

DORADCA WYKONAWCY

nr 07, lipiec 2015

ISSN 2392-0424

JAK WYGRAĆ PRZETARG

w numerze m.in.:

Rażąco niska cena – zasady oceny ofert pod kątem ich niedoszacowania oraz wskazówki związane z przygotowaniem odpowiedzi do zamawiającego w sprawie kalkulacji wynagrodzenia **str. 1, 8–10**

Dokumenty potwierdzające wymagania zamawiającego związane z przedmiotem zamówienia – jakich dokumentów i środków dowodowych może zażądać zamawiający i kiedy wolno je uzupełniać **str. 2–4**

Wyjaśnienia dokumentacji przetargowej – jak i kiedy zadawać pytania zamawiającemu w razie wątpliwości dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia **str. 4–7**

Wykonawca nie może polegać na uprawnieniach podmiotu trzeciego **str. 11**

W przypadku nienależytego wykonania umowy zamawiający może dochodzić roszczeń z gwarancji ubezpieczeniowej **str. 11**

Decyzja ZUS o umorzeniu załębności potwierdzająca warunek udziału w postępowaniu musi być wydana przed złożeniem oferty **str. 12**

Tylko poważne uchybienie w ofercie może prowadzić do jej odrzucenia z uwagi na niezgodność z siwz **str. 12**

Wykonawcy muszą się wytłumaczyć, jeśli zaoferowali zbyt niską cenę

Oferta z za wysoką ceną nie gwarantuje sukcesu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednak zaniżanie wynagrodzenia, aby za wszelką cenę wygrać przetarg, również nie jest dobrym rozwiązaniem. Aby oferta w ogóle mogła podlegać porównaniu i ocenie, komisja przetargowa w pierwszej kolejności ma bowiem obowiązek zbadać, czy jej cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaniżone wynagrodzenie może stać się następnie przyczyną odrzucenia oferty. W artykule piszemy o tym, kiedy zamawiający ma obowiązek wezwać do wyjaśnienia kalkulacji wynagrodzenia, jak przygotować odpowiedź w tej sprawie, aby nie zostać wyeliminowanym z postępowania, i w jakich sytuacjach organizator postępowania może uznać, że cena jest rażąco niska.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp) zamawiający ma w określonej sytuacji obowiązek zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Powinien to zrobić wówczas, gdy cena oferty, w jego opinii, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości realizacji przyszłej umowy zgodnie z jego wymaganiami lub z wymogami wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zamawiający ma bezwzględny obowiązek wezwać do złożenia wyjaśnień dotyczących oferowanego wynagrodzenia w szczególności wówczas, jeśli cena oferty jest niższa o 30% od:

- wartości szacunkowej zamówienia lub
- średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Inne przypadki, w których wykonawca może się spodziewać wezwania do wyjaśnienia kalkulacji wynagrodzenia, to sytuacje, gdy:

- cena oferty znacząco odbiega od rynkowych cen przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia (istnieje duża dysproporcja ceny oferty w stosunku do informacji cenowych uzyskanych w toku dialogu technicznego lub ofert zebranych od wykonawców w poprzednich postępowaniach),
- nie wyceniono jakichś istotnych składników cenotwórczych (jest to ustalane na podstawie analizy kosztorysu cenowego) lub elementów oferty,
- nie doszacowano istotnych elementów składowych oferty,
- istnieje podejrzenie realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy bądź roboty budowlanej,
- cena jest nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia i zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów.

Ciąg dalszy na str. 8

OD REDAKCJI



DROGI CZYTELNIKU

Wysokość ceny oferty nierzadko decyduje o być albo nie być w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd oferowane przez wykonawców wynagrodzenia są często zeczywiście na bardzo niskim poziomie. Ale uwaga! Takie działanie może spotkać się z protestem innych oferentów oraz samego zamawiającego. Ten ostatni będzie miał obowiązek wezwać wykonawcę, który oferuje szczególnie niską cenę, do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących kalkulacji wynagrodzenia. Polecam tekst na str. 1, 8–10, w którym nasz ekspert radzi, jak przygotować odpowiedź do zamawiającego, aby zapobiec odrzuceniu oferty z uwagi na jej niedoszacowanie.

Justyna Rek-Pawłowska
redaktor naczelna

Doradca wykonawcy

Wydawca: **Katarzyna Czech**

Redaktor naczelna: **Justyna Rek-Pawłowska**

Koordynator produkcji: **Mariusz Jezierski**

Korekta: **Monika Rychalska**

Skład i łamanie: **IGAWA Ireneusz Gawliński**

Druk: **Miller Druk sp. z o.o.**

Nakład: **1000 egz.**

Wydawnictwo Wiedza i Praktyka sp. z o.o.

03-918 Warszawa, ul. Łotewska 9a. Tel. 22 518 29 29, faks 22 617 60 10, e-mail: za@wip.pl, NIP: 526-19-92-256

Numer KRS: 0000098264 – Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, Sąd Gospodarczy XIII Wydział Gospodarczy Rejestrowy. Wysokość kapitału zakładowego: 200.000 zł. Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania zmian i skrótów w nadesłanych artykułach i ich tytułach. Artykułów ani jakichkolwiek innych materiałów niezamówionych redakcja nie zwraca. Wszelkie prawa do niniejszej publikacji, w tym do jej tytułu oraz do treści zawartych w zamieszczonych w niej artykułach, podlegają ochronie prawnej przewidzianej w szczególności prawem autorskim. Ich przedruk oraz rozpowszechnianie bez wiedzy i zgody redakcji są zabronione. Zakaz ten nie dotyczy cytowania ww. materiałów w granicach dozwolonego użytku, z powołaniem się na źródło. Wszelkie materiały zawarte w niniejszej publikacji mają charakter wyłącznie popularyzacyjno-informacyjny i nie mogą być traktowane w sposób prawnie wiążący pomiędzy Czytelnikiem a wydawcą lub redakcją. Redakcja dokłada wszelkich starań, aby informacje i dane zamieszczone w tych materiałach były poprawne merytorycznie i aktualne, jednakże informacje te nie mają charakteru porady czy opinii prawnej, jako że wydawca ani redakcja nie świadczą żadnych usług prawnych. Nie mogą być one również traktowane jako oficjalne stanowisko organów i urzędów państwowych. Zastosowanie tych informacji w konkretnym przypadku może wymagać dodatkowych, pogłębionych konsultacji lub opinii prawnej. Wobec powyższego wydawca, redakcja, redaktorzy ani autorzy ww. materiałów nie ponoszą odpowiedzialności prawnej, w szczególności za skutki zastosowania lub wykorzystania w jakikolwiek sposób informacji zawartych w tych materiałach.

Informacje o prenumeracie:
tel.: **22 518 29 29**, e-mail: **cok@wip.pl**

Dokumenty dotyczące oferowanego zamówienia nie zawsze wolno uzupełnić

W postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy zobowiązani są często do złożenia dokumentów określających parametry jakościowe i techniczne oferowanego przedmiotu zamówienia, np. wykazu, opisu czy specyfikacji technicznej. Ich przykładowy katalog zawiera rozporządzenie prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: rozporządzenie w sprawie dokumentów). W razie błędów w tego rodzaju dokumentach lub w sytuacji ich niedołączenia do oferty zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia. Niestety bardzo często tego nie robi, twierdząc, że dany dokument jest treścią oferty i błędy w nim nie mogą być naprawiane. O tym, jakich dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia zamawiający może żądać od wykonawcy oraz które z nich wolno uzupełnić, piszemy w tekście.

