone, stanowią ofertę wykonania całego przedmiotu zamówienia za cenę mającą charakter ceny ryczałtowej, a złożone oświadczenia zawierają w sobie postanowienia o treści nadanej im w wyniku zmiany SIWZ, różnice zatem w ich sformułowaniu nie stanowią tym samym w swych istotnych postanowieniach o ich odmiennej treści. Powyższe ustalenie prowadzi do wniosku, że nie ma w zakresie ocenianego zarzutu podstaw do odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

### **11. Wyrok KIO z dnia 6 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 211/09**

Odwołujący się zaoferował w złożonym harmonogramie realizację wszystkich prac wskazanych w złożonych kosztorysach, w terminie przewidzianym na realizację zamówienia. Zamawiający nie określił w siwz, że wymaga wystawiania faktur częściowych, w szczególności miesięcznych lub realizacji prac we wskazanych terminach. Zamawiający nie wskazał ponadto, ani w rozstrzygnięciu protestu, ani też na rozprawie, na czym polega niezgodność oferty odwołującego się z treścią siwz. Zamawiający ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty odwołującego się, zatem na nim spoczywa ciężar dowodu (art. 188 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp.) Zamawiający do zamknięcia rozprawy nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swego stanowiska, nie wskazał naruszonych postanowień siwz. Odwołujący się nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że zamawiający, na etapie przygotowywania dokumentacji postępowania, nie wskazał, choćby w sposób ogólny, swoich wymagań. Brak należytej staranności zamawiającego nie może obciążać wykonawców, którzy działając w zaufaniu do wymagań siwz, złożyli ofertę zgodną z jej literalną treścią. Powyższy pogląd znajduje oparcie w ugruntowanej linii orzeczniczej wcześniej Zespołów Arbitrów, a obecnie Krajowej Izby Odwoławczej. Izba nie dopatrzyła się również zagrożenia interesów zamawiającego przez jednorazowe rozliczenie wykonanych prac, po wykonaniu całego przedmiotu zamówienia. Przeciwnie, przez takie ustalenie sposobu płatności wykonawca ponosi ciężar finansowy wykonania zamówienia przez cały czas jego realizacji, co jest dla zamawiającego niewątpliwie korzystne. Wbrew twierdzeniom zamawiającego nie sposób uznać powyższego za sprzeczne z zasadami wydatkowania środków publicznych. Jednorazowe rozliczenie

wykonanych prac, po wykonaniu całego przedmiotu zamówienia, nie uniemożliwia też zamawiającemu kontroli nad wydatkowaniem środków publicznych, gdyż niezależnie od przyjętego sposobu rozliczenia zamówienia, środki zostaną wydatkowane w wymaganym przez zamawiającego i wskazanym w siwz terminie. Złożone na rozprawie oświadczenie, że ze względu na strukturę wpływów do budżetu gminy zamawiający preferuje rozliczenie wykonywanych prac w okresach miesięcznych, potwierdza, że zamawiający na etapie badania i oceny ofert zmienił swoje wymagania w stosunku do treści harmonogramu rzeczowo - finansowego, w stosunku postanowień siwz. Zamawiający swoje wymagania i preferencje powinien zapisać w siwz, a stawianie wykonawcom, którzy złożyli oferty, innych wymagań, uszczegóławianie postanowień siwz po otwarciu ofert, jest niedopuszczalne i narusza zasadę uczciwej konkurencji i uczciwego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Brak wyraźnego wskazania wymagań zamawiającego obarcza nie tylko postanowienia siwz. Również w piśmie z 22.01.2009 r., w którym zamawiający wymagał złożenia nowego harmonogramu, wymagania zamawiającego nie zostały skonkretyzowane. Osobiste, w trybie kontaktów z upoważnionym pracownikiem, uzyskiwanie przez wykonawców wiadomości, co merytorycznych wymagań zamawiającego, powoduje nietransparentność postępowania, godzi w zasadę pisemności określoną w art. 9 ust. 1 Pzp i skutkować może również naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp. Harmonogram rzeczowo - finansowy złożony przez odwołującego się, wobec brzmienia siwz, winien zostać uznany przez zamawiającego za prawidłowy.

