



PIERÓG
& Partnerzy

Na zgłaszane przez Państwa pytania, wątpliwości bądź sygnalizowane niejasności przepisów, odpowiadają prawnicy specjalizujący się w problematyce zamówień publicznych z Kancelarii Pieróg & Partnerzy, która sprawuje merytoryczny patronat nad tą rubryką.

**Dzisiaj na pytania Czytelników
odpowiada Katarzyna Dubowska, prawnik z Kancelarii Prawnej
Pieróg & Partnerzy.**



Prawnik podpowiada

INFORMACJA O NIEUDZIELENIU ZAMÓWIENIA

Czy istnieje obowiązek przygotowania ogłoszenia o nieudzieleniu zamówienia? W formularzu BZP i w formularzu ogłoszeń przesyłanych do publikacji w TED są miejsca na uzupełnienie informacji o nieudzieleniu zamówienia. Jakie są konsekwencje nieprzesłania takiej informacji?

Aktualnie obowiązujące przepisy Prawa zamówień publicznych jedynie w przypadku tzw. zamówień „in house” oraz usług społecznych udzielanych na podstawie art. 138o Pzp wymagają przekazania informacji o nieudzieleniu zamówienia. Powyższe przykłady nie dotyczą jednak zagadnienia przedstawionego w pytaniu, bowiem te rozwiązania przewidują obowiązek zamieszczenia informacji w Biuletynie Informacji Publicznej (albo na stronie internetowej w przypadku braku strony podmiotowej w Biuletynie). Ich publikacja nie następuje zatem przy użyciu formularzy dedykowanych ogłoszeniom o udzieleniu zamówienia.

W zakresie dotyczącym postępowań przeprowadzonych w innych procedurach, które nie zakończyły się zawarciem umowy nie przewidziano obowiązku przedstawienia informacji o nieudzieleniu zamówienia w formularzach ogłoszeń, a zatem ich brak nie powoduje żadnych negatywnych konsekwencji, pomimo występowania rubryk dedykowanych uzupełnieniu takich danych.

Należy zauważyć, iż sytuacja ulegnie zmianie w 2021 roku, gdyż w nowym Prawie zamówień publicznych w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne, w miejsce obowiązku zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszeń o udzieleniu zamówienia, wprowadzono wymóg zamieszczenia ogłoszeń o wyniku postępowania. O ile treść art. 216 ust. 3 w zasadniczym stopniu odpowiada dotychczasowemu art. 67 ust. 13 pkt. 2 (ogłoszenie o nieudzieleniu zamówienia w postępowaniu przeprowadzonym w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt. 12–15), o tyle w przypadku postępowań klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne wymagane będzie zamieszcze-

nie informacji o wyniku postępowania (w tym unieważnieniu).

Zgodnie z brzmieniem art. 309 ust. 1 nowej ustawy Pzp zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania zawierające informację o udzieleniu zamówienia lub unieważnieniu postępowania. W odniesieniu do kwestii dotyczącej unieważnienia postępowania wymaga podkreślenia, że jedną z przesłanek odmiennie niż w aktualnie obowiązującym stanie prawnym jest sytuacja, w której wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 255 pkt. 7). W odniesieniu do postępowań o wartości przekraczającej progi unijne nie wskazano analogicznego obowiązku zamieszczenia w ogłoszeniu danych o wyniku postępowania (unieważnieniu).

Wymaganie przekazania informacji o unieważnieniu postępowania lub nieudzieleniu zamówienia w oparciu o jakąkolwiek inną podstawę nie zostało również zawarte w treści załącznika V części D dyrektywy klasycznej 2014/24/UE ani w treści załącznika nr XII dyrektywy sektorowej 2014/25/UE, określających zawartość tych ogłoszeń.

WEZWANIE DO WYJAŚNIEŃ CENY OFERTY W PONOWNIE WSZCZĘTYM POSTĘPOWANIU

Wykonawca w postępowaniu przedstawił prawidłowe wyjaśnienia ceny. Postępowanie zostało unieważnione i wszczęte ponownie. W nowym postępowaniu wykonawca złożył ofertę za tę samą cenę i znowu wystąpiła podstawa do wezwania go do wyjaśnień (art. 90 ust. 1a pkt. 1). Czy w związku z tym, że w poprzednim postępowaniu wykonawca przedstawił dobre wyjaśnienia można odstąpić od wezwania?

