

**Zamówienia podprogowe.
Analiza praktyczna
zamówień do 130 000 zł**

Przejdź do produktu na ksiegarnia.beck.pl

Rozdział I. Zamówienia podprogowe a ustawowe zamówienia publiczne

Wielokrotnie można spotkać się z opinią, że zamówienia podprogowe nie są zamówieniami publicznymi. Takie twierdzenie jest całkowicie nieuzasadnione i wbrew pozorom akademickiemu brzmieniu istotne dla praktyki udzielania zarówno zamówień podprogowych, jak i organizowanych pod rządami PZP.

Prawnie zamówienia podprogowe są nadal zamówieniami publicznymi. Zgodnie z definicją jako zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług (art. 7 pkt 32 PZP). Zamówienia w rozumieniu PZP to oczywiście zamówienia publiczne (art. 1 PZP).

Zamówienia podprogowe zawierają wszystkie elementy definicji zamówień publicznych. Jedyna różnica polega na arbitralnej decyzji ustawodawcy, aby do ich przeprowadzania nie stosować przepisów PZP.

1. Dobrowolne stosowanie PZP

Wielu zamawiających, pomimo wyraźnego oczekiwania ustawodawcy, prowadząc postępowania podprogowe, stosuje istotną część przepisów PZP dotyczących wielu kluczowych czynności w postępowaniu. Samo w sobie tego typu zachowanie zamawiającego może być uznane jako sprzeczne z wyraźnym celem, jaki ustawodawca postawił przed zamówieniami podprogowymi: „Jednocześnie należy zauważyć, iż w przypadku każdego zamówienia, niezależnie od jego wartości, **zamawiający ponosi pewne stałe koszty jego organizacji i przeprowadzenia, co przy zamówieniach o niewielkiej wartości należy uznać za niesprzyjające wydatkowaniu środków publicznych w sposób oszczędny i efektywny.** Ponadto, w pewnych przypadkach **czas potrzebny na przygotowanie i przeprowadzenie postępowania jest wielokrotnie dłuższy niż poszukiwanie wykonawcy.** W przypadku niektórych zamówień **koszty związane z organizacją i przeprowadzeniem otwartego, konkurencyjnego postępowania przetargowego przewyższają zyski wynikające z jego prowadzenia.** (...) Należy również zauważyć,

że podniesienie kwoty wartości zamówienia lub konkursu decydującej o obowiązku stosowania procedur określonych w PrZamPubl do 30 000 euro stanowi jeden z elementów, których celem jest usunięcie zbędnych barier w udzielaniu zamówień publicznych oraz odformalizowanie procedur” (zob. uzasadnienie do ustawy z 14.3.2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2014 r. poz. 423). Nadmierne komplikowanie procesu udzielania zamówień podprogowych powodowało i powoduje liczne komplikacje podczas postępowań, których materialnym efektem są m.in. wniesione odwołania do KIO. Poniżej wskazane orzeczenia zostały wydane wobec już nieobowiązującego stanu prawnego, jednak biorąc pod uwagę fakt, że podejście „nadgorliwych” zamawiających było niezmiennie i takie pozostanie pod rządami obowiązującego PZP, tezy w nich zawarte nie utraciły aktualności.

Uchwała KIO z 12.7.2018 r., KIO-KD 28/18, Legalis

Ustawa – Prawo zamówień publicznych nie przewiduje sankcji dla zamawiającego, który do postępowania stosuje przepisy PrZamPubl mimo braku takiego obowiązku. Fakt dobrowolnego prowadzenia postępowania według przepisów PrZamPubl nie tworzy dla zamawiającego obowiązku stosowania przepisów tej ustawy, a tym samym nie tworzy legitymacji dla wykonawców do wnoszenia odwołań od czynności zamawiającego podjętych w takim postępowaniu. (...) Fakt wszczęcia, a także i przeprowadzenia postępowania w oparciu o dobrowolne stosowanie przez zamawiającego przepisów PrZamPubl nie czyni z tego faktu obowiązku zamawiającego do stosowania w pełni przepisów tej ustawy.

Wyrok KIO z 6.4.2018 r., KIO 567/18, Legalis

Skoro zgodnie z treścią art. 4 pkt 8 PrZamPubl „ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro”, to doświadczenie uzyskane w zamówieniach o wartości nieprzekraczającej tej kwoty, wobec postawionego warunku: „które służyło lub służy do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów PrZamPubl”, nie może być używane do potwierdzania spełnienia warunku w postępowaniach prowadzonych na podstawie PrZamPubl. Dotyczy to także sytuacji, gdy zamawiający dobrowolnie decyduje się na stosowanie PrZamPubl w zamówieniach i konkursach, w których nie ma obowiązku jej stosowania (art. 4 pkt 8 PrZamPubl).

