

WYBRANE PROBLEMY OCENY OFERT W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Wykładowca : mgr inż. Mirosław Żyznowski

(opinie w punkcie I, II, III - opracowane na podstawie stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonego w informatorach , opinia w punkcie IV – propozycja interpretacji przez autora opracowania przypadków cen jednostkowych znacznie zaniżonych/zawyżonych –cen spekulacyjnych)

I. Odrzucenie oferty z tytułu rażąco niskiej ceny

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. 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 rażąco 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.

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 zaofiarowana przez (...) S.A. cena ofertowa, nie odbiegała znacząco ani od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, ani od cen zaofiarowanych 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 Izb 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.

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).

II. Odrzucenie oferty z tytułu błędu w obliczeniu ceny

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

Ustawa nie zawiera definicji legalnej błędu w obliczeniu ceny. Zatem, zgodnie z odesłaniem zawartym w art. 14 Pzp, należy go rozpatrywać jako wadę oświadczenia woli w rozumieniu kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 84 § 2 kc można powoływać się na błąd istotny, czyli uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i ocenił sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści.

Jak podkreśla się w doktrynie w praktyce chodzi z reguły o błąd co do faktu, polegający na fałszywym wyobrażeniu nie tyle o samej treści oświadczenia woli, ile o innych składnikach czynności prawnej

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 447/09), o błędzie w obliczeniu ceny można mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji

Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika z siwz. Chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje zamawiający.

Błąd w obliczeniu ceny polega zatem na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikających np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, co, jak podkreśla KIO np. w wyroku z dnia 9 kwietnia 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 257/08, 258/08), odróżnia go od omyłki rachunkowej, przez którą należy rozumieć taki błąd popełniony przez wykonawcę w obliczeniu ceny, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego.

W stanie prawnym obowiązującym przed nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. podstawę odrzucenia oferty stanowiła obok błędu w obliczeniu ceny również omyłka rachunkowa, której nie można było poprawić na podstawie art. 88, enumeratywnie wyliczającego katalog omyłek obliczeniu ceny możliwych do poprawienia przez zamawiającego. Został on w drodze nowelizacji uchylony, co, jak wynika z uzasadnienia do projektu nowelizacji miało przyczynić się do usprawnienia procedury udzielania zamówień publicznych oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań.

W obecnym stanie prawnym wskazuje się jedynie w treści art. 87 ust. 2 rodzaje omyłek, jakie zamawiający ma obowiązek poprawić w treści oferty, wymieniając wśród nich oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią siwz, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Według stanowiska KIO wyrażonego w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r. (KIO/UZP 62/09) dla zdefiniowania „oczywistości” omyłki rachunkowej powinno mieć wypracowane wcześniej stanowisko orzecznictwa i doktryny w zakresie oczywistej omyłki pisarskiej. Omyłka może być zatem uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, niebudząca wątpliwości.

Jak podkreśla KIO w innym wyroku z dnia 20 kwietnia 2009 r. (KIO/UZP 446/09), aby odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, w pierwszej kolejności należy ustalić, czy treść oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z jakich przyczyn, czy jest

to wynikiem błędu, a jeżeli tak, to czy błąd kwalifikuje się do poprawy w trybie art. 89 ust. 2 Pzp. Odrzucenie oferty bez dokonania jej poprawy w sytuacji, gdy jest ona możliwa i dopuszczalna stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

W kolejnym orzeczeniu z dnia 29 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 918/09) KIO zwróciła uwagę, że błędy w obliczeniu ceny oferty, o których stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, to błędy nie tylko w stosunku do opisu zawartego w siwz, ale przede wszystkim, błędy w rozumieniu powszechnie obowiązujących przepisów prawnych, regulujących sposób obliczania ceny dostaw, usług czy robót budowlanych.

Najczęściej wskazywanym w piśmiennictwie błędem w obliczeniu ceny jest zastosowanie przez wykonawcę niewłaściwej stawki podatku VAT. Zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r., „prawidłowość ustalonej i zastosowanej przez wykonawcę stawki podatku VAT podlega sprawdzeniu przez zamawiającego, wobec jego obowiązku odrzucenia ofert z błędami w obliczeniu ceny, czyli, jak wskazano wyżej, również z błędnie obliczonym podatkiem VAT”. Działania jego jednak nie mogą pozostawać w sprzeczności z przepisami ustawy o VAT i ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r., nr 8, poz. z późn. zm.). Jak bowiem podkreśla KIO w innym wyroku, z dnia 20 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 917/09), „ustawa Pzp nie stanowi jakichś szczególnych uprawnień dla zamawiającego w tym zakresie. Skoro tak, to uznać należy, że zamawiającemu przysługuje tyle uprawnień, ile wynika z ustaw podatkowych. Jak wskazano wyżej, to wystawca faktury, a więc wykonawca określa stawkę podatku VAT, a odbiorcy przysługuje jedynie prawo do odliczenia kwoty tego podatku (podatek naliczony). Z powyższego zatem nie wynika prawo do korygowania czynności wykonawcy dotyczących stawki podatku VAT”. Stanowisko zamawiającego w przedmiocie stawki podatku VAT, nawet jeśli zostało wyrażone w siwz, nie ma charakteru wiążącego dla wykonawcy. W dalszej części uzasadnienia KIO podnosi, że sytuacja powyższa mogłaby ulec zmianie, gdyby zamawiający dysponował interpretacją indywidualną w rozumieniu przepisu art. 14b ustawy Ordynacja podatkowa.

