



ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Wycofałeś złożoną ofertę – masz prawo zażądać jej zwrotu

POSTĘPOWANIE | Wykonawca może odebrać swoje dokumenty, dopóki termin związania nimi nie rozpocznie biegu

Ustawa z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. DzU z 2010 roku, nr 113, poz. 759 z późn. zm., dalej: „ustawa pzp”) dopuszcza możliwość wycofania swojej oferty przed terminem składania. Żeby zrobić to jednak skutecznie, należy doręczyć zamawiającemu odpowiednie oświadczenie w formie pisemnej podpisane przez osobę, która złożyła ofertę, ewentualnie podmiot właściwie umocowany.

Weryfikacja wycofującego

Posiadanie upoważnienia do wycofania oferty jest szczególnie istotne w przypadku, gdy została ona złożona przez konsorcjum. W praktyce bowiem podmiot reprezentujący wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie rzadko posiada upoważnienie do wycofania oferty. Pełnomocnik konsorcjum upoważniony jest zazwyczaj do wniesienia oferty, wyjaśnienia czy środków ochrony prawnej, a także poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem i podpisania umowy. Natomiast z treści pełnomocnictwa uprawnającego do wniesienia oferty nie można a contrario wywodzić, że umocowanie upoważnia także do wycofania oferty. Dlatego też, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości do oświadczenia o wycofaniu powinno się załączyć dokument, z którego wynikałoby wprost omawiane upoważnienie.

Zamawiającemu należy również przedłożyć dokumenty, z których będzie wynikało umocowanie do złożenia takiego oświadczenia lub uprawnienie do ustanowienia pełnomocnika (np. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego).

Zwrócić fizycznie czy zachować w aktach

Oczywisty jest fakt, że aby zweryfikować skuteczność wycofania oferty, organizator przetargu nie może otworzyć wycofanej oferty przed terminem składania ofert (art. 86 ust. 1 ustawy pzp). Zdarzają się jednak przypadki, że zamawiający podczas otwarcia ofert dokonują fizycznego otwarcia również wycofanych ofert i sprawdzają, czy oświadczenie o wycofaniu zostało złożone przez podmioty do tego uprawnione. Takie działania należy jednak uznać za przejaw zbytniego formalizmu. Tym bardziej iż wykonawca, wycofując ofertę, nie musi podawać powodów swojej decyzji. Nie można zatem wykluczyć, że wycofał ofertę po to, aby nikt – nawet kierownik zamawiającego czy członkowie Komisji Przetargowej – nie poznał informacji zawartych w ofercie czy dokumentach do niej załączonych.

Prawidłowo złożone oświadczenie powoduje, iż oferta została wycofana i zamawiający uznaje ją za niebyłą. Wątpliwości budzi jednak fakt, czy

proszący przetarg powinien technicznie zwrócić ofertę, czy też powinien zachować ją w aktach.

Mimo iż ustawa pzp nie reguluje tej kwestii, praktyka pokazuje, iż w ocenie organizatorów przetargów bezpiecznie jest zatrzymać fizycznie ofertę w dokumentacji postępowania (na przykład z obawy, iż wysłana oferta nie dotrze do adresata).

Jednak wydaje się, że przeważają argumenty za technicznym zwrotem oferty. Podstawowe pytanie brzmi bowiem: w jakim celu przez cztery lata (termin wynika z art. 97 ust. 1 ustawy pzp) przechowywać ofertę, która nie miała jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania. Tym bardziej gdy do oferty dołączono na przykład oryginały dokumentów podmiotowych czy kosztowne tłumaczenia. Nie ulega wątpliwości, że zatrzymanie oferty zawierającej takie dokumenty pociąga za sobą przede wszystkim konsekwencje organizacyjno-finansowe dla wykonawcy.

„Organizator przetargu powinien określić chociażby w SIWZ, w jakim terminie i w jaki sposób będzie zwracał wycofane oferty

Fizyczny zwrot oferty wskazany jest najbardziej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których żądano zabezpieczenia oferty wadium. Do oferty mógł zostać bowiem załączony oryginał gwarancji. Z uwagi na fakt, że taki dokument jest – co do zasady – zwracany wystawcy gwarancji, nie ma podstaw do zatrzymania w aktach postępowania takiej oferty. W takich przypadkach zaniechanie zwrotu wycofanych ofert również narażałoby wykonawców na niezasadne koszty.

Instrukcja w specyfikacji

W celu uniknięcia wątpliwości, a przede wszystkim zaoszczędzenia czasu, organizator przetargu powinien określać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w jakim terminie i w jaki sposób będzie zwracał wycofane oferty (na przykład za pośrednictwem poczty, kurierem) ewentualnie, kto będzie ponosił koszty przesłania takiej oferty.

Niestety, w praktyce bardzo rzadko w dokumentacji przetargowej pojawiają się wytyczne, jak należy postępować w przypadku zamiaru wycofania oferty. Zamawiający albo omijają ten temat, albo odwołują się do treści art. 87 ustawy pzp.

Niezasadne zatrzymanie

W przypadku, gdy zamawiający bezzasadnie odmówi fizycznego

zwrotu oferty, wykonawca nie będzie mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej, określonych w ustawie pzp. Aby skutecznie wnieść odwołanie lub informację o czynności niezgodnej z ustawą pzp, wykonawca musi wykazać, iż ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ustawy pzp. W przypadku wycofania oferty wykonawca nie ma szans na uzyskanie zamówienia. Zatem nie spełni się pierwsza z obligatoryjnych przesłanek uprawniających do zaskarżenia przed Krajową Izbą Odwoławczą działań zamawiającego. Takie stanowisko zajęła również **Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 29 stycznia 2010 roku (sygn. akt 1896/09)**, w którym stwierdzono, że „Wycofanie oferty przez wykonawcę uniemożliwia mu racjonalną ochronę jego praw, tj. korzystanie ze środków ochrony prawnej, określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych”.

