

*Ryszard Szostak*

## **Elektroniczna aukcja uzupełniająca w zamówieniach publicznych**

### **Wprowadzenie**

W nowych dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE oraz 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r.<sup>1</sup> zwrócono uwagę na powszechny wzrost znaczenia aukcji elektronicznych w stosunkach gospodarczych, dostrzegając, że rozwiązania konstrukcyjne aukcyjnego wyboru oferty mogą być wykorzystywane także do sprawnego udzielania zamówień publicznych. Zdecydowano się więc na ustalenie wspólnotowej definicji aukcji oraz techniczno-prawnych reguł jej przebiegu celem zapewnienia pełnej zgodności tego trybu kontraktowania z zasadami równego traktowania konkurentów i niedyskryminacji (zachowania uczciwej konkurencji) oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W preambule do podstawowej dyrektywy 2004/18/WE (pkt 14) zastrzega się, że aukcje elektroniczne mogą być stosowane przy udzielaniu zamówień na dostawy, usługi lub (nawet) roboty budowlane wyłącznie w sytuacji, w której możliwe jest precyzyjne określenie przed-

---

<sup>1</sup> Pierwsza to wyspecjalizowana dyrektywa w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, druga zaś mająca ogólne zastosowanie poświęcona jest koordynacji zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, opublikowane zostały w OJ L 134, p. 1, 114, 30.04.2006 r.

miotu zamówienia. Pozostałe okoliczności zamówienia muszą spełniać takie warunki, aby umożliwić stworzenie odpowiedniego rankingu oferentów na dowolnym etapie aukcji elektronicznej. Zgodnie z dalszą dyspozycją preambuły korzystanie z aukcji elektronicznej umożliwi instytucjom zamawiającym zapraszanie oferentów do przedstawiania nowych, coraz to bardziej obniżonych cen oraz – przy spełnieniu pewnych kryteriów – także zapraszanie do polepszenia (na korzyść zamawiającego) innych niż cena elementów oferowanej umowy.

Z uwagi na konieczność zagwarantowania przestrzegania zasady przejrzystości przedmiotem aukcji elektronicznych mogą być jedynie te elementy propozycji ofertowych, które nadają się do automatycznej oceny, bez jakiegokolwiek ingerencji, nawet w zakresie samej kwalifikacji formalnej ze strony zamawiającego (organizatora) aukcji. Liczą się wyłącznie elementy wymierne, które mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej, natomiast postanowienia ofert wymagające oceny elementów niewymiernych w ogóle nie mogą być obejmowane kryteriami aukcji elektronicznych. W szczególności szereg zamówień budowlanych, a także niektóre zamówienia na usługi, zwłaszcza dotyczące świadczeń o charakterze intelektualnym (np. prac projektowych) należy, zdaniem ustawodawcy europejskiego, wykluczyć z aukcyjnego sposobu udzielania zamówień publicznych. W preambułach obu dyrektyw podkreśla się ponadto, że wykorzystanie środków elektronicznych prowadzi do znacznej oszczędności czasu i może przyczynić się do poprawy przejrzystości postępowania, a także (z uwagi na automatyczną ocenę ofert i efektywną osłonę dowodową) do ograniczenia zagrożeń korupcyjnych. Z drugiej strony zastosowanie aukcji elektronicznej wykorzystać można w celu kamuflażu praktyk ograniczających konkurencję, zwłaszcza gdy nie wszyscy potencjalni konkurenci dysponują wystarczającymi możliwościami technicznymi do włączenia się do tego rodzaju procedury. Dlatego w obu dyrektywach zastrzega się, że ustawodawca krajowy nie może stwarzać podstaw do wykorzystania aukcji elektronicznej w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub choćby zakłócający konkurencję ani też w celu zmiany przedmiotu zamówienia określonego w ogłoszeniu o zamówieniu i opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Implementacja rozwiązań europejskich do prawa polskiego nastąpiła na mocy ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo

zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych<sup>2</sup>. W granicach dyspozytywnych postanowień dyrektywy elektroniczną aukcję uzupełniającą dopuszczono jako postępowanie ofertowo-porównawcze oparte wyłącznie na jednym kryterium - cenowym.

Dyrektywy ustalają wspólnotowe zasady organizowania aukcji wzbogacającej tradycyjną procedurę otwartą (przetarg pisemny) oraz odmiennego nieco przetargu elektronicznego powtarzalnego, organizowanego w ramach szerszego pojęciowo, tzw. dynamicznego sposobu dokonywania zakupów, natomiast dopuszczalność i granice zastosowania najbardziej zbliżonej do tradycyjnej licytacji elektronicznej aukcji samodzielnej pozostawiają w domenie prawa krajowego<sup>3</sup>. Ustawodawca krajowy może ją wszakże dopuścić tylko do udzielania zamówień o wartości poniżej europejskiego progu kwotowego (zasadniczo do wartości 137 tys. euro, a przy zamawianiu robót budowlanych do 5278 tys. euro). W większości krajów zachodnioeuropejskich od pewnego czasu korzysta się już z aukcji samodzielnej, zwłaszcza przy jednostkowych zakupach przedmiotów z zakresu tzw. zaopatrzenia publicznych instytucji zamawiających. W Polsce aktualna jest ona dopiero od 2004 r. przy zamawianiu dostaw (ostatnio także usług), z zastosowaniem wyłącznie kryterium najniższej ceny (wynagrodzenia)<sup>4</sup>.

### **Konstrukcja prawna**

Według art. 54 dyrektywy 2004/18/WE państwo członkowskie może dopuścić zastosowanie aukcji uzupełniającej w ramach procedur przetargowych, a nawet procedury negocjacyjnej uruchamianej na podstawie publicznego ogłoszenia<sup>5</sup>. Prawna natura pozostałych procedur udzielania zamówień nie zezwala na ich rozszerzenie o etap aukcyjnej selekcji ofert.

---

<sup>2</sup> Dz.U. Nr 79, poz. 551, znowelizowana ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) powoływana dalej jako: p.z.p.