W celu zweryfikowania, czy oferowane przez wykonawców dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego, może on żądać złożenia wraz z ofertą określonych dokumentów lub oświadczeń stosownie do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów

Przykładowy katalog dokumentów określanych mianem przedmiotowych, tj. potwierdzających wymagania zamawiającego dotyczące oferowanego zamówienia, zawiera rozporządzenie w sprawie dokumentów. Ich katalog nie został ograniczony, wobec czego zamawiający może żądać również innych, niewymienionych w tym akcie prawnym. Wśród tych dokumentów mogą znaleźć się m.in. wszelkiego rodzaju dokumentacje techniczne określające parametry jakościowe i techniczne oferowanego przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z § 6 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego, może on żądać w szczególności:

- próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostar-

czone (ich autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego),

- zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym,
 - zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich.
- Zamawiający może także wymagać zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli wskazuje środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do:
- systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub
 - norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Dokumenty przedmiotowe podlegają uzupełnieniu

Dokumenty potwierdzające parametry oferowanego zamówienia z uwagi na ich zawartość mogą stanowić merytoryczną treść oferty. Konkretyzują wówczas oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia. Mogą być także żądane jedynie w celu zweryfikowania, czy oferowane przez wykonawców dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania.

Status i charakter dokumentów w konkretnym postępowaniu powinien być jednoznacznie określony przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz). Względem dokumentów przedmiotowych ustawodawca przewidział bowiem możliwość ich uzupełniania przez wykonawców na etapie badania i oceny ofert (w razie niedostarczenia czy przekazania błędnego dokumentu). Zamawiający niejednokrotnie nie wzywa wykonawców do uzupełnienia zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, niesłusznie twierdząc, że dokument jest składową oferty.

O czym w związku z tym warto wiedzieć w przypadku dokumentów przedmiotowych? Treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażające się jako jego zobowiązanie do spełnienia świadczenia w określony sposób i za konkretną cenę. Zobowiązanie wykonawcy zwykle zostaje wyrażone w formularzu ofertowym, ale może znaleźć się również w innych składanych dokumentach mających na celu skonkretyzowanie przedmiotu zamówienia. Takimi dokumentami są wszelkiego rodzaju specyfikacje techniczne, określające, co stanowi przedmiot oferty. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) wynika, że dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, stanowią właśnie część oferty.

W praktyce oznacza to, że po upływie terminu składania ofert w przypadku braków lub błędów w tych dokumentach nie jest możliwe ich uzupełnienie. Prowadziłoby ono bowiem do niedozwolonej zmiany treści oferty. Zgodnie zaś z art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą jakichkolwiek negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmiany w jej treści (oczywiście poza poprawkami, o których mowa w ustawie Pzp).

Braki lub błędy w tych dokumentach, których nie będzie można usunąć w trybie poprawienia omyłek, będą więc co do zasady przesądzały o niezgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego określonymi w siwz. W efekcie oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada zawartości siwz.

Z kolei dokumenty, których zamawiający żąda na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie stanowią treści oferty. W przypadku braków lub błędów w tego rodzaju dokumentach organizator postępowania jest zobowiązany wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przedłożenie prawidłowych dokumentów nie będzie prowadziło w takim przypadku do zmiany treści oferty, ponieważ nie spowoduje zaoferowania innego niż pierwotnie przedmiotu zamówienia. W wyniku uzupełnienia wykonawca potwierdzi jedynie zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w siwz (wyrok KIO z 7 lutego 2012 r.; sygn. akt KIO 154/12).

Jak ustalić charakter dokumentu

Podstawowym kryterium rozróżniającym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji omawianych dokumentów jest odpowiednie ich przyporządkowanie przez zamawiającego i jednoznaczne określenie w ogłoszeniu i siwz ich charakteru. W praktyce często się zdarza, że siwz nie zawiera jednoznacznego rozgraniczenia co do wymaganej treści oferty

i dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania wymagań zamawiającego związanych z przedmiotem zamówienia. Co więcej, w niektórych specyfikacjach umieszczenie wymagań w tym zakresie wręcz wprowadza wykonawców w błąd. W takim przypadku decydujące znaczenie będzie miał charakter określonego dokumentu, cel jego składania oraz zakres informacji wynikający z jego treści (wyrok KIO z 23 września 2011 r.; sygn. akt KIO 1960/11). Jakikolwiek wątpliwości wykonawców w tym zakresie powinny być wyjaśniane poprzez kierowanie pytań do treści siwz w trybie art. 38 ustawy Pzp.

Zamawiający określając rodzaj dokumentów, jakie posłużą do selekcji wykonawców lub weryfikacji złożonych ofert, jest zobowiązany uwzględnić fakt, że powinny one pozostawać w bezpośrednim związku z przedmiotem postępowania oraz mieć istotne znaczenie przy ocenie ofert.

Nie tylko dokumenty potwierdzają jakość przedmiotu zamówienia

W zakresie zgodności wymogów związanych z przedmiotem zamówienia zamawiający może dokonywać oceny ofert nie tylko na podstawie dołączonych do nich dokumentów, ale również wszelkich innych środków dowodowych (np. próbek, opisów lub fotografii), potwierdzających spełnianie stawianych wymagań. Rozporządzenie w sprawie dokumentów nie tworzy bowiem zamkniętego katalogu środków dowodowych potwierdzających spełnianie wymagań zamawiającego, dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia.

Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych próbka została zaliczona do kategorii dokumentów, z wszystkimi tego – obiektywnie możliwymi do zastosowania – konsekwencjami. O ile zatem trudno sobie wyobrazić, aby dla próbki znalazła zastosowanie możliwość złożenia kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, o tyle uzupełnienie niezłożonej w ogóle

próbki lub tej dotkniętej brakami jest jak najbardziej wykonalne. Nie ma zatem powodów, aby arbitralnie wyłączać próbki spod regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wyrok KIO z 18 czerwca 2014 r.; sygn. akt KIO 1158/14).

W wyroku z 23 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO 1395/14) arbitrzy uznali, że nie można akceptować stanowiska, iż wykonanie próbki wiąże się z realizacją zamówienia na etapie składania ofert. Żądanie zamawiającego przedstawienia próbki na etapie składania ofert jest elementem potwierdzenia przez oferenta umiejętności wykonania zamówienia, ale nie w rozmiarach i zakresie wynikających z siwz.

Dopuszczalność żądania próbki nie jest uzależniona od rodzaju przedmiotu zamówienia bądź stopnia jego komplikacji. Nie można zatem powiedzieć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym przedmiot zamówienia ma złożony lub innowacyjny charakter, wymagający twórczego zaangażowania wykonawcy w jego realizację, żądanie próbki jest wykluczone. Takie

ograniczenie nie znajduje potwierdzenia w obowiązujących przepisach (wyrok KIO z 29 maja 2014 r.; sygn. akt KIO 979/14).

Pamiętaj Jeżeli wykaz sprzętu w postępowaniu zawiera opis oferowanych urządzeń, a więc stanowi treść oferty, nie można uzupełnić go w taki sposób, że w nowym wykazie podaje się inny sprzęt i o innych parametrach niż w pierwotnej ofercie.

