

Oferty wariantowe – praktyczne zastosowanie

AGNIESZKA ZABOROWSKA

Art. 218 ust. 1 Zgodnie z przepisami Pzp¹ zasadą jest, że wykonawca w postępowaniu może złożyć tylko jedną ofertę. Jak od każdej zasady i od tej są wyjątki. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca może złożyć więcej niż jedną ofertę w następujących przypadkach:

1. oferta wariantowa w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne **Art. 92 ust. 1**
2. oferta wariantowa w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne **Art. 92 ust. 1 w zw. z art. 266**
3. oferta wariantowa w zamówieniach sektorowych **Art. 92 ust. 1 w zw. z art. 362**
4. oferta wariantowa w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa **Art. 403 ust. 1**
5. oferta dodatkowa w przypadku jednakowej punktacji i tożsamej najniższej cenie lub najniższym koszcie **Art. 248 ust. 3**
6. oferta dodatkowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia z zastosowaniem ceny lub kosztu jako jedynego kryterium **Art. 249**
7. oferta dodatkowa w przypadku ofert o takim samym koszcie **Art. 250 ust. 2**

W niniejszym artykule opisana zostanie możliwość złożenia oferty wariantowej, według zawartego powyżej opisu (pkt 1–4).

Oferta wariantowa jest to oferta, która zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, wskazuje na odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Chodzi na przykład o odmienny rodzaj technologii wykonania lub rozwiązań technologicznych.² Tym samym, jeżeli zamawiający dopuścił lub postawił wymóg składania ofert wariantowych, wykonawca może zaproponować stosowanie innych materiałów, niż przewidywał zamawiający, albo rozwiązań technicznych, których zamawiający nie przewidział, opisując sposób wykonania zamówienia.

Odmienność może odnosić się zarówno do przedmiotu zamówienia jako całości, jak i do niektórych jego elementów.

Art. 92 ust. 1 OFERTA WARIANTOWA ZGODNA Z PRZEDMIOTEM ZAMÓWIENIA

W poprzednim stanie prawnym – oferta wariantowa posiadała swoją definicję legalną. Zgodnie z art. 2 pkt 7 Pzp z 2004 r.³ przez ofertę wariantową należało rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego.

W aktualnie obowiązującej ustawie ustawodawca nie zawarł legalnej definicji „oferty wariantowej”. W art. 92 Pzp wskazano, że oferta wariantowa musi być związana z przedmiotem zamówienia.

Oferta wariantowa, to nie tylko oferta przewidująca odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia (zgodnie z poprzednią ustawą) – skoro bowiem oferta wariantowa ma być zgodna z przedmiotem zamówienia – to tym samym zasadniczo w obecnie obowiązującej ustawie zmieniono jej formułę.

Od stycznia 2021 r. funkcjonuje zatem nowy model oferty wariantowej, która zasadniczo ma spełniać tylko jeden warunek – ma być zgodna z przedmiotem zamówienia.

INFORMACJA OFERCIE WARIANTOWEJ

To czy zamawiający dopuści składanie oferty wariantowej zależy tylko od jego indywidualnej decyzji, jako gospodarza postępowania. Zamawiający nie musi uzasadniać swojego wyboru. Oznacza to, że wykonawca nie może samodzielnie zdecydować o złożeniu oferty wariantowej, jeżeli zamawiający nie dopuścił takiego rozwiązania.

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

² Tak: KIO w wyroku z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 691/23.

³ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Brak sformułowania stosownych postanowień w ogłoszeniu o zamówieniu oznacza, że wymaganie odnośnie możliwości lub obowiązku złożenia oferty wariantowej w danym postępowaniu nie występuje, gdyż wymaga ono jednoznacznego zakomunikowania wykonawcom w dokumentach zamówienia.

Nie można wywodzić możliwości złożenia oferty wariantowej w sposób dorozumiany z jakichkolwiek innych postanowień SWZ, w szczególności. wówczas gdy odpowiednie jednoznaczne postanowienia w tym zakresie nie zostały przez zamawiającego zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu.⁴

Jeżeli złożenie oferty wariantowej zostanie dopuszczone – to informacje o dopuszczeniu lub wymaganiu złożenia oferty wariantowej znajdują się w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie było wymagane, w dokumentach zamówienia.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że będzie to informacja o możliwości złożenia oferty wariantowej wraz z ofertą podstawową albo zamiast oferty podstawowej.