<sup>3</sup> Por. R. Szostak, *Aukcja elektroniczna w świetle prawa zamówień publicznych*, Rejent 2004, nr 10, s. 116 i nast.

<sup>4</sup> Por. W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych – Komentarz* (red. T. Czajkowski), Urząd Zamówień Publicznych w Warszawie 2004, s. 195 i nast.

<sup>5</sup> Por. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych – Komentarz*, Kraków 2006, s. 430.

Aukcja elektroniczna może być też dopuszczona tytułem tzw. wznowienia zamówienia w trybie konkurencyjnym przez jego zaofiarowanie sygnatariuszom wielostronnej umowy ramowej<sup>6</sup>. Ustawodawca polski zrezygnował jednak z tej możliwości, postanawiając, że udzielanie zamówień jednostkowych w wykonaniu umowy ramowej następuje w trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji prowadzonych wyłącznie z udziałem sygnatariuszy umowy ramowej. Uzupełniające zastosowanie aukcji elektronicznej przekształca procedurę przetargową (negocjacyjną) w swoiste postępowanie dwustopniowe (hybrydowe) prowadzone na zróżnicowanych zasadach.

Według definicyjnego art. 1 ust. 7 dyrektywy 2004/18/WE przez elektroniczną aukcję uzupełniającą rozumie się powtarzalny proces składania oświadczeń przy wykorzystaniu urządzenia elektronicznego do przedstawiania coraz to nowych, obniżanych cen lub nowych wartości dotyczących wybranych elementów ofert, realizowany po przeprowadzeniu wstępnej pełnej oceny ofert (pisemnych), umożliwiający ich automatyczną klasyfikację i ocenę. Informacja o rozszerzeniu przetargu o dodatkowy etap aukcji elektronicznej musi być zawarta z góry, już w ogłoszeniu o zamówieniu. Przed otwarciem aukcji zamawiający dokonuje pełnej (choć tylko wstępnej) oceny ofert pisemnych złożonych na przetarg zgodnie z ustalonymi kryteriami, nie dochodzi jednak do wyboru oferty najkorzystniejszej z cywilnoprawnym skutkiem jej przyjęcia. Zgodnie z dyspozycją art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE wszyscy oferenci, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu zapraszani są jednocześnie za pomocą środków elektronicznych do przedstawienia nowych (obniżonych) cen bądź nowych, korzystniejszych dla zamawiającego wartości świadczenia (przy zastosowaniu kilku kryteriów selekcji). Zaproszenie takie powinno ponadto informować o wszelkich istotnych kwestiach dotyczących indywidualnego połączenia z wykorzystywanym sprzętem elektronicznym, a także datę i godzinę rozpoczęcia aukcji elektronicznej, która nie może rozpocząć się wcześniej niż po upływie dwóch dni od daty wysłania zaproszeń.

---

<sup>6</sup> Zob. R. Szostak, *Charakter prawny porozumień ramowych*, PiP 2005, nr 7, s. 51 i nast.

Konstrukcja aukcji uzupełniającej odbiega wyraźnie od tradycyjnej licytacji, w toku której oferty składane są przez zainteresowanych konkurentów sukcesywnie, jedna po drugiej, a złożenie oferty korzystniejszej pociąga automatycznie wygaśnięcie oferty poprzedniej. W ramach analizowanego rodzaju aukcji propozycje składane są niezależnie w tym sensie, że nie wpływają one na stan związania pozostałych oferentów. Oferta nie przestaje wiązać, gdy inny konkurent złoży propozycję korzystniejszą dla zamawiającego-organizatora, lecz dopiero wtedy, gdy sam oferent, który ją złożył, zdecyduje się przedstawić nową, jeszcze bardziej korzystną propozycję. Stan związania utrzymuje się zatem ciągle względem wielu równoległych ofert, a nie – jak w wypadku zwykłej licytacji – tylko w stosunku do jednej (ostatniej) propozycji. Eliminacje mają charakter ofertowo-porównawczy. Postąpienia dokonywane przez zainteresowanych konkurentów są autonomiczne, mogą być wielokrotne<sup>7</sup> i odnoszą się bezpośrednio do ofert uprzednio przez nich samych złożonych.

Na gruncie terminologii polskiego kodeksu cywilnego (art. 70<sup>1</sup> i nast.) nie jest to w istocie aukcja, lecz odmiana przetargu w zakresie równoległe wiążących ofert. Wyłonienie propozycji najkorzystniejszej stanowi bowiem wynik jej wyboru w trybie porównania utrzymujących się w przetargu ofert, a nie bezpośredni efekt zamknięcia aukcji w drodze przybicia udzielonego ostatniej ofercie. Konkurencja jest wszakże jawna, ponieważ każdy uczestnik na bieżąco otrzymuje informację o pozycji rankingowej swojej oferty. Określenie „aukcja” zaproponowane dla tej procedury w nowych dyrektywach europejskich przyjęte zostało jednak także w Niemczech i w Austrii, gdzie tradycyjnie odgranicza się die Versteigerung (licytację) od die Ausschreibung (przetargu pisemnego)<sup>8</sup>. W świetle aktualnego stanu normatywnego wynikającego z art. 70<sup>1</sup> i nast. k.c. oraz przepisów znowelizowanego prawa zamówień publicznych, należałoby raczej zamiast „aukcja” używać pojęcia „elektroniczny przetarg uzupełniający”, tym bardziej że wcześniejszy etap procedury jest typowo przetargowy, choć nie zmierza bezpośrednio do wyboru oferty najkorzystniejszej.

---

<sup>7</sup> Zob. też A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, s. 427.

<sup>8</sup> W postanowieniach § 116 i nast. austriackiej *Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen, Bundesvergabegesetz vom 2002* (BVerG, BGBl.I. nr 99) wyróżnia się aukcje zwykłą oraz aukcje szczególne, prowadzone na specjalnych zasadach.