Zatem, jeśli zamawiający nie dysponuje interpretacją indywidualną nie jest uprawniony do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego, a tym bardziej zobowiązania wykonawców do zastosowania się do jej treści. Interpretacja, stanowiąc ocenę stanowiska wnioskodawcy, w istocie stanowi podstawę do podjęcia określonych decyzji przez podatnika, a zastosowanie się do niej nie może szkodzić wnioskodawcy (art. 14k § 1 ustawy Ordynacja podatkowa).

Zatem, organy podatkowe, jak i organy kontroli skarbowej nie mogą obciążać negatywnymi konsekwencjami wykonawcy, który przyjął za prawidłowe stanowisko wynikające z interpretacji.

Z tego też względu KIO, rozpatrując sprawę o sygn. akt 918/08, uznała za zgodne z przepisami ustawy odrzucenie oferty o stawce VAT odmiennej niż wynikająca z posiadanej przez zamawiającego indywidualnej interpretacji organu podatkowego i wyraźnie określonej przez zamawiającego w treści specyfikacji.

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

III. Odrzucenie oferty z tytułu nieuczciwej konkurencji

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

Pojęcie „czyny nieuczciwej konkurencji” nie zostało zdefiniowane w sposób odrębny na użytek Prawa zamówień publicznych, wobec czego zastosowanie do niego będzie miał art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503), który określa czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ust. 2 ww. przepisu wskazano przykładowo, że czynami nieuczciwej konkurencji są m.in.: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

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

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

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

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

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

Kolejną praktyką naruszającą uczciwą konkurencję, specyficzną dla rynku zamówień publicznych jest „zmowa przetargowa”, określona w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jako porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Należy tutaj zauważyć, że zmowa przetargowa narusza interesy zarówno innych wykonawców, którzy w warunkach uczciwej konkurencji mieliby szansę na uzyskanie zamówienia, jak i zamawiającego, narażając go na poniesienie strat finansowych w związku z koniecznością poniesienia zawyżonych kosztów realizacji zamówienia, celowe jest zatem podejmowanie wszelkich możliwych środków zapobiegających zaistnieniu tego procederu. Często jednak jest to okoliczność trudna do udowodnienia. Należy bowiem mieć na uwadze, że zmywy przetargowej nie można utożsamiać ze złożeniem ofert przez wykonawców, którzy pozostają ze sobą w powiązaniu rodzinnym, technicznym organizacyjnym czy gospodarczym. Jak podkreśla KIO m.in. w wyroku z dnia 15 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 682/09) ta okoliczność nie stanowi jeszcze czynu nieuczciwej konkurencji i nie skutkuje odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Konieczne byłoby udowodnienie istnienia między takimi wykonawcami porozumienia, mającego na celu wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku. Podobne stanowisko zajmuje Izba w odniesieniu do zaofiarowania towarów lub usług poniżej kosztów ich zakupu lub wytworzenia w wyroku z dnia 5 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 551/08). W ocenie Izby nie jest to jeszcze wystarczająca przesłanka do zakwalifikowania danego działania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Do wypełnienia hipotezy normy art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji niezbędne jest zaistnienie sytuacji utrudniania przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż m.in. usług poniżej kosztów świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. KIO wskazuje, że utrudnianie dostępu do rynku pokrywa się z pojęciem „utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej”. Zaś, o sprzedaży poniżej kosztów świadczenia możemy mówić w okolicznościach, gdy sprzedaż nastąpiła poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu. Nie mają w tym kontekście żadnego znaczenia koszty przeciętne ponoszone przez konkurentów, czy tym bardziej, koszty ponoszone przez przedsiębiorcę dotkniętego tym czynem. Sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, iż do transakcji doszło w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Tak więc, dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów, dokonywana w innym celu, którym w szczególności może być próba wejścia na rynek. W takich wypadkach odniesiony uboczny skutek, nawet w postaci wyeliminowania przedsiębiorcy nie będzie miał znaczenia.

Warunkiem realizacji wskazanej przesłanki celu jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym ten zamiar urzeczywistnić. Zasadniczo warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która oznacza, że nie spotyka się on z istotną konkurencją na rynku krajowym lub lokalnym. W przedmiotowym wyroku Izba wskazuje również, że odmiennie niż ma to miejsce w przypadku ustalania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, na etapie badania ofert to nie wykonawcę obciąża obowiązek wykazania, iż oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a tym bardziej wyjaśnienia składanie w trybie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie mogą być przesadzające w tej sprawie, z tego powodu chociażby, że zostały złożone w innym celu. W ww. orzeczeniu KIO zwraca ponadto uwagę, iż nieuprawniona jest próba utożsamiania czynu nieuczciwej konkurencji z pojęciem rażąco niskiej ceny, gdyż ustawodawca w sposób wyraźny dokonał rozróżnienia tych pojęć.