Postanowienie KIO z 30.1.2013 r., KIO 94/13, Legalis

Zatem w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 4 pkt 8 PrZamPubl, zgodnie z którym ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza kwoty 14 000 euro. Dla tych zamówień nieprzekraczających wskazanej wartości (bez podatku VAT) ustawodawca zrezygnował z obowiązku stosowania ustawy przez zamawiających, wymagając wyłącznie – zdaniem Izby – aby przy wydatkowaniu środków publicznych zamawiający przestrzegali zasad wynikających z przepisów o finansach publicznych, w tym art. 44 ust. 3 FinPubU, który to przepis stanowi m.in., że wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Tym samym w niniejszej sprawie nie mają zastosowania przepisy PrZamPubl, również w zakresie środków ochrony prawnej, o których stanowi dział VI PrZamPubl.

Postanowienie KIO z 17.3.2009 r., KIO/UZP 260/09, Legalis

Zgodnie z art. 4 pkt 8 PrZamPubl ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14 000 euro. Tym samym przy udzielaniu zamówień do podanej wartości nie mają zastosowania żadne przepisy ustawy, w tym dotyczące wnoszenia środków ochrony prawnej, jakimi są protesty i odwołania. Okoliczność, że zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia, stosując instytucje PrZamPubl, nie ma znaczenia prawnego, w szczególności nie uprawnia wykonawców do skutecznego wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa UZP.

Z powyżej zacytowanych fragmentów orzeczeń wynika cały szereg spostrzeżeń, które zamawiający prowadzący postępowania podprogowe powinni mieć na uwadze.

Przed wszystkim dobrowolne stosowanie PZP nie skutkuje jego realnym stosowaniem. Oznacza to, że nawet jeżeli zamawiający traktuje dane postępowanie podprogowe jako postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, to takim się ono wola zamawiającego nie stanie. Nazwanie warunków przetargu (dokumentu wskazanego w KC) „specyfikacją warunków zamówienia” nie nakłada na zamawiającego obowiązku stosowania przepisów PZP dotyczących specyfikacji. Co podkreślono w jednym z orzeczeń, dobrowolne stosowanie instytucji prawnych z PZP „nie ma znaczenia prawnego”, nie wywołuje żadnych przewidzianych w PZP skutków prawnych. Ma jednak duże negatywne znaczenie praktyczne, bowiem dość skutecznie wprowadza wykonawców w błąd co do podstaw prawnych prowadzonego postępowania, co widać po liczbie orzeczeń dotyczących zbliżonych stanów faktycznych. Jedną z podstawowych metod odróżniania zamówień podprogowych od zamówień organizowanych na podstawie PZP stosowanych przez wykonawców jest sposób upublicznienia postępowania. Jeżeli wykonawca otrzyma pocztą elektroniczną wiadomość pod nazwą „zapytanie ofertowe” wraz ze stosunkowo nieskomplikowanymi w treści załącznikami, to ryzyko pomyłki raczej nie nastąpi. W sytuacji gdy zamawiający opublikuje ogłoszenie o zamówieniu w BZP (BZP przewiduje możliwość publikacji ogłoszeń nieobowiązkowych o treści bardzo zbliżonej do obowiązkowych), nada mu nazwę „przetarg nieograniczony”, a najważniejszy dokument dostępny na stronie internetowej zamawiającego będzie nosił nazwę „specyfikacja warunków zamówienia”, to dla wielu wykonawców jest oczywiste, iż PZP będzie miało zastosowanie. Nawet jeżeli zwrócą uwagę, że wartość zamówienia jest niższa niż 130 000 zł, to zinterpretują dane postępowanie jako część większej całości, zamówienie udzielane w częściach (art. 30 ust. 1 PZP). Z tego powodu składają wezwania do zamawiającego do zmiany treści dokumentacji, aby uczynić ją w pełni zgodną z PZP, a w braku pozytywnej reakcji zamawiającego składają odwołania.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, że nie wszystkie instytucje prawne wymienione w przepisach PZP są przypisane tej ustawie. Kryteria oceny ofert, warunki udziału w postępowaniu, wadium, oferta (odrzućcie oferty), negocjacje, protokół itd., są powszechnie stosowane na rynku i brak jakichkolwiek podstaw, aby ich stosowania zaniechać poza PZP.

2. Doświadczenie w zamówieniach podprogowych

Jednak najpoważniejszym punktem styku pomiędzy zamówieniami podprogowymi a ustawowymi jest zdobywane i wykazywane doświadczenie.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doświadczenie wykonawcy może być zarówno obciążeniem, jak i czynnikiem zwiększającym szanse na zdobycie zamówienia. Przepisy PZP przewidują aż dwie przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z jego wcześniejszej działalności. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który:

- 1) w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa **nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie**, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów (art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP);
- 2) z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające **z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji**, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Pozostawiając na boku szczegółową analizę powyższych przesłanek, należy zwrócić uwagę na ich pośrednie znaczenie dla zamówień podprogowych.

