

Włodzimierz Dzierżanowski

doktor hab. nauk prawnych, prezes zarządu Grupy Doradczej Sienna sp. z o.o.,
wykładowca Uczelni Łazarskiego

Andrzela Gawrońska-Baran

doktor nauk prawnych, radca prawny

Charakter i znaczenie prawne tzw. trybu podstawowego udzielania zamówień małej wartości

Uwagi ogólne

Przepisy ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych¹ stworzyły szczególne rozwiązania właściwe dla udzielania zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne (tj. zamówień nieobjętych przepisami dyrektyw Unii Europejskiej)². Ustawodawca uznał, że zamówienia tej stosunkowo małej wartości wymagają prostszych oraz odformalizowanych procedur. W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazano, że „proponuje się w projekcie ustawy wprowadzenie elastycznej i uproszczonej procedury dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. Procedura uproszczona (tryb podstawowy), gwarantując realizację celów systemu zamówień publicznych, zapewnia zarazem zamawiającym odpowiednią elastyczność umożliwiającą optymalną organizację procesu udzielania zamówienia publicznego”³. Ustawodawca w tym krótkim zdaniu uzasadnienia stawia kilka istotnych tez. Po pierwsze w jego ocenie tryb podstawowy to procedura uproszczona, po drugie gwarantuje realizację celów PZP, po trzecie zapewnia właściwą elastyczność, a po czwarte – jest optymalny ze względów organizacyjnych. Próbowujemy dokonać wstępnej oceny, czy rzeczywiście cele te można osiągnąć oraz czy dążenie do ich osiągnięcia nie wiąże się jednak z ryzykiem utraty z pola widzenia innych, o wiele ważniejszych celów, które powinny przyświecać prawodawcy.

¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; dalej jako: PZP.

² Zob. progi kwotowe podane w obwieszczeniu Prezesa UZP z 1.1.2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. poz. 11).

³ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk sejmowy nr 3624 <https://sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>, dostęp: 8.1.2021 r.

Podkreślić należy, że w trybie podstawowym – zgodnie z art. 275 PZP – zamawiający udziela zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji (pkt 1) albo może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych (pkt 2), albo prowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych (pkt 3).

Odnosząc się w pierwszej kolejności do postulatu uproszczenia poprzez tryb podstawowy udzielania zamówień o małej wartości, podnieść należy, że zdaje się zaprzeczać temu zbyt skomplikowana konstrukcja nowego trybu udzielania zamówienia. Nie bez przyczyny w tytule artykułu użyto zwrotu „tak zwany” tryb podstawowy. W istocie są to bowiem (zarówno pod względem konstrukcyjnym, jak i praktycznym) trzy odrębne procedury, określane wspólnym mianem trybu podstawowego. Skala odrębności pomiędzy tymi procedurami, a przede wszystkim całkowicie odmienne założenia na tle przyjętej typologii procedur utrudniają możliwość traktowania ich jako nieznaczące „mutacje” tej samej procedury. Zauważyć chociażby należy, że przyjęty w przepisie art. 275 PZP podział wariantów udzielania zamówienia w ramach trybu podstawowego odbiega znacznie od przyjętych reguł cywilistycznych, w świetle których przykładowo negocjacje są różnym od ofertowego sposobem zawierania umów⁴.

Tryb podstawowy bez negocjacji – przetarg nieograniczony

Tryb podstawowy w swoim pierwszym wariantcie określonym w art. 275 pkt 1 PZP to w praktyce przetarg nieograniczony z wszelkimi elementami konstrukcyjnymi właściwymi takiemu przetargowi w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, a także w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych, których wartość jest równa progom unijnym lub je przekracza. Ten wariant (dalej dla określenia poszczególnych procedur trybu podstawowego jako „podtryb”) jest wszczynany w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu zamieszczanego w BZP, a podstawą zawarcia umowy w sprawie zamówienia jest złożona przez wykonawcę najkorzystniejsza oferta. Nie przewidziano w nim jakichkolwiek nowości w stosunku do elementów konstrukcyjnych właściwych przetargowi nieograniczonemu stosowanemu w postępowaniach wszczętych przed 1.1.2021 r., dotyczących udzielenia zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. Skoro tak, nasuwa się pytanie o racjonalność rezygnacji przez prawodawcę z nazwania tego wariantu po pierwsze wprost przetargiem czy wprost „trybem przetargowym”, a po drugie – o ra-

⁴ Zob. Z. Radwański [w:] A. Olejniczak, Z. Radwański (red.), System Prawa Prywatnego, t. II, Prawo cywilne – część ogólna, s. 347, Warszawa 2008.

jonalność braku wyodrębnienia go jako jednego z rodzajów trybów podstawowych możliwych do zastosowania przy udzielaniu zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne zamiast ukształtowania go jako „podtrybu” trybu podstawowego. Zauważyć należy, że rezygnacja w przepisach PZP z określenia „przetarg” przy zachowaniu *de facto* jego elementów konstrukcyjnych powoduje niepotrzebne wątpliwości prawne wśród uczestników postępowań o udzielenie zamówienia. Jest to tym bardziej zastanawiające, że tryb przetargu nieograniczonego w zamówieniach o wartości mniejszej niż progi unijne był wykorzystywany przez zamawiających w 88,51% zamówień⁵. Dopuszczalny przez lata, praktycznie od początku funkcjonowania systemu zamówień publicznych, jako jeden z trybów podstawowych udzielania zamówień, przetarg nieograniczony był postrzegany jako gwarantujący rzetelną weryfikację wiarygodności wykonawców oraz gruntowne porównanie ofert. Nawet sam prawodawca w uzasadnieniu do projektu ustawy wskazuje, że jest to „wariant analogiczny do trybu przetargu nieograniczonego (art. 275 pkt 1 ustawy – tryb podstawowy bez negocjacji”⁶. To niewątpliwie prowadzić musi do wysunięcia wniosków *de lege ferenda* o co najmniej rozważenie wyraźnego wyodrębnienia trybu przetargu w ramach trybów podstawowych, a nie pozostawiania go jako wariantu czy podtrybu trybu podstawowego. Istotne elementy postępowania przetargowego odbiegają bowiem na tyle nie tylko od klasycznej procedury ofertowej, ale także od negocjacyjnej, że przetarg powinien być traktowany samodzielnie, jako osobny tryb zawierania umów w sprawie zamówienia publicznego.

Podtryb z możliwością negocjacji

Przewidziany w art. 275 pkt 1 PZP w ramach trybu podstawowego podtryb 2 to niezbyt udana próba połączenia procedury zawierania umowy w drodze złożenia i przyjęcia oferty z procedurą negocjacyjną. Nie przekonuje przy tym podnoszony przez prawodawcę argument, że wprowadzenie możliwości zastosowania negocjacji służy realizacji celu przepisów PZP, jakim jest zwiększenie roli dialogu zamawiającego z wykonawcami oraz maksymalne odformalizowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego.

Podtryb 2 rozpoczyna się ogłoszeniem o zamówieniu zamieszczanym w BZP, w odpowiedzi na które wszyscy zainteresowani wykonawcy składają oferty, a zamawiający (o ile przewidział taką możliwość) może nawet po ich badaniu i ocenie zaprosić do negocjacji celem ulepszenia treści ofert. Ulepszenie treści oferty nie polega jednakże na poprawie oferty w sensie materialnym (np. na poprawieniu ewentualnych omyłek, wyjaśnieniu wątpliwości), lecz na ulepszeniu w ramach kryteriów oceny ofert. Co istotne, w świetle art. 289 ust. 5 PZP o kryteriach oceny ofert objętych negocjacjami zamawiający informuje

⁵ Zob. Sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r., s. 37, Warszawa czerwiec 2020 r., https://uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/43418/Sprawozdanie-2019-r.pdf, dostęp: 6.2.2021 r.

⁶ Zob. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych; druk sejmowy nr 3624 <https://sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>, dostęp 6.2.2021 r.

dopiero w zaproszeniu do negocjacji kierowanym do wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Podtryb 2 nie jest więc przetargiem w jego definicyjnym znaczeniu, gdyż ten powinien kończyć się wyborem oferty najkorzystniejszej, bez elementu negocjacyjnego, nawet gdyby była to przewidziana w trybie podstawowym oferta dodatkowa. Nie jest zatem typowe dla trybu przetargowego negocjowanie treści ofert.

Należy zauważyć, że użycie przez ustawodawcę pojęcia „negocjacje” jest co najmniej niewłaściwe dla określenia czynności, które po badaniu i ocenie ofert mogą być prowadzone w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Istotą negocjacji – zgodnie z Kodeksem cywilnym (a innej definicji negocjacji niż wynikająca z art. 72 KC przepisy o trybie podstawowym nie zawierają) – jest bowiem próba dojścia do porozumienia co do postanowień umowy, która w ich wyniku może zostać zawarta. Polegają one na wzajemnym oddziaływaniu stron na siebie (interakcji komunikacyjnej). W odróżnieniu jednak od oferty nie przybierają one kształtu stanowczej decyzji zawarcia umowy ani nie jest też konieczne, aby oznaczenie przedmiotu negocjacji miało tak sprecyzowaną treść, jakiej wymaga się od oferty.

W toku czynności w podtrybie 2 brak miejsca na jakiegokolwiek „właściwe” negocjacje ze względu na brak możliwości choćby najmniejszej zmiany wymagań warunków zamówienia przez zamawiającego. Są to więc z jego strony „milczące negocjacje” (jakkolwiek źle by to nie brzmiało), a więc negocjacje w podtrybie 2 to raczej monolog ze strony wykonawcy, który *notabene* go nie wiąże. To pewnego rodzaju luźna propozycja, która w przeciwieństwie do oferty nie ma charakteru oświadczenia woli. Rola zamawiającego jest ograniczona natomiast co najwyżej do udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące szczegółów oczekiwań zamawiającego odnośnie do treści ofert w ramach kryteriów oceny ofert objętych etapem negocjacji. Jednocześnie ze względu na obowiązek jednoznacznego i precyzyjnego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia oraz zakaz negocjacji tych postanowień trudno wskazać na choćby jeden aspekt, który podczas tzw. negocjacji mógłby być modyfikowany przez zamawiającego. Niefortunność zastosowania pojęcia „negocjacje” jest więc wyraźnie widoczna.

Warto zwrócić uwagę także na fakt, że odbycie negocjacji nie jest warunkiem *sine qua non* dla przeprowadzenia podtrybu 2 w procedurze podstawowej. Ogłoszenie o zamówieniu lub dokumenty zamówienia (np. specyfikacja warunków zamówienia – SWZ) muszą jedynie taką możliwość przewidywać, aby negocjacje były dopuszczalne. Zamawiający nie musi jednak z niej skorzystać. Jest to istotne odstępstwo od reguły ustalonej w art. 70¹§ 4 KC, stosowanej ze względu na odesłanie zawarte w art. 8 ust. 1 PZP i stanowiącej, że od chwili udostępnienia warunków przetargu (tu: zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ) organizator przetargu (zamawiający) jest związany postanowieniami dokumentów, które je określają. Wskazanie w dokumentach, że organizatorowi przysługuje całkowita lub istotna ze względu na zasady ustalania wyników swoboda zachowań, stanowiłoby pozorne określenie warunków przetargu. Niestety przepisy o zamówieniach publicznych nie po raz pierwszy oraz stosunkowo konsekwentnie pomi-

jają tę regułę. Podobną konstrukcją ustawową polegającą na możliwości przewidzenia w ogłoszeniu lub SIWZ jedynie prawa, a nie obowiązku skorzystania z regulacji zastosowano przy wprowadzaniu tzw. procedury odwróconej w art. 24aa uchylonej PZP⁷ czy też w przypadku zamówień o wartości równej progom unijnym lub je przekraczającej w art. 139 PZP. Przeciw takiej praktyce konsekwentnie opowiada się doktryna. Zmiana reguł dokonywania czynności organizatora przetargu wprowadzona w sytuacji, gdy choćby jedna oferta została już złożona, jest oceniana jako niedopuszczalna⁸. Z kolei *Piotr Machnikowski*⁹ wskazuje, że taka zmiana reguł gry w toku przetargu stanowi naruszenie art. 5 KC.

Konstrukcja dobrowolności negocjacji oraz uzależnienia ich przeprowadzenia w zasadzie wyłącznie od uznania zamawiającego rodzi obawy co do przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia, a więc zgodności z jedną z podstawowych zasad traktatowych oraz zasad PZP. Preferencje osobiste lub inne nieobiektywne okoliczności mogą bowiem być przyczyną decyzji o przystąpieniu do lub odstąpieniu od przeprowadzenia negocjacji przez zamawiającego. Mówiąc wprost, o ile po ocenie ofert pierwotnych najwyższej będzie sklasyfikowany wykonawca pożądaný, może to być powodem uznania przez zamawiającego, aby ten wynik postępowania stał się wynikiem ostatecznym, bez negocjacji. Tym bardziej że z przepisów PZP nie wynika zobowiązanie zamawiającego do choćby poinformowania (aby wykonawcy nie pozostawali w niepewności co do dalszych czynności w postępowaniu) czy co najmniej uzasadnienia w jakikolwiek sposób przyczyn rezygnacji z przejścia do etapu negocjacji, a potem zaproszenia do składania ofert dodatkowych. W art. 287 ust. 1 PZP określono bowiem jedynie, że w przypadku podtrybu 2, gdy zamawiający nie prowadzi negocjacji, dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Z kolei uzyskanie najwyższej pozycji w rankingu ofert przez wykonawcę niecieszącego się szczególną estymą zamawiającego stać się może przyczyną decyzji o kontynuowaniu postępowania z zaproszeniem do negocjacji, aby inni wykonawcy mieli szanse wyprzedzić nieulubianego wykonawcę. Tych niewątpliwie nieuczciwych motywacji można by uniknąć, gdyby ustawodawca zrezygnował z etapu negocjacji, których przeprowadzenie jest uzależnione od „uznania” zamawiającego, które nie mają charakteru wiążącego, pozostawiając jednocześnie etap zaproszenia do składania ofert dodatkowych, mający zapewnić elastyczność przy udzielaniu zamówień. *De lege ferenda* warto poddać do rozważenia kierunkowo także skorzystanie z doświadczeń znanych już w zamówieniach publicznych, choć w odległej perspektywie czasowej, bo na gruncie przedwojennych przepisów¹⁰.

⁷ Ustawa z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. jedn.: z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

⁸ W. Robaczyński [w:] B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz, LEX komentarz do art. 70¹ Kodeksu cywilnego.

⁹ E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 183.

¹⁰ Zob. § 29 ust. 2 nieobowiązującego już rozporządzenia Rady Ministrów z 29.1.1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu i instytucji prawa publicznego (Dz.U. Nr 13, poz. 92 ze zm.), który w przypad-

Z uwagi na powyższe przedstawione wątpliwości należy liczyć na to, że dopóki nie dojdzie do postulowanych ewentualnych zmian legislacyjnych, co do zasadności przejścia przez etap negocjacyjny w podtrybie 2 przeważą racjonalne oraz gospodarczo uzasadnione decyzje o rozpoczęciu lub zaniechaniu negocjacji. Zasadne będzie bowiem ich przeprowadzenie zawsze, gdy zamawiający ma podstawy, aby spodziewać się, że uzyska ofertę korzystniejszą. W zasadzie więc, gdy pozostają w grze co najmniej dwie oferty, można liczyć, że wykonawca sklasyfikowany na drugim miejscu będzie próbował ulepszyć swoją ofertę, aby wygrać postępowanie i uzyskać publiczny kontrakt. W ten sposób zdopinguje do ulepszenia oferty także wykonawcę będącego na pierwszej pozycji w rankingu po dokonaniu pierwotnej oceny ofert. Czasami nawet przy jednej niepodlegającej odrzuceniu ofercie negocjacje mogą być efektywne, pod warunkiem że wykonawca w ogóle do nich przystąpi, a potem w ich konsekwencji złoży ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze niż w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu propozycje w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji. Wprawdzie trudno podejrzewać, że wykonawca będzie chciał negocjować i ulepszyć swoją ofertę poprzez złożenie oferty dodatkowej w sytuacji, w której i tak byłaby ona wybrana jako najkorzystniejsza (gdy brak przesłanek unieważnienia postępowania), to jednak w sytuacji, w której oferta przekracza możliwości finansowe zamawiającego (kwotę, którą zamierzał on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i upublicznił najpóźniej przed otwarciem ofert), wykonawca poprzez złożenie oferty dodatkowej może dostosować się do możliwości finansowych zamawiającego i tym samym uzyskać zamówienie publiczne. To budzi jednak kolejną obawę, a mianowicie czy zamawiający nie będą celowo zaniżać kwot podawanych przed otwarciem ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (ofert „pierwotnych”) jako wielkości środków na sfinansowanie zamówienia tylko po to, aby wyrzucić dodatkową presję na wykonawców przy negocjacjach, a potem przy składaniu ofert dodatkowych.

Za niewątpliwie uzasadnioną kolejną przesłankę rezygnacji z możliwych negocjacji uznać należy czynnik czasowy. Jeżeli bowiem zamawiający uzna, że treść oferty najwyżej ocenionej po pierwotnym badaniu i ocenie pod względem kryteriów oceny ofert jest zadowalająca, zaś czas jest istotny przy realizacji zadania, któremu służy zamówienie, prowadzenie negocjacji mogłoby godzić w efektywność (i sprawność) wykonywania zadań publicznych. Zasadne zatem będzie odstępianie od dążenia do uzyskania ofert dodatkowych (a więc także od poprzedzających ich składanie negocjacji) wszędzie tam, gdzie ich uzyskanie rodziłoby istotne obawy przekroczenia granicy ceny rażąco niskiej. Jeżeli więc przykładowo oferty pierwotne będą bliskie przekroczenia 30% różnicy od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, ustalonej prawidłowo i z należyłą starannością, nowe, „ulepszone” oferty mogłyby prowadzić do ich odrzucenia. Możliwe przy tym, że

kach szczególnych, gdy wynik przetargu był niezadowalający, przewidywał możliwość przeprowadzenia dodatkowego przetargu ustnego lub pisemnego pomiędzy co najmniej dwoma wybranymi oferentami, którzy zaferowali najdogodniejsze warunki.

odrzucono by dodatkową ofertę najkorzystniejszą, a następna w kolejności poprawiona oferta byłaby gorsza (mniej korzystna) od najkorzystniejszej po ocenie ofert pierwotnych. Tak ustalony wynik postępowania zapewne godziłby w podstawowy cel przepisów PZP, jakim jest efektywność udzielania zamówień, pomimo że byłby ustalony w pełnej zgodzie z wszelkimi przepisami szczegółowymi.

Elastyczna formuła prowadzenia postępowania, jaką jest swoboda decyzji zamawiającego o przeprowadzeniu negocjacji, pozwala stwierdzić, że pomimo wspomnianych wyżej zastrzeżeń osiągnięto drugi z zakładanych przez ustawodawcę celów. Może on jednak godzić w podstawowe cele przepisów PZP, czyli zapewnienie równego i uczciwego dostępu do rynku publicznego przez wykonawców na znanych oraz obiektywnie skonstruowanych zasadach. Tym samym trzeci cel ustawodawcy – ochrona wartości PZP – w trybie podstawowym nie jest w pełni gwarantowany. Wzmacnia tę obawę niejasność co do dopuszczalnej swobody zamawiającego w ustaleniu zakresu ofert dodatkowych. Po tzw. negocjacjach zamawiający wyznacza termin na złożenie ofert dodatkowych, który nie może być krótszy niż 5 dni od dnia przekazania zaproszenia. Oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna (a zatem teoretycznie może być na takim samym poziomie korzystności) w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (oferta „pierwotna”). Jeżeli jest mniej korzystna w którymkolwiek z tych kryteriów, podlega odrzuceniu (np. cenę obniżono, ale wydłużono termin realizacji zamówienia), na podstawie art. 296 ust. 2 zd. ostatnie PZP. Nie należy tej sytuacji utożsamiać z odrzuceniem w ogóle oferty wykonawcy, tj. oferty pierwotnej. Przy składaniu oferty dodatkowej nie chodzi więc wyłącznie o uzyskanie wyższego bilansu w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert, lecz co najmniej o utrzymanie pierwotnie zaproponowanych „parametrów” w każdym kryterium oceny ofert. Podkreślić należy przy tym, że to od wykonawcy zależy, czy w ogóle złoży ofertę dodatkową, a jeżeli do tego dojdzie, to w którym z kryteriów oceny ofert ulepszy treść swojej oferty. „Pierwotna” oferta przestaje wiązać wykonawcę tylko w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji. Jeżeli zatem nie złoży oferty dodatkowej, pozostaje związany ofertą złożoną w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Warto pamiętać, że wykonawca, decydując się na złożenie oferty dodatkowej, składa ją w sposób i w terminie określonych przez zamawiającego w zaproszeniu do składania ofert dodatkowych. Poza tym ma w takim przypadku zastosowanie art. 63 ust. 2 w zw. z art. 62 PZP, a zatem ofertę dodatkową składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej (tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym) lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Należy ponadto podkreślić, że zamawiający może wprawdzie wskazać w zaproszeniu do negocjacji – stosownie do art. 289 ust. 5 PZP – kryteria oceny ofert, w ramach których będą prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, ale nie może po terminie złożenia ofert dokonać zmiany nie tylko samych kryteriów podanych w ogłoszeniu o zamó-

wieniu oraz SWZ, ale także ich znaczenia (wag) lub sposobu oceny. Rażąco naruszałoby to zasadę równego traktowania, mogąc godzić w określonych wykonawców, którzy akurat w danych kryteriach i ich wagach upatrywali swej przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia. Może to godzić także w „oprymalność organizacyjną”, a więc czwartą cechę, której istotność podkreślił ustawodawca w uzasadnieniu do projektu ustawy.

Podtryb 3 w ramach procedury podstawowej

Za prosty organizacyjnie trudno uznać podtryb 3 trybu podstawowego, który polega na złożeniu ofert w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu w BZP oraz na podstawie upublicznionego opisu potrzeb i wymagań. Zamawiający przeprowadza w nim obowiązkowe negocjacje z wykonawcami, a następnie sporządza na ich podstawie SWZ i zaprasza wykonawców do złożenia ofert ostatecznych odpowiadających wymaganiom określonym w SWZ. Oferta ostateczna nie jest kontynuacją oferty „pierwotnej”, a jej złożenie stanowi odrębną czynność prawną. Do złożenia ofert ostatecznych zostają zaproszeni wyłącznie wykonawcy, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie zostały odrzucone i którzy brali udział w negocjacjach. Wykonawca, składając ofertę, odmiennie niż przy ofercie „pierwotnej” jest już nią związany przez okres wskazany datą przez zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Podtryb 3 trybu podstawowego odpowiada w swojej istocie trybowi dialogu konkurencyjnego lub negocjacji z ogłoszeniem, które to są możliwe do zastosowania w zamówieniach o wartości równej progom unijnym lub je przekraczającej. Stworzenie odrębnego wariantu procedury podstawowej dla zamówień o mniejszej wartości, aby osiągać ten sam efekt, który w zamówieniach o większej wartości osiąga się przy pomocy utrwalonych instrumentów prawnych, nie może uchodzić za zgodne z zasadą trwałości prawa oraz przyzwoitej legislacji, stanowiąc *de facto* „zmianę dla zmiany”. Jest przy tym od pozostałych podtrybów trybu podstawowego tak odrębny, że traktowanie tego podtrybu wraz z innymi podtrybami jako jednego trybu udzielania zamówienia nazwanego trybem podstawowym wprowadza jedynie trudności w stosowaniu prawa, a jednocześnie nie niesie raczej ze sobą wartości dodatkowej. Rozwiązania szczegółowe zastosowane w podtrybie 3 nie stanowią zasadniczo nowości proceduralnych w stosunku do dotychczasowych rozwiązań przewidzianych w przepisach PZP. Ich szersze omawianie w artykule stanowiącym rozważania o znaczeniu i charakterze tzw. trybu podstawowego nie wydaje się konieczne.

Niemniej jednak warto zwrócić uwagę na niewłaściwe, zważywszy na uregulowanie zawarte między innymi w art. 281 ust. 1 PZP dotyczące treści opisu potrzeb i wymagań, określenie, że wykonawcy w podtrybie 3 w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu składają oferty w pełnym tego słowa znaczeniu. Opis potrzeb i wymagań nie zawiera bowiem chociażby terminu związania ofertą czy sposobu obliczenia ceny. Do ofert „pierwotnych”

na mocy art. 287 ust. 2 PZP nie mają zastosowania także przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8–14 PZP, a tym samym nie są one badane pod kątem rażąco niskiej ceny, zawierania błędów w obliczeniu ceny czy też w obszarze związania ofertą i przedłużania terminu takiego związania. Skłaniać się zatem należy do stwierdzenia, że wykonawcy składają raczej wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie oferty. Nasuwa się przy tym pytanie, dlaczego ustawodawca przy przyjęciu takiej konstrukcji zamiast określić, że wykonawcy – wzorem przykładowo dialogu konkurencyjnego – składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zdecydował, że mamy do czynienia z ofertami. Nie wydaje się, aby w tym przypadku zasadne było ich traktowanie w ten sposób, jako jakiś podtyp ofert, a tym samym należałoby dokonać chociażby w tym zakresie zmiany legislacyjnej.

Ponadto szczególnego znaczenia nabierają w podtrybie 3 negocjacje treści ofert. Zanim jednak zamawiający zaprosi do nich wykonawców, informuje równocześnie każdego z wykonawców z osobna o odrzuceniu jego oferty albo – w przypadku, o którym mowa w art. 288 ust. 1 PZP (tj. ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji) – o niezakwalifikowaniu jego oferty do negocjacji oraz o przyznanej punktacji w każdym kryterium oceny oferty i łącznej punktacji, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Kluczowe znaczenie ma wynikający z art. 279 pkt 1 PZP wymóg, że negocjacje nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań. Ustawodawca wskazuje natomiast, że mogą dotyczyć warunków zamówienia w celu podniesienia jego efektywności, a więc kierując się definicją legalną zawartą w art. 7 pkt 29 PZP – warunków wynikających w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia (np. w zakresie technologii wykonania), wymagań związanych z realizacją zamówienia lub wymagań proceduralnych. Wykonawcy mają zatem poprzez negocjacje pomóc zamawiającemu w przygotowaniu SWZ, zwłaszcza opisu przedmiotu zamówienia, która będzie stanowić doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań. Zamawiający prowadzi negocjacje treści ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu do czasu doprecyzowania lub uzupełnienia wszystkich warunków zamówienia podlegających negocjacjom. Negocjacje nie mają wprawdzie w tym przypadku charakteru analogicznego do negocjacji regulowanych przepisami Kodeksu cywilnego, ale warto mieć na uwadze art. 72 § 2 KC. Stanowi on, że strona, która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje z naruszeniem dobrych obyczajów, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, jest zobowiązana do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy.

Podsumowując, *de lege ferenda* należy postulować rozważenie rezygnacji w zamówieniach o wartości mniejszej niż progi unijne z użytego w liczbie pojedynczej określenia trybu udzielenia zamówienia „tryb podstawowy” na rzecz określenia „tryby podstawowe” wraz z odpowiednimi zmianami legislacyjnymi dotyczącymi poszczególnych rodzajów trybów podstawowych, mającymi na celu wyeliminowanie przedstawionych w artykule wątpliwości nie tylko prawnych, ale także praktycznych.

Summary

The nature and legal significance of the basic procedure for awarding low-value contracts

The basic procedure is a new way of awarding public contracts with a value not exceeding the EU thresholds. There are no particular conditions that have to be met in order to implement it. This procedure has replaced all the previous procedures with an announcement (open tender, restricted negotiations with an announcement and competitive dialogue). The basic procedure is not uniform. In fact, there are (both in terms of construction and practicality) three separate procedures referred to by a common term. The scale of differences between these procedures makes it difficult to treat them as minor “variations” of the same procedure and leads to a call for necessary legislative changes in order to separate them from each other. The solutions adopted in the basic procedure, which in many cases depend on the contracting authority’s discretion and do not require that the manner of using a specific legal institution be specified in the contract announcement, pose a risk of the procedure being seen as non-transparent, although it is certainly true that they create a flexible mechanism for conducting the contract award procedure.

Keywords: basic procedure, negotiations, tender, additional offers, final offers