## **12. Wyrok KIO z dnia 4 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 197/09**

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu kluczowe znaczenie ma ustalenie, czy z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia może wynikać, że termin wykonania zamówienia określony został jako okres, który mógł zostać zmieniony na krótszy przez wykonawcę, czy termin ten został określony jako niezmienny – wynoszący nie mniej i nie więcej tylko 36 miesięcy od dnia podpisania umowy. W tym celu skład orzekający dokonał analizy postanowień SIWZ. Terminu wykonania zamówienia dotyczył Rozdział V tego dokumentu. Określenie „Termin realizacji przedmiotu zamówienia: 36 miesięcy od dnia podpisania umowy.” wskazywało co prawda termin początkowy (dzień podpisania umowy) i termin końcowy (36 miesięcy od dnia podpisania umowy) ale Zamawiający nie zastrzegł jednak, że ma być to termin nie krótszy i nie dłuższy niż 36 miesięcy od podpisania umowy, co w sposób jednoznaczny mogłoby rozwiązać ewentualne możliwości. Przedsiębiorcy budowlani –

występujący nie tylko na rynku przetargów publicznych - traktują termin wykonania przedmiotu danej umowy jako termin, który z zasady może być krótszy, gdyż z zasady jest to korzystniejsze dla podmiotu, który dokonuje inwestycji. Kolejnym postanowieniem SIWZ dotyczącym terminu wykonania zamówienia był pkt 5 na druku Formularza Oferty, również stanowiącego treść SIWZ. Określenie „Zobowiązujemy się do wykonania zamówienia w terminie do ...” w ocenie składu orzekającego nie tylko wprowadzało uzasadnioną wątpliwość co do konieczności wpisania tam jednego możliwego terminu tj. 36 miesięcy, ale wskazywało wręcz na możliwość wpisania tam daty mieszczącej się w jakimś okresie – wynikało do z użycia przez zamawiającego przyimka „do”. Skład orzekający dokonał również analizy treści Wzoru umowy, należącego do treści SIWZ. Terminu realizacji robót dotyczył § 2 wzoru umowy, zawierający określenie „Wykonawca zobowiązuje się wykonać roboty wymienione w § 1 w terminie ..... od dnia podpisania umowy”. Zamawiający więc nie wskazał żadnego terminu realizacji robót, ale pozostawił puste miejsce, co w ocenie składu orzekającego nie stanowiło o konieczności wpisania tam tylko i wyłącznie określenia „36 miesięcy”. Reasumując – o ile posługując się tylko i wyłącznie postanowieniem z Rozdziału V SIWZ, można byłoby przy użyciu zasad wykładni literalnej wnioskować o żądaniu zamawiającego, aby inwestycja została wykonana „36 miesięcy od dnia podpisania umowy”. Biorąc jednak pod uwagę treść Wzoru umowy, a zwłaszcza Formularza Oferty, skład orzekający stwierdził, że wykonawcy występujący w przedmiotowym postępowaniu mieli prawo do potraktowania terminu 36 miesięcy od dnia podpisania umowy, jako terminu, który może być nie dłuższy niż 36 miesięcy od dnia podpisania umowy. Pozostawianie wolnych miejsc do wpisania we Wzorcu umowy i Formularzu Oferty, a zwłaszcza użycie przyimka „do” w tym ostatnim mogło w uzasadniony sposób przekonać potencjalnych wykonawców o możliwości zaoferowania krótszego terminu wykonania zamówienia.

**13. Wyrok KIO z dnia 26 lutego 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 157/09, KIO/UZP 159/09, KIO/UZP 174/09**

Oceniając zarzuty X, należy wskazać, że zgodnie z art. 8 ust 1 SIWZ Zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysu ofertowego (opartego o przedmiar robót) opracowanego metodą szczegółową z wyszczególnieniem cen jednostkowych pozycji kosztorysowych. Powyższa treść SIWZ została dodatkowo wyjaśniona w odpowiedzi na pismo z dnia 9.12.2008 r. jednego z wykonawców w piśmie z dnia 11.12.2008 r., w którym Zamawiający zawarł