Wykonawca, który nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie podprogowe, może zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP, jeżeli zamawiający zacytowaną przesłankę przewidzi jako podstawę wykluczenia w ogłoszeniu lub SWZ. Jak powyżej wskazano, zamówienie podprogowe jest zamówieniem (publicznym) i ta przesłanka właśnie zamówień – bez względu na ich umocowanie – dotyczy. Nie będzie to jednak możliwe na podstawie drugiego wskazanego przepisu, ponieważ umowa zawierana po przeprowadzeniu postępowania podprogowego nie jest umową w sprawie zamówienia publicznego.

Doświadczenie wykonawcy może być również badane jako warunek udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 116 ust. 1 PZP w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, **doświadczenia**, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Jeżeli zamawiający skonkretyzuje ten warunek, odnosząc się do zakresu merytorycznego uprzednio wykonywanych zamówień, a nie ich wartości czy ram prawnych, wówczas doświadczenie wykonawcy uzyskane w zamówieniach podprogowych może być wykorzystane w zamówieniach zgodnych z PZP.

Przykład

Można wskazać konkretne warunki, formułowane przez zamawiających, które pozwalają na użycie doświadczenia zdobytego w zamówieniach podprogowych do zamówień zgodnych z PZP:

- 1) roboty budowlane – wykonawca ma wykazać, że: „w okresie ostatnich 5 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 1 zamówienie (umowę) na wykonanie robót budowlano-remontowych polegających na wykonaniu systemu sygnalizacji pożarowej, o wartości brutto nie mniejszej niż 100 000,00 zł”;
- 2) dostawy – wykonawca ma wykazać, że: „w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 3 zamówienia polegające na dostarczeniu i zainstalowaniu zasilaczy UPS o mocy co najmniej 50 kVA”;
- 3) usługi – wykonawca ma wykazać, że: „w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, należycie co najmniej dwa zamówienia (umowy), polegające na zaprojektowaniu dla placówek kulturalnych lub placówek oświatowych aplikacji multimedialnych w urządzeniach służących do ich odtwarzania, o łącznej wartości tych zamówień (umów) nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto”.

Należy zauważyć, że w warunku nie musi pojawić się wprost wskazanie wartości niższej niż próg 130 000 zł, wystarczy aby treść warunku nie nakazywała wskazania wartości zrealizowanego w przeszłości zamówienia wyższej niż progowa.

Niekiedy jednak zamawiający formułują warunek w sposób uniemożliwiający możliwość wykazywania doświadczenia zdobytego na podstawie innej umowy niż zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jedną z takich sytuacji została wskazana w orzeczeniu przytoczonym powyżej (zob. wyrok KIO z 6.4.2018 r., KIO 567/18, Legalis), gdzie zamawiający wprost wyłączył inne umowy. Można się zastanowić, na ile taki warunek jest zgodny z PZP (i jego duchem) w obecnym brzmieniu i na ile jest racjonalny.

Znacznie większą swobodę w zakresie zarówno przesłanek ewentualnego wykluczenia (odrzućenia), jak i warunków udziału w postępowaniu mają zamawiający przy prowadzeniu postępowań podprogowych. Mogą je kształtować w zasadzie dowolnie, analizując tak pozytywny, jak i negatywny dorobek wykonawców.

Podstawa prawna:

- art. 1, 4, 7, 30 ust. 1, art. 109 ust. 1 pkt 5, art. 116 ust. 1 PZP,
- art. 44 ust. 3 FinPubU.

Rozdział II. Podstawy prawne dla zamówień podprogowych (zasady udzielania zamówień podprogowych)

1. Kodeks cywilny

Brak obowiązku stosowania PZP do postępowań podprogowych nie oznacza całkowitej próżni prawnej. Polskie prawo jest prawem kontynentalnym, czyli systemem norm stanowionych i w przeciwieństwie do prawa krajów anglosaskich na ogół istnieje regulacja ustawowa, do której można się odwołać w przypadku braku rozwiązań kontraktowych. **Dla zamówień podprogowych takim aktem prawnym jest KC.** Procesowi zawierania umów poświęcony jest Dział II „Zawarcie umowy” (art. 66–72² KC), jednak w szerszym ujęciu należy brać pod uwagę cały Tytuł IV „Czynności prawne” (art. 56–109⁸ KC). Ponadto, jeżeli zawierana jest umowa, której typy zostały uregulowane w KC, to właściwe przepisy dotyczące poszczególnych typów umów mają pełne zastosowanie.