IV. Ewentualne odrzucenie oferty z tytułu nieuczciwej konkurencji – zastosowania przez wykonawcę ceny spekulacyjnej

IV.1 Ogólne uwagi o działaniach spekulacyjnych na rynku budowlanym

Zwiększona konkurencja w czasach kryzysu powoduje, że firmy budowlane wykorzystują błędy zamawiającego popełniane nie tylko w fazie wykonania robót, ale usiłują dostrzec błędy popełniane przez zamawiającego już na etapie zlecenia, kiedy kalkulują cenę ofertową. Skutkiem takiego zachowania wykonawców jest wzrost liczby ofert w przetargach publicznych z cenami spekulacyjnymi. Podczas gdy prywatny inwestor swobodnie może działać w takich okolicznościach, to zamawiający działający w sektorze zamówień publicznych muszą się trzymać ściśle przepisów ustawy Pzp, co znacząco utrudnia im przeciwstawianie się praktykom spekulacyjnym wykonawców. Dodatkowo specyfika rynku polskiego jest taka, że zamawiający udzielający zamówień publicznych nie mają wzorców postępowania w przypadku wystąpienia cen spekulacyjnych. Zamawiający nie umieją często zidentyfikować ceny spekulacyjnej i odpowiednio na nią zareagować. Sytuację tę komplikuje także fakt, iż Krajowa Izba Odwoławcza analizując problemy zaniżonych cen jednostkowych w kosztorysach ofertowych również nie dostrzega ich wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji.

IV.2 Co to są oferty spekulacyjne, ceny spekulacyjne

Poprzez analizę materiałów przetargowych wykonawca usiłuje znaleźć słabe jej miejsca, które może wykorzystać na swoją korzyść przy ustalaniu ceny ofertowej. Prawidłowo kalkulujący wykonawca wycenia roboty budowlane w nawiązaniu do ich rzeczywistych kosztów wytworzenia. Wysokość ustalanego w ofercie wynagrodzenia bazuje wówczas na obiektywnie określonych kosztach bezpośrednich tj. kosztach robocizny, materiałów, pracy sprzętu i zależy od kosztów pośrednich związanych ze specyfiką jednostki danego wykonawcy oraz odrębną specyfiką każdej budowy.

W przeciwieństwie do tych założeń **spekulacyjne ceny jednostkowe są tworzone w oderwaniu od ponoszonych przez wykonawcę kosztów i ich przyjęcie w ofercie przez wykonawcę ma na celu wyciągnięcie korzyści z oczekiwanych zmian w rodzaju i ilości robót ostatecznie objętych wykonaniem.**

Często są oferowane ceny jednostkowe o wartości prawie symbolicznej np. 1,0 zł lub 0,01 zł. W ofertach spekulacyjnych znajdują się nie tylko ceny jednostkowe poniżej kosztów wytworzenia, ale także oferty z cenami znacznie przewyższającymi ceny rynkowe.

Wykonawca przy udanej spekulacji może sobie wyrównać starty wynikające z przyjęcia źle skalkulowanych cen jednostkowych za pomocą korzystnie skalkulowanych cen jednostkowych. Takie działanie nie jest możliwe w ofertach skalkulowanych z ceną rażąco niską, choć nie można wykluczyć sytuacji, iż cena rażąco niska może wynikać również z próby spekulacyjnej wykonawcy. Oferty z ceną spekulacyjną nie można mylić z ofertą z ceną rażąco niską, czy też ofertą z ceną zawierającą błędy w obliczeniu ceny.

Oferty z spekulacyjnymi cenami jednostkowymi występują przede wszystkim w umowach o wynagrodzenie kosztorysowe.

W umowach o wynagrodzenie ryczałtowe może wystąpić zachowanie spekulacyjne wykonawcy, jeśli spostrzeże on zawyżone ilości robót w dokumentacji projektowej. W takiej sytuacji liczy on, że przy obniżce ilości robót do wykonania nie będzie dochodziło automatycznie do obniżenia wartości wynagrodzenia ryczałtowego. Dlatego też nieprawidłowe jest postępowanie zamawiającego polegające na przyjmowaniu wynagrodzenia ryczałtowego nagminnie (jakby w ciemno) w umowie na roboty budowlane. Ten rodzaj wynagrodzenia należy stosować tylko wówczas, kiedy zamawiający jest całkowicie pewny co do poprawności - bezbłędności opracowanych opisów robót. W przypadku wadliwie opracowanych projektów, czy też przedmiarów (np. zawyżających znacznie zakres robót do wykonania) może dojść do znacznego ryzyka finansowego dla zamawiającego wiążącego się z koniecznością zapłacenia wykonawcy większego wynagrodzenia niż mu przysługiwałoby na podstawie rzeczywiście wykonanych zakresów robót budowlanych.

Praktyki spekulacyjne wykonawców rządziej występują w postępowaniach, w których opis robót opiera się na programie funkcjonalno –użytkowym, ponieważ w takim przypadku wykonawca ponosi ryzyko związane z określeniem zakresu i rodzajem robót do wykonania.