wymóg, by kosztorysy ofertowe były opracowane metodą szczegółową rozdzielającą ceny robocizny (R), materiałów (M) i sprzętu (S) w poszczególnych pozycjach. Jak wynika z przeprowadzonego postępowania dowodowego, opracowany i złożony przez Odwołującego kosztorys nie spełnia wymogów przedstawionych w specyfikacji - nie zawiera składników pozycji w zakresie R, M i S. Odwołujący twierdził, że kosztorys szczegółowy został opracowany przez wykonawcę przed złożeniem oferty i na jego podstawie został sporządzony kosztorys w formie uproszczonej, który załączono do oferty. W omawianym zakresie skład orzekający przyznaje rację Zamawiającemu, że w sposób wyraźny oczekiwał on złożenia kosztorysu szczegółowego sporządzonego metodą szczegółową, a nie kosztorysu opracowanego metodą uproszczoną. Izba uznała, że zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie są jasne i nie budzące wątpliwości. Nie bez znaczenia jest również fakt, że tak rozumiane oczekiwania Zamawiającego uwidocznione w SIWZ i wyjaśnieniach zostały podzielone przez wszystkich pozostałych, za wyjątkiem Odwołującego, wykonawców, którzy złożyli oferty z kosztorysami szczegółowymi. W świetle powyższego uzasadnione było w stosunku do Odwołującego zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, że jego oferta podlega odrzuceniu.

**14. Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 21/09, KIO/UZP 38/09, KIO/UZP 41/09**

W celu stwierdzenia niezgodności kosztorysu ofertowego z treścią SIWZ nie wystarczy stwierdzenie niezgodności z przedmiarem robót. Istotne znaczenie ma bowiem określenie w SIWZ sposobu sporządzenia przedmiotowego kosztorysu, a więc jego zakresu. Wskazany przez Odwołującego się Rozdział XI ust. 2 SIWZ jako podstawa oceny jest nieadekwatny, bowiem dotyczy sposobu obliczenia ceny. Rozstrzygające znaczenie w tym przedmiocie ma Rozdział V ust. 12 SIWZ, zgodnie z którym uproszczony kosztorys ofertowy należy sporządzić na podstawie otrzymanej dokumentacji technicznej. Natomiast dokumentacji technicznej nie stanowi jedynie przedmiar robót, ale również projekt budowlany, projekt wykonawczy, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. (...) I tak w zakresie kwestionowanej poz. 14 kosztorysu ofertowego należy stwierdzić, że wykonawca zaoferował w istocie kształtkę PE110/stal 100 mm, a więc inną niż wynika to z przedmiaru robót (PE110/stal 10 mm), jednakże nie można pominąć faktu, że w projekcie wykonawczym branży sanitarnej, na rysunku nr 4, poz. 4 wskazano na kształtkę dokładnie tożsamą z tą, którą



wycenił wykonawca. Stąd też, wobec faktu, iż kosztorys należało sporządzić w oparciu o dokumentację techniczną, która jak wskazano wykazuje rozbieżności, nie sposób przyjąć, iż oferta w tym zakresie jest niezgodna z SIWZ. Wykonawca miał prawo uznać, wobec tak sformułowanego zapisu SIWZ, że to właśnie kształtka opisana w projekcie wykonawczym jest właściwa. Niekonsekwencja Zamawiającego w żadnym razie nie może obciążać Wykonawcy. (...) Jeśli opis pozycji nie jest zgodny z przedmiarem, ale czyni zadość wymaganiom wynikającym z specyfikacji technicznych czy też projektów wykonawczych, to nie ma potrzeby go korygować. Jeśli zaś, dla przykładu kształtka o podanych wymiarach w przedmiarze robót nie występuje, a została wyceniona w kosztorysie ofertowym, to należy omyłkę taką poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Jeśli zaś opis pozycji w kosztorysie ofertowym nie oddaje charakteru prac ujętych w przedmiarze, jak i specyfikacji technicznej, to omyłka powinna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

#### **15. Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 lipca 2009 r. sygn. akt: XXIII Ga 418/09**

Wbrew zarzutom skargi, Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) uzasadniła podstawę dotyczącą uznania, iż Formularz Techniczny stanowi treść oferty. KIO uznała, że Formularz Techniczny to również oferta w rozumieniu art. 66 § 1 kc. Sąd Okręgowy wskazuje, iż z treści art. 66 § 1 kc. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że oświadczenie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, gdy określa istotne jej postanowienia. Wyrażona zatem propozycja dotycząca zawarcia umowy powinna zostać tak sformułowana, aby było możliwe przyjęcie oferty wprost. Oferta może zawierać również inne postanowienia, to znaczy nie tylko wskazujące na ustawowe cechy zaakceptowana pełna treść oferty. Opis przedmiotu zamówienia zawierała Załącznik nr 1 jest to istotny element umowy sprzedaży ze względu na treść art. 535 kc. Niemniej również cechy przedmiotu zamówienia, określał załącznik Nr 4 Formularz Techniczny, w tym nazwę producenta, model, opis cech asortymentu. Wbrew stanowisku Skarżącego, Opis Przedmiotu Zamówienia i treść Formularza Technicznego nie są identyczne, ale wzajemnie się uzupełniają. Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia określił asortyment, wskazał normy oraz opis poszczególnych asortymentów, jak też dodatkowe wymagania obejmujące Deklaracje CE, materiału. Natomiast w Formularzu Technicznym, to wykonawca miał obowiązek opisać szczegółowo cechy asortymentu, które byłyby zgodne z wymaganiami wskazanymi przez Zamawiającego, a nie ograniczać się do dokonania oceny i zapewnienia, że wskazany asortyment spełnia normy PN-EN. Te wszystkie elementy, jak

