

Rodzaje ofert i zasady ich składania

Oferta dodatkowa

Zasady „dogrywki” między wykonawcami, którzy w postępowaniu, gdzie jedynym kryterium jest cena, złożyli oferty z taką samą ceną. W drugim podejściu mogą zaproponować znów taką samą cenę lub niższą, ale nigdy wyższą.

Agnieszka Zaborowska

Prawnik, specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, w tym w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC

Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli takie oferty, do złożenia ofert dodatkowych.

Na mocy art. 91 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwani wykonawcy mają prawo złożyć nową ofertę cenową z jednym zastrzeżeniem: nie może być ona wyższa od poprzednio podanej. Cena może być zatem taka sama, jak zaferowana w ofercie pierwotnej.

Brak odpowiedzi wykonawcy

Tak jak wskazano, wykonawcy – składając oferty dodatkowe – nie mogą zaferować cen wyższych niż zaferowane w złożonych już wcześniej ofertach, bowiem skutkować to będzie odrzuceniem oferty (art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp). Takiej samej sankcji podlega wykonawca, który nie udzielił odpowiedzi na wezwanie

zamawiającego do złożenia oferty dodatkowej. Co natomiast powinien zrobić zamawiający, gdy zwrócił się o złożenie ofert dodatkowych, a obaj wykonawcy w wyznaczonym terminie tego nie zrobili? Zakładając, że wykonawcy nie poinformowali, czy podtrzymują cenę z oferty, a wezwanie do złożenia ofert doręczono skutecznie – zamawiający powinien unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 5 pzp.

Unieważnieniem postępowania w oparciu o powyższą podstawę prawną będzie również skutkowało złożenie ofert dodatkowych zawierających dwie identyczne ceny. Składanie ofert dodatkowych jest bowiem czynnością jednorazową, bez możliwości organizacji kolejnej „dogrywki” między wykonawcami.

Wykluczeni też składają

Warto zaznaczyć, że do złożenia ofert dodatkowych zamawiający wzywa wszystkich wykonawców, którzy zaferowali identyczne ceny – również tych, którzy podlegają wykluczeniu. Takie stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 sierpnia 2010 r. (KIO 1636/10), w którym stwierdziła, że „czynność wezwania wykonawców, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty w tej samej cenie, do złożenia ofert dodatkowych, została dokonana

w zgodzie z postanowieniami art. 91 ust. 5 pzp. Wymieniony przepis nie wymaga, aby wezwanie odnosiło się jedynie do wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, a zamawiający wystosował wymienione wezwanie po uzupełnieniu ofert przez wykonawców”.

Jak prawidłowo wezwać

Wezwanie do złożenia oferty dodatkowej zamawiający może przekazać w dowolnej formie wskazanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (faksem, e-mailem, pocztą). W wezwaniu tym warto jednak pouczyć wykonawców o sankcjach za niezłożenie oferty dodatkowej lub zaoferowanie ceny wyższej od pierwotnej.

Forma oferty dodatkowej

Jedyną formą, w jakiej możliwe jest złożenie przez wykonawcę oferty dodatkowej, jest forma pisemna. Nie ma przy tym znaczenia, czy oferta dodatkowa zostanie przygotowana na formularzu ofertowym, czy też sporządzona na odrębnym formularzu przygotowanym przez zamawiającego lub jeszcze w innej formie. Z uwagi na fakt, iż wszelkie oświadczenia dotyczące m.in. realizacji zamówienia na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i umowie

czy też związania ofertą wykonawca złożył w ofercie dotychczasowej, nie ma potrzeby, aby wykonawca składał ponownie takie same oświadczenia. Oferta dodatkowa może zawierać jedynie nową cenę i nie może dotyczyć innych elementów oferty. Dlatego też, jeżeli wykonawca złoży oświadczenie na innym wzorze niż wymagał zamawiający, nie ma podstaw do odrzucenia takiej oferty.

Oczywiście oferta dodatkowa powinna być złożona przez osobę, która złożyła już wcześniej ofertę, ewentualnie przez podmiot odpowiednio umocowany. Jeżeli ofertę dodatkową składa podmiot inny niż osoba składająca ofertę pierwotną, należy złożyć właściwe pełnomocnictwo. Zasadny wydaje się pogląd, zgodnie z którym niezłączenie takiego dokumentu będzie mogło zostać uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 pzp.