Nie zawsze jednak jest wskazane, aby zamawiający łączył wykonanie robót budowlanych z opracowaniem dokumentacji projektowej. Zlecenie robót budowlanych wyłącznie na podstawie programu jest korzystne z reguły wówczas, jeśli mamy do czynienia z robotami powtarzalnymi, czyli również dobrze zidentyfikowanymi co do zakresu ilości i jakości, przy których zamawiający może bezbłędnie opisać przedmiot zamówienia. Dlatego też, jeśli zamawiający zleca trudno definiowalne rodzaje robót np. roboty remontowe lub roboty inwestycyjne kubaturowe niestandardowe – przebudowy, modernizacje lub roboty liniowe z ograniczoną możliwością rozpoznania warunków gruntowych, to powinien unikać wynagrodzenia ryczałtowego.

Bodźcem do zastosowania przez wykonawcę spekulacji cenowych nie musi być wyłącznie oczekiwanie przez niego zmian w ilościach robót do wykonania. Generalnie możemy wyróżnić spekulację :

- 1) ilościami robót
- 2) czasem robót
- 3) kosztami ogólnymi
- 4) treścią techniczną
- 5) treścią prawną umowy o roboty budowlane

IV.3 Spekulacje ilościami

Spekulacja na błędnych ilościach robót jest jedną z najczęstszych spekulacji. W tym opracowaniu zajmiemy się szczegółów tylko taką spekulacją.

Podstawę do tej spekulacji stanowią ilości robót budowlanych ustalone w przedmiarze, które mogą ulec zmianie w trakcie realizacji robót. Zmiany ilości robót mogą być spowodowane :

- 1) dokonaniem przez zamawiającego zmian w projekcie;
- 2) błędnym opracowaniem przez projektanta przedmiaru robót np. błędy rachunkowe ;
- 3) umyślnym działaniem projektanta mającym na celu stworzenie korzystnych warunków dla wykonawcy do manipulacji lub zabezpieczenie rezerwy finansowej na ew. roboty dodatkowe;
- 4) nieumyślnym przeoczeniem istotnych badań i analiz niezbędnych do prawidłowego ustalenia np. warunków gruntowych na budowie
- 5) wystąpieniem okoliczności niemożliwych do przewidzenia, nie wynikających z winy zamawiającego , które prowadzą do zmiany ilości robót do wykonania.
- 6) zamierzonym działaniem wykonawcy wbrew woli zamawiającego mającym na celu odmienne wykonanie robót niż to wynika z opisu robót (np. działaniem polegającym na częściowym lub całkowitym zaniechaniu wykonania robót budowlanych objętych cenami spekulacyjnymi).

Nie wszystkie z ww. sytuacji zmian ilości robót mogą być wykorzystane przez wykonawców do praktyk spekulacyjnych. Przypadek, w którym zamawiający dokonuje zmian ilości robót w związku z dokonaniem zmian w projekcie jest dla wykonawcy trudny do wykorzystania w praktykach spekulacyjnych, ponieważ trudno mu założyć z góry takie działania zamawiającego.

Aby w takich okolicznościach doszło do spekulacji zamawiający musi być w zмовie z wykonawcą już na etapie udzielania zamówienia na roboty budowlane. Jeśli zamawiający wchodzi w układ spekulacyjny z wykonawcą wówczas tylko inni uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia mogą wykazać nieuczciwą konkurencję.

Najczęściej w praktyce wykonawcy spekulują dostrzegając błędy projektanta lub wchodząc z nim w bezpośredni układ i z góry liczą na zmiany ilościowe określonych pozycji kosztorysowych.

W takich przypadkach zamawiający powinien analizować szczegółowo ceny wykonawców, aby wytropić pozycje które mogą być nieprawidłowo zdefiniowane przez projektanta. Ocena poprawności opisu robót powinna być wówczas zlecona jednostce niezależnej i bezstronnej.

Zmiany ilości robót wynikające z niezamierzonych błędów projektanta z wyłączeniem zwykłych pomyłek rachunkowych oraz z okoliczności nieprzewidywalnych znacznie rzadziej prowadzą do spekulacji cenowej, gdyż są trudno rozpoznawalne na etapie składania ofert.

Biorąc pod uwagę ww. przyczyny należy mieć na uwadze sytuację opisaną w pkt 6, w której pomimo, że ze strony zamawiającego i projektanta nie występują błędy, to wykonawca podejmuje działania spekulacyjne usiłując w przyszłości doprowadzić do zmiany ilości wykonanych robót nawet wbrew woli zamawiającego.

IV.4 Ceny spekulacyjne jako następstwo błędów w ustaleniu ilości robót budowlanych

Zgodnie z przepisami art. 29 -31 ustawy Pzp opis przedmiotu zamówienia musi być jednoznaczny, wyczerpujący i zawierać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W konsekwencji oznacza to także, iż obowiązkiem zamawiającego jest precyzyjne i trafne określenie ilości robót do wykonania. Przy opracowaniu opisu przedmiotu zamówienia w przypadku robót budowlanych zamawiający korzysta z reguły z usług projektanta. Podczas procesu ustalania przez projektanta ilości robót dochodzi do wielu uchybień, które zawsze mają wpływ na kalkulacje ceny. Nie dobrą praktyką w systemie zamówień publicznych jest, że wielu projektantów i zamawiających lekceważy wówczas możliwe konsekwencje błędnie ustalonych ilości robót w przedmiarze.