słusznie ustaliła KIO, stanowiły istotny element umowy sprzedaży odzieży ochronnej. Zatem Formularz Techniczny był częścią oferty i nie zachodziła podstawa do żądania przez Zamawiającego od Skarżącego uzupełnienia jego treści na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, bowiem prowadziłoby do negocjacji w zakresie złożonej oferty zmierzającego do naruszenia art. 87 ust. 1 (zdanie drugie) ustawy – Prawo zamówień publicznych. W tej sytuacji złożenie przez Skarżącego wraz z nową Deklaracją CE, zmienionego Formularza Technicznego, w którym poprzednio wskazanego producenta kurtki, zastąpiono nowym producentem, stanowiło niedozwoloną zmianę treści oferty.

#### **16. Wyrok SO w Warszawie z dnia 12 maja 2009 r. sygn. akt: XXIII Ga 203/09**

Zgodnie z art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sytuacji gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, wówczas następuje odrzucenie oferty, bowiem stosownie do art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych treść oferty musi odpowiadać SIWZ. Nie jest więc zasadne stanowisko skarżącego wywodzące, że treść oferty dotyczyła przedmiotu zamówienia, skoro SIWZ została określona wraz ze zmianą dokonaną 3.12.2008 r., natomiast złożona oferta nie uwzględniała powyższej zmiany. Jednocześnie treść SIWZ nie była ani przedmiotem protestu ani odwołania, a zatem nie jest zasadny, podnoszony przez skarżącego zarzut, iż wymagane oświadczenie obejmujące 3 samochody nie stanowi przedmiotu zamówienia, skoro było objęte SIWZ. Jednocześnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonując jego interpretacji zgodnie z art. 51 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, wynika, że zamawiający może żądać od wykonawcy uzupełnienia przedłożonych zaświadczeń i dokumentów. Należy wskazać, że skarżący oferował dostawę 16 szt. pojazdów, a zatem tylko w tym zakresie mógł zamawiający wezwać wykonawcę do uzupełniania oferty, a nie co do dodatkowych 3 szt. samochodów. Niezależnie od wezwania przez zamawiającego w zakresie dotyczącym złożenia uzupełnienia oświadczenia o treści wskazanej w piśmie zamawiającego z 29.12.2008 r., to i tak oferta skarżącego, złożona 15.12.2008 r., podlegała odrzuceniu, bowiem nie była zgodna ze zmienioną 3.12.2008 r. SIWZ obejmującą również dodatkowe 3 samochody.