Art. 92 ust. 1 Innymi słowy, z uwagi na użycie w art. 92 ust. 1 Pzp łącznika „albo” (alternatywa rozłączna) – zamawiający może wybrać tylko jeden ze sposobów złożenia oferty wariantowej:

1. albo złożenie oferty wariantowej wraz z ofertą podstawową,
2. albo złożenie oferty wariantowej zamiast oferty podstawowej

Jeśli zamawiający przewidział jedynie możliwość złożenia oferty wariantowej, wykonawca może, lecz nie musi jej składać.

Art. 92 ust. 2 **MINIMALNE WYMOGI I KRYTERIA OCENY OFERT**

Jeżeli zamawiający wymaga lub dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej, określa w dokumentach zamówienia:

1. minimalne wymagania dla oferty wariantowej, oraz wymagania dotyczące ich składania, w szczególności informację o możliwości złożenia oferty wariantowej wraz z ofertą podstawową albo zamiast oferty podstawowej
2. kryteria oceny ofert, w sposób zapewniający możliwość ich zastosowania zarówno w odniesieniu do oferty podstawowej, jak i oferty wariantowej.

Minimalne wymagania są „związane z alternatywnym sposobem wykonania przedmiotu zamówienia, co ma w konsekwencji bezpośredni wpływ na ocenę złożonych ofert”.⁵

Wymogi dla oferty wariantowej winny być zgodne z przedmiotem zamówienia, powinny zawierać tylko niezbędne i kluczowe dla zamawiającego elementy. Poza tym wykonawca powinien mieć możliwość dowolnego zaaranżowania zamówienia zgodnie z przyjętą przez siebie koncepcją.

Zgodnie z doktryną minimalne wymagania mogą to być: „zarówno niezbędne wymogi techniczne stawiane wobec przedmiotu zamówienia, jak i np. wymagania w zakresie uciążliwości dla środowiska lub najczęściej spotykane minimalne wymogi w zakresie funkcjonalności i efektu, jak ma być uzyskany w wyniku realizacji zamówienia”.⁶

Ponadto zamawiający zobowiązany jest do określenia w dokumentach zamówienia kryteriów oceny ofert, w sposób zapewniający możliwość ich zastosowania zarówno w odniesieniu do oferty podstawowej, jak i oferty wariantowej.

Art. 240 i art. 241 **Dokonując opisu kryteriów oceny ofert dla ofert wariantowych – zamawiający jest zobowiązany przestrzegać ogólnych wytycznych określonych w art. 240 oraz art. 241 Pzp.**

PRZYKŁAD ZAPISÓW SWZ

Warto też przytoczyć (w celowo uproszczony sposób), jak można określić w SWZ zapisy o ofercie wariantowej. Należy zastrzec jednocześnie, że zapis odnoszący się do oferty wariantowej każdorazowo powinien być dostosowany do potrzeb danego zamówienia publicznego.

Przykładowo:

„Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej przewidującej odmienny niż określony w SWZ sposób wykonania zamówienia, przy czym wykonawca składa ofertę podstawową lub ofertę wariantową. Oferta wariantowa podlega ocenie według tych samych kryteriów oceny ofert co oferta podstawowa.”

⁴ Tak: KIO w wyroku z dnia 31 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 30/22.

⁵ Tak: KIO w wyroku z dnia 25 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 710/12.

⁶ Tak: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. VII, WKP 2018 r.

„Warunki złożenia oferty wariantowej: dopuszcza się odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego przy zachowaniu parametrów użytkowych obiektu określonych w załączonym do SWZ projekcie, bez konieczności zmiany decyzji ZRID. Oferta wariantowa winna zawierać opis techniczny określający sposób wykonania elementów budowl i technologii wykonania elementów budowl.”

NIEZŁOŻENIE OFERTY WARIANTOWEJ

Jak już wcześniej wskazano – zamawiający może albo dopuścić dobrowolne złożenie oferty wariantowej, albo nałożyć na wykonawcę obowiązek jej złożenia.