Także karty katalogowe są tzw. dokumentami przedmiotowymi, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Znajduje zatem do nich zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie powinien wyjaśniać braku tych dokumentów w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, lecz wezwać do ich przedłożenia na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

W jednym z wyroków KIO uznała, że skoro nazwa oferowanej wykładziny miała wynikać z treści składanych dokumentów, tzw. przedmiotowych

(atestów, certyfikatów i kart katalogowych oferowanego produktu) potwierdzających wymagane parametry techniczne i funkcjonalne, to nie ma żadnych wątpliwości, że dokumenty te, pochodzące od innych podmiotów, nie stanowią oświadczenia wykonawcy (treści oferty). Podlegają zatem uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jako dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie ma tu znaczenia fakt, czy zostały złożone w pierwotnej ofercie w jakiejś części, czy też w ogóle ich nie załączono. Zaniechanie wezwania oferenta do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych (o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców. Jest istotnym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania oferentów w prowadzonym postępowaniu (wyrok KIO z 10 czerwca 2014 r.; sygn. akt 1064/14).



Małgorzata Śledziwska
prawnik specjalizujący się
w prawie zamówień publicznych,
w latach 2000–2004
pracownik UZP

Wyjaśnienie wątpliwości dotyczących dokumentacji przetargowej pozwoli złożyć dobrą ofertę

Czasem zapisy siwz są na tyle niejasne bądź niejednoznaczne, że wykonawcy mają wątpliwości, jak właściwie przygotować ofertę. Zdarza się także, że dokumentacja zawiera postanowienia niezgodne z prawem, a oferent nie ma możliwości złożenia odwołania (np. z uwagi na wartość zamówienia). Wówczas warto zadać zamawiającemu pytanie do siwz zgodnie z art. 38 ustawy Pzp. Zarówno pytanie, jak i odpowiedź stanowią składową protokołu postępowania (który może być skontrolowany), co nierzadko mobilizuje zamawiającego do udzielenia rzetelnej odpowiedzi. Artykuł stanowi o tym, kiedy i jak zadawać pytania zamawiającemu.

Sposób, w jaki zamawiający sporządzi siwz, może mieć wpływ zarówno na przebieg postępowania, jak i jego wynik. Dlatego jeżeli jej zapisy są precyzyjne, jednoznaczne i zrozumiałe, złożone oferty z dużym prawdopodobieństwem zostaną należycie przygotowane, a zaoferowane ceny będą odpowiadać przedmiotowi zamówienia. Jeżeli zaś specyfikacja będzie zawierała błędy, może to skutkować problemami

z prawidłową wyceną prac, a w konsekwencji złożeniem nieporównywalnych ofert lub z cenami znacząco odbiegającymi od ustalonej przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia publicznego.

Dlatego właśnie ustawa Pzp przewiduje instytucję wyjaśniania treści siwz. Umożliwia także zamawiającemu zmianę specyfikacji w określony w przepisach sposób.

Pamiętaj Szczególnie zasadne jest zadawanie pytań w przypadku nieprecyzyjnego lub niejednoznacznego opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert. Aby z kolei uniknąć ryzyka sporów podczas realizacji umowy co do sposobu wykonania zamówienia czy zakresu przedmiotu zamówienia, warto zadawać pytania w przypadku jakichkolwiek wątpliwości związanych z nieprecyzyjnym lub niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia. Jest to szczególnie istotne w przypadku postępowań na roboty budowlane, gdzie należy dokładnie zapoznać się z dokumentacją projektową, a w szczególności przedmiotami. Ewentualne błędy w dokumentacji trzeba niezwłocznie zgłosić zamawiającemu.

Z analizy przeprowadzanych postępowań wynika, że wykonawcy mają wątpliwości co do intencji zamawiającego wyartykułowanych w siwz we wszystkich rodzajach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego niezależnie od ich wartości.

Pamiętaj Przepis art. 38 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wyjaśnień treści siwz. Dlatego niemożliwe jest formułowanie na jego podstawie zapytań do innych dokumentów, np. ogłoszenia o zamówieniu.

Termin zadawania pytań

Aby mieć pewność otrzymania odpowiedzi od zamawiającego, warto przeanalizować siwz i ogłoszenie o zamówieniu niezwłocznie po ich opublikowaniu. Ustawa Pzp wyraźnie bowiem określa termin, do którego wykonawcy mogą skutecznie wnioskować o wyjaśnienie treści -siwz.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca ma prawo zadać pytania zamawiającemu do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.

Przykład

Zamawiający prowadzi przetarg nieograniczony, który wszczął 10 lutego 2015 r., publikując ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wyzначył 7-dniowy termin na złożenie ofert (do 17 lutego 2015 r.). Ponieważ połowa wyznaczonego terminu składania ofert upływie o godz. 12.00 czwartego dnia (czyli 14 lutego 2015 r.), wykonawcy mają prawo, zgodnie z ustawą Pzp, złożyć wniosek o wyjaśnienie treści siwz do końca tego dnia. Dopiero pytania dostarczone 15 lutego 2015 r. i później zamawiający uzna za złożone po terminie.

Jeśli ostatni dzień na zadawanie pytań przypadnie na dzień ustawowo wolny od pracy (niedziela, dni świąteczne), termin, zgodnie z zasadami określo-

nymi w Kodeksie cywilnym, ulegnie wydłużeniu do kolejnego dnia roboczego. Pewien problem pojawia się w przypadku postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, których wartość przekracza progi unijne (134.000/207.000/414.000 euro dla dostaw bądź usług oraz 5.186.000 euro dla robót budowlanych). W tych procedurach siwz powinna zostać udostępniona na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenie o zamówieniu może się tam pojawić już w dniu przekazania go przez zamawiającego do publikacji. Niestety mimo, że jest to krzywdzące dla wykonawców, zgodnie z dominującymi poglądami doktryny i orzecznictwa, w opisanym przypadku przyjmuje się, że termin na zadawanie pytań powinien być liczony od dnia przekazania ogłoszenia do publikacji.

Nawet jeżeli zamawiający podejmie decyzję o przedłużeniu terminu składania ofert, to nie będzie to miało żadnego wpływu na bieg terminu, w jakim wykonawca może składać wnioski o wyjaśnienie siwz. Oznacza to, że mimo zmiany terminu otwarcia ofert czas na zadawanie pytań zawsze ustaje z końcem dnia, w którym upływa połowa pierwotnie wyznaczonego terminu składania ofert. Z powyższego względu należy pamiętać o jak najszybszej i bardzo dokładnej analizie siwz.

Forma zadawania pytań

Sposób w jaki wykonawcy mogą zadawać pytania, powinien zostać określony przez zamawiającego w siwz na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy Pzp. Najczęściej zamawiający, oprócz zawsze możliwej formy papierowej, dopuszczają zadawanie pytań za pośrednictwem faksu czy poczty elektronicznej, co znacznie ułatwia i przyspiesza komunikację. Warto jednak w takim przypadku żądać potwierdzenia otrzymania korespondencji, nie tylko w celu uzyskania pewności, że dotarła ona skutecznie do zamawiającego, ale również po to aby w przypadku braku odpowiedzi móc

udowodnić mu popełnione w procedurze zaniechanie.