Przetarg uzupełniający w zamówieniach publicznych funkcjonuje od dawna, choć dopuszczalny był wyjątkowo, ponieważ z uwagi na potrzebę ochrony uczciwej konkurencji i przeciwdziałania praktykom korupcyjnym zasadniczo nie wolno było po ocenie ofert pisemnych ponownie „otwierać konkurencji” ani nawet żądać obniżenia ceny czy prowadzić jakichkolwiek dodatkowych negocjacji, lecz od razu należało wybrać ofertę najkorzystniejszą. Jednakże przepis § 29 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego<sup>9</sup> dopuszczał wyjątkowo, w przypadkach szczególnych, gdy wynik przetargu był „niezadowolający” albo gdy „sumy ogólne ofert na roboty okazały się wyższe od sumy kosztorysu urzędowego,” uruchomienie przetargu dodatkowego, ustnego lub nawet pisemnego, pomiędzy co najmniej dwoma wybranymi oferentami, „którzy zaofiarowali najkorzystniejsze warunki”.

Dyrektywy nie przesądzają dostatecznie jasno o konstrukcji prawnej postąpienia w toku aukcji elektronicznej, a mianowicie o tym, czy składający dodatkową propozycję konkurent składa w istocie nową ofertę pociągającą upadek oferty złożonej uprzednio, czy też dokonuje on jedynie zmiany oferty przetargowej. Wskazanie na „przedstawianie nowych cen lub nowych wartości dotyczących wybranych elementów ofert” sugeruje konstrukcję oświadczenia woli zmieniającego ofertę uprzednio złożoną w ramach przetargu zwykłego, a nie konstrukcję nowej oferty pociągającej automatyczny upadek poprzedniej. W przepisach § 118 austriackiej BVerGG dopuszczono oba te rozwiązania, zastrzegając, że „aukcja może też ograniczać się jedynie do wybranych fragmentów oferty, których zmiana przedstawia się w sposób jednoznaczny i możliwy do obiektywnego zweryfikowania pod względem liczbowym i ilościowym (...), zamawiający powinien ustalić wtedy w warunkach postępowania maksymalnie dopuszczalne granice, w ramach których mogą zmieniać się fragmenty oferty objęte aukcją”. W art. 91 ust. 4 p.z.p. zdecydowano się jednak tylko na jedno rozwiązanie uwzględniające koncepcję zmiany oferty przetargowej. Według tego unormowania oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej. Oznacza to, że „oferty”, a raczej dodatkowe pro-

---

<sup>9</sup> Dz.U. Nr 13, poz. 92.

pozycje ofertowe składane w trakcie aukcji, są cząstkowe. Potwierdza to również zd. 2 powyższego unormowania zawierające zastrzeżenie, że bieg terminu związania ofertą nie ulega przerwaniu, co niewątpliwie podyktowane zostało potrzebą zachowania, tak jak w przetargu, jednokowego dla wszystkich konkurentów maksymalnego okresu związania ofertą, z tym że każdy z uczestników przetargu składa właściwie tylko jedną ofertę, którą w ramach dalszych oświadczeń może jedynie „ulepszać” na korzyść zamawiającego. Nie jest to jednak oferta odwoływalna, lecz oferta podlegająca ewentualnym zmianom<sup>10</sup> na podstawie szczególnego art. 91 ust. 4 p.z.p., natomiast ogólna norma art. 61 § 1 zd. 2 k.c. jest tu bezprzedmiotowa. Zmiana oświadczenia zawierającego ofertę nie wymaga zgody drugiej strony. Pod względem konstrukcyjnym zbliża się więc do oświadczenia częściowo znoszącego skutki uprzednio złożonej propozycji, a raczej zapobiegającego powstaniu niektórych jej skutków prawnych. Zastosowanie zaś koncepcji oświadczenia czasowo niestannowczego (prowizorycznego) w ogóle nie wchodzi tu w rachubę, ponieważ kolidowałoby to z konstrukcją prawną oferty. Podstawowy cel elektronicznego etapu postępowania przetargowego zmierzającego do „powiększenia korzyści” na rzecz zamawiającego usprawiedliwia jednak częściowo jego nazwę, ponieważ „auctio” (z łac.) oznacza właśnie „powiększenie” („dodatek” lub „wzrost”)<sup>11</sup>.

Zbliżenie analizowanej aukcji do przetargu wyraża się też możliwością zastosowania kilku kryteriów oceny ofert równolegle wiążących, a nie tylko jednego kryterium cenowego. Dyrektywy wymagają, aby prawo krajowe obowiązywało zamawiającego do każdorazowego podawania w zaproszeniu do aukcji wyniku pełnej oceny danego oferenta, dokonanej w ramach pierwszego etapu postępowania, z uwzględnieniem z góry przyjętych kryteriów oceny ofert przetargowych. W zaproszeniu konieczne jest także wskazanie odpowiedniej formuły matematycznej przewidzianej do wykorzystania w toku aukcji elektronicznej do automatycznej klasyfikacji oferentów na podstawie nowych cen lub wartości. Formuła ta

---

<sup>10</sup> W kategoriach zmiany uprzednio złożonej oferty ujmuje postąpienie w toku aukcji A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, s. 426.

<sup>11</sup> Zob. J. S o n d e l, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 91.

powinna uwzględniać znaczenie (tzw. wagę) przypisane poszczególnym kryteriom w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej, wskazane z góry w ogłoszeniu o zamówieniu bądź w udostępnionych później warunkach zamówienia, jednakże w tym celu wszystkie przedziały korzyści powinny zostać sprowadzone do konkretnych wartości. Dyrektywy nie określają zatem wiążąco, czy wszystkie kryteria przewidziane dla przetargu należy następnie zastosować w toku aukcji, czy też można je poddać redukcji. Wykluczone są – rzecz oczywista – jakiegokolwiek nowe kryteria, gdyż mogłyby prowadzić do destabilizacji czy choćby tylko do obejścia wyników pierwszego etapu postępowania. W polskiej ustawie przewidziano oba rozwiązania, ponieważ zgodnie z art. 91 ust. 3 p.z.p. kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w istotnych warunkach zamówienia, umożliwiające automatyczną ocenę ofert bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej. Z kolei w świetle art. 91b ust. 4 p.z.p. sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej powinien obejmować przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej<sup>12</sup>. Zawężono zatem europejskie pojęcie „formuły matematycznej” wyłącznie do „punktowego” sposobu oceny ofert. Przewiduje się jednak, że bezpośrednim celem aukcji elektronicznej jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów wskazanych z góry w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91a ust. 1 p.z.p.).