O ile przy ocenie ofert nie zostaną stwierdzone inne błędy, to powstanie rozbieżności ilościowych generuje powstanie kosztów, które byłby i tak do poniesienia w przypadku ich prawidłowego wyliczenia. Dlatego też dopiero wystąpienia błędów ilościowych wraz z cenami spekulacyjnymi stanowi istotne zagrożenie dla interesów zamawiającego.

Przykład cen spekulacyjnych

W przetargu na te same roboty wykonawca nr 1 składa ceny spekulacyjne. W pozycji pierwszej znacząco zaniżona zostaje cena jednostkowa wywozu materiał skalnego a w innej pozycji zostaje zawyżona wycena wywozu żwiru

Opis robót	Oferta 1		Oferta 2	
	Cj	ilość	Cj	Ilość
Wywóz materiału skalnego 3000 m ³	1,00	3.000	40	120.000
Wywóz żwiru 8000 m ³	20,00	160.000,00	10	80. 000
Cena oferty		1.150.000,00		1.160.000,00

Zamawiający bada poprawność przedmiaru i stwierdza, że ilość robót w pozycji 1 jest zawyżona o 10 % a w pozycji 2 zaniżona o 10 % .

Dla ustalenia ryzyka finansowego dla zamawiającego należy w obu ofertach pomniejszyć o 10 % ilość robót dotyczących pozycji nr 1 oraz powiększyć o 10 % ilość robót z pozycji nr 2. Dokonując takiego rachunku otrzymujemy , że:

skorygowana cena oferty 1 = $1.150.000,00 - 0,10 \times 3000,0 \times 1,0 + 0,1 \times 8000 \times 20,0 = 1.155.700,00$

Skorygowana cena oferty 2 = $1.160.000,00 - 0,1 \times 3000,0 \times 40,0 + 0,1 \times 8000 \times 10,00 = 1.151.000,00$

W wyniku ew. zmiany ilości robót podczas realizacji zamówienia okazałoby się, że ostatecznie korzystniejsza byłaby oferta 2 a nie 1.

IV.5 Postępowanie zamawiającego przy badaniu ofert w zależności od sprawdzenia prawidłowości wyliczonych ilości robót w sytuacji, gdy wystąpiły ceny jednostkowe znacznie zaniżone/zawyżone.

Między spekulacją cenową a oczekiwaną zmianą ilości robót istnieje bezpośredni związek. Jeśli w ofertach jednego lub kilku wykonawców zostaną stwierdzone ceny spekulacyjne, zaleca się, aby zamawiający zażądał od projektanta opracowującego przedmiar robót sprawdzenia ilości robót, w których wystąpiły ceny spekulacyjne. Projektant jako fachowiec zatrudniony przez zamawiającego jest zobligowany do rzeczowego wyjaśnienia wątpliwości związanych z opracowaną przez niego dokumentacją projektową bez konieczności płacenia mu za to dodatkowego wynagrodzenia nawet jeśli to w pojedynczych narusza jego interesy. Dalszy przebieg postępowania zamawiającego zależy od tego w jakim zakresie wystąpią rozbieżności w ilościach robót podczas sprawdzenia.

IV.5.1 Kontrola ilości robót nie wykazuje błędów w ilościach robót

W przypadku, gdy kontrola ilości robót nie wykazuje, żadnych rozbieżności między projektem a przedmiarem i oczekiwanym stanem po wykonaniu robót, a mimo to występują w ofertach spekulacyjne ceny jednostkowe to zamawiający musi sprawdzić, czy cena wykonawcy nie jest ceną :

- 1) rażąco niską;
- 2) zawierającą błąd w obliczeniu ceny lub ceną
- 3) spekulacyjną z innych przyczyn niż spekulacja ilościami robót np. ceną wynikającą ze spekulacji terminem wykonania robót.

W tym przypadku duże znaczenie mają wyjaśnienia wykonawcy. Szczególnie należy wyjaśnić, czy wykonawca ma inne rozeznanie o rzeczywistych ilościach robót do wykonania niż projektant

Cena rażąco niska

Oferta z rażąco niską ceną jest wtedy, gdy jest niewłaściwa proporcja między ceną a wykonywanym za tą cenę świadczeniem. Zgodnie z orzecznictwem przy badaniu takiej ceny należy brać pod uwagę wyłącznie całkowitą cenę oferty. Z reguły pojedyncza cena lub kilka cen jednostkowych spekulacyjnych (tj znacznie zawyżonych lub zaniżonych) nie mają znaczenia przy ocenie, czy dana oferta jest rażąco niska. Tylko wyjątkowych sytuacjach wyraźna dysproporcja między ceną a świadczeniem na skutek zaniżenia pojedynczej ceny jednostkowej może prowadzić do ceny rażąco niskiej. Np. może to być w przypadku, gdy pozycja robót budowlanych z taką ceną stanowi znaczną wartość w stosunku do wartości robót objętych przedmiotem zamówienia.