Termin odpowiedzi

W odpowiedzi na złożony przez wykonawcę wniosek zamawiający jest zobowiązany do niezwłocznego udzielenia wyjaśnień. W praktyce należy to rozumieć w ten sposób, że wykonawcy powinni otrzymać odpowiedź w najbliższym możliwym terminie. Oprócz tego, że zamawiający musi działać niezwłocznie, dodatkowo ma obowiązek udzielić odpowiedzi nie później niż na:

- 6 dni przed upływem terminu składania ofert,
- 4 dni przed upływem terminu składania ofert, jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem i jednocześnie zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia,
- 2 dni przed upływem terminu składania ofert, jeżeli zamówienie ma wartość mniejszą od progów unijnych.

Wskazane terminy określają ostatni dopuszczalny moment, w którym zamawiający musi udzielić wyjaśnień. Każdorazowo obowiązuje go jednak przede wszystkim zasada udzielenia odpowiedzi niezwłocznie. Wprowadzenie granicznych terminów ma jedynie zdyscyplinować zamawiającego oraz zapobiec przesyłaniu wyjaśnień w ostatniej chwili, w szczególności w przypadku zamówień o znacznej wartości.

Brak odpowiedzi – co dalej

Jeżeli zamawiający nie udzielił odpowiedzi w ustawowo określonym terminie, wykonawca – w przypadku postępowań o wartości przekraczającej progi unijne – ma podstawy do złożenia zasadnego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej na zaniechanie czynności, do której zamawiający był prawnie zobligowany. W przypadku postępowań o niższej wartości oferent może natomiast skorzystać z instytucji uregulowanej w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp i wnieść do zamawiającego informację o niezgodnym z przepisami zaniechaniu przez niego czynności, do której był zobowiąz-

zany na podstawie ustawy. Warto o tym uprzedzić pamięta, ponieważ czasem brak odpowiedzi może utrudnić lub wręcz uniemożliwić rzetelną wycenę czy złożenie ważnej oferty przetargowej.

Kiedy zamawiający nie musi wyjaśniać

Ustawodawca przewidział zwolnienie zamawiającego z obowiązku udzielania wykonawcom odpowiedzi na zadane pytania w dwóch przypadkach:

- 1) jeżeli wniosek o wyjaśnienie wpłynął do niego po upływie wskazanych w ustawie terminów,
- 2) jeżeli pytania dotyczą wyjaśnień, które zostały przez zamawiającego udzielone w odpowiedzi na wcześniejsze pytania wykonawców.

Zamawiający może w takich sytuacjach pozostawić pytania bez odpowiedzi, a wykonawcy nie przysługują wówczas uprawnienie do wniesienia odwołania lub informacji do zamawiającego. Oczywiście organizator postępowania, mimo iż nie ma takiego obowiązku, ma możliwość udzielenia odpowiedzi również we wskazanych przypadkach, jednak jego decyzja w tym zakresie będzie wiążąca i niewzruszalna.

Warto podkreślić, iż wyczerpujące i precyzyjne udzielenie odpowiedzi leży również w interesie zamawiającego. Wszelkie ewentualne późniejsze wątpliwości dotyczące dokumentacji przetargowej, których nie da się wyjaśnić, powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawców,

co potwierdza linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej.

Jeżeli zamawiający udzieli odpowiedzi zdawkowych, lakonicznych, niewyczerpujących tematu i nieniwelujących wątpliwości wykonawców, w trakcie oceny ofert może się okazać, iż poszczególni wykonawcy zinterpretują zapisy siwz w różny sposób, a złożone oferty będą nieporównywalne.

Gdy taka sytuacja będzie konsekwencją nieprawidłowego działania zamawiającego, wówczas nie powinna rodzić dla wykonawców negatywnych skutków (np. w postaci wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty).

Pytania i odpowiedzi są jawne

Po otrzymaniu w terminie wniosku o wyjaśnienie siwz zamawiający ma obowiązek niezwłocznie przekazać treść pytań wraz z odpowiedziami wszystkim wykonawcom, którym przekazał siwz. Chodzi o te podmioty:

- które zwróciły się do zamawiającego z wnioskiem o pisemną wersję siwz – w przypadku przetargu nieograniczonego lub
- którym zamawiający przesłał siwz wraz z zaproszeniem do składania ofert – w przypadku przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia i zapytania o cenę.

Jeżeli siwz została opublikowana na stronie WWW, treść pytań i odpowiedzi także powinna się tam ukazać. Prze-

syłając wyjaśnienia wykonawcom, jak też zamieszczając je na stronie internetowej, zamawiający nie może ujawniać nazw podmiotów, które zadały pytania.

Modyfikacja siwz

Jeżeli na podstawie złożonego przez wykonawcę wniosku o wyjaśnienie siwz zamawiający zwróci uwagę na wady dokumentacji, może wprowadzić do niej zmiany. Modyfikacje mogą polegać zarówno na usunięciu fragmentu siwz, zastąpieniu określonego zapisu innym, jak i dodaniu do niej nowego elementu. Wykonawcy muszą pamiętać, że zarówno udzielone wyjaśnienia i odpowiedzi, jak i dokonane zmiany siwz stają się od momentu ich wprowadzenia obowiązujące i wiążące dla obu stron. Trzeba je zatem uwzględnić w składanej ofercie. W pewnych okolicznościach nieuwzględnienie zmian może skutkować nawet odrzuceniem oferty jako niezgodnej z siwz.

Jeżeli treść siwz zmienia się w takim zakresie, że wpłynie to również na zmianę treści ogłoszenia, a zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, to dodatkowo:

- jeżeli jest to zamówienie o wartości poniżej progów unijnych – ma obowiązek zamieścić zmiany w Biuletynie Zamówień Publicznych,
- jeżeli prowadzi postępowanie o wartości powyżej progów unijnych – ma obowiązek przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną treść zmian. Zamawiający powinien też zamieścić informację o zmianach wprowadzonych w ogłoszeniu na tablicy ogłoszeń w swojej siedzibie.

Przedłużenie terminu składania ofert

Ustawa Pzp określa również, kiedy i w jaki sposób, w związku z dokonaną zmianą treści siwz, zamawiający ma obowiązek przedłużyć termin składania ofert. Przepisy uzależniają sposób działania od tego, czy w wyniku zmiany treści siwz modyfikacji uległa również treść ogłoszenia, czy też pozo-

ORZECZENIE

Zamawiający otrzymał wiele pytań do siwz, na które sukcesywnie udzielał odpowiedzi. Dwóch wykonawców miało jednak w dalszym ciągu wątpliwości co do sposobu sporządzenia ofert, a w szczególności kosztorysu. Nie zwrócili się oni natomiast do zamawiającego z prośbą o bardziej szczegółowe wyjaśnienia, ponieważ minął już ustawowy termin, do którego istniał obowiązek udzielania odpowiedzi. Ponieważ oferta jednego z wykonawców została odrzucona, wniósł on odwołanie. Twierdził, że przyczyną złożenia wadliwej oferty były nieprecyzyjne wyjaśnienia zamawiającego. KIO oddaliła odwołanie, wskazując, że wykonawca powinien dążyć do uzyskania zadowalającej go odpowiedzi, mimo iż upłynął już termin, w którym zamawiający miał obowiązek udzielenia wyjaśnień. Izba uznała, że zamawiający mógł i powinien odpowiedzieć na pytania, które wpłynęły po terminie, w szczególności wówczas gdy wykonawca nawet bardzo późno w swoich pytaniach poruszył sprawy istotne dla postępowania (wyrok KIO z 22 stycznia 2008 r.; sygn. akt KIO/UZP/88/07).

stała ona bez zmian. W drugim przypadku, kiedy zmiana nie ma wpływu na treść ogłoszenia, zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający może przedłużyć termin składania ofert, jeżeli uzna, że niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie w nich zmian. O przedłużeniu tego terminu ma obowiązek poinformować wykonawców, którym przekazał siwz, a jeśli jest ona udostępniona na stronie WWW, musi również tam zamieścić informację o zmianie terminu. Jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zamawiający jest też zobowiązany skorygować ogłoszenie o zamówieniu w zakresie terminu otwarcia ofert.