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1a pkt. 1 Pzp okolicznością umożliwiającą odstąpienie od żądania przed-

stawienia wyjaśnień w przedmiocie kalkulacji ceny oferty jest sytuacja, w której rozbieżność (różnica co najmniej 30%) pomiędzy ceną całkowitą, a wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. W innych sytuacjach zamawiający zgodnie z przytoczonym przepisem zobowiązany jest wezwać wykonawcę do wykazania, że cena złożonej oferty nie jest ceną rażąco niską.

W orzecznictwie i doktrynie za sytuację, w której rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych niewymagających wyjaśnienia przyjmuje się m.in. ustalenie wartości zamówienia na znacznie wyższym poziomie niż realia rynkowe wynikające ze złożonych ofert (przeszacowanie),¹ nadmierne zawyżenie ceny przez wykonawcę powodujące wysoką średnią arytmetyczną złożonych ofert.² Literalne brzmienie art. 90 ust. 1a pkt. 1 dotyczy oceny przez zamawiającego przyczyn leżących u podstaw rozbieżności i nie odnosi się do dysponowania informacjami o prawidłowym obliczeniu ceny oferty (zaśladnień merytorycznych).

Przepisy Pzp dotyczące omawianego zakresu nie zawierają analogicznej jak w przypadku art. 26 ust. 6 regulacji, która wprost umożliwiałaby odstąpienie przez zamawiającego od wezwania, jeżeli dysponowałby on odpowiednimi dokumentami złożonymi przez wykonawcę w innych okolicznościach. Z drugiej strony przy założeniu niezmienności postanowień SIWZ i braku wystąpienia okoliczności faktycznych wskazujących na powinność uwzględnienia w cenie np. dodatkowych ryzyk, wezwanie do wyjaśnień w sytuacji, gdy zamawiający posiada wiedzę, iż cena oferty nie jest rażąco niska byłoby niewątpliwie niecelowe, stanowiło „sztukę dla sztuki” i służyłoby wyłącznie formalnej poprawności przeprowadzenia postępowania.

¹ KIO 1968/18.

² KIO 2499/18.

W ocenie autorki przepis wskazany w art. 90 ust. 1a pkt. 1 obligujący do wezwania do wykonawcy wyjaśnienia ceny oferty należy interpretować przede wszystkim w odniesieniu do treści całego art. 90 zwłaszcza, że regulacja zawarta w ust. 1a konkretyzuje ust. 1 wskazujący na obowiązek zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w przypadku, gdy cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Okoliczności wskazane w art. 90 ust. 1a pkt. 1 należy rozumieć w ten sposób, iż sytuacja wystąpienia rozbieżności o co najmniej 30% pomiędzy ceną oferty a szacunkową wartością powiększoną o podatek lub średnią arytmetyczną stanowi podstawę powzięcia przez zamawiającego wątpliwości odnośnie prawidłowości kalkulacji ceny oferty. *A contrario*, jeżeli sytuacja nie powoduje wątpliwości (zagadnienie prawidłowości wyceny zostało wyjaśnione wcześniej) obowiązek zwrócenia się o wyjaśnienia określony w tym przepisie nie powstanie.

Choć literalne brzmienie ust. 1a pkt. 1 wskazuje na konieczność zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień należy podkreślić, że zgodnie z poglądem wyrażonym w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2004 r. w wyjątkowych sytuacjach wolno odstąpić od literalnego brzmienia przepisu, m. in. gdy wykładnia językowa pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią innych norm, prowadzi do absurdalnych z punktu widzenia społecznego lub ekonomicznego konsekwencji.³

Zdaniem autorki w analizowanym stanie faktycznym, przy uwzględnieniu przedstawionych wcześniej założeń materializuje się okoliczność wystąpienia absurdalnych z punktu widzenia ekonomicznego konsekwencji, gdyż jak wskazano wiedza zamawiającego odnośnie prawidłowości wyceny zakresu zamówienia oraz prawdopodobieństwo uzyskania tych samych wyjaśnień w skutek wezwania do ich złożenia przedłużyłoby jedynie czas trwania postępowania, gdyż wnioski płynące z ich oceny byłyby niezmiennie. W przypadku natomiast niezłożenia przez wykonawcę wyjaśnień oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu przy stwierdzeniu domnie-

mania ceny rażąco niskiej (art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp). Domniemanie to nakazywałoby przyjęcie założenia nierealności ceny oferty, co byłoby wnioskiem absurdalnym wobec wiedzy zamawiającego o jej prawidłowości.