Cena błędnie obliczona

Przypadek oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny występuje wtedy, gdy złożona w ofercie cena wykonawcy została ustalona z naruszeniem zasad jej obliczenia narzuconych przez zamawiającego. Taka sytuacja występuje najczęściej, np. gdy wykonawca pomija w wycenie robót wartość całej pozycji kosztorysowej lub skalkulował cenę stosując kalkulację mieszaną. tj. kalkulację, w której rozkłada on koszty robót na inne pozycje.

Cena wynikająca z kalkulacji mieszanej można uznać za niezgodną z przepisami ustawy Pzp, ponieważ:

- 1) stanowi formę nie kompletnej oferty;
- 2) ukrywa ona prawdziwe koszty
- 3) uniemożliwia ona transparentne postępowanie
- 4) utrudnia uczciwą konkurencję

IV.5.2 Kontrola ilości robót wykazuje drobne błędy w ilościach robót

W przypadku, gdy kontrola ilości robót wykazuje drobne rozbieżności w ilościach robót, to wówczas należy sprawdzić wpływ tych zmian na wynik postępowania. Jeśli wyliczone ceny ofert na podstawie

skorygowanych ilości robót nie wpływają na zmianę kolejności ofert zamawiający dokonuje ich korekty czekając na zgodę wykonawców. Brak stanowiska ze strony wykonawcy oznacza akceptację działań zamawiającego.

W przypadku, gdy korekta ilości jednak spowodowała zmianę kolejności ofert wówczas zamawiający w opinii autora tego opracowania powinien odrzucić ofertę wykonawcy, który w pozycjach przedmiaru, w których wystąpiły błędy przyjął spekulacyjne ceny jednostkowe i dzięki temu stał się zwycięzcą postępowania. (ww. stanowisko rzadko stosowane w praktyce, ale wydaje się iż znajduje swoje uzasadnienie w przesłankach odrzucenia oferty z tytułu zastosowania przez wykonawcę praktyk mających na celu ograniczenie innym wykonawcom dostępu do uzyskania zamówienia publicznego.)

IV.5.3 Kontrola ilości robót wykazuje znaczące błędy w ilościach robót

W przypadku , gdy kontrola ilości robót wykazuje znaczące rozbieżności w ilościach robót, to wówczas należy unieważnić postępowanie, ponieważ opis przedmiotu zawiera rażące błędy uniemożliwiające zawarcie umowy na zasadach uczciwej konkurencji i równego traktowania.

IV.6 Postępowanie zamawiającego podczas realizacji robót budowlanych w przypadku wystąpienia spekulacyjnych cen jednostkowych

Po ocenie ofert może się zdarzyć, że oferty z cenami spekulacyjnymi zostaną dopuszczone do ścisłego wyboru. Jeśli nastąpi udzielenie zamówienia wykonawcy z ofertą zawierającą jednostkowe ceny spekulacyjne nadzór budowy ze strony zamawiającego powinien dążyć do zapobieżenia lub ograniczenia ewentualnej szkody z tego tytułu poprzez wnikliwą kontrolę wykonania takich robót.

IV.7 Szkody zamawiającego spowodowane cenami spekulacyjnymi

Projektant przygotowując dokumentację ma obowiązek wykonać swoje prace z należytą starannością. To stanowi, że musi on opracować m. in. przedmiar robót bez błędów.

Jeśli tylko zamawiający poniesie szkodę w wyniku nieprawidłowego opracowania dokumentacji projektowej, to może on żądać od projektanta odpowiedniego odszkodowania.

Wysokość szkody materialnej wyrządzonej przez projektanta ustala się poprzez porównanie stanu materialnego zamawiającego po wystąpieniu szkody ze stanem materialnym zamawiającego przed wystąpieniem szkody.

Sam błędnie opracowany przedmiar w większości przypadków nie powoduje wystąpienia szkody u zamawiającego, ponieważ tak i tak zamawiający musi ponieść koszty wynikające z błędów przedmiaru. Dopiero nierozpoznanie w trakcie oceny ofert spekulacji cenowej w odniesieniu do pozycji z błędnie ustalonymi ilościami robót budowlanych, która prowadzi do zmiany kolejności wykonawców (tj. wyboru oferty najkorzystniejszej) może wyrządzić zamawiającemu szkodę.