### **17. Wyrok SO w Gdańsku z dnia 27 sierpnia 2008 r., sygn. akt: XII Ga 254/08**

Skarżący zarzucił, że oferta X SA nie spełniała wymogów stawianych przez SIWZ, albowiem w momencie jej składania X SA nie produkował pojazdów spełniających wymagania co do umiejscowienia zbiorników płynów wyrównawczych, a dopiero miał zamiar je wyprodukować. Intencją zamawiającego było, w ocenie skarżącego, aby autobus już posiadał takie zbiorniki (wymóg przedstawienia homologacji, wymóg wskazania zdjęć), a oświadczenie X SA budziło wątpliwości (było nierzetelne). W świetle deklaracji X SA oczywistym było, że w dotychczas, tj. do dnia składania ofert, produkowanych autobusach Solaris Urbino, zbiornik wyrównawczy płynów eksploatacyjnych nie był umieszczany zgodnie z wymogami SIWZ, tj. obok siebie w wydzielonej od silnika komorze z dostępnością z zewnątrz autobusu (X SA stosowało inne rozwiązania techniczne), podczas gdy w autobusach skarżącego wymóg ten był już spełniony przez autobusy wcześniej wyprodukowane. W kontekście powyższego stwierdzenia wątpliwość budził jedynie fakt, czy zamawiający wymagał, aby zbiornik występował we wskazanej konfiguracji w produkowanych wcześniej przez oferentów autobusach, czy też autobusy te powinny spełniać omawiany wymóg w momencie jego dostawy. Analizując szczegółowo postanowienia SIWZ, Sąd Okręgowy uznał, że nie wynikało z nich, żeby zamawiający wymagał, aby autobusy były już produkowane i eksploatowane w chwili składania oferty, a w szczególności, aby posiadały wszystkie rozwiązania techniczne określone w SIWZ. Zamawiający wymagał produktu, który spełni deklarowane parametry techniczne w momencie dostawy, tj. nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem odbioru z uwzględnieniem terminów wynikających z pkt 4 SIWZ. Wskazany przez skarżącego wymóg homologacji dotyczył całego typu autobusu. Jak słusznie zauważył X SA, zamawiający nie wymagał dostarczenia homologacji częściowych. Ponadto zgodnie z przedstawionymi przez uczestnika postępowania pismami instytutów zajmujących się udzielaniem homologacji zmiany w zakresie instalacji zbiorników wyrównawczych płynów eksploatacyjnych nie mają wpływu na treść opisu technicznego i nie mają wpływu na wydane dotychczas homologacje (vide: pismo Instytutu Transportu Samochodowego z dnia 07 sierpnia 2008 L, k. 200, pismo Y z dnia 24 lipca 2008 t. wraz z tłumaczeniem, k. 201, 203, pismo Z. z dnia 06 sierpnia 2008 r. wraz z tłumaczeniem, k. 205, 210). Oznacza to, że zmiana umiejscowienia przedmiotowych zbiorników nie będzie wymagała uzyskania przez X SA nowych homologacji. Sąd Okręgowy dał wiarę powyższym dokumentom i uznał, że wykazują one niezbicie, że X SA spełnił wymagania dotyczące

homologacji na dzień składania ofert. Skarżący podniósł, że zamawiający, zwracając się z prośbą o wyjaśnienia dotyczące umiejscowienia zbiornika płynów wyrównawczych, wskazał na konieczność przedstawienia zdjęć, co miało oznaczać, że zamawiający wymagał, aby omawiane rozwiązanie techniczne znajdowało się w wyprodukowanych już autobusach. Skarżący wybiórczo potraktował treść pisma zamawiającego z dnia 04 kwietnia 2008 L i W ten sposób wypaczył jego sens. Zamawiający zwrócił się do wykonawców o wskazanie dokładnego opisu technicznego umiejscowionych zbiorników. Z pisma wynika ponadto, że wykonawcy uprawnieni byli do złożenia dodatkowo zdjęć lub rysunków. Tym samym nie można zasadnie twierdzić, że zamawiający wymagał przedstawienia zdjęć, że ich przedłożenie było warunkiem koniecznym rozpatrzenia oferty. Na marginesie wskazać należy, że także skarżący nie załączył do odpowiedzi na pismo zamawiającego żadnego zdjęcia, poprzestając na opisie technicznym i rysunku. Gdyby więc już wówczas skarżący uważał, że zawarcie w piśmie zamawiającego słowa "zdjęcia" oznacza obowiązek ich przedłożenia, z całą pewnością by tak uczynił. Skoro więc do własnej odpowiedzi ich nie dołączył, uznał, że nie istnieje taki obowiązek wykonawcy. Tym samym uznać należało, że zawarcie w odpowiedzi na zapytanie zamawiającego rysunków było wystarczające dla uznania, że spełnione zostały wymogi SIWZ dotyczące treści oferty. Skarżący zarzucił również, że problemem jest czas konieczny do realizacji zamówienia, albowiem w jego ocenie, X SA nie zdąży w ciągu 6 miesięcy wyprodukować autobusów zgodnie z wymogami stawianymi przez SIWZ (konieczność przeprowadzenia istotnych zmian konstrukcyjnych). W odpowiedzi na powyższy zarzut X SA wskazał, że cały prototyp autobusu Solaris Urbino powstał w terminie 6 miesięcy, tym bardziej więc drobna modyfikacja gotowego już modelu może zostać przeprowadzona w terminie nieporównywalnie krótszym. Żaden uczestnik postępowania nie kwestionował potencjału technicznego X SA, a firma ta złożyła oświadczenie o spełnianiu wszystkich wymogów stawianych przez zamawiającego. Ponadto odwołujący nie wykazał, aby zmiana w zakresie umiejscowienia zbiorników wyrównawczych wymagała nadzwyczajnych zmian konstrukcyjnych. Obowiązek wykazania stosownymi dowodami okoliczności, na które skarżący się powołuje, wynika z odpowiednich przepisów kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania cywilnego, do których odsyła art. 14 pzp i art. 194 § 2 pzp. Tym samym Sąd Okręgowy uznał powyższe twierdzenia skarżącego za nieudowodnione i nie przyznał im racji.