Jeśli natomiast w wyniku zmiany treści siwz niezbędne jest dokonanie

zmiany treści ogłoszenia, zamawiający na mocy art. 12a ust. 1 ustawy Pzp ma obowiązek przedłużyć termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia modyfikacji, zawsze jeżeli jest to konieczne. Bezwzględny obowiązek przedłużenia terminu składania ofert ciąży na zamawiającym, gdy zmiana dokonana w ogłoszeniu jest istotna. Za istotne zmiany uznawane są te dotyczące określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełnienia. Dodatkowo jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej progi unijne, zamawiający musi przedłużyć termin o taki czas, żeby termin składania ofert był nie krótszy

niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Nie chodzi w tym przypadku o przedłużenie terminu składania ofert o dalsze 22 dni, lecz o to, żeby upływ terminu nie nastąpił wcześniej niż po 22 dniach od przekazania ogłoszenia.

Niezwłocznie po zamieszczeniu lub przekazaniu zmiany ogłoszenia zamawiający musi zamieścić informację o tych zmianach na własnej stronie WWW oraz na tablicy ogłoszeń w swojej siedzibie.

Pamiętaj Wykonawcy powinni śledzić stronę internetową zamawiającego do momentu upływu terminu składania ofert. Z doświadczenia wynika bowiem, iż zmiany i wyjaśnienia treści siwz, choć nie jest to zgodne z przepisami, są udostępniane nawet w ostatnim dniu przed upływem wskazanego terminu. Konsekwencje ich nieuwzględnienia mogą być zaś dla wykonawcy bardzo niekorzystne.

ORZECZENIE

Jeden z wykonawców zadał zamawiającemu pytanie, czy można przyjąć do kalkulacji ceny ofertowej ceny jednostkowe na poziomie 0 zł lub bliskie zeru. W udzielonej odpowiedzi zamawiający stwierdził jedynie, iż będzie dokonywał oceny ofert zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zapisami siwz dotyczącymi sposobu kalkulacji ceny. Po analizie tej odpowiedzi wykonawca, który złożył odwołanie, wycenił niektóre z pozycji formularza ofertowego (dot. wynagrodzenia za dzień pracy członka zespołu wykonawcy) na poziomie 1 zł. Zamawiający po dokonaniu badania i oceny ofert odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodną z siwz. Na tę czynność wykonawca wniósł odwołanie do KIO. Izba je uwzględniła, uzasadniając ten fakt brakiem wyczerpującej odpowiedzi zamawiającego na postawione przez wykonawcę pytanie. KIO podkreśliła, iż zamawiający nie udzielił wykonawcom stanowczej odpowiedzi przeczącej, zgodnie z którą niemożliwe byłoby przyjęcie w wycenie cen jednostkowych na poziomie 0 zł lub bliskich zeru. Uznała wobec tego, że tak niejednoznaczna i nieprecyzyjna odpowiedź nie może wywoływać dla wykonawców negatywnych skutków (wyrok KIO z 4 września 2014 r.; sygn. akt KIO 1641/14, KIO 1651/14).



Dominika Perkowska

prawnik, praktyk z wieloletnim doświadczeniem w dziedzinie zamówień publicznych, m.in. zastępca naczelnika Wydziału Zamówień Publicznych w dużej instytucji zamawiającej, obecnie główny specjalista ds. zamówień publicznych w firmie wykonawczej

Wykonawcy muszą tłumaczyć się ze zbyt niskiej ceny oferty

Ciąg dalszy ze str. 1

Zamawiający zwraca się wówczas do wykonawcy z prośbą o wyjaśnienia. Nie może natomiast automatycznie uznać, że cena danej oferty jest niewspółmiernie niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonać od razu jej odrzucenia. Zdecyduje o tym dopiero po analizie materiału dowodowego przedstawionego przez wykonawcę.

O rażąco niskiej cenie można mówić wówczas, gdy jest oczywiste, że przy

zachowaniu rynkowych reguł wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Chodzi o sytuacje, w których zaproponowane warunki cenowe generalnie nie występują na rynku. Należy przy tym pamiętać, że określone wynagrodzenia za dany rodzaj usług, dostaw czy robót kształtuje sytuacja gospodarcza panująca w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczny oraz obecność zdrowej rynkowej konkurencji. Przykładem rażąco niskiej ceny jest

wynagrodzenie kształtujące się poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia czy cena symboliczna, np. 1 zł (i chodzi tu o całą ofertę, a nie o jeden element cennotwórczy).

Sama dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że najniższa cena podana przez jednego z nich jest rażąco niska. Takie zróżnicowanie wynagrodzeń może zależeć od efektywności oraz kosztów prowadzenia dzia-

łałości określonego podmiotu (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 21 czerwca 2010 r.; sygn. akt XIX Ga 175/2010).

ORZECZENIE

O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili wówczas, gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia odbiega od jego wartości. Różnica ta nie jest przy tym uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne zrealizować prace (wyrok KIO z 4 sierpnia 2011 r.; sygn. akt KIO 1562/11).

Także uzyskanie zdecydowanie niższych cen ofert w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia nie przesądza, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. W każdym przypadku zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia gruntownych ustaleń i analiz w tym zakresie na podstawie materiału dowodowego otrzymanego od wykonawcy, którego oferta została zakwestionowana. W takiej sytuacji ciężar dowodowy spoczywa na wykonawcy. To on jest autorem złożonej oferty, a zatem zna wszystkie niuanse związane z kalkulacją ceny: kosztami wytworzenia, cenami zakupu materiałów lub usług oraz wszystkimi marżami i zastosowanymi narzutami czy kosztami pośrednimi. Oferent ma więc obowiązek wskazać, jakie elementy wpływają na wysokość ceny i jak dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska.

Na co zwraca uwagę zamawiający

Oto informacje, które będą w szczególności interesowały zamawiającego:

- dotyczące oszczędności metody wykonania zamówienia, w tym wpływające na możliwość wygenerowania odpowiednich oszczędności, które w efekcie przekładają się na wartość złożonej oferty lub koszt poszczególnych elementów cenotwórczych,
- o zastosowanych do wykonania

zamówienia określonych rozwiązań technicznych (z informacją na temat ich kosztów),

- o innych istotnych dostępnych wykonawcy wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia (np. możliwość realizacji zamówienia w specjalnej strefie ekonomicznej),
- związane z oryginalnością projektu wykonawcy (chodzi np. o innowacyjność podejścia do wykonania zamówienia, która wiąże się z ograniczeniem kosztów),
- o kosztach pracy, z zastrzeżeniem, że wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia,
- dotyczące pomocy publicznej udzielonej wykonawcy na podstawie odrębnych przepisów.