Według dyrektyw zamknięcie aukcji następuje na trzy sposoby, a mianowicie:

- 1) wraz z upływem sztywno wyznaczonego czasu (np. 45 min.),
- 2) wraz z upływem określonego czasu od otrzymania ostatniej propozycji (np. w razie braku dalszych postąpień w czasie 5 min.),

---

<sup>12</sup> Stosownie do § 118 ust. 2 austriackiej BVerG zamawiający zobowiązany jest podać z góry w postaci wzoru matematycznego wszystkie kryteria decydujące o udzieleniu zamówienia (przybicia) z przypisaną im odpowiednią wagą. W toku aukcji ustala się na podstawie tego wzoru aktualną kolejność (pozycję) konkurentów. Niedopuszczalne jest zastrzeżenie tzw. widelkowego (minimalnego i maksymalnego) znaczenia tych kryteriów, ponieważ każde kryterium musi być zobiektywizowane, a jego znaczenie może oscylować nawet w niewielkich granicach.



3) z chwilą zakończenia ostatniego z zastrzeżonych w zaproszeniu etapów (przy tzw. aukcji wieloetapowej z ustalonym harmonogramem każdego etapu).

W art. 91 ust. 4 p.z.p. dopuszczalność zastosowania analizowanej aukcji ograniczono jednak tylko do trybu jednoetapowego, a zatem liczą się tylko pierwsze dwa sposoby jego zakończenia. Postępowanie wieloetapowe możliwe jest zaś w ramach nieobjętej dyrektywami samodzielnej licytacji elektronicznej. Zgodnie bowiem z art. 79 ust. 2 p.z.p. zamawiający może (jeśli zastrzegł w ogłoszeniu) po zakończeniu każdego etapu aukcji elektronicznej nie zakwalifikować do następnego etapu aukcji tych wykonawców, którzy nie złożyli nowych postąpień. W toku każdego etapu zamawiający na bieżąco przekazuje wszystkim konkurentom informacje o pozycji złożonych przez nich ofert, liczbie wykonawców biorących udział w każdym z etapów, a także o cenach złożonych przez nich ofert, z tym że do momentu zamknięcia aukcji nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację konkurentów.

### **Dopuszczalność zastosowania**

W świetle art. 91a ust. 1 p.z.p. elektroniczną aukcję uzupełniającą zastosować można jedynie tytułem wzbogacenia pisemnego przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a także negocjacji z zachowaniem konkurencji prowadzonych po uprzednim ogłoszeniu. W tym ostatnim przypadku jednak tylko wtedy, gdy w zakresie tego samego zamówienia zorganizowany wcześniej przetarg nie dał rezultatu z uwagi na zupełny brak ofert bądź konieczność odrzucenia wszystkich ofert. Zamawiający przeprowadza aukcję dopiero po zakończeniu oceny ofert pisemnych w zwykłym trybie, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz jeżeli złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. W razie zatem mniejszej liczby ofert zamawiający nie może otwierać aukcji, lecz powinien od razu dokonać wyboru oferty (w zwykłym trybie przewidzianym w art. 91 p.z.p.) albo zamknąć postępowanie przez jego unieważnienie, jeśli ujawni się niemożność zawarcia ważnej umowy w okolicznościach wskazanych w art. 93 ust. 1 p.z.p. Nie całkiem jasna jest *ratio legis* ograniczenia minimalnej liczby ofert do trzech, a nie do dwóch, tym bardziej że dyrektywy europejskie nie wspominają w ogóle o tego

rodzaju ograniczeniu. Sytuacje, w których przetarg toczy się jedynie przy udziale dwóch konkurentów, są częste w praktyce, a nie wydaje się, aby przy takiej konkurencji aukcja doznawała jakichś zaburzeń.

Poza tym zastosowanie aukcji uzupełniającej jest zakazane przy udzielaniu zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, a także, gdy podawana w ofercie cena nie jest ceną ryczałtową (art. 91a ust. 2 p.z.p.). Pierwsza z tych przesłanek negatywnych dotyczy wyraźnie zamówień „w zakresie działalności twórczej lub naukowej zamawiającego, w ramach której niezbędne są przede wszystkim świadczenia intelektualne”, choć nie da się też wykluczyć innej kategorii świadczeń. Z drugiej strony świadczenia intelektualne niezbędne dla innego rodzaju działalności nie mogą być zamawiane w trybie aukcji uzupełniającej. W tym zakresie przepis wykracza nieco poza ograniczenia wynikające z dyrektyw. Druga przesłanka negatywna również może budzić wątpliwości w związku z niezbyt jasnym pojęciem „ceny ryczałtowej”. Jeżeli rozumieć przez nią cenę stałą (niezmienną)<sup>13</sup>, brak racjonalnych przyczyn do wykluczenia aukcji w odniesieniu do zamówień z zastrzeżeniem indeksacji ceny czy też z wynagrodzeniem kosztorysowym, które wprawdzie dopuszczają zmianę ekwiwalentu pieniężnego, ale nie w bezpośrednim związku z zawarciem umowy, lecz później, w trakcie jej realizacji.