### **18. Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 lipca 2008 r., sygn. akt: V Ca 1109/08**

Nie jest rolą wykonawcy ocena, czy wymagania SIWZ są zbędne, czy też niezbędne dla zamawiającego. Wykonawca przystępujący do przetargu ma obowiązek złożyć ofertę zgodną z SIWZ. Jeśli jej treść budzi wątpliwości wykonawcy to mogą one zostać wyjaśnione w drodze zapytań kierowanych do zamawiającego, jak również czynność ta może zostać oprotestowana jeszcze przed upływem terminu do składania ofert.

### **19. Wyrok SO w Krakowie z dnia 30 kwietnia 2008 r., sygn. akt: XII Ga 109/08**

Punkt 1.2.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego wymagał określenia przez wykonawcę grubości warstw nawierzchni drogi i ich parametrów na podstawie wyliczeń wzmocnień nawierzchni metodą ugięć. Wyniki obliczeń należało przedstawić w "projekcie wzmocnienia i poszerzenia nawierzchni". Nie budzi wątpliwości okoliczność, że zamawiający dopuszczał obydwie metody badań, tj. belką lub aparatem FWD, jak i to, że wyniki pomiarów ugięć miały być dołączone do części opisowej oferty w celu sprawdzenia jej zgodności z wymogami PFU, w tym zakresie pod kątem proponowanego materiału warstw ścieralnych. W odpowiedzi na pytanie do specyfikacji z dnia 26 października 2007 roku zamawiający wyjaśnił, że zachodzi obowiązek złożenia wyników badań. Skarżący twierdzi zaś, że w jego przypadku doręczenie wyników badań ugięć było zbędne, ponieważ proponowana metoda realizacji zadania polegać miała na wykonaniu nowej drogi w całości. Sąd Okręgowy zważył, iż jeśli istotnie proponowane przez skarżącego rozwiązanie sprowadzało się do ponownego wykonania drogi, podczas gdy zamawiający oczekiwał wzmocnienia konstrukcji istniejącej już nawierzchni, to tym samym oferta Konsorcjum odbiegała od jego oczekiwań, i to nie tylko pod względem cenowym /oferta najdroższa-k 148 akt/. Jeśli zaś - jak twierdzi interwenient - oferta Konsorcjum polegała, jak inne, na wzmocnieniu nawierzchni, to wyniki badań jako część opisowa oferty musiały być złożone w celu spełnienia przesłanki zgodności oferty z SIWZ, rozumianej w dalszym ciągu jako skonkretyzowanie woli zamawiającego. W obu tych wariantach oferta Konsorcjum przedstawia się jako niezgodna ze specyfikacją, co prowadzi do jej dyskwalifikacji.

## ANALIZY SYSTEMOWE

### Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych 01.01.2009 – 31.10.2009

#### I. RYNEK ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

##### Liczba opublikowanych ogłoszeń

Rodzaj ogłoszenia	Miejsce publikacji		RAZEM
	BZP	TED	
O zamówieniu	124 595	11 521	136 116
O udzieleniu zamówienia	140 802	15 798	156 600
O konkursie	95	39	134
O wynikach konkursu	73	60	133
O zmianie ogłoszenia	21 778	5 946*	27 724
O koncesji na usługi / roboty budowlane	14	19	33
Informacyjne o planowanych zamówieniach	-	384	384
<b>RAZEM</b>	<b>287 357</b>	<b>33 767</b>	<b>321 124</b>

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

##### Postępowania wszczęte według rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	BZP	TED
Roboty budowlane	39,26%	5,34%
Dostawy	34,22%	57,62%
Usługi	26,52%	37,04%