Jak przygotować dobre wyjaśnienia

Zamawiający nie zna wszystkich okoliczności, które mogą wpłynąć na obniżenie kosztów wykonania zamówienia, stąd w razie wątpliwości ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia ceny oferty. Wykonawca z kolei musi wskazać w wyjaśnieniach obiektywne, weryfikowalne oraz konkretne powody uzasadniające zastosowanie podanej przez siebie ceny. Wyjaśnienia mają zatem mieć charakter materialny, a nie formalny. Wykonawca powinien wyłu-

maczyć, co spowodowało zmniejszenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie.

Pamiętaj Od rzetelności i kompletności wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny zależy los złożonej oferty. Jeżeli wykonawca nie sprostą temu obowiązкови, zamawiający będzie zobowiązany odrzucić jego ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Przygotowując wyjaśnienia, wykonawca powinien w szczególności wykazać wpływ powoływanych w odpowiedzi okoliczności na kalkulację ceny. Oczywiście musi także wyjaśnić, dlaczego jego oferta jest tańsza od konkurencji. Znaczenie mogą mieć tutaj wszelkie okoliczności, które wyróżniają wykonawcę na tle innych podmiotów i powodują atrakcyjność jego ceny.

W zakresie kształtowania treści wyjaśnień obowiązuje całkowita swoboda. Generalnie im więcej konkretów i powołanych dowodów – tym lepiej. Ograniczeniem jest jedynie treść specyfikacji określającej zakres zamówienia i obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji. Wykonawca nie może oczywiście przyznać, że zaproponował coś, co nie jest zgodne z treścią siwz, bo jego oferta od razu będzie podlegała odrzuceniu.

Elementy ceny oferty najczęściej analizowane przez zamawiającego

płaca minimalna – wyznaczona zgodnie z odpowiednimi przepisami	wynagrodzenie pracowników zatrudnionych na umowy o pracę nie może być niższe od płacy minimalnej, jednak należy pamiętać, że osoba fizyczna wykonująca na rzecz wykonawcy zamówienie może być zatrudniona na umowę cywilnoprawną
cena oferty versus wartość zamówienia – cenę kwestionowanej oferty zamawiający porównuje z wartością zamówienia	– jest to prawidłowe działanie i daje wymierny pogląd na sytuację rynkową, o ile zamawiający oszacował zamówienie z należytą starannością, – warto przy tym sprawdzić, kiedy było wykonane szacowanie wartości zamówienia, może się bowiem okazać, że od tego czasu sytuacja na rynku zmieniła się w znaczący sposób, wpływając na warunki cenowe (np. niższe ceny stali na giełdach towarowych)
ceny zakupu produktów	zamawiający często interesują się, za ile dany towar został kupiony od producenta lub dystrybutora, czy na towar były jakieś zniżki lub preferencyjne ceny – wszystkie takie informacje są niezwykle ważne, aby udowodnić, że atrakcyjne wynagrodzenie wynika z zasad rynkowych

ORZECZENIE

Zamawiający powinien rozpatrywać ofertę jako całość. Nawet jeśli w toku wyrywkowej analizy zawartych w ofercie lub kosztorysie ofertowym cen jednostkowych okaże się, że wykonawca pewne elementy oszacował na symboliczne kwoty 0 zł, zamawiający nie jest zobowiązany automatycznie odrzucać ofertę (por. wyrok KIO z 12 lutego 2009 r.; sygn. akt KIO/UZP 131/09). Warunek jest oczywiście taki, że koszt całej oferty nie odbiega rażąco od cen pozostałych ofert.

Warto używać merytorycznych argumentów i przytaczać konkretne fakty. W wyjaśnieniach należy także wykazać, w czym jest się lepszym od konkurencji.

Przykład

Wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących ceny poinformował, że dysponuje osobami z doświadczeniem w kierowaniu, pracach analitycznych i pomocniczych przy realizacji projektów. Zaznaczył, że dzięki temu wypracował optymalne procedury postępowania, dzięki którym jest możliwe ograniczenie zbędnych kosztów przy wykonywaniu zamówienia. Taka argumentacja nie wystarczy. Należy jednocześnie pokazać, jak powyższe elementy przekładają się na zaproponowaną cenę (i gdzie ta optymalizacja kosztów została uwzględniona).

Dobrym argumentem uzasadniającym realne i rzetelne skalkulowanie ceny oferty jest porównanie jej z cenami zaproponowanymi w innych postępowaniach. Można także powołać się na zawarte umowy, które były identyczne z danym zamówieniem i zostały należycie wykonane. Oczywiście wykonawca powinien w ramach składanych wyjaśnień przedłożyć również dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia oraz stanowią potwierdzenie informacji podanych w wyjaśnieniach. Same wyjaśnienia mają charakter subiektywny (jako oświadczenia pochodzące od podmiotu zainteresowanego rozstrzygnięciem na swoją korzyść), zatem

aby je umotywować, trzeba wskazać konkretne dokumenty.

W wyjaśnieniach warto powołać się także na ceny zakupu sprzętu lub towarów koniecznych do wykonania zamówienia, ceny serwisu oraz inne elementy cenotwórcze, takie jak koszty osobowe czy materiałów eksploatacyjnych. Należy także wykazać, że zaoferowane wynagrodzenie pozwalało na pokrycie kosztów realizacji zamówienia oraz gwarantuje jego rzetelne wykonanie.

Pamiętaj! Wykonawca nie musi obawiać się, że przedkładane przez niego wyjaśnienia wpadną w niepowołane ręce. Jeśli zawierają informacje istotne dla działania przedsiębiorstwa, know-how firmy, informacje o patentach, poddostawcach, uzyskiwanych rabatach lub unikalnych metodach wytwarzania towarów, można je zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przygotowując wyjaśnienia, trzeba zatem opisać sytuację rynkową, odwołując się do stopnia skomplikowania danego zamówienia, jak też nakładów pracy niezbędnych do jego należytej realizacji. Jeśli rynek jest mocno konkurencyjny, warto to zaznaczyć. Należy też poinformować o zastosowanych marżach, aby udowodnić zamawiającemu, że realizacja zamówienia pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy i nie naraża go na straty wynikające z realizacji zadania poniżej kosztów. Warto powołać się na ceny zakupu surowców i przedstawić dowody na ich potwierdzenie.

Przykład

Jeśli wykonawca jest np. dystrybutorem na Polskę producenta zaoferowanego sprzętu i oprogramowania, i z uwagi na długoletnią współpracę i duże obroty w handlu z tym producentem – otrzymał wyjątkowe ceny, np. zbliżone do kosztów produkcji, warto wspomnieć o tym w wyjaśnieniach.

Wartość oferty można także uzasadniać dużymi rabatami otrzymanymi u producenta.

Gdy wykonawca realizował już jakieś zamówienie dla danego zamawiającego, może powołać się również na dotychczasową współpracę przy realizacji np. dostaw o zbieżnym zakresie, jak w przedmiotowym zamówieniu. W ten sposób może wykazać, że ma największą wiedzę o warunkach realizacji tego typu prac wśród wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Wyjaśnienia i co dalej...

Gdy wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia i wytłumaczył kalkulację ceny, musi czekać na rozstrzygnięcie zamawiającego. Ocena, czy zaoferowane wynagrodzenie nie jest rażąco niskie, wymaga indywidualnego podejścia do każdego z ofertów. Zamawiający musi wziąć pod uwagę zarówno obiektywne przesłanki funkcjonowania podmiotów z danej branży rynku, jak i indywidualne uwarunkowania dotyczące danego przedmiotu zamówienia.