Termin według uznania zamawiającego

Przepisy pzp nie określają terminu, jaki powinien wyznaczyć zamawiający na złożenie oferty dodatkowej. Nie ma zatem podstaw, aby odpowiadał on terminom określonym np. w art. 43 pzp. Jednak termin otwarcia ofert dodatkowych powinien umożliwiać wykonawcom ponowne przeanalizowanie ceny i sporządzenie, a także doręczenie oferty dodatkowej. Ponadto, termin powinien być taki sam dla wszystkich wzywanych wykonawców. Odmienne działanie nie zapewni zachowania uczciwej konkurencji i równego ich traktowania.

Otwarcie ofert

Na zamawiającym spoczywa obowiązek otwarcia ofert dodatkowych. Przepisy pzp nie określają wprost, jak powinno wyglądać to otwarcie. Mając jednak na uwadze zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku ofert dodatkowych art. 86 ust. 2 pzp należy stosować odpowiednio. Zatem otwarcie

ofert dodatkowych powinno być jawne. Zamawiający powinien podać informacje określone w art. 86 ust. 4 pzp, z tym że informacje dotyczące terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności nie będą ulegały zmianie w stosunku do treści oferty złożonej wcześniej. Na wniosek wykonawcy zamawiający przekazuje także informacje, o których mowa w art. 86 ust. 3 i 4 pzp (choć, tak jak wspomniano powyżej, zmieni się tylko informacja w zakresie ceny).

Termin związania

Nieuzasadnione są poglądy, iż wezwanie do złożenia oferty dodatkowej jest równoznaczne z uznaniem, że podana w poprzednio złożonej ofercie cena nie jest wiążąca. Ponadto, bezpodstawne są również twierdzenia, że złożenie oferty dodatkowej wpływa na wydłużenie terminu związania ofertą. Należy bowiem zauważyć, iż termin związania ofertą dodatkową biegnie w taki sam sposób dla wszystkich wykonawców, tj. od dnia otwarcia ofert pierwotnych. Taki stan rzeczy wynika z analizy art. 85 ust. 5 pzp, zgodnie z którym „bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert”. Wykonawca, który złożył ofertę dodatkową, jest przecież przez cały czas związany oświadczeniami zawartymi w ofercie pierwotnej (których nie może zmienić w ofercie dodatkowej). Poza tym może przecież zaoferować taką samą cenę, jak w ofercie złożonej wcześniej.

Identyczne oferty

Tak jak wspomniano wcześniej, wezwanie do złożenia ofert dodatkowych dotyczy tylko postępowań, gdzie jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Ustawodawca nie przewidział jednak rozwiązania dla sytuacji, w której wykonawcy zaoferowali takie same ceny, a także przyznano im taką samą liczbę punktów za inne kryteria oceny ofert. Co zrobić zatem z identycznymi ofertami? Wezwać do złożenia ofert

dodatkowych czy unieważnić postępowanie?

Na zaproponowanie pierwszego rozwiązania może pozwolić wykładnia celowościowa art. 93 ust. 1 pzp. Celem wskazanego przepisu jest przeprowadzenie „dogrywki” między wykonawcami, którzy zaoferowali takie same ceny. Innymi słowy, wskazany przepis dotyczy identycznych ofert. Dlatego też można wnioskować, że przepis ten dotyczy również ofert z takim samym bilansem punktów za wszystkie kryteria oceny ofert. Ponadto, za taką interpretacją może przemawiać fakt, iż katalog przesłanek unieważnienia postępowania przewiduje tylko obowiązek unieważnienia postępowania, gdy złożone zostaną takie same oferty (art. 93 ust. 1 pkt 5 pzp).

Bardziej prawidłowe wydaje się jednak drugie rozwiązanie. Jeżeli pzp nie przewiduje możliwości wezwania do złożenia ofert dodatkowych, gdy w postępowaniu postawiono dodatkowe, poza ceną, kryteria oceny ofert – to oznacza, że zamawiający nie może takiej czynności wykonać. Ustawodawca wprost bowiem określił przesłanki wezwania do złożenia ofert dodatkowych. Dlatego też bezpieczniejszym wyjściem z tej sytuacji będzie dla zamawiającego unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp.

Warto także wspomnieć o sytuacji, gdy wykonawcy zaoferowali taką samą cenę, ale już w zakresie pozostałych kryteriów oceny ofert zostali ocenieni inaczej. Wydaje się, że również w takim przypadku nie ma podstaw do zastosowania art. 91 ust. 5 pzp – z tą różnicą, że zamawiający będzie mógł wybrać ofertę najkorzystniejszą. ▀

Podstawa prawna

- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (DzU z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.)