Jednocześnie należy podkreślić, iż poza niezmiennością przedmiotu zamówienia ocenie zamawiającego powinna podlegać sytuacja towarzysząca złożeniu oferty. Przykładowo, gdyby unieważnione postępowanie zostało przeprowadzone w okresie poprzedzającym obostrzenia związane z epidemią, a postępowanie ponownie wszczęte odbyłoby się w okresie obowiązku dostosowania do nowych wymagań prowadzenia działalności gospodarczej w dobie zagrożenia koronawirusem, nie można wykluczyć, iż w przypadku takiej samej ceny w obu postępowaniach zamawiający mógłby powziąć wątpliwości odnośnie prawidłowości jej obliczenia (np. w związku z wprowadzonymi obowiązkami zapewnienia pracownikom środków ochrony osobistej czy ryzyk dotyczących zastępstw w przypadku konieczności odbycia kwarantanny lub izolacji).

Wobec sytuacji, w której zamawiający dysponuje wyjaśnieniami ceny potwierdzającymi jej prawidłowość i nie zachodzą inne podstawy stwierdzenia, iż mogłaby ona nosić znamiona rażąco niskiej nie jest on zobowiązany do skierowania do wykonawcy wezwania na podstawie art. 90 ust. 1a pkt. 1 Pzp. Ocena możliwości odstąpienia od wezwania w przypadku dysponowania wcześniejszymi wyjaśnieniami powinna zostać dokonana każdorazowo względem konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszelkich towarzyszących postępowaniu okoliczności.

PRZESŁANIE INFORMACJI O WSZCZĘCIU POSTĘPOWANIA

Czy w odniesieniu do treści art. 11b ust. 2 istnieją jakieś ograniczenia (podmiotowe, terminowe) przesłania wykonawcom informacji o wszczęciu postępowania?

³ Uchwała SN z dnia 14.10.2004 r. III CZP 37/04.

Zgodnie z brzmieniem art. 11b ust. 2 Pzp zamawiający może, po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu, bezpośrednio poinformować o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą dostawy, usługi lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia. Przepis nie zawiera ograniczeń dotyczących terminu przekazania informacji o wszczęciu postępowania, lecz w związku z celem, któremu ma służyć, takie zawiadomienie powinno zostać dokonane z odpowiednim wyprzedzeniem pozwalającym na przygotowanie i złożenie ofert. W sytuacji powiadomienia wykonawców przykładowo w przededniu składania ofert, zastosowanie przepisu byłoby niecelowe.

Zagadnieniem mogącym budzić wątpliwości jest krąg wykonawców, którym zamawiający powinien przekazać informację, jeżeli zdecyduje się na zastosowanie omawianego rozwiązania. W doktrynie podkreśla się, że zamawiający powinien poinformować wszystkich znanych sobie wykonawców w branży dotyczącej danego przedmiotu zamówienia, a nie tylko niektórych.⁴

Zamawiający we wszystkich podejmowanych w postępowaniu czynnościach zobowiązany jest do działania zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Decydując się zatem na powiadomienie wykonawców o wszczęciu postępowania powinien działać stosując zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

⁴ J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych Komentarz, 2019 r., wyd. 15; A. Gawrońska-Baran, Zawiadomienie potencjalnych wykonawców o wszczęciu postępowania [Legalis].

**Pytania, z dopiskiem
„Prawnik podpowiada”,
prosimy kierować
na adres:
redakcja@publicus.pl**

*To miejsce czeka na
Twoją reklamę!
Zadzwoń, napisz!*

tel. (22) 610 10 99
e-mail: redakcja@zpdoradca.pl

*To miejsce czeka na
Twoją reklamę!
Zadzwoń, napisz!*

tel. (22) 610 10 99
e-mail: redakcja@zpdoradca.pl