W toku dokonywania czynności wyjaśniających zamawiający może wziąć pod uwagę:

- przygotowane przez wykonawcę wyjaśnienia,
- dowody, które oferent przytoczył na poparcie swojego pisma,
- inne ogólnodostępne informacje, np. dotyczące sytuacji rynkowej w danej branży, pozyskane z Internetu lub w toku dialogu technicznego,
- informacje od innych wykonawców, którzy mogą kwestionować rentowność oferty konkurenta,
- wyjaśnienia podmiotów trzecich, np. dostawców lub podwykonawców wykonawcy.

Zamawiający może dokonywać oceny wyjaśnień na podstawie wszystkich znanych sobie, obiektywnych czynników wpływających na wysokość ceny. Będzie zatem analizował wszystkie elementy cenowe w złożonej ofercie, koncentru-

jąc się w szczególności na tych, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Analizy takiej dokonuje zespół pomocniczy zamawiającego, czyli komisja przetargowa. Są to osoby posiadające różne doświadczenie i wiedzę na temat przedmiotu zamówienia i danej branży. Bardzo często nie są wykwalifikowanymi handlowcami czy menagerami, którzy znaliby rynek. Dlatego przygotowując wyjaśnienia, warto pisać jasnym językiem, precyzując nawet elementy, które dla wykonawcy, jako fachowca, są oczywiste. Dla osób w komisji mogą bowiem nie być jasne.

W pierwszej kolejności komisja będzie badała kosztorys i ceny jednostkowe, o ile wykonawca załączył go do wyjaśnień. Warto to zrobić, gdyż pokazuje on dokładnie wszystkie składniki oferty. Ważny jest też sposób kalkulacji ceny, czyli to, w jaki sposób poszczególne jej elementy wpłynęły na jej wysokość. Jeśli wykonawca powoływał się na okoliczność, że jest jedynym dystrybutorem danego sprzętu na kraj, informacja ta zostanie poddana weryfi-

kacji. Oceniając przedłożone wyjaśnienia, zamawiający może także posiłkować się opiniami biegłych.

Kwestionowanie ceny przez innego wykonawcę

Zgodnie z obowiązującymi przepisami to zamawiający decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia ceny w konkretnej sytuacji. Jednak czasami zdarza się, że inni oferenci (oczywiście ci z gorszymi cenami) kwestionują rynkowość danej oferty. Argumenty dotyczące rażąco niskiej ceny przekazują zazwyczaj w odwołaniu. Czasami, wyprzedzając czynności zamawiającego, przygotowują pisma, w których zwracają uwagę na „podejrzanie niskie ceny ofert”.

Trzeba pamiętać, że z przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż to na uczestnikach postępowania odwoławczego spoczywa ciężar dowodzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Nie wystarczy zatem wskazać w odwołaniu, że inny wykonawca zapro-

ponował za niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Należy podać rzetelne argumenty i dowody, które to potwierdzają.

ORZECZENIE

Wykonawca, który wniesie odwołanie na zaniechanie zamawiającego związane z brakiem wezwania wykonawcy do wyjaśnienia, czy cena realizacji zamówienia nie jest rażąco niska, powinien wskazać w uzasadnieniu argumenty potwierdzające, że konkurencyjna oferta zawiera elementy takiego wynagrodzenia (wyrok z 4 września 2014 r.; sygn. akt KIO 1748/14, KIO 1752/14).



Małgorzata Skóra

prawnik z wieloletnim doświadczeniem w prawie zamówień publicznych, kierownik wydziału zakupów w spółce sektora energetycznego

Uwaga! W kolejnym numerze naszej publikacji Czytelnicy znajdą wzór rzetelnych wyjaśnień kalkulacji ceny ofertowej.

Nieuzupełnienie dokumentów grozi utratą wadium

PYTANIE W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (wystosowane zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) nie uzupełniłem w terminie brakujących w ofercie dokumentów. Zamawiający wykluczył mnie z postępowania a dodatkowo zatrzymał mi wadium. Czy miał do tego prawo?

ODPOWIEDŹ

Tak, co do zasady zamawiający powinien zatrzymać wadium podmiotowi, który mimo prawidłowego wezwania nie uzupełnił dokumentów, jeśli unie-możliwiło to wybór jego oferty.

WYJAŚNIENIE

Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył:

- dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp,
- pełnomocnictw bądź
- informacji o przynależności do grupy kapitałowej.

Wadium nie odzyska także podmiot, który nie wyraził zgody na poprawienie omyłki wskazanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatrzymanie zabezpieczenia będzie możliwe, gdy opisane działania wykonawcy uniemożliwiły wybór jego oferty w postępowaniu.

Powyższy przepis wprowadza zatem sankcję utraty wadium przez wykonawcę, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie przedłoży pełnomocnictw, dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie:

- warunków udziału w postępowaniu,
- wymagań zamawiającego względem oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych.

Wykonawca może uchronić się przed zatrzymaniem mu wadium wyłącznie w przypadku, gdy udowodni, iż nieuzupełnienie żądanych przez zamawiającego dokumentów wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie. Przykładem takich okoliczności jest np. wyjątkowo krótki termin wyznaczony na dostarczenie dokumentów czy fakt, że wykonawca czy oferowane przez niego usługi, dostawy bądź roboty budowlane obiektywnie nie spełniają określonych przez zamawiającego warunków lub wymagań.

Podstawa prawna

art. 46 ust. 4a ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).



Renata Dzikowska

radca prawny, naczelnik w Departamencie Kontroli UE UZP
Autorka zastrzega, że treść odpowiedzi to jej prywatna opinia a nie stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych.

Wykonawca nie może polegać na uprawnieniach podmiotu trzeciego w celu wykazania warunku

PYTANIE W postępowaniu na usługi cateringu wykonawca – aby wykazać, iż posiada uprawnienia do wykonywania działalności – złożył pozwolenie innego podmiotu na prowadzenie działalności gastronomicznej. Czy można udostępniać innym podmiotom takie dokumenty na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp?

ODPOWIEDŹ

Jeżeli realizacja przedmiotu zamówienia wymaga posiadania uprawnień, wykonawca nie może dla spełnienia tego warunku przedstawić dokumentów podmiotów trzecich.

WYJAŚNIENIE

Stosownie do art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oferent może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia bądź zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie przewidziano, aby wykonawca mógł

polegać na uprawnieniach podmiotu trzeciego do prowadzenia określonej działalności gospodarczej podlegającej reglamentacji. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp warunek dotyczący „posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania” musi spełniać wykonawca zamówienia.

Wprawdzie w doktrynie podnoszone są wątpliwości co do generalnego wyłączenia przez ustawodawcę możliwości powołania się na cudze uprawnienia. Jednak, co do zasady, za wiążący przyjmowany jest pogląd, że za niedopuszczalne należy uznać poleganie na

uprawnieniach podmiotu trzeciego, jeżeli wykonanie zamówienia w całości wymaga posiadania odpowiednich uprawnień. Taka sytuacja mogłaby być kwalifikowana jako obejście prawa. Powyższe potwierdza np. wyrok KIO z 2 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/1186/10).

■ Podstawa prawna

art. 22 ust. 1 pkt 1, art. 26 ust. 2b ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).



