

Ryszard Szostak

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

ORCID: 0000-0002-1364-3772

argius@poczta.onet.pl

Znaczenie prawne oferty złożonej w przetargu zorganizowanym w celu udzielenia zamówienia publicznego

I. Przetarg, toczący się w ramach wielostronnego postępowania ofertowego o charakterze eliminacyjno-porównawczym (art. 70¹ § Kodeksu cywilnego¹), stanowi odrębny i samodzielny sposób zawarcia umowy względem pozostałych trybów kontraktowania, także tradycyjnie ofertowego, zachodzącego w układzie dwustronnym. Jednak samo pojęcie oferty przetargowej, jej złożenie i przyjęcie nie odbiega pod względem konstrukcyjnym od rozwiązań kodeksowych zawartych w art. 66 i nast. k.c.², ze względu na brak dyspozycji odrębnych, co jest charakterystyczne także dla obcych regulacji krajowych na obszarze UE, z pierwszeństwem potwierdzonym w dyrektywach unijnych³. Konstrukcja przetargu na zamówienie publiczne mieści się zasadniczo w bardzo pojemnym modelu kodeksowym, a zachodząca specyfika na gruncie zamówień publicznych, ma jedynie znaczenie uzupełniające, bowiem nie wykracza poza granice sze-

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 1061, 1237), dalej jako k.c.

² Znaczący jest brak odrębnej definicji oferty przetargowej, natomiast pojęcie oferty najkorzystniejszej na gruncie zamówień publicznych nie koliduje z rozwiązaniem kodeksowym (zob. art. 239 Pzp). Por. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, suplement, seria: System Prawa Prywatnego, Warszawa 2004, s. 24 i nast.; R. Szostak, *Przetarg na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2004, s. 71 i nast.; A. Olejniczak, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2016, s. 477; A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2020, s. 373; W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 595; P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 654; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 695. Sporadycznie prezentowane jest stanowisko na rzecz specyfiki oferty przetargowej, raczej z funkcjonalnego punktu widzenia, por. zwłaszcza A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 629.

³ Por. zwłaszcza art. 16 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, s. 65).

rokowej formuły wielowariantowego postępowania, na dodatek unormowanego dyspozytywnie. Dotyczy to także finalnego etapu przetargowego, przewidzianego w ramach procedur negocjacyjno-przetargowych, zwłaszcza funkcjonujących w formie negocjacji z ogłoszeniem (art. 152 ustawy Prawo zamówień publicznych⁴), bez ogłoszenia (art. 208 Pzp) albo dialogu konkurencyjnego (art. 169 Pzp), oczywiście począwszy od fazy składania ofert ostatecznych. Zgodnie z zasadą subsydiarności, potwierdzoną w art. 8 Pzp, do czynności zapadających w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy k.c., o ile nic innego nie wynika z ustawy Pzp⁵. Przepisy art. 218 i nast. Pzp ograniczają się zatem do unormowania jedynie aspektów proceduralnych, pozostawiając kwestie konstrukcyjne w domenie regulacji kodeksowej.

Z drugiej jednak strony od dawna, zwłaszcza w praktyce, funkcjonuje pojęcie oferty wstępnej lub niekiedy nawet zupełnie „niewiążącej propozycji” o charakterze informacyjnym składanej w toku negocjacji, nazywanej niekiedy ogólnie „ofertą”⁶. Ponadto na gruncie zamówień publicznych konkurenci zapraszani są do składania ofert wstępnych mających na celu usprawnienie negocjacji z zachowaniem konkurencji, toczących się w pierwszym etapie trybu hybrydowego pn. negocjacji z ogłoszeniem (por. art. 156 Pzp), w połączeniu z akceptacją minimalnych wymagań zamówienia, przede wszystkim przedmiotowych. Z punktu widzenia umowy finalnej nie są one ani wyczerpujące, ani dostatecznie stanowcze, z założenia wymagają rozwinięcia, a dopiero stanowcza wola kontraktowania objawiana bywa w tzw. ofercie ostatecznej, wiążącej oferenta w ujęciu art. 66 k.c.

Oferty składane na przetarg, tradycyjnie zwanym „konkursem ofert”, to oświadczenia woli zawarcia oznaczonej umowy⁷. Koncepcja przeciwna oferty pojmowanej w kategoriach jednostronnej czynności prawnej nie zyskała wielu zwolenników⁸, przede wszystkim dlatego, że dopiero komplementarne wobec oferty oświadczenie o jej przyjęciu prowadzi do czynności prawnej. Do tego momentu toczy się procedura zawierania umowy. Oferta przetargowa, podle-

⁴ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako Pzp.

⁵ Bardziej ogólne odesłanie zawierał § 46 przedwojennego rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego (Dz.U. Nr 13, poz. 92), wskazując na subsydiarne stosowanie „prawa cywilnego”.

⁶ Por. więcej J. Górski, *Przygotowanie umowy w świetle kodeksu zobowiązań*, Poznań 1938, s. 15 i nast.

⁷ Por. zwłaszcza B. Gawlik, *Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego (art. 66–72 k.c.)*, Kraków 1977, s. 46 i nast.; Z. Radwański, op. cit., s. 24 i nast., A. Klein, *Zawarcie umowy*, [w:] L. Bar (red.), *Instytucje prawne w gospodarce narodowej*, Wrocław 1981, s. 242 i nast., A. Olejniczak, op. cit., s. 451.

⁸ S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, t. 1: *Część ogólna*, Wrocław 1974, s. 478, 553; M. Jasiakiewicz, *Ofertowy system zawierania umów w polskim prawie cywilnym*, Toruń 1995, s. 47 i nast.; M. Gutowski, *Charakter prawny oferty na tle niedawnych zmian w Kodeksie cywilnym*. *Dwugłos*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 3, s. 77–78.

gająca konkurencyjnej ocenie wartościującej, to na ogół oferta zawierająca propozycję zawarcia oznaczonej umowy o bezpośredniej doniosłości gospodarczej (na dostawy, usługi lub roboty), określająca jej istotne postanowienia, zarówno te konieczne do wykreowania zakładanego typu kontraktu, jak i inne uznane przez strony za tzw. elementy podmiotowo istotne. Dlatego przy przetargu organizowanym dla zawarcia umowy ramowej (art. 311 Pzp) tylko odpowiednie zastosowanie znajdują rozwiązania kodeksowe, zarówno o przetargu, jak i o ofercie⁹. Sama oferta do umowy ramowej zawiera wprawdzie postanowienia istotne i stanowcze, jednak zorientowane wyłącznie na warunki przyszłych umów wykonawczych, które zgodnie z zamiarami stron mają być zawierane na podstawie umowy ramowej, celem zapewnienia świadczeń o bezpośredniej doniosłości gospodarczej. Z kolei przez tzw. ofertę częściową rozumie się ofertę stanowczą w ujęciu art. 66 k.c., z tym że odnosi się ona jedynie do części zamawianego świadczenia (art. 7 pkt 15 Pzp). Natomiast ofertę dodatkową łączy się tylko z wyjątkowo dopuszczalną możliwością zmiany lub uzupełnienia oferty przetargowej (por. art. 293–294 Pzp). Objęte regulacją dyspozytywną rozwiązania kodeksowe dotyczące oferty (art. 66 i nast. k.c.) podlegają jedynie dodatkowemu rozwinięciu i uszczegółowieniu z mocy art. 218 i nast. Pzp, bez istotnych odchyłeń konstrukcyjnych względem formuły generalnej, w celu zapewnienia niezbędnej specyfiki na zasadzie *lex specialis*, z odniesieniem także do ostatniego etapu przetargowego w ramach procedur negocjacyjno-przetargowych.

II. Źródłem związania oferenta przyrzeczeniem złożonym w ofercie jest wyłącznie jego wola (jako przyrzekającego). Samo zaś związanie polega tym, że oferent musi liczyć się z przyjęciem propozycji złożonej oblatowi, wraz z konsekwencjami prawno-majątkowymi wynikającymi z zawarcia umowy, którym nie może już zapobiec. Wprawdzie oferta może być odwołana, zwłaszcza gdy tak zastrzeżono, lecz tylko do momentu jej przyjęcia. Oferty składane na przetarg z zasady są nieodwoływalne po upływie ustalonego terminu składania, co wynika z samej istoty „konkursu ofert” opartego na poszanowaniu równości i reguł uczciwej konkurencji. W przetargu, z założenia konkurencyjnym, zazwyczaj ofert pada wiele, równolegle wiążących, natomiast umowę finalną zawiera się tylko z jednym (wybrany) konkurentem, stąd wybór oferty najkorzystniejszej powinien być przejrzysty i sprawiedliwy. Wymaga to odpowiedniego rozwinięcia wymagań proceduralnych, przede wszystkim w zakresie weryfikacji wstępnej wiarygodności konkurentów oraz pożądaných elementów oferty przetargowej, tak aby składane oferty były porównywalne z uwzględnieniem reguł równości i uczciwej konkurencji, aktualnych także

⁹ Szerzej: R. Szostak, *Charakter prawny porozumień ramowych*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 5, passim; G. Wicik, *Charakter prawny umowy ramowej w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, passim.

w odniesieniu do przetargów organizowanych w obrocie powszechnym. Świadczy o tym dobitnie art. 70⁵ § 1 k.c., przyznający prawo zaskarżenia wyniku przetargu pokrzywdzonemu konkurentowi¹⁰. Zamawiający – organizator ustala z góry, w zgodzie z art. 70¹ § 4 k.c., warunki przetargu, w tym wymagania co do formy (licząc się jednak z ograniczeniami wynikającymi z przepisów szczególnych), a częściowo także treści oferty przetargowej oraz pożądaný termin związania złożoną ofertą, pod rygorem jej odrzucenia, które w świetle zasad ogólnych wynika z nieskrępowanej swobody oblata. Jak wcześniej wspomniano, oferta przetargowa stanowi rodzaj oferty nieodwoływalnej po upływie terminu przewidzianego na jej złożenie, a wygasa samoczynnie po ustaniu zadeklarowanego przez oferenta okresu. Wyjątkowo jednak dopuszczalne są odstępstwa, zwłaszcza na rzecz późniejszej zmiany oferty w drodze oferty dodatkowej, zorientowanej na „polepszenie” złożonej propozycji umownej, np. w trybie tzw. przetargu uzupełniającego, co mieści się w wielowariantowej konstrukcji kodeksowej. Ponadto w celu zapewnienia sprawnego przebiegu przetargu okres związania ofertą powinien być odpowiedni i jednakowy w odniesieniu do wszystkich konkurentów. Wprawdzie zależy on ostatecznie od swobodnej woli zainteresowanego, jednak pod rygorem odrzucenia oferty odbiegającej od ustalonych z góry wymagań. Także indywidualne przedłużenie terminu związania ofertą trzeba uznać za zależne od wyłącznej woli oferenta, bez względu na to, czy następuje z inicjatywy oblata (zamawiającego), czy też w przypadku, gdy sam zainteresowany zdecyduje się na podtrzymanie swojej oferty, np. w obawie przed bezpodstawnym unieważnieniem przetargu.

Ze związaniem oferenta złożoną ofertą łączy się wadium przetargowe (z łac. ‘poręka’). Jednak wymóg ustanowienia odpowiedniego wadium zmierza do zabezpieczenia nie tyle samej oferty (ewentualny jej upadek następuje niezależnie od tej okoliczności), ile wykonania zobowiązania wykreowanego jej przyjęciem. Stąd wadium przepada w razie uchylecia się przez wybranego oferenta od obowiązku zawarcia umowy finalnej, choć według § 21 ust. 4 przedwojennego rozporządzenia Rady Ministrów z utratą wadium musiał liczyć się także oferent, który zdecydował się na przedwczesne wycofanie oferty przed rozstrzygnięciem przetargu, lecz obecnie nie ma takiej możliwości po upływie terminu składania ofert. W przypadku zorganizowania przetargu o skutkach bezpośrednich (w obrocie powszechnym), a mianowicie gdy przyjęcie wybranej oferty od razu prowadzi do zawarcia umowy finalnej, wadium wchodzi w sta-

¹⁰ Por. zwłaszcza Z. Radwański, op. cit., s. 72; J. Rajski, *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów Kodeksu cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 5, s. 8 i nast.; R. Szostak: *Przetarg na...*, s. 208 i nast. Celowość tego rozwiązania podważa jednak F. Zoll, *Pytanie o celowość rozszerzenia grona osób uprawnionych do unieważnienia umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia aukcji lub przetargu (w związku z nowelizacją kodeksu cywilnego)*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2003, nr 2, s. 8 i nast.

tus zadatku, skoro od razu, w wyniku przyjęcia najkorzystniejszej oferty, następuje zawarcie umowy docelowej¹¹. Jak łatwo zauważyć, zastrzeżenie wadium przetargowego pozostaje bez wpływu na konstrukcję prawną oferty. Powinno być jednak uwolnione (zwrócone), jeżeli oferta stała się nieaktualna, lecz tylko dlatego, że nie może być już przyjęta, odpada zatem troska o wykonanie obowiązku zawarcia umowy finalnej.

III. Dopuszczalność odrzucenia oferty, jak i znaczenie prawne samego aktu odrzucenia mieszczą się w kodeksowej formule oferty. Jedyna różnica na gruncie zamówień publicznych jest taka, że oblat (zamawiający) nie ma pełnej swobody odrzucenia oferty. Podstawy odrzucenia są w interesie publicznym ustawowo limitowane (por. art. 226 Pzp), podobnie zresztą jak i inne wymogi proceduralne. Poza tym znaczenie prawne i konsekwencje odrzucenia oferty przetargowej podlegają ogólnym zasadom kodeksowym. W szczególności oferta upada w wyniku jej odrzucenia w następstwie odpowiedniego oświadczenia woli złożonego przez oblata. Zarówno zawarte w niej propozycje, jak i sam stan związania wygasają w cudzej sferze prawnej, jednak nie tyle z samej woli oblata (ukierunkowanej na cudze oświadczenie), lecz następczo *ex lege*, co wynika pośrednio z art. 68 k.c. Brak jasnego rozwiązania ustawowego nie zasługuje na uznanie, powinien być skorygowany w nowym kodeksie. O wiele lepiej skutek „odrzucenia” unormowano w kodeksie niemieckim, postanawiając wyraźnie w § 146 BGB, że oferta gaśnie, gdy wobec tego, kto ją złożył, zostanie odrzucona albo nie zostanie przyjęta we właściwym czasie. Wprawdzie podstawy odrzucenia oferty przetargowej, przewidziane w art. 226 Pzp w postaci katalogu zamkniętego, ograniczają swobodę zamawiającego, lecz możliwe są do zastosowania także w obrocie powszechnym, pod warunkiem odpowiedniego zastrzeżenia z góry w warunkach przetargu. Podobnie jak i samoograniczenie *in casu* w układzie dwustronnym swobody w postaci możliwości zastrzeżenia właściwej formy przyjęcia lub odrzucenia oferty.

Do odrzucenia oferty dochodzi także w związku z unieważnieniem postępowania (art. 255 Pzp), a mianowicie gdy choćby jedna oferta utrzymuje się jeszcze w przetargu. Konstytutywne oświadczenie woli rozwiązujące stosunek proceduralny, z uwzględnieniem podstaw ustawowych, analogicznie jak wykonanie ustawowego prawa odstąpienia od umowy, ogranicza się do samego stosunku proceduralno-przetargowego, nie może dotyczyć bezpośrednio oferty, tym bardziej że byłaby to niedopuszczalna ingerencja w cudzą sferę prawną. Z drugiej strony trudno wyobrazić sobie potrzebę utrzymania bytu prawnego oferty, po zniesieniu postępowania, tym bardziej że oferenci w takiej sytuacji są naturalnie zainteresowani uwolnieniem spod stanu związania.

¹¹ Więcej o tym: R. Szostak, *Wadium przetargowe według nowych przepisów Kodeksu cywilnego*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 1, s. 80 i nast.

Dlatego oświadczenie o unieważnieniu postępowania zawiera, choćby dorozumiany, element odrzucenia wszystkich ofert utrzymujących się jeszcze w przetargu.

Jedyny element „obcy” przewidziany od niedawna w art. 252 ust. 2 Pzp, w sprzeczności z kodeksową konstrukcją oferty, a także europejskimi zasadami przetargowego wyboru oferty najkorzystniejszej, wymaga rychłej korekty legislacyjnej, tym bardziej że jest nieprzydatny praktycznie. Przepis ten dopuszcza bowiem możliwość wyboru wygasłej oferty. Podobne skutki można osiągnąć poprzez dobrowolne przedłużenie terminu związania ofertą. Zgodnie z ustawą „jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem oferty najkorzystniejszej”, dochodzi do nieodwracalnego upadku tej oferty (wygaśnięcia), a „wezwanie wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia w wyznaczonym terminie pisemnej zgody na wybór jego oferty”, nie ma większego sensu wobec możliwości prostego zapobieżenia jej wygaśnięciu, poprzez zwyczajne „podtrzymanie” stanu związania: z rygiorem czy bez rygoru odrzucenia. Tymczasem dopuszczenie możliwości reaktywowania upadłej oferty sprzyja zniekształceniu procedury przetargowej, poprzez uruchomienie dodatkowej fazy postępowania dwustronnego (przetarg do końca z założenia pozostaje wielostronny), z naruszeniem nadrzędnego wymogu równego traktowania konkurentów. Z drugiej strony jednak nadmiernie wydłużony termin związania ofertą przetargową może być uciążliwy dla konkurentów. Stąd w pierwszej kolejności zamawiający powinien koncentrować się raczej na zapewnieniu sprawnego toku postępowania, sumiennie dążąc do jego wyczerpania w ustalonym terminie, tym bardziej że wskazane w art. 220 ust. 1 Pzp maksymalne rozpiętości czasowe (90 dni i 120 dni) nie są rygorystyczne, choć rozmiar „czasu przetargu” powinno się ustalać racjonalnie z poszanowaniem zasady proporcjonalności. Z przepisu art. 252 ust. 2 Pzp wynika zaś co innego. Na dodatek pozwala on na bezzasadne usprawiedliwienie ewentualnego unieważnienia przetargu z rzekomego braku zainteresowania.

IV. Kodeksowa konstrukcja oferty pozostaje zasadniczo poza zasięgiem ustawowej modyfikacji kodeksowego modelu przetargu na gruncie zamówień publicznych. Każda bowiem oferta złożona na przetarg staje się przedmiotem postępowania toczącego się przy uwzględnieniu jedynie jej bytu prawnego i treści, a nie autonomicznej konstrukcji prawnej. Sposób oceny i ewentualnego wyboru oferty, a także podstaw jej odrzucenia stanowią element tego postępowania. Według art. 70¹ § 4 k.c. organizator przetargu od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem są obowiązani postępować stosownie do postanowień ogłoszenia, a także dodatkowych warunków przetargu. Złożenie oferty w zakresie zawarcia umowy wywiera także drugi skutek prawny, a mianowicie łączy się z akceptacją warunków postępowania, przesadzając o nawiązaniu proceduralnego porozumie-

nia przetargowego¹². W ten sposób dochodzi do wykreowania wielostronnego z założenia stosunku proceduralno-przetargowego, który stabilizuje reguły jawnej konkurencji, sytuując zamawiającego w roli organizatora postępowania z określonymi uprawnieniami organizatorskimi. Konkurenci przystępujący sukcesywnie do postępowania godzą się też na określone powinności własne, zwłaszcza dokumentacyjne, informacyjne i wadialne. Oferta uchybiająca ustalonym warunkom podlega odrzuceniu, bynajmniej nie tylko z uwagi na interes zamawiającego-organizatora, lecz także interesy konkurujących wykonawców. Dlatego w piśmiennictwie tradycyjnie oferta przetargowa nazywana bywa ofertą wywołaną¹³.

Nawiązanie wielostronnego stosunku proceduralno-przetargowego nie eliminuje jednak zupełnie relacji dwustronnych wynikających ze składanych oświadczeń ofertowych. Stąd wybór oferty najkorzystniejszej prowadzi do nawiązania umowy dwustronnej, odrębnej względem toczącego się postępowania. Podobnie odrzucenie oferty ma wprawdzie istotne znaczenie dla postępowania eliminacyjnego (zmniejszenie liczby ofert), jednak skutkuje przede wszystkim w układzie dwustronnym. Przedmiotem postępowania rozgrywanego się w ramach stosunku proceduralno-przetargowego jest w szczególności: weryfikacja wiarygodności wykonawców (z możliwością wykluczenia), ocena ofert, formalna (z możliwością odrzucenia) oraz wartościująca (pozwalająca na ustalenie rankingu), a także finalny wybór oferty najkorzystniejszej, podlegającej przyjęciu, co skutkuje zawarciem umowy dwustronnej. Przyjęcie oferty bowiem to komplementarne oświadczenie woli niezbędne do wykreowania czynności prawnej. Prowadzi jednak tylko do nawiązania umowy tymczasowej, wchodzącej w status umowy przedwstępnej z art. 389 k.c., ponieważ musi nastąpić ostateczne upewnienie się o bezpieczeństwie transakcji, stworzenie warunków do ewentualnego zaskarżenia wyniku przetargu w trybie odwoławczym czy ustanowienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia.

Do akceptacyjnego przyjęcia oferty wybranej stosuje się ogólny art. 70 k.c., aktualny w układzie dwustronnym, co wynika wyraźnie z odesłania zawartego w art. 70³ § 3 k.c. Jednak gdy zawiadomienie zwycięskiego wykonawcy o wyborze (przyjęciu) jego oferty nie nastąpi w formie pisemnej bądź zastępczej formie elektronicznej, wątpliwości może budzić dopuszczalność żądania przymusowego zawarcia umowy finalnej na drodze sądowej (por. art. 390 k.c.), choć niektórzy upatrują umocowania dla takiego żądania bezpośrednio w art. 70² § 3 w zw. z art. 70³ § 3 k.c., natomiast podstawy do żądania zawarcia umowy finalnej pod rygorem roszczenia odszkodowawczego (lub wadialnego) nikt nie kwestionuje. Z kolei konstrukcja przejściowej umowy przedwstępnej uzasadnia

¹² Por. piśmiennictwo przywołane w przypisie 1.

¹³ Por. zwłaszcza A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 285 oraz M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim (zagadnienia cywilistyczne)*, Warszawa 2001, s. 35.

dwustronny obowiązek zawarcia umowy finalnej. Podstawę dla takiej właśnie konstrukcji stanowi art. 70² § 3 w zaw. art. 70³ § 3 k.c., zgodnie z którym jeżeli ważność umowy finalnej zależy od spełnienia szczególnych wymagań ustawowych (por. zwłaszcza art. 263–264 Pzp), w tym co do formy umowy, strony mogą dochodzić jej zawarcia. Inaczej zatem niż według k.c. sam wybór oferty najkorzystniejszej nie powoduje rozwiązania przetargu, które następuje dopiero w związku z zawarciem umowy docelowej, chyba że przetarg zostanie unieważniony, tym bardziej że możliwy jest powtórny wybór oferty – w razie uchylenia się wybranego wykonawcy od obowiązku kontraktowania.

V. Oferta uchybiająca wymaganiom ustawowym lub warunkom przetargu podlega odrzuceniu. Katalog podstaw odrzucenia podaje art. 226 Pzp. W ogólności odrzuca się ofertę sprzeczną z prawem lub warunkami zamówienia. W ramach oceny wartościującej liczą się bowiem wyłącznie oferty niepodlegające odrzuceniu, co od dawna uważa się za racjonalne z punktu widzenia efektywności proceduralnej. Jeżeli zaś podstawa odrzucenia ujawni się później, konieczne jest wznowienie kwalifikacji i oceny wszystkich ofert. Jak wcześniej wspomniano, obowiązek odrzucenia wadliwej oferty przetargowej wynika z treści porozumienia proceduralno-przetargowego. Rozróżnia się uchybienia formalne oraz merytoryczne, dotyczące treści przyrzeczeń ofertowych. W ramach pierwszej kategorii doniosłe znaczenie ma niedochowanie wymaganej formy oferty, spóźnione jej doręczenie lub brak ustanowienia stosownego wadium. Tytułem nowości liczy się także przestrzeganie ustalonego sposobu komunikacji. Zamawiający powinien bowiem odrzucić „ofertę sporządzoną lub przekazaną w sposób niezgodny z wymaganiami technicznymi lub organizacyjnymi właściwymi dla dopuszczonych środków komunikacji elektronicznej” (art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp). Oferty przetargowe są doręczane na ryzyko konkurujących wykonawców, stąd nawet nieznaczne spóźnienie uzasadnia odrzucenie oferty, jako złożonej po terminie. Oświadczenie stanowiące ofertę, wyrażone w postaci elektronicznej, jest złożone zamawiającemu – organizatorowi z chwilą wprowadzenia do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, aby adresat mógł zapoznać się z jego treścią (art. 60–61 k.c.). Oczywiście zamawiający nie musi od razu zaznajamiać się z treścią oferty, lecz już sama możliwość jest okolicznością miarodajną dla zachowania terminu. Poza tym wola oferenta powinna być wyrażona i ujawniona w sposób dostateczny. Dlatego odrzuca się oferty dotknięte wadliwością techniczną, taką że nie można ich otworzyć w celu zapoznania się z treścią albo nie są dostatecznie zrozumiałe, a braku tego nie da się skorygować w trybie art. 223 ust. 2 Pzp.

Przetarg toczy się z wykorzystaniem jawnej konkurencji, której zakłócanie bez względu na okoliczności jest niedopuszczalne. Odrzuca się zatem oferty złożone w warunkach nieuczciwej konkurencji, zwłaszcza z umowy przetargowej czy jakiegokolwiek uzgadniania „stawiania do przetargu”, a ponadto zawiera-

jące propozycje świadczenia przedmiotu „podrobionego” lub jakiegokolwiek innego ze szkodą dla konkurenta w ujęciu nieuczciwej konkurencji. Szczególnie dotkliwie bywa złożenie oferty z rażąco niską ceną w stosunku do kosztów zamawianego świadczenia (art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp). Uzasadnia to odrzucenie oferty nie tylko w imię ochrony interesów pozostałych konkurentów, uczciwie kalkulujących swoje propozycje cenowe, lecz także interesów samego zamawiającego, narażonego przy realizacji zamówienia na uszczuplenia ilościowo-jakościowe, popełniane w celu zachowania opłacalności transakcji. Według formuły ogólnej (por. art. 15 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁴) rażąco niska cena świadczenia umownego to taka, która nie znajduje dostatecznego pokrycia w kosztach jego spełnienia¹⁵. Groźba nieosiągnięcia zysku transakcyjnego skłania zazwyczaj wykonawcę do nadmiernych oszczędności lub nawet do praktyk korupcyjnych wobec personelu wadliwie zarządzanego zamawiającego, zwłaszcza przy odbiorze zamówionego świadczenia. W praktyce tylko wyjątkowo zdarza się, że wykonawca oferujący niską cenę może zrealizować należycie zamówienie, z zachowaniem dobrej jakości świadczenia, oczywiście przy niższych kosztach jego spełnienia, zwłaszcza z uwagi na ulgi fiskalne, niższe koszty pracy, oszczędności techniczno-realizacyjne, dostęp do tańszych materiałów itd. Dlatego unormowanie z art. 224 Pzp, w ślad za dyrektywami europejskimi, obciąża zamawiającego obowiązkiem weryfikacji *in casu* rzeczywistych kosztów świadczenia wykonawcy, przed ewentualnym odrzuceniem oferty. Tymczasem utrzymujące się ciągle jeszcze trudności praktyczne wynikają na ogół z niedopuszczalnego odstępstwa od ustalenia faktycznie ponoszonych kosztów świadczenia indywidualnego wykonawcy, na rzecz kosztów liczonych według ogólnych standardów rynkowych. W konsekwencji zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w odpowiednim terminie wyznaczonym przez zamawiającego bądź jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dołączonymi dowodami nie uzasadniają dostatecznie zaoferowanej ceny lub kosztu.

W zakresie sprzeczności treści oferty z wymaganiami ustawy lub warunków zamówienia w pierwszej kolejności liczy się tzw. kompletność oferty względem pożądanego zakresu przedmiotowego. Wprawdzie wymagane załączenie do oferty określonych dokumentów (certyfikatów, deklaracji lub tzw. próbek) w ramach tzw. przedmiotowych środków dowodowych nabiera wymiaru powinności dodatkowych, jednak ich zaniedbanie także uzasadnia odrzucenie oferty. Skoro treść „oferty wywołanej” w znacznym zakresie zdeterminowana zostaje warunkami ustalonymi przez zamawiającego, przede wszystkim co do opisu przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji, a tylko w pozostałej

¹⁴ Dz.U. z 2022 r., poz. 1233.

¹⁵ Szerzej: T. Skoczny, M. Bernatt, M. Knapp, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 467 i nast. wraz z przywołanym tam orzecznictwem.

części objętej konkurencją (kryteriami oceny ofert) poszczególne propozycje ofertowe kształtowane są wyłącznie w ramach swobodnej woli oferenta, w praktyce formularz ofertowy ogranicza się często (ze względów biurowych) właśnie tylko do tych wybranych elementów, ocenianych i porównywanych następnie w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie chodzi tu jednak o jakiegokolwiek skrócenie treści oferty, która nie może stracić statusu pełnej propozycji umowy, zawierającej obiektywnie konieczne oraz istotne podmiotowo elementy transakcji. Dlatego w takim przypadku niezbędna jest bezwarunkowa akceptacja wszystkich istotnych postanowień umowy ustalonych uprzednio przez zamawiającego. Swobodna wola zamawiającego, a potem obu stron umowy, podlega jednak licznym ograniczeniom ustawowym. Z jednej bowiem strony liczą się określone klauzule obligatoryjne (wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, wskazanie okresu jego realizacji, wprowadzenie klauzul waloryzacyjnych w odniesieniu do zamówień wieloletnich, a nawet kar umownych związanych z podwykonawstwem¹⁶), z drugiej zaś strony zakazuje się klauzul abuzywnych kształtowanych przez zamawiającego z pokrzywdzeniem wykonawców (art. 433 