W związku z tym jedyną możliwością dochodzenia swoich praw jest wniesienie pozwu do właściwego sądu powszechnego.

Wadium jako zabezpieczenie

Warto również zaznaczyć, iż organizator przetargu ma obowiązek (w postępowaniach powyżej progów unijnych) lub możliwość (w postępowaniach poniżej progów unijnych) żądać od wykonawców wniesienia wadium. Jeżeli wykonawca oświadczył, iż wycofuje ofertę i żąda jej zwrotu, zamawiający powinien zwrócić ofertę, ale także zwrócić wadium.

Zgodnie jednak z art. 46 ust. 2 ustawy pzp, aby zamawiający mógł zwrócić wadium, konieczny jest wniosek wykonawcy. Przy czym, skoro oświadczenie o wycofaniu oferty powinno mieć charakter pisemny, tak i w sprawie zwrotu wadium osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy winny złożyć pisemny wniosek. Dopuszczalne jest oczywiście złożenie jednego pisma zawierającego oba oświadczenia.

Na marginesie należy zauważyć, że tak samo jak w przypadku odmowy fizycznego zwrotu oferty, również w przypadku problemów z odzyskaniem wadium – wykonawca nie ma możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej określonych w ustawie pzp i jest zmuszony do skierowania sprawy do sądu powszechnego.

Gdy oferta została złożona w terminie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu czy specyfikacji istotnych wa-

• ZDANIEM AUTORA

Agnieszka Zaborowska

prawnik, specjalista się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, w tym w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC



Nawet gdy to zamawiający zrezygnował z wyłonienia wykonawcy i unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przed terminem składania ofert, a wykonawcy zdążyli już wnieść oferty – to fizyczny zwrot ofert może nastąpić tylko na pisemny wniosek wykonawcy. Natomiast zwrotu wadium zamawiający dokonuje samodzielnie, tj. bez dodatkowego wniosku. Problemem może być jednak zwrot wadium – wykonawcy, który nie żądał zwrotu ofert – wniesionego w formie np. gwarancji. Zamawiający nie może bowiem fizycznie otworzyć oferty zawierającej taki dokument, zabrać oryginał gwarancji, a następnie zwrócić go wykonawcy. ■

runków zamówienia i zaczął już biec termin związania z ofertą, oferta należy do zamawiającego. Wykonawca jest natomiast związany złożonym przez siebie oświadczeniem i nie ma możliwości wycofania oferty czy żądania zwrotu jakichkolwiek dokumentów znajdujących się w ofercie. Taki stan wynika z analizy art. 84 ust. 1 ustawy pzp. Podobne stanowisko wyraziła **Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 czerwca 2010 roku (sygn. akt 1058/10)**, zgodnie z którym „Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji odwołania/wycofania oferty po jej otwarciu lub jej jakichkolwiek zmianach poza zmianami dokonywanymi przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Jedynym wyjątkiem jest możliwość odzyskania projektów, rysunków, modeli, próbek, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów (art. 97 ust. 2 ustawy pzp). Zamawiający dokonuje zwrotu wskazanych materiałów jedynie na wniosek wykonawców, których oferty nie zostały wybrane. W zakresie wyżej wskazanych dokumentów załączonych do oferty najkorzystniejsze stanowisko zajął Urząd Zamówień Publicznych, który wskazał, że czynnością niezgodną z ustawą pzp byłoby zwrócenie takich materiałów wykonawcy, z którym zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego. W takim przypadku bezwzględny obowiązek zamawiającego jest zatrzymanie wszelkich dokumentów w celach dowodowych.

Jeżeli jednak wykonawca chciałby zrezygnować z udziału w postępowaniu, musi się liczyć z konsekwencją utraty wadium (jeżeli było wymagane). Jednakże, nawet w tej sytuacji nie będzie

on posiadał możliwości fizycznego zwrotu oferty czy dokumentów do niej załączonych (z wyjątkiem materiałów, o których mowa w art. 97 ust. 2 ustawy pzp).

Techniczny zwrot oferty, po terminie składania ofert, jest możliwy tylko, gdy oferta została złożona po upływie przedmiotowego terminu. W takiej sytuacji zamawiający jest zobowiązany do niezwłocznego zwrotu oferty – w przypadku postępowania o wartości niższej od „progów unijnych”. Z kolei w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp – zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawcę o złożeniu oferty po terminie oraz zwraca ofertę po upływie terminu do wniesienia odwołania.

Po raz drugi

Nie można wykluczyć również takiej sytuacji, że w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca złoży ofertę, którą później wycofa. Następnie wykonawca ponownie złoży ofertę (o ile nie upłynął jeszcze termin). Czy w tym przypadku wykonawca będzie związany drugą ofertą? Nad przedmiotową kwestią pochyliła się **Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z 3 listopada 2011 roku, sygn. akt 2277/11)** która stwierdziła, iż składając ponownie ofertę, dany podmiot stanie się znów wykonawcą, którego oferta może zostać uznana za najkorzystniejszą. Tym samym nie ma znaczenia, ile razy wycofa się oferty w danym przetargu. Ważne jest, aby ostatnia oferta była złożona przed terminem składania ofert.

– Agnieszka Zaborowska