##### Postępowania wszczęte według trybu postępowania

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	98,78%	93,59%
Przetarg ograniczony	0,81%	4,91%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,10%	1,11%
Dialog konkurencyjny	0,05%	0,39%
Licytacja elektroniczna	0,26%	-

##### 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	31,21%	3,29%
Dostawy	30,42%	37,78%
Usługi	38,37%	58,93%

**Zamówienia udzielone według trybu postępowania**

Tryb	BZP	TED
Przetarg nieograniczony	69,78%	76,11%
Przetarg ograniczony	0,62%	4,25%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,06%	3,87%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,38%	15,71%*
Dialog konkurencyjny	0,02%	0,06%
Wolna ręka	24,74%	-
Zapytanie o cenę	4,26%	nie ogłasza się
Licytacja elektroniczna	0,14%	nie ogłasza się

\* - w tym wolna ręka

**Wartość udzielonych zamówień\***

<b>Wartość zamówień</b>	<b>45,5 mld zł</b>
-------------------------	--------------------

<b>Rodzaj zamówienia</b>	<b>Struktura zamówień wg wartości</b>
Roboty budowlane	67%
Dostawy	17%
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)**

<b>Województwo</b>	<b>Odsetek liczby</b>	<b>Odsetek wartości</b>
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)**

<b>Kategorie zamawiających</b>	<b>% wartości</b>
Administracja rządowa centralna	4,07%
Administracja rządowa terenowa	2,21%
Administracja samorządowa	60,91%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	4,36%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,62%
Uczelnie publiczne	3,55%
Podmiot prawa publicznego	0,17%
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	9,25%
Inny	14,86%

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

<b>Kategorie zamawiających</b>	<b>Udział</b>
Administracja rządowa centralna	2,87%
Administracja rządowa terenowa	3,10%
Administracja samorządowa	47,18%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	5,12%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	0,86%
Uczelnie publiczne	5,45%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	15,65%
Zamawiający sektorowy	1,01%
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	17,86%	21,77%	60,36%
Administracja rządowa terenowa	11,77%	36,74%	51,48%
Administracja samorządowa	44,20%	12,53%	43,27%
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	17,26%	42,19%	40,54%
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	8,98%	44,73%	46,29%
Uczelnie publiczne	15,44%	51,97%	32,59%
Podmiot prawa publicznego w tym Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	6,45%	66,18%	27,36%
Zamawiający sektorowy	1,65%	56,52%	41,84%
Inny	20,45%	38,29%	41,26%

**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	56,89	0,48	0,00	0,21	0,00	35,83	6,31	0,27
Administracja rządowa terenowa	64,47	0,46	0,00	0,49	0,11	23,37	10,58	0,52
Administracja samorządowa	71,00	0,57	0,05	0,39	0,01	24,88	2,95	0,14
Instytucja ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego	64,99	0,60	0,06	0,25	0,02	28,66	5,28	0,14
Organ kontroli państwowej lub ochrony prawa, sąd lub trybunał	47,11	0,52	0,07	0,30	0,00	26,41	25,45	0,15
Uczelnie publiczne	62,27	0,21	0,07	0,28	0,00	28,88	8,18	0,12
Podmiot prawa publicznego	72,84	0,00	0,00	0,17	0,17	20,03	6,45	0,34
Samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej	83,67	0,75	0,02	0,24	0,00	13,42	1,89	0,00
Inny	64,36	0,86	0,11	0,52	0,05	28,35	5,59	0,16

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

<b>Państwo</b>	<b>Liczba kontraktów</b>	<b>Rodzaj zamówienia</b>	<b>Równowartość w EUR</b>
<b>Austria</b>	2	2 x dostawy	brak danych
<b>Belgia</b>	5	5 x usługi	2 333 250 EUR
<b>Czechy</b>	3	3 x dostawy	2 596 675 EUR
<b>Dania</b>	1	1 x usługi	4 194 234 EUR
<b>Estonia</b>	2	2 x dostawy	4 733 559 EUR
<b>Francja</b>	2	2 x usługi	brak danych
<b>Grecja</b>	3	3 x dostawy	919 872 EUR
<b>Litwa</b>	7	7 x dostawy	6 340 297 EUR
<b>Luksemburg</b>	8	8 x usługi	12 673 450 EUR
<b>Łotwa</b>	1	1 x usługi	235 000 EUR
<b>Portugalia</b>	1	1 x dostawy	469 500 EUR
<b>Rumunia</b>	2	2 x usługi	345 828 EUR
<b>Szwecja</b>	1	1 x dostawy	516 308 EUR
<b>Węgry</b>	3	3 x dostawy	19 689 379 EUR
<b>Włochy</b>	1	1 x dostawy	1 710 000 EUR
<b>Razem</b>	42	23 x dostawy 19 x usługi	<b>56 757 352 EUR</b>