IV.8 Roszczenia odszkodowawcze i wysokość szkody

W celu ustalenia wysokości roszczeń odszkodowawczych można rozważyć następujący przypadek. Zakładając, że podczas realizacji robót nie doszło do zmiany projektów i nie wystąpiły żadne nieprzewidywalne okoliczności, zmiany ilości robót (w zakresie +/-10%) wystąpiły wyłącznie w wyniku błędów projektanta podczas wyliczenia ilości robót. Dlatego też zostały policzone ostateczne wartości wynagrodzenia wykonawców wg rozpiętości ilości robót od 90 % do 110%

Wykonawca	Cena oferty (zł)	Fikcyjna cena oferty Po zmniejszeniu się ilości robót do 90 %	Fikcyjna cena oferty Po zwiększeniu się ilości robót do 110 %
W1	433.000,00	438.000,00	501.000,00
W2	454.000,00	376.000,00	443.000,00
W3	472.000,00	366.000,00	426.000,00

Wynik obliczeń pokazuje, że przy prawidłowej ilości robót zwycięzcą przetargu byłby wykonawca nr 3 a nie 1. Do takiego wyniku doszedłby zamawiający przy prawidłowo przeprowadzonym postępowaniu, gdyby wykluczono wykonawcę nr 1 lub unieważniono postępowanie. W wyniku wadliwych przedmiarów zamawiający wybrał wykonawcę z oferta o wyższej cenie, co w konsekwencji prowadzi do wystąpienia szkody u zamawiającego.

Wysokość szkody

Na potrzeby wyliczenia wysokości szkody w ww. przypadku zostanie porównana wartość robót wykonanych ostatecznie przez wykonawcę nr 1 z fikcyjną wartością robót wykonawcy nr 3 gdyby on został zwycięzcą przetargu.

W1 – rzeczywista wartość robót wykonawcy nr 1 = 501.000,00

W2 – fikcyjna wartość robót wykonawcy nr 3 = 426.000,00

Różnica = **75.000,00**

Gdyby zamawiający zlecił wykonanie robót wg prawidłowo wyliczonych ilości robot koszt realizacji zamówienia byłby mniejszy o kwotę 75.000,00 zł . W tej wysokości poniósł zamawiający szkodę, którą musi mu naprawić projektant odpowiedzialny za sporządzenie błędnego przedmiaru robót.

Wadliwe przygotowane przez projektantów przedmiary mogą wyrządzić zamawiającemu znaczące szkody. Opis robót w formie dokumentacji projektowej (w tym w formie przedmiaru) oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych stanowi istotny składnik opisu robót, od którego zależy prawidłowość postępowania o zamówienie publiczne. Od rzetelnego ich opracowania zależy także przebieg robót i koszty ich realizacji. Dlatego też zamawiający muszą zwrócić szczególną uwagę na to, aby opisy robót były jednoznaczne, kompletne, wyczerpujące i nie zawierały sprzeczności. Wymogi te dotyczą szczególnie istotnych dla wyceny ilości robót w poszczególnych pozycjach przedmiaru.

Liczne przypadki cen spekulacyjnych muszą być dla zamawiającego i projektanta sygnałem skłaniającym ich do ponownego przeanalizowania prawidłowości ustalonych w przedmiarze ilości robót budowlanych.

Jak pokazuje praktyka, wykonawca rzadko spekuluje w ciemno. Spekulacja opiera się w większości przypadków na gruntownej analizie opisu robót, długoletnim doświadczeniu wykonawcy lub jego wyjątkowej znajomości warunków lokalnych wykonania robót. Ilości robót muszą być ustalone z rzetelnością i szczególną uwagą od samego początku procesu udzielenia zamówienia

IV. 9 Sposoby zapobiegania cenom spekulacyjnym

Zamawiający może przeciwdziałać cenom spekulacyjnym poprzez :

1. Zapewnienie wysokiej jakości dokumentacji projektowej w tym jakości przedmiarów;
2. Kontrolę przedmiarów przez osoby trzecie;
3. Żądanie od projektantów ubezpieczenia od wad związanych z błędami w przedmiarze;
4. Wpisywanie do umów zasad ustalania odszkodowania za ew. szkody związane rozliczeniem błędów różnic między przedmiarem a obmiarem robót
5. Odpowiednie formułowanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisów dot. opisu obliczenia ceny oferty zakazujących składanie tzw. kalkulacji mieszanych,
6. Szczegółowe badanie i analizę kosztorysów ofertowych – poszukiwanie cen spekulacyjnych i ew. ponowna kontrola ilości robót w przedmiarach
7. Odpowiednią kontrolę wykonania robót budowlanych
 - 1) pilnowanie pozycji z zaniżonymi wartościami cen jednostkowych
 - 2) pilnowanie ilości i terminów realizacji robót
 - 3) właściwa ocena i analiza roszczeń wykonawców

ORZECZNICTWO W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

(fragmety informatora UZP)

Wybrane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych dotyczące odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę

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

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

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

Skład orzekający Izby podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, zawarte w przywołanym przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, wyroku z dnia 05.01.2007r., sygn. akt: V Ca 2214/06, tj. że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej. Wykonawca, poprzez swoje wyjaśnienia, domniemania tego nie obalił. Wielokrotnie w doktrynie podnoszono, że orzecznictwo nie wypracowało jednolitego stanowiska, jaka różnica wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej. Przeciwnie, rozbieżności w tym względzie są daleko idące. Zespół Arbitrów w sprawie o sygnaturze akt UZP/ZO/0-696/07 wskazał, że rozbieżności pomiędzy ceną badaną, a wartością szacunkową, powiększoną o podatek VAT, które uzasadniałyby zakwalifikowanie ceny jako rażąco niskiej wynoszą od 40 do 20%. W przedmiotowym postępowaniu z porównania wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej, ze względu na definicję ceny zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach w związku z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, o właściwą stawkę podatku VAT, z ceną brutto oferty odwołującego, wynika, że cena oferty stanowi 71 % tej wartości, a zatem jest od niej niższa o 29%. Znacząca rozbieżność występuje także w relacji do cen ofertowych innych wykonawców. Z ich analizy wynika, że cena oferty odwołującego stanowi 66% średniej ceny pozostałych ofert, 58% oferty najdroższej w tym postępowaniu oraz 73% wartości oferty najtańszej w tym postępowaniu (poza ofertą odwołującego). Niezależnie jednak od tej dodatkowej analizy porównawczej stwierdzić należy, że podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia dokonana przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT, ponieważ szacunek zamawiającego należy uznać za ustalony w sposób prawidłowy. Jego prawidłowość potwierdzają ceny innych wykonawców, zawarte w złożonych przez nich ofertach oraz fakt, że wszyscy wykonawcy, w tym również odwołujący, potwierdzili prawidłowość tego szacunku, poprzez nie oprostowanie tej czynności zamawiającego.

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

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny wybranej oferty, skład orzekający oddalił zarzut, gdyż wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających słuszność zarzutu, opierając się wyłącznie na gołosłownym twierdzeniu, iż cena niższa o 28 % w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, powinna zostać zakwalifikowana jako rażąco niska. Z uwagi na brak ustawowej definicji ceny rażąco niskiej, skład orzekający przywołuje definicję wypracowaną przez orzecznictwo, powtarzaną wielokrotnie w wyrokach również sądów powszechnych, iż ceną rażąco niską jest cena niewiarygodna oderwana całkowicie od realiów rynkowych. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy

oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego opłacalne (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. XIX Ga 3/07). Z samego porównania ceny oferty wybranej z drugą w kolejności ofertą odwołującego wynika, iż różnica w cenie wynosi około 6%, a więc nie można mówić o zaniżeniu ceny w sposób niedozwolony. Potwierdzeniem dla stanowiska Izby, iż cena oferty najkorzystniejszej odpowiada cenom rynkowym, może być również przedłożone przez zamawiającego umowy zawarte w okresie 2008 i 2009 roku, w których wysokość cen jest porównywalna z ceną oferty przedstawioną w rozbiciu na ceny roboczogodzin stanowiących podstawę dla wyliczenia ceny całkowitej oferty. Zaoferowana w ofercie stawka roboczogodziny pracy sprzętu netto wynosi: 75 zł (spycharka z operatorem), 50 zł (ładowarka kołowa z operatorem), 75 zł (ładowarka kołowa 3,4 m³ łyżki wyposażona w wagę dynamiczną z operatorem) oraz 86 zł (ładowarka kołowa 5,0 m³ łyżki wyposażona w wagę dynamiczną z operatorem). Wysokość cen roboczogodziny sprzętu w zawartych umowach wynosi odpowiednio: od 64 zł do 83 zł (spycharka), od 68,50 zł do 85 zł (ładowarka kołowa z wagą, pojemność 3,4 m³).

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

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

Wynika z powyższego że weryfikowanie treści oferty, w sposób jak uczynił to zamawiający również było bezprzedmiotowe. Podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny i weryfikacji tej ceny, nie może być zatem pominięcie wyceny określonego zakresu rzeczowego zamówienia, które jeżeli nastąpi, winno być kwalifikowane jako niezgodność z treścią SIWZ.

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

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

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Jest to tzw. otwarty katalog czynników, które zamawiający może wziąć pod uwagę w trakcie badania wyjaśnień, a więc zamawiający może wziąć pod uwagę również inne czynniki, które w szczególności przedstawi wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. akt V Ca 459/06 „postępowanie wyjaśniające ma (...) utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie” i oferta zawiera rażąco niską cenę lub oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień – na podstawie art. 90 ust. 1 i 3 Pzp – spoczywa ciężar wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast, jak zostało orzeczone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1068/08: „w przypadku złożenia stosownych wyjaśnień poddawanych ocenie przez zamawiającego,

ciężar dowodu co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na odwołującym się. Potwierdza to również [...] wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30.01.2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym sąd stwierdził, iż *Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.* [...]. Podkreślenia wymaga fakt, iż wystąpienie przesłanki z art. 90 ust. 3 zachodzi w sytuacji, gdy dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.”.

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

(Fragmenty informatora UZP)

Brak podpisu na ofercie i globalnej ceny oferty

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 przedmioty 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.

Zawyżone parametry przedmiotu zamówienia

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 wyższym parametrze

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 wszystkim 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.

Brak składowych cenotwórczych dla robót dodatkowych

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 robót 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.

Warunki udziału a niezgodność treści oferty

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 można dotyczyć niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w aspekcie merytorycznym, nie dotyczy zaś podmiotowych warunków wykonawcy.

Brak jednoznacznego wskazania zasad rozliczenia robót

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.

Krótszy termin wykonania

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 Wzorcze 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.

Kosztorys szczegółowy

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.

Błędy w przedmiarze a projekt

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.