Renata Dzikowska

radca prawny specjalizujący się przede wszystkim w prawie zamówień publicznych, naczelnik w Departamencie Kontroli UE Urzędu Zamówień Publicznych

Autorka zastrzega, że treść odpowiedzi to jej prywatna opinia a nie stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych.

W przypadku nienależytego wykonania umowy zamawiający może dochodzić roszczeń z gwarancji ubezpieczeniowej

PYTANIE Wykonawca zrealizował zamówienie z trzymiesięcznym opóźnieniem. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostało złożone w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarancja zabezpieczająca z tytułu rękojmi za wady w związku z niedotrzymaniem przez wykonawcę umownego terminu nie zabezpiecza całego okresu rękojmi. Czy zamawiający może wezwać kontrahenta do przedłużenia ważności gwarancji na czas rękojmi? Czy wolno mu potrącić kwotę zabezpieczenia z ostatniej faktury?

ODPOWIEDŹ

Przekroczenie terminu realizacji umowy oznacza jej nienależyte wykonanie. Zamawiający ma wtedy roszczenie względem wykonawcy. Może go dochodzić od gwaranta wystawiającego zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Potrącenie należności z faktury (jako potrącenie wzajemnych roszczeń wynikających z umowy) także jest dopuszczalne.

WYJAŚNIENIE

Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. A zatem jego celem jest udostępnienie zamawiającemu środ-

ków pozwalających na bezproblemowe dochodzenie roszczeń od wykonawcy. W przypadku zaistnienia roszczenia zamawiający ma prawo automatycznie sięgnąć do zabezpieczenia. Wykonawca może wtedy oczywiście kwestionować te działania na drodze sądowej. Z zabezpieczenia można zabrać kwoty należne zamawiającemu na podstawie umowy, tj.: kary umowne, odszkodowania czy koszty wykonania zastępczego.

Zwrot zabezpieczenia następuje w terminie 30 dni od dnia uznania zamówienia za należyte wykonane. W przypadku zatrzymania części

na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady (maksymalnie 30% kwoty) – termin ten wynosi 15 dni od dnia zakończenia rękojmi.

Wezwanie wykonawcy do przedłużenia okresu gwarancji na okres rękojmi jest zależne od tego, czy takie zapisy przewidziano w umowie. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 23 maja 2013 r. (sygn. akt I A Ca 162/13) wskazano, że przedłużenie okresu gwarancji na okres rękojmi nie jest obowiązkowe, aby przedłużyć okres realizacji umowy.

■ Podstawa prawna

art. 147–151 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.).



Justyna Andała-Sępkowska

prawnik z wieloletnią praktyką w dziedzinie zamówień publicznych po stronie zamawiającego

Decyzja Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o umorzeniu zaległości musi być wydana przed złożeniem oferty

TEZA Dokumentem, który może potwierdzić, że wykonawca nie zalega ze składkami na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, może być decyzja ZUS umarzająca należności. Musi być ona jednak wydana przed upływem terminu składania ofert (wyrok KIO z 23 lutego 2015 r.; sygn. akt KIO 239/15).

Stan faktyczny

Wykonawca – konsorcjum – załączył do oferty zaświadczenia dotyczące poszczególnych jego członków o niezaleganiu z należnościami względem ZUS. W dokumencie z 23 września 2014 r. dotyczącym pana L.T. stwierdzono, że posiada on zaległości, które według stanu na 23 września 2014 r. nie są wymagalne. Zaświadczenie nie zostało opatrzone podpisem. Zamawiający wezwał konsorcjum do uzupełnienia dokumentu oraz złożenia wyjaśnień dotyczących zaległości z tytułu nieopłaconych składek. W odpowiedzi przedłożono podpisane zaświadczenie z 23 września 2014 r. oraz kopię decyzji z 21 października 2014 r. w sprawie umorzenia należności pana L.T. z tytułu składek. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty konsorcjum jako naj-

korzystniejszej. Firma X wniosła odwołanie wobec tej czynności i zaniechania wykluczenia konsorcjum. Zaznaczyła, że ani z zaświadczenia, ani z decyzji złożonej przez konsorcjum nie wynikało jednoznacznie, że na dzień składania ofert, tj. 5 listopada 2014 r., członek konsorcjum L.T. nie posiadał zaległości w płaceniu składek do ZUS.

Stanowisko KIO

Zdaniem KIO nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ze względu na zaleganie z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne.

Z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpie-

czenia społeczne albo zdrowotne. Wyjątek dotyczy przypadków, gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Ze złożonego w postępowaniu zaświadczenia z ZUS wynikało, że jeden z członków konsorcjum 23 września 2014 r. posiadał zaległości z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy. Konsorcjum złożyło jednak decyzję ZUS umarzającą należności z ww. tytułów.

Odwołujący wskazywał, że nie potwierdzono, iż na dzień składania ofert, tj. 5 listopada 2014 r., członek konsorcjum L.T. nie posiadał zaległości w płaceniu składek. Izba nie zgodziła się z tą tezą. Decyzja ZUS wydana została bowiem przed terminem składania ofert. Z jej uzasadnienia wynikało, że obejmowała wszystkie należności, do uiszczenia których był zobowiązany pan L.T. Stąd decyzja zamawiającego była prawidłowa.

Tylko poważne uchybienie w ofercie może prowadzić do jej odrzucenia z uwagi na niezgodność ze specyfikacją

TEZA Niezgodność treści oferty z siwz powinna wynikać z wymagań zamawiającego zapisanych w jednoznaczny sposób. Odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy jej uchybienia są na tyle znaczące, że wywierają wpływ na wykonanie umowy i to tego rodzaju, że jej realizacja zgodnie z wymaganiami zamawiającego jest niemożliwa (wyrok KIO z 5 marca 2015 r.; sygn. akt KIO 319/15)

Stan faktyczny

Zamawiający ustalił dwa kryteria oceny ofert: cenę i termin realizacji zamówienia, przypisując im odpowiednio znaczenie 90% (90 pkt) i 10% (10 pkt).

Zasady oceny w kryterium „termin realizacji zamówienia” przewidywały odpowiednią punktację w zależności od terminu dostawy wskazanego w określonych godzinach od złożenia zamówienia. Wykonawca X złożył ofertę, w której wskazał czas dostawy 2 dni. Cena tej oferty była najniższa spośród

pozostałych. Zamawiający odrzucił ją jednak, uzasadniając, że wymagał określenia czasu realizacji dostaw w godzinach, a nie w dniach.

Wykonawca X złożył odwołanie. Wskazał, że z żadnego postanowienia siwz nie wynikał obowiązek podania czasu dostawy w godzinach. Zamawiający powinien zatem, jego zdaniem, albo poprawić jego ofertę, albo przyznać jej 0 pkt w kryterium „czas dostawy”. Nawet wówczas oferta ta byłaby najkorzystniejsza.

Stanowisko KIO

KIO uwzględniła odwołanie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy odrzucić ofertę, gdy łącznie zaszły dwie przesłanki: jest ona niezgodna z merytorycznymi wymaganiami zamawiającego w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych istotnych dla wykonania zamówienia elementów, a popełnione uchybienie nie jest możliwe do poprawienia zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp nie pozwalają odrzucić oferty wyłącznie z błahych przyczyn o charakterze formalnym. Zdaniem Izby omyłka we wskazaniu jednostki czasu w dniach zamiast godzinach jest inną omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i należało ją poprawić.