\* - 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	4	5 764 004	4	358 249			9	926 582 326
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	11	20 542 804			23	333 383 731
Cypr			6	30 607 040					6	30 607 040
Dania					4	662 917			4	662 917
Estonia			1	24 888 000					1	24 888 000
Finlandia			3	239 142 284	1	10 274 315			4	249 416 599
Francja	1	233 328 710	11	53 418 294	12	30 252 875			24	316 999 879
Grecja	1	868 961 756							1	868 961 756
Hiszpania	5	2 566 162 158			7	85 529 912			12	2 651 692 071
Holandia			17	37 800 653	6	35 963 472			23	73 764 125
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	42	232 144 284	15	448 275 755	1	15 890	63	1 248 408 270
Norwegia			1	4 210 000	1	1 000 000			2	5 210 000
Portugalia	2	1 197 143 989							2	1 197 143 989
Rosja			1	23 780 100					1	23 780 100
Słowacja			1	3 586 318					1	3 586 318
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			4	5 614 565	3	218 764 668			7	224 379 233
Węgry					1	2 904 000			1	2 904 000
Wielka Brytania			104	30 665 890	21	81 371 243	1	5 000	126	112 042 133
Włochy	1	1 410 762 062	24	26 441 337	2	11 637 204			27	1 448 840 603
<b>Razem</b>	<b>18</b>	<b>8 917 854 519</b>	<b>264</b>	<b>1 070 031 306</b>	<b>100</b>	<b>1 052 270 642</b>	<b>3</b>	<b>20 890</b>	<b>385</b>	<b>11 040 177 357</b>

\* - 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	83	
Zakończone	80	
Wyniki kontroli	Ilość	Struktura procentowa
Nie stosuje się ustawy	0	0%
Nie stwierdzono naruszeń	54	68%
Stwierdzono naruszenia	26	32%
w tym:		
zalecenie unieważnienia	3	11%
ponowna ocena	1	4%
uchybień formalne	22	85%

### Kontrole następcze

Kontrole	Ilość – 2009 r.	
Wszczęte	119	
Zakończone	116	
Wyniki kontroli	Ilość	Struktura procentowa
Brak naruszeń	13	11%
Stwierdzono naruszenia	103	89%
W tym: zawiadomienie RDFP	59	57%

### 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)

<b>Kontrole</b>	<b>Liczba – 2009 r.</b>	
Wszczęte	35	
Zakończone	25	
<b>Wyniki kontroli</b>	<b>Liczba</b>	<b>Struktura procentowa</b>
Nie stosuje się ustawy	1	4%
Nie stwierdzono naruszeń	13	52%
Stwierdzono naruszenia	11	44%
w tym:		
zalecenie unieważnienia postępowania	3	27%
uchybień formalne	6	55%
Zawiadomienie RDFP	3	27%

### III. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

#### Liczba odwołań i sposób ich rozstrzygnięcia

		Liczba - 2009 r.	
Wniesiono ogółem		1 620	
Brak wpisu		97	
Rozpatrzono ogółem		1 362	
Sposób rozpatrzenia	Liczba	Rozkład procentowy	
Odrzucone	175	13%	
Umorzone postępowanie	177	13%	
Oddalone	581	43%	
Uwzględnione	429	31%	

#### Odwołania wnoszone w zależności od rodzaju zamówienia

Rodzaj zamówienia	2009 r.	2008 r.
Roboty budowlane	35%	39%
Dostawy	28%	32%
Usługi	37%	29%

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

Skargi	2009 r.	2008 r.
Liczba wniesionych skarg	279	222
Odsetek ilości wniesionych skarg w stosunku do liczby rozpatrzonych odwołań	20%	18%

#### Zespół redakcyjny Informatora UZP:

Joanna Czarnecka  
Renata Dzikowska  
Justyna Lądowska  
Urszula Krynicka  
Izabela Rzepkowska  
Joanna Orzel  
Anna Łagocka  
Paweł Trojan  
Piotr Zabadeusz  
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.pl](mailto:informator@uzp.gov.pl)