Należy zwrócić uwagę w tym zakresie na pewną rozbieżność. Wielu zamawiających do zamówień podprogowych stosuje ten sam trójpodział rodzajowy, który jest narzucony zamówieniom zgodnym z PZP – zamówienie jest albo dostawą, albo robotą budowlaną, albo usługą (art. 7 pkt 4, 21 i 28 PZP). Wokół takiego ujęcia zbudowane są regulacje wewnętrzne. O ile w stosunku do robót budowlanych pewne wyodrębnienie jest zrozumiałe, a bywa, że konieczne (bardziej rozbudowane regulacje i większy formalizm regulacji – art. 647–658 KC oraz specjalistyczny akt prawny – PrBud), o tyle rozumienie ani usług, ani dostaw w sposób ujęty w PZP nie jest konieczne, choć zdecydowanie nie może być traktowane jako błędne. Jednak znacznie racjonalniej byłoby procedować umowę sprzedaży na zasadach dla niej przewidzianych i odmiennie do niej podchodzić niż do umowy o dzieło, umowy zlecenia czy innych typów umów.

2. Ustawa o finansach publicznych

Drugi akt prawny, który jest bazą dla zamówień podprogowych, to FinPubU. Jednak pomimo istotności zamówień podprogowych (co wykazano powyżej) nie są one jakkolwiek dostrzeżone przez przepisy FinPubU. Koronnym przykładem na tę swoistą obojętność jest praktyka służb kontrolnych. Jeżeli udzielanie zamówień podprogowych u kontrolowanego zamawiającego odbywa się w sposób budzący zastrzeżenia służb, to wskazywana jest jedna podstawa prawna – art. 44 ust. 3 pkt 1 FinPubU. Przepis ten stanowi, że wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

- 1) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- 2) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Przepis ten dotyczy wszystkich zamówień realizowanych przez jednostki sektora finansów publicznych, bez względu na formułę wydatkowania. Nie jest ani dedykowany zamówieniom podprogowym, ani nawet wyłącznie umowom cywilnoprawnym, ponieważ obejmuje również np. wydatki mające jako podstawę stosunek pracy.

Orzecznictwo

Wyrażona w art. 44 ust. 3 FinPubU zasada dokonywania wydatków w sposób celowy i oszczędny determinuje również sposób korzystania z dotacji oświatowej jako środków publicznych. Dublowanie stanowisk i powierzonych obowiązków godzi w tę zasadę, bowiem prowadzi do finansowania środkami publicznymi wynagrodzenia osób, które pełnią tę samą funkcję i mają w przeważającym zakresie tożsamy zakres (wyr. WSA w Lublinie z 7.3.2018 r., I SA/Lu 27/18, Legalis).

Ze względu na fakt tak szerokiego zastosowania – co jak się wydaje było bezpośrednim zamiarem ustawodawcy – przepis ten ma charakter bardzo ogólny. Jest zredagowany na takim poziomie ogólności jak klauzule generalne w KC („należyta staranność”, „dobre obyczaje”, „zasady współżycia społecznego”, „ustalone zwyczaje”). Dyrektywny charakter przepisu oznacza, że nie wprowadza on żadnej konkretnej normy operacyjnej. Regulacje wewnętrzne dotyczące zamówień podprogowych (a w ich braku – praktyka działań zamawiającego) stanowią wypełnienie kierunku, w jakim art. 44 ust. 3 pkt 1 FinPubU nakazuje działać. Tymczasem służby kontrolne ogólną treść uniwersalnego przepisu interpretują tak, jakby zawierał on konkretne normy operacyjne.

Przykład

Podczas jednej z kontroli dedykowanej udzielaniu zamówień podprogowych NIK stwierdziła, że: „(...) udzielono ośmiu zamówień podprogowych, na łączną kwotę 1207,50 zł, wykonawcom wybranym w postępowaniu, w którym zapytania wysłano tylko do jednego wykonawcy. Wynikało to z nieustalenia w przyjętych procedurach wymogu skierowania zapytań do większej liczby wykonawców (więcej niż jednego), co zapewniałoby wydatkowanie środków publicznych zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 FinPubU¹.

Sposób interpretacji instytucji kontrolnych (dla którego typowy jest powyższy przykład) jest zastanawiający na co najmniej dwóch poziomach. Po pierwsze, brak logicznego

¹ Dokonywanie zakupów do 30 tys. euro przez wybrane jednostki sektora finansów publicznych, Informacja o wynikach kontroli, NIK 2017, <https://www.nik.gov.pl/kontrolne/P/17/063/LOP/>.

związku między treścią art. 44 ust. 3 pkt 1 FinPubU a liczbą wykonawców, do których wysłano zapytania. Nie stanowi naruszenia analizowanego przepisu wysłanie zapytania ofertowego do jednego wykonawcy zamiast do większej ich liczby, ponieważ przepis ten w ogóle nie odnosi się bezpośrednio do wysyłania jakichkolwiek dokumentów (a i pośrednio trudno byłoby to wykazać). Po drugie, brak również jednoznacznego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wysłaniem zapytania ofertowego do więcej niż jednego wykonawcy a uzyskaniem najlepszych efektów z poniesionych nakładów, czyli oszczędnego zakupu.

Przykład

Zamawiający prowadzący postępowanie podprogowe na zakup 10 laptopów wysłał zapytanie ofertowe do 5 wykonawców. W celu uzyskania większego prawdopodobieństwa – w ocenie zamawiającego – uzyskania produktów wyższej jakości świadomie zaprosił wyłącznie najdroższych znanych mu wykonawców.

Z kolei inny zamawiający, który chciał nabyć 10 laptopów wysłał zapytanie ofertowe do jednego wykonawcy. Jednak wcześniej dokonał analiz dostępnych cen produktów za pomocą porównywarek internetowych oraz 4 największych sklepów internetowych. Zaprosił oczywiście tego wykonawcę, który oferował przedmiot zamówienia po najniższej cenie.

Który z wykonawców był bliższy celowi, jakie stawia przed zamawiającymi art. 44 ust. 3 pkt 1 FinPubU? Nie ulega wątpliwości – jeżeli racjonalność zakupu jest czynnikiem dominującym – że metoda, którą zastosował drugi zamawiający, jest zdecydowanie bardziej warta naśladowania.

Zamiast szukać w przepisach FinPubU tego, czego w nich ustawodawca nie umieścił, znacznie bardziej racjonalnym rozwiązaniem jest spojrzenie na art. 44 ust. 3 pkt 1 FinPubU jako właściwy dla finansów publicznych odpowiednik cywilistycznej zasady należytej staranności. Do takiego rozumienia nawiązuje część orzecznictwa.

Orzecznictwo

Konstrukcja procedury udzielania zamówień publicznych bazuje m.in. na zasadzie ochrony interesu publicznego na skutek efektywnego wydatkowania środków publicznych. Tak zwana zasada B.V.F.M. (*Best Value for Money*) oznacza konieczność takiego dokonywania zakupów, aby osiągnąć możliwie najlepszy stosunek w relacji cena – jakość. Potwierdzeniem obowiązywania tej zasady w polskim porządku prawnym jest zapis art. 44 ust. 3 pkt 1 FinPubU (zob. wyr. SO w Warszawie z 21.9.2018 r., XVI GC 799/17, Legalis).

Nie należy więc stosować naiwnie prostego rozumowania „więcej ofert = oszczędność i gospodarność”, lecz szukać **takich metod dokonywania zamówień, które realnie skutkowałyby osiągnięciem celu, jaki stawia zamawiający, za rozsądną cenę**. To właśnie jest ukryte pod zwrotem „uzyskiwanie najlepszych efektów z danych nakładów”.

Z kolei „optymalny dobór metod i środków” również nie jest tożsamy z koniecznością wysyłania zapytań ofertowych do więcej niż jednego wykonawcy. Należy zauważyć, że nawet tam, gdzie postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami PZP i konkurencyjność postępowań jest omalże deifikowana, niekiedy pojawia się racjonalna refleksja, że tryb konkurencyjny nie musi skutkować uzyskaniem najniższych cen. Wyjątek uzasadnia np. „uzasadnione, obiektywne założenie istniejące po stronie zamawiającego, że **zastosowanie trybu konkurencyjnego dla wyboru wykonawcy do świadczenia okre-**

ślonych usług będzie powodowało pewne okoliczności – negatywne skutki dla jednostki [podkr. aut.]” (zob. uchwała KIO z 19.3.2012 r., KIO/KD 30/12, Legalis).

3. Orzecznictwo

Zmiany dokonywane w przepisach ustawy – Prawo zamówień publicznych dotyczące zamówień podprogowych w ciągu ostatnich lat ograniczały się wyłącznie do zmiany (podwyższania) progu, od którego istniał obowiązek stosowania jej przepisów (w chwili wejścia w życie PrZamPubl próg ten wynosił 6000 euro). Sama formuła ich działania, z punktu widzenia PrZamPubl, pozostawała bez zmian, czyli obowiązywała (i nadal obowiązuje) pełna deregulacja. Jednak od 2004 r. zmieniły się przepisy innych aktów prawnych mających pośredni, a niekiedy bezpośredni wpływ na zamówienia podprogowe. Wielokrotnie w istotnym zakresie zmieniała się treść przepisów KC, w tym również tych najważniejszych z punktu widzenia zamówień podprogowych, dotyczących zarówno zawarcia umowy, jak i formy czynności prawnych. Zmieniły się przepisy o finansach publicznych, jednak wspomniany wyżej art. 44 ust. 3 pkt 1 FinPubU miał swojego bardzo podobnego co do zakresu i ogólności poprzednika (art. 35 ust. 3 FinPubU05). Jeżeli wziąć pod uwagę przepisy unijne, to zmianie uległa również treść dyrektyw zamówieniowych, nadających kontekst całemu rynkowi zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę zmodyfikowane otoczenie prawne, paradoksalnie dokonywanie zamówień podprogowych zmieniło się w zaskakująco niewielkim stopniu. Racjonalnie przeprowadzone postępowanie podprogowe w 2005 r. i jego odpowiednik w 2021 r. wyglądają tak samo. W związku z tą ciągłością należy zdecydowanie podkreślić utrzymującą się aktualność dorobku literatury i orzecznictwa, począwszy co najmniej od wejścia w życie PrZamPubl, a już z pewnością od podniesienia progu do 30 000 euro w 2014 r. Oczywiście aktualne pozostały zawarte w tym orzecznictwie tezy i sposoby interpretacji, a nie konkretne jednostki redakcyjne. Nawet błędne interpretacje z przeszłości pozostają w ten sam sposób błędne pod rządami PZP, co nie znaczy, że są nieaktualne.

4. Zamówienia podprogowe a zamówienia wspólnotowe

Polski system zamówień publicznych (jak i każdego kraju członkowskiego UE) jest częścią systemu europejskiego. Przepisy PZP są wzorowane, a w wielu przypadkach są prostą kalką dyrektyw zamówieniowych, np. w przypadku większości dokumentów żądanych od wykonawców przez zamawiających, czyli podmiotowych środków dowodowych, minimalnych terminów składania ofert, przesłanek stosowania trybów itd. Jednak formalnie, biorąc pod uwagę normy prawne, unijne dyrektywy zamówieniowe mają zastosowanie od równowartości progów wskazanych w przepisach wspólnotowych. Tymczasem zamówienia podprogowe ze względu na wartość ulokowane są nawet nie poniżej progów unijnych, ale nawet poniżej krajowego progu bagatelności. Czy w związku z tym możliwe jest, aby przepisy uchwalane na poziomie całego kontynentu dla największych wartościowo zamówień miały jakiegokolwiek zastosowanie do zamówień podprogowych, krajowych, a wręcz lokalnych z samego założenia?

W celu powiązania tych dwóch wątków wskazywany jest Komunikat wyjaśniający Komisji Europejskiej dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (Dz.Urz. UE C Nr 179 z 1.8.2006 r., s. 2). Jeżeli dokona się analizy treści tej wypowiedzi Komisji Europejskiej, to wydaje się dość wątpliwe, aby stanowiła ona postawę prawną oceny prawidłowości udzielania zamówień podprogowych z co najmniej dwóch przyczyn.

Po pierwsze, komunikaty, bez względu na to, czyjego są autorstwa, nie są źródłem obowiązującego prawa, co również zostało wskazane w treści przedmiotowego Komunikatu. Źródła prawa zostały opisane w art. 87 Konstytucji RP i wśród nich nie ma komunikatów, w tym również komunikatów Komisji Europejskiej. Komunikaty nie stanowią nawet źródła prawa w rozumieniu dość pojemnego systemu prawa wspólnotowego, zarówno pierwotnego, jak i wtórnego. Jest to część tzw. *soft law*, które wbrew nazwie nie jest prawem, ale czymś łączącym wytyczne i dobre (w intencji twórców) praktyki.

Po drugie, komunikat, niezależnie od jego oceny prawnej, nie ma zastosowania do zamówień o wartości poniżej 130 000 zł netto. Normy zaczerpnięte z traktatu WE mają zastosowanie wyłącznie do zamówień, które są wystarczająco powiązane z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego. W tym zakresie ETS potwierdził, że w konkretnych przypadkach „z powodu szczególnych okoliczności, na przykład niewielkiego znaczenia gospodarczego” podmioty gospodarcze z siedzibą w innych państwach członkowskich nie byłyby zainteresowane udzielanym zamówieniem. W takich przypadkach „skutki dla swobód podstawowych należałoby uznać za zbyt nieokreślone i pośrednie, by uzasadniały stosowanie norm zaczerpniętych z pierwotnego prawa wspólnotowego” (cytaty – oryginalny tekst Komunikatu). Oznacza to, że Komisja Europejska, będąca autorem tego dokumentu, uznała, iż Komunikat ma znaczenie wyłącznie do zamówień o charakterze transgranicznym. Zamówienia podprogowe ze względu na ich znikomą jednostkową (w skali całej UE) wartość, takiego charakteru nawet potencjalnie nie mają.

Zagadnienie relacji zamówienia podprogowe – zamówienia wspólnotowe było analizowane przez ustawodawcę w 2014 r. w związku z podniesieniem progu stosowania PrZamPubl z 14 000 euro do 30 000 euro i zakończyło się następującym podsumowaniem: „Ponadto, dokonywanie zamówień o stosunkowo niewielkiej wartości poza procedurami określonymi PrZamPubl, **nie może być oceniane jako z zasady naruszające prawo unijne i zasady traktatowe**. Dlatego też niektóre kraje członkowskie Unii Europejskiej, w tym Polska (...), wprowadziły dolny próg stosowania przepisów o zamówieniach, tj. określiły wartość zamówienia, poniżej której zamawiający nie mają obowiązku stosowania przepisów określających procedury udzielania zamówień publicznych” (z uzasadnienia do ustawy z 14.3.2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2014 r. poz. 423).

Podstawa prawna:

- art. 7 pkt 4, art. 21, 28 PZP,
- art. 56–109, 647–658 KC,
- art. 44 ust. 3 pkt 1 FinPubU,
- art. 35 ust. 3 FinPubU05,
- art. 87 Konstytucji RP.

Rozdział III. Tryby udzielania zamówień podprogowych

Zamówienia podprogowe, po części z powodu znacznie mniejszego formalizmu postępowań, nie podlegają ściśle określonym, narzuconym przepisami formułom ich udzielania, które PZP nazywa trybami. Jednak nawet elastyczne regulacje kodeksowe zawierają ścieżki postępowania, z których wynikają pewne obowiązkowe działania i ograniczenia.

Przepisy polskiego KC zawierają zasadniczo trzy formuły zawierania umów, które można – niewiele ryzykując – utożsamić z trybami prowadzenia postępowań. Każdy z nich może mieć zastosowanie do postępowań podprogowych. Są to:

- 1) przetarg,
- 2) tryb negocjacyjny,
- 3) tryb ofertowy.

1. Przetarg

Tryb przetargu (art. 70¹–70⁵ KC) jest systemowo i nomenklaturowo najbardziej zbliżony do konkurencyjnych trybów regulowanych przez PZP. Nie zagłębiając się w akademickie wywody dotyczące natury trybu przetargowego i jego systemowych powiązań, należy zwrócić uwagę na kilka aspektów istotnych z praktycznego punktu widzenia prowadzenia postępowań podprogowych.

Tryb ten zasadniczo prowadzony jest w trzech etapach zgodnie ze schematem: **ogłoszenie/zapytanie ofertowe – oferty – umowa**. Możliwe jest oczywiście obudowanie procedury dodatkowymi czynnościami i wymogami, jednak nie zmienia to trój etapowej natury tego trybu.

Należy mieć na uwadze, że dla stosowania przepisów KC dotyczących przetargu kwestią wtórną jest sposób wszczęcia postępowania (ogłoszenie i zapytanie ofertowe czy też każda z tych form występująca pojedynczo), istotna jest natomiast możliwość składania ofert przez wykonawców (oferentów) jako podstawa przyszłej umowy: „Kodeks cywilny nie zastrzega żadnej szczególnej formy dla ogłoszenia aukcji czy przetargu. **Ogłoszenie**

może zatem nastąpić w dowolny sposób [podkr. aut.] dostatecznie ujawniający wolę organizatora co do wszczęcia procedury zawarcia umowy w trybie aukcji lub przetargu. W praktyce ogłoszenia następują poprzez zamieszczenie ich treści w środkach masowego przekazu, Internecie czy w miejscach publicznie dostępnych. W przypadku aukcji oraz przetargów zamkniętych ogłoszenie ma często formę **pisemnego zaproszenia kierowanego do wybranych adresatów** [podkr. aut.]¹. Inaczej rzecz ujmując – jeżeli zamawiający stosuje rodzaj postępowania zwany „zapytaniem ofertowym”, to mają do niego zastosowanie przepisy dotyczące przetargu kodeksowego.

W praktyce część zamawiających organizuje „przetargi z negocjacjami”, tj. postępowania, w trakcie których składane oferty są (lub mogą) być przedmiotem dalszych negocjacji. Taka formuła postępowania (skądinąd przypominająca tryb podstawowy znany z PZP) jest w pełni dopuszczalna. Jednak nie jest prawidłowe nazywanie tego trybu „przetargiem”.

Orzecznictwo

Nie może być mowy o przetargu w sytuacji, w której dwie strony negocjują warunki umowy (zob. wyr. SN z 3.11.2009 r., II CSK 113/09, Legalis).

2. Negocjacje

Uregulowanie trybu negocjacji w KC jest stosunkowo ubogie i obejmuje dwa artykuły (art. 72 i 72¹ KC), z których tylko pierwszy dotyczy zasad prowadzenia postępowania, natomiast drugi odnosi się wyłącznie do poufności. Kodeksowy model negocjacji jest dwuetapowy: **negocjacje – umowa**. Kończą się one wówczas, gdy strony uzgodnią treść umowy.

Negocjacje rozumiane jako zawarcie umowy wyłącznie po przeprowadzeniu rozmów z wykonawcami nie są podejściem popularnym. Zamawiający stosujący negocjacje preferują schemat bardziej rozbudowany: zaproszenie do negocjacji – oferta wstępna – negocjacje – umowa. Należy mieć na uwadze, że oferta wstępna w praktyce może oznaczać zarówno ofertę wiążącą, ze wszystkimi koniecznymi elementami, jak i wstępną propozycję wyjściową do dalszych negocjacji, niezawierającą np. ceny.

W praktyce różnica pomiędzy zapytaniem ofertowym zakładającym składanie ofert (z ewentualnym ich późniejszym negocjowaniem) a trybem negocjacyjnym (w którym negocjacje są pewne) może stać się trudna do uchwycenia. Nadal jednak w zapytaniu ofertowym warunki przyszłej umowy kształtowane są tandemem „treść zapytania ofertowego – treść oferty”, natomiast w trybie negocjacyjnym nacisk położony jest na uzgodnienia poczynione w trakcie samych negocjacji, a wszystkie czynności przed negocjacjami stanowią wyłącznie wprowadzenie.

¹ J. Grykiel, M. Lemkowski, Czynności prawne. Art. 56-81 KC. Komentarz, Warszawa 2010, s. 309.

3. Tryb ofertowy

Tryb ofertowy zawarcia umowy – rozumiany jako sytuacja, w której to wykonawca składa ofertę, a zamawiający ją przyjmuje i powstaje zobowiązanie – jest prawdopodobnie w praktyce najrzadziej występujący. Zasadniczą różnicą pomiędzy trybem ofertowym a przetargiem jest liczba wykonawców biorących udział.

Orzecznictwo

Złożenie oferty i jej przyjęcie stanowi tryb zindywidualizowany zawarcia umowy, natomiast charakterystyczną cechą przetargu, jak i aukcji jest jednoczesny udział w nich wielu uczestników, którzy podlegają tym samym regułom postępowania (zob. wyr. SA w Warszawie z 14.10.2010 r., VI ACa 217/10, Legalis).

Ze względu na fakt, że oferta składana w postępowaniach podprogowych ma charakter oferty wywołanej (tj. inicjatywa wychodzi od zamawiającego), to czysto kodeksowy tryb ofertowy w naturalny sposób ma charakter marginalny (w praktyce występujący w nielicznych przypadkach faktycznego monopolu, w których wykonawcy narzucają zamawiającym treść umów adhezyjnych). Nie oznacza to jednak, że przepisy regulujące ten tryb (art. 66–69 KC) są rzadko stosowane. Rzeczywistość wygląda dokładnie przeciwnie – stanowią one zasadniczą bazę prawną dla czynności podejmowanych przez zamawiających również w zapytaniu ofertowym (art. 70³ § 3 KC). Są wówczas jednak fragmentem większej całości, a nie samodzielnym sposobem zawarcia umowy.

4. Tryb mieszany

Powyżej opisane tryby stanowią „czyste” modele kodeksowe. Praktyka obrotu zamówieniowego wskazuje, że zamawiający nie trzymają się ich kurczowo, stosując te elementy z poszczególnych rozwiązań, które są dla nich z różnych przyczyn najbardziej adekwatne. Takie wybieranie najbardziej pasujących elementów jest dopuszczalne, ponieważ znaczna część przepisów KC dotyczących zawierania umów ma charakter dyspozytywny – stosuje się je wówczas, gdy zamawiający danej kwestii w zapytaniu ofertowym (warunkach przetargu) nie określi inaczej. Najbardziej typowym przykładem kreatywnego łączenia trybów kodeksowych jest wyżej wspomniane dopuszczenie negocjacji po złożeniu wiążących ofert.

5. Tryby w zamówieniach podprogowych – zestawienie

Poniższa tabela zawiera zoptymalizowane dla potrzeb prowadzenia postępowań podprogowych zestawienie cech poszczególnych trybów kodeksowych.

Przetarg KC (art. 70 ¹ -70 ⁵)	Tryb mieszany (przetargowo-negocjacyjny)	Tryb negocjacyjny (art. 72-72 ¹ KC)	Tryb ofertowy (art. 66-70 KC)
Ogłoszenie/zaproszenie – oferta – umowa	Ogłoszenie/zaproszenie – oferta (wstępna) – negocjacje – (oferta ostateczna) – umowa	Zaproszenie do negocjacji – negocjacje – umowa	Oferta (od jednego wykonawcy) – umowa (często adhezyjna sporządzana na wzorze wykonawcy)
Treść umowy kształtują wyłącznie i komplementarnie warunki przetargu + oferta	Etap negocjacji realnie kształtuje treść umowy	Treść umowy kształtują wyłącznie negocjacje (możliwa „oferta wstępna”, niemająca charakteru oferty)	Treść umowy w dużej mierze oparta na treści oferty, rzadko możliwe negocjacje
Warunki przetargu możliwe do zmiany, o ile zostało przewidziane to w ich treści	Warunki przetargu mogą być zmodyfikowane w trakcie negocjacji	Warunki zamówienia kształtowane w trakcie negocjacji	Często stosowane przy faktycznym monopolu
Jedyny tryb, który powinien być, zgodnie z doktryną, nazywany „przetargiem”	Okoliczność, że strona została zobowiązana do wpłacenia wadium, nie może przesądzać, że procedura miała charakter przetargu (...) Nie może być mowy o przetargu w sytuacji, w której dwie strony negocjują warunki umowy (zob. wyr. SN z 3.11.2009 r., II CSK 113/09, Legalis).		

Podstawa prawna:

- art. 66–69, 70¹–70⁵, 72, 72¹ KC.

[Przejdź do księgarni →](#)



ksiegarnia.beck.pl