Jeśli zamawiający dopuści fakultatywnie złożenie oferty wariantowej, wtedy wykonawcy będą mieli wybór co do możliwości jej złożenia. Brak złożenia oferty wariantowej w takim przypadku – nie powoduje żadnych ujemnych konsekwencji względem wykonawcy, który z uprawnienia nie skorzysta.

Art. 226 ust. 1 pkt 15 Jeśli jednak zamawiający będzie obligatoryjnie wymagał złożenia oferty wariantowej, to w przypadku braku złożenia wymaganej oferty wariantowej – zaktualizuje się przesłanka określona w art. 226 ust. 1 pkt 15 Pzp, czyli odrzucenie oferty wykonawcy.

Zamawiający zobligowany jest do odrzucenia oferty również wtedy, gdy oferta wariantowa nie spełnia minimalnych wymagań określonych w tym zakresie przez zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Art. 226 ust. 2 W tym miejscu warto również podkreślić, że zgodnie z art. 226 ust. 2 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi oferta wariantowa nie podlega odrzuceniu tylko z tego powodu, że jej wybór prowadziłby do udzielenia zamówienia na usługi w miejsce zamówienia na dostawy albo do udzielenia zamówienia na dostawy w miejsce zamówienia na usługi.

Art. 218 ust. 1 **Należy zastrzec, że oferta wariantowa nie jest tożsama z ofertą, w której wykonawca przedstawia kilka sposobów realizacji zamówienia, gdyż tego typu oferta stanowi złożenie więcej niż jednej oferty, a więc stanowi naruszenie zakazu określonego w Pzp i jako taka podlega odrzuceniu.**

Art. 226 ust. 1 pkt 5 Zatem zaproponowanie materiałów lub urządzeń niezgodnych z wymaganiami określonymi w SWZ – nie stanowi oferty wariantowej. Okoliczność taka może być rozpatrywana w kategorii ewentualnej niezgodności oferty z postanowieniami specyfikacji warunków za-

mówienia lub też zaproponowaniem rozwiązań równoważnych, o ile wykonawca powołuje się na takie rozwiązanie.

KORZYŚCI OFERTY WARIANTOWEJ

Brzmienie art. 92 Pzp pozostaje zgodne z dyrektywą 2014/24/UE⁷, w której w motywie 48 preambuły ustawodawca unijny wskazał, że:

„Z uwagi na znaczenie innowacji instytucje zamawiające należy zachęcać do jak najczęstszego dopuszczania ofert wariantowych. W związku z tym należy zwrócić ich uwagę tych instytucji na konieczność określenia minimalnych wymogów, jakie takie oferty wariantowe muszą spełnić, przed wskazaniem, że oferty wariantowe są dopuszczalne.”

Zamawiający wyjątkowo rzadko decydują się na dopuszczenie w postępowaniu składania ofert wariantowych. Tymczasem, już ponad dekadę temu Urząd Zamówień Publicznych propagował korzystanie z tej instytucji, wskazując na jej ogromne zalety.

Przykładowo UZP wskazywał chociażby na takie plusy korzystania z instrumentu jakim jest dopuszczenie składania ofert wariantowych w postępowaniu, jak:

- (i) umożliwienie złożenia ofert innowacyjnych, przełamujących istniejące standardy lub wychodzących poza znane opracowania projektowe, a także
- (ii) oferowanie rozwiązań, które z punktu widzenia wykonawcy, są właściwsze, nowocześniejsze, przynoszą korzystne rezultaty, przy zachowaniu zasady nie ograniczania konkurencji⁸.

Wskazane już w 2011 r. przez UZP postulaty w tej mierze zachowują aktualność do dnia dzisiejszego.

⁷ Dyrektywa 2014/24/UE (klasyczna).

⁸ Tak: *Instrumenty nowego podejścia do zamówień publicznych – broszura informacyjna*, Urząd Zamówień Publicznych, wyd. UZP 2011.



AGNIESZKA ZABOROWSKA

Adwokat, założyciel Kancelarii Adwokackiej Zaborowska. Specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, głównie w zakresie takich branż jak: budownictwo, IT, energetyka, sektor medyczny oraz edukacja. Ekspert w zakresie warunków kontraktowych FIDIC. Autorka wielu publikacji dotyczących zamówień publicznych.