### **Warunki aukcji**

Dla postępowania przetargowego wzbogaconego o aukcję elektroniczną zamawiający konstruuje rozszerzoną specyfikację istotnych warunków zamówienia z uwzględnieniem wymagań znowelizowanego art. 36 ust. 2 p.z.p., obejmującą (obok określenia podmiotowych warunków ubiegania się o zamówienie, kryteriów oceny ofert, terminu związania ofertą, wadium, formalności koniecznych po wyborze oferty w celu zawarcia umowy oraz istotnych postanowień umowy finalnej) także informację o przewidywanym wyborze oferty właśnie z zastosowaniem aukcji elektronicznej, wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji elek-

---

<sup>13</sup> Bliżej o tym R. Szostak, *Kształtowanie wynagrodzenia pieniężnego w umowie o dzieło – uwagi na tle doświadczeń praktyki i orzecznictwa*, [w:] *Studia z prawa cywilnego i gospodarczego. Księga pamiątkowa dedykowana Prof. Czesławie Żuławskiej*, Kraków 2000, s. 209 i nast.

tronicznej wykonawców<sup>14</sup>, zwłaszcza wymagania techniczne urządzeń informatycznych, a ponadto wskazanie, które spośród kryteriów oceny ofert będą stosowane w toku aukcji elektronicznej. Zamawiający udostępnia zainteresowanym warunki zamówienia w tradycyjnej formie dokumentu lub za pośrednictwem własnej strony internetowej. Dalsze rozszerzenie warunków następuje w związku z późniejszym przekazaniem wszystkim wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Chodzi przede wszystkim o ustalenie minimalnych wartości postąpień, sposobu oceny ofert i warunków zamknięcia aukcji.

Ogłoszenie o zamówieniu oraz podwójny akt wyrażający warunki zamówienia nie mają samodzielnego znaczenia, pozostają w sprzężeniu, tworząc łącznie jedno źródło generujące stosunek przetargowo-eliminacyjny (sukcesywna realizacja zdarzenia prawnego). Analizując treść ogłoszenia (art. 41 p.z.p.), wyróżnić należy dwa rodzaje postanowień o odmiennym znaczeniu prawnym<sup>15</sup>. Pierwsze to postanowienia składające się na zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, z częściowym wskazaniem na treść umowy o zamówienie publiczne (przedmiot i termin wykonania). W relacji do zamierzonej umowy nie mają one waloru stanowczego oświadczenia woli. Znaczenie takie ma dopiero oferta, a potem ewentualnie jej przyjęcie przez zamawiającego. Druga grupa postanowień ogłoszenia określa warunki samego postępowania przetargowego, które kwalifikować trzeba jako ofertę *ad incertis personas* w zakresie nawiązania porozumienia wyznaczającego dalszy tryb tego postępowania<sup>16</sup>. Oferta

---

<sup>14</sup> Wymóg rejestracji i specjalnej identyfikacji wykonawców zapobiegać ma rozmaitym deformacjom procedury, przede wszystkim tzw. znowie konkurentów; por. też A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, s. 431.

<sup>15</sup> Por. zwłaszcza G. Ćmiekiewicz, *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*, cz. II, Problemy Prawne Handlu Zagranicznego 1983, nr 7, s. 31 i nast.; M. Jasiakiewicz, *Ofertowy system zawierania umów w polskim prawie cywilnym*, Toruń 1993, s. 85 i nast.; S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, Księga pierwsza: Część ogólna, Warszawa 1998, s. 183; J. Rajski, *Przetarg w ujęciu nowych przepisów kodeksu cywilnego*, PPH 1997, nr 1, s. 4 i nast.; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1999, s. 272 oraz R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienia publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 46 i nast.

<sup>16</sup> R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 46-47.

ta nie jest kompletna. W związku z doręczeniem indywidualnym konkurentom oświadczenia o warunkach zamówienia, a potem zaproszenia do aukcji dochodzi do jej uzupełnienia o dodatkowe składniki. Zostaje przyjęta przez złożenie innej – a mianowicie pochodzącej od wykonawcy przystępującego do przetargu (negocjacji z zachowaniem konkurencji) – oferty, która wywiera podwójne skutki prawne: prowadzi do nawiązania stosunku proceduralnego oraz wyraża wolę zawarcia oznaczonej umowy finalnej. W konsekwencji rozwinięte warunki zamówienia stanowią źródło dyspozycji wyznaczających dalszy tok postępowania ofertowo-eliminacyjnego oraz wskazujących na tryb zawarcia, formę i istotne elementy umowy docelowej o zamówienie publiczne.

Bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa zamówień publicznych sprzeciwiają się dopuszczalności odwołania zamówienia, a nawet zmiany samego ogłoszenia. Jednakże, w szczególnie uzasadnionych przypadkach, zamawiający może zmodyfikować treść warunków zamówienia, z wyjątkiem postanowień dotyczących kryteriów oceny ofert, a także podmiotowych warunków ubiegania się o zamówienie i sposobu oceny ich spełnienia (art. 38 ust. 4 p.z.p.). Jest to szczególne uprawnienie kształtujące, przysługujące zamawiającemu z mocy ustawy, wymagające złożenia wszystkim zainteresowanym stosownego oświadczenia woli ograniczonego terminem (mogą być blokowane przed upływem terminu składania ofert), po upływie którego warunki zamówienia stają się ostatecznie wiążące. Poza tym warunki zamówienia mogą być oprotestowane przez osoby, których „interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, nie później wszakże niż na 3 dni przed upływem terminu do składania ofert w przetargu ograniczonym, gdyż potem stają się już niepodważalne (art. 179-180 p.z.p.), chyba że dotknięte zostały nieważnością. W wyniku uwzględnienia przez zamawiającego protestu albo przymusowo, w procesie, na mocy wyroku zespołu arbitrów krzywdzące lub wadliwe warunki zamówienia podlegają stosownym zmianom.

Powyższy mechanizm korygujący doznaje jednak radykalnego ograniczenia w odniesieniu do tych warunków, które wprowadzone są dodatkowo w drodze doręczenia oferentom zaproszenia do udziału w aukcji (co do terminu otwarcia aukcji, minimalnej wartości postąpienia, zasad oceny ofert i sposobu zamknięcia aukcji), ponieważ zamawiający nie

może ich zmieniać (chyba że niezwłocznie zostałyby oprotestowane), skoro już po upływie kilku dni odbywa się aukcja (art. 91 b ust. 2 p.z.p.). Jednocześnie podkreślić należy, że aukcja uzupełniająca rozgrywa się wraz z wyprzedzającym ją przetargiem w ramach jednego i tego samego stosunku proceduralnego, a nie w ramach autonomicznie rozwijającego się stosunku aukcyjnego. Dodatkowe skutki prawne bowiem od początku stanowią element stosunku przetargowego, lecz są uwarunkowane (*conditio iuris*) i wymagają dookreślenia (zaproszenie), gdyż mogą się zaktualizować dopiero wtedy, gdy okaże się, że do dalszych eliminacji kwalifikują się co najmniej trzej konkurenci, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Wykluczenie pozostałych oferentów nie prowadzi do jakiegoś „odnowienia” wielostronnego stosunku proceduralnego, lecz stanowi wynik zwyczajnego ustania więzi prawnej z ich udziałem.

Analiza typowych warunków zamówienia przekracza ramy tematyczne opracowania<sup>17</sup>, natomiast wyjaśnienia wymagają warunki odnoszące się bezpośrednio do aukcyjnego etapu postępowania.

Oświadczenie o przewidywanym wyborze oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej nie ma bynajmniej tylko informacyjnego znaczenia, lecz modyfikuje w istotnym zakresie przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, rozszerzając je na dodatkowy etap aukcji, z tym że zwyczajny przetargowy sposób wyboru oferty najkorzystniejszej zastąpiony zostaje wyborem aukcyjnym. Ten pierwszy ogranicza się tylko do samego wskazania oferty najkorzystniejszej i złożenia zwycięskiemu oferentowi oświadczenia woli o jej przyjęciu (pozostałym konkurentom należy się jedynie zawiadomienie), natomiast aukcyjny sposób wyboru stanowi w istocie dalszy rozwinięty tok postępowania, wymagający dalszych oświadczeń ze strony oferentów.

Wskazanie kryteriów, które będą stosowane przy ocenie ofert w toku aukcji też ma konstytutywne znaczenie dla przebiegu końcowego etapu postępowania, ponieważ nie wszystkie kryteria użyte w ramach wstępnej oceny ofert muszą być następnie wykorzystane w aukcyjnym wyborze oferty najkorzystniejszej. Z definicji oferty najkorzystniejszej (art. 2 pkt 5 p.z.p.) wynika jednak, że w żadnym wypadku nie wolno pominąć kryterium cenowego.

---

<sup>17</sup> Bliżej R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 55-57.

Informacyjne zaś znaczenie ma określenie koniecznych wymagań technicznych dotyczących urządzeń informatycznych. Pozwala ono zainteresowanym wykonawcom na ocenę ryzyka wdania się w dodatkową aukcję elektroniczną, ponieważ wymóg posiadania odpowiedniego sprzętu i kwalifikowanego personelu należą jeszcze do istotnych warunków efektywnego udziału w aukcji elektronicznej. Okoliczności te mogą też ujawnić potrzebę oceny przydatności aukcji przy udzielaniu konkretnego zamówienia, a także ewentualnego jej nadużycia w celu ograniczenia konkurencji. Wydaje się, że zamawiający powinien też poinformować o tym, że oświadczenia w toku aukcji (lapidarnie nazywane w art. 91c ust. 2 p.z.p. „postąpieniami”) oferenci mogą składać wyłącznie w formie elektronicznej, pod rygorem nieważności, z bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego, kwalifikowanego certyfikatu, ponieważ w potocznym pojęciu „forma elektroniczna” rozmaicie jest postrzegana, a trudno obecnie zakładać powszechną znajomość art. 91c ust. 2 p.z.p. To samo dotyczy (obligatoryjnego według art. 36 ust. 2 p.z.p.) wskazania wymagań dotyczących informatycznej rejestracji i identyfikacji wykonawców.

Określenie „minimalnej wartości postąpienia” wiąże się z wartością liczącej się zmiany oferty przetargowej (na korzyść zamawiającego) ocenionej w pierwszym etapie postępowania. Ustalona metoda punktacji całkowita wartość każdej z ofert pełni bowiem rolę tzw. wartości wywoławczej w stosunku do poszczególnych oferentów. Sytuacja nie jest skomplikowana, gdy od początku obowiązuje tylko jedno kryterium cenowe, natomiast w razie kilku różnych kryteriów konieczne jest ustalenie „wspólnej wartości” każdej z ofert przetargowych, przy uwzględnieniu wszystkich zbiegających się kryteriów. Chodzi o wartość ekonomiczną propozycji ofertowej z uwzględnieniem ceny żądanej za przedmiot zamówienia (obniżanej w toku aukcji) oraz wybranych właściwości świadczenia niepieniężnego (polepszanych na korzyść zamawiającego w toku aukcji), zwłaszcza w zakresie parametrów jakościowych, warunków serwisu gwarancyjnego, kosztów eksploatacyjnych itd. (por art. 91 ust. 1 p.z.p.).

Ustawodawca nakazuje „przeliczać postąpienia na punktową ocenę oferty”. Przez „postąpienie” należy tu rozumieć korzystną dla zamawiającego zmianę oferty w kierunku powiększenia jej wartości ekonomicznej, wzmagającą konkurencję i dającą szansę na dalsze rozwinięcie toku aukcji.

Z cywilnoprawnego punktu widzenia „postąpienie” jest więc oświadczeniem woli. Ustalenie zaś „minimalnej wartości postąpienia” ma zapobiegać różnym praktykom obstrukcyjnym i innym naruszeniom reguł uczciwej konkurencji. Ustawodawca nie wskazuje jednak żadnych konsekwencji (sankcji) uchybienia w zakresie „minimalnej wartości postąpienia”, które niekoniecznie musi być rozmyślne, może też wynikać ze zwykłej pomyłki. W praktyce w takiej sytuacji zwyczajowo dochodzi do pominięcia wadliwej propozycji (art. 91c ust. 1 p.z.p. wyklucza konstrukcję odrzucenia), w każdym razie zmiana oferty przetargowej powinna być bezskuteczna.

Z kolei sposób oceny ofert w toku aukcji dotyczy dalszej oceny równolegle wiążących ofert, zwłaszcza metody posługiwania się kilkoma kryteriami, z uwzględnieniem z góry zastrzeżonego ich znaczenia (wagi procentowej lub stosunkowej) oraz przyjętej skali punktowej, co mieści się – jak się zdaje – w zalecanym w dyrektywach sposobie opartym na „formule matematycznej”. Sposób ten może być więc wyrażony w postaci odpowiedniego wzoru matematycznego uwzględniającego powyższe czynniki lub przedstawiony w innym ujęciu.

Termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż dwa dni robocze od „dnia przekazania drogą elektroniczną zaproszenia” (art. 91b ust. 3 p.z. p.). Zasady obliczania terminów regulują art. 110 i nast. k.c. Odwołanie się do „dni roboczych” ma zapewne na względzie ochronę uczciwej konkurencji. Ustawa nie reguluje ewentualnego jego przedłużenia, w braku wyraźnego zakazu dopuścić trzeba możliwość odroczenia tego terminu w razie konieczności, w drodze oświadczenia zamawiającego złożonego wszystkim konkurentom przed jego upływem.

Wskazanie terminu i warunków zamknięcia aukcji stanowi niezwykle doniosłą dyspozycję dla prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej w trybie aukcji jednoetapowej. Z odpowiedniego stosowania przepisu art. 80 ust. 1 i 2 p.z.p. (odesłanie z art. 91c ust. 5) wynika, że zamawiający-organizator powinien zamknąć aukcję w terminie określonym w zaproszeniu albo wówczas, gdy w ustalonym w zaproszeniu okresie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia. Nie ma zaś jasności co do skutków prawnych braku jakichkolwiek postąpień oraz niezbędnego upływu czasu do stwierdzenia tej okoliczności. Wydaje się, że o całkowitym braku postąpień można wnosić po bezskutecznym upływie (wyczerpaniu) zastrze-

zonego w zgodzie z art. 80 ust. 1 i 2 p.z.p. „czasu aukcji”. Nie powinno się tu stosować art. 93 ust. 1 pkt 3 p.z.p. o unieważnieniu postępowania (obecnie odnosi się on wyraźnie tylko do aukcji samodzielnej typu licytacyjnego) ani tym bardziej przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., ponieważ brak postąpień nie jest wadą procedury, chyba że niezależnie od tej okoliczności ujawni się inna, rzeczywista przyczyna unieważnienia postępowania. W konsekwencji, w razie całkowitego braku postąpień wyborem powinna być objęta oferta najkorzystniejsza według wstępnej oceny ofert przetargowych. Pośrednio można o tym wnioskować również z art. 91b ust. 4 p.z.p. zastrzegającego, że sposób oceny ofert w toku aukcji powinien obejmować przeliczanie postąpień na punktową ocenę każdej z utrzymujących się przy przetargu oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej.

W związku z powyższym nie bardzo wiadomo, na czym ma polegać wskazanie „warunków zamknięcia aukcji elektronicznej”. Jeśli zgodnie z art. 91c ust. 1 aukcję rozumie się wyłącznie jako proces, w ramach którego zainteresowani wykonawcy w trybie bezpośredniego połączenia z właściwą stroną internetową składają kolejne, korzystniejsze postąpienia podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji<sup>18</sup>, zamknięcia aukcji nie można wiązać bezpośrednio z wyborem oferty, do którego dochodzi przecież w wyniku zakończenia tego etapu procedury. Określenie „warunki” sugeruje zastrzeżenie pewnych wymogów prawnych warunkujących możliwość zakończenia aukcji, podczas gdy z ustawy, a także z okoliczności towarzyszących tej procedurze nie wynika, aby mogło liczyć się coś więcej niż zwykły upływ czasu pociągający automatyczne wygaśnięcie możliwości składania nowych propozycji. Nie da się zaś wykluczyć jakichś warunków technicznych związanych z upływem „czasu aukcji” i obsługą składanych przez konkurentów oświadczeń.

## **Przebieg aukcji**

Po zakończeniu wstępnej oceny ofert w zwykłym trybie przetargowym zamawiający zaprasza drogą elektroniczną wszystkich wykonaw-

---

<sup>18</sup> Zgodnie z art. 91c ust. 1 p.z.p. w toku aukcji konkurenci składają swoje „postąpienia” za pomocą formularza zamieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną.



ców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. W zaproszeniu, oprócz uzupełniających warunków zamówienia, zamawiający podaje wykonawcom pozycje złożonych przez nich ofert (tzw. pozycję rankingową) i otrzymaną punktację, co usprawiedliwione jest wielostronnym charakterem postępowania i ochroną uczciwej konkurencji.

Otwarcie aukcji musi nastąpić w terminie określonym w ogłoszeniu pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej. Jeśli przeprowadzenie aukcji zlecono innej osobie (art. 15 p.z.p.), zamawiający przekazuje wyniki wstępnej oceny ofert przetargowych wraz z niezbędnymi danymi rejestracyjnymi. Przed samym otwarciem aukcji zazwyczaj konieczne jest sprawdzenie funkcjonowania urządzeń informatycznych i bezpośredniego połączenia ze stroną internetową, na której będzie się toczyć postępowanie porównawcze. Tradycyjnego „wywołania” aukcji dokonuje się przez oświadczenie wskazujące na przedmiot aukcji i wartość minimalnego postąpienia z wezwaniem oferentów do dalszej konkurencji. Z uwagi na potrzebę zapewnienia poufności danych personalnych konkurentów stosuje się zastępczy sposób ich identyfikacji na potrzeby eliminacji, aż do momentu zamknięcia aukcji nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację oświadczeń składanych przez poszczególnych wykonawców. Prowadzący aukcję i konkurenci od momentu otwarcia do momentu zamknięcia aukcji przekazują oświadczenia i inne informacje wyłącznie drogą elektroniczną (art. 77 p.z.p.). Jednakże oświadczenia zawierające tzw. postąpienia muszą być – jak już wspomniano – opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym. Nieodwołalne „postąpienia” podlegają automatycznej ocenie i klasyfikacji zapewniającej szybkość i sprawność eliminacji. Wynik porównania ofert (ranking) ma doniosłe znaczenie praktyczne (pobudza konkurencję), stąd czas na doręczenie, ocenę i klasyfikację jednego oświadczenia oraz na przekazanie informacji „zwrotnej” nie powinien przekraczać łącznie 1-1,5 min.

W toku aukcji zamawiający na bieżąco przekazuje indywidualnie każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz punktacji oferty najkorzystniejszej. W pełni skuteczna od początku oferta wykonawcy przestaje wiązać w zakresie, w jakim złoży on korzystniejszą ofertę w toku aukcji. Skutkuje zaś zmieniona propozycja częściowa, stąd jednocznie postrzegany termin związania ofertą nie ulega przerwaniu. W zakresie ewentualnych podstaw odrzucenia „oświadczenia

o postąpieniu” ogólne unormowanie odrzucenia oferty w toku aukcji jest bezprzedmiotowe i dlatego zastosowanie art. 89 p.z.p. w tym etapie postępowania podlega wyłączeniu. Nie oznacza to wszakże przyzwolenia na dowolność, wszystkie bowiem czynności zapadające w trakcie aukcji mają wykonawczy charakter względem stosunku przetargowo-aukcyjnego. W literaturze podkreśla się, że można stosunkowo łatwo zapobiegać uchybieniom, zwłaszcza w zakresie przestrzegania minimalnej wartości postąpienia, instalując odpowiednie (zapewniające właściwe wypełnienie formularza) oprogramowanie, które powinno uniemożliwiać złożenie nieprawidłowego oświadczenia woli<sup>19</sup>.

### **Skutki zakończenia aukcji uzupełniającej**

Analizowane postępowanie porównawcze w zakresie wielu równoległe wiążących ofert nie może prowadzić do automatycznego udzielenia przybicia ostatniej ofercie<sup>20</sup>. Zamknięcie aukcji uzupełniającej otwiera jedynie drogę do wyboru oferty najkorzystniejszej na zasadach właściwych dla przetargu. W bezpośrednim związku z wyborem oferty możliwe jest także jej odrzucenie, zwłaszcza jeśli charakteryzuje się ona nadmiernym obniżeniem ceny, która stała się ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.). Ujawnić się może też podstawa do unieważnienia postępowania, np., gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia<sup>21</sup>.

Wybór oferty w znaczeniu prawnym polega na złożeniu oświadczenia zwycięskiemu oferentowi w połączeniu z przyjęciem jego oferty, pozostałym konkurentom należy się zaś zawiadomienie (art. 92 ust. 1 p.z.p.). Akt wyboru oferty uzasadnia bowiem w świetle art. 70<sup>3</sup> § 3 k.c. obowiązek jej przyjęcia. Niezależnie od tego odpowiednio stosowany art. 80 ust. 2 p.z.p. wymaga, aby zamawiający bezpośrednio po zamknięciu aukcji podał, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym: nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano.

---

<sup>19</sup> Por. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo...*, s. 432.

<sup>20</sup> R. Szostak, *Aukcja elektroniczna...*, s. 128 i nast.

<sup>21</sup> Tamże, s. 10 i nast.

Zamawiający i zwycięski oferent mają obowiązek zawarcia umowy finalnej w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia zawiadomienia o wyborze oferty, nie później jednak niż przed upływem ogólnego terminu związania ofertą. Według dominującego poglądu źródłem tego dwustronnego obowiązku zawarcia umowy jest umowa przejściowa, zbliżona do umowy przedwstępnej<sup>22</sup>. Przepis art. 70<sup>2</sup> § 3 k.c. wyłącza przewidziane w art. 390 § 2 k.c. ograniczenie w zakresie realizacji silniejszego skutku umowy przedwstępnej, ponieważ roszczenie o zawarcie umowy przyrzeczonej może być dochodzone przed sądem bez względu na to, czy umowa nawiązana w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej czyni zadość szczególnym wymaganiom ustawowym, od których zależy ważność umowy docelowej. Odroczenie zawarcia umowy o zamówienie publiczne podyktowane zostało kilkoma potrzebami:

1) stworzenia dogodnej sytuacji do ostatecznego upewnienia się o bezpieczeństwie transakcji ze strony zamawiającego,

2) stworzenia możliwości oprostowania rezultatu postępowania przez niezadowolonych konkurentów (art. 180 p.z.p.) oraz do przeprowadzenia tzw. uprzedniej kontroli administracyjnej przebiegu procedury przez Prezesa UZP (art. 167 p.z.p.),

3) umożliwienia ustanowienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia, które jest elementem konstytutywnym umowy o zamówienie publiczne (art. 94 ust. 2 p.z.p.).

Dlatego, jeśli zwycięski oferent uchyla się od zawarcia umowy przyrzeczonej lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia, zamawiający odstępuje od obliżu kreującego obowiązek kontraktowania, zatrzymując wadium (lub dochodzi jego zaspokojenia od gwaranta) oraz wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postę-

---

<sup>22</sup> Por. zwłaszcza J. R a j s k i, *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, PPH 2003, nr 5, s. 8; Cz. Ż u ł a w s k a, *Komentarz do kodeksu cywilnego*. Księga trzecia: *Zobowiązania*, t. I, Warszawa 2005, s. 166; A. B r z o z o w s k i, *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. I, Warszawa 2004, s. 281-282 oraz R. S z o s t a k, *Przetarg nieograniczony...*, s. 163-164. Na konstrukcję wykluczającą zastosowanie przepisów w umowie wskazuje zaś S. R u d n i c k i, *Komentarz do kodeksu cywilnego*. Księga pierwsza: *Część ogólna*, Warszawa 2004, s. 313.

powania (art. 46 ust. 5 i 94 ust. 2 p.z.p.). W razie braku zastrzeżenia wadium, przy udzielaniu drobnych zamówień publicznych zamawiający może dochodzić odszkodowania. Jeśli zaś od zawarcia umowy uchyla się sam zamawiający, zawiedziony oferent może dochodzić zawarcia umowy bądź żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody (art. 70<sup>4</sup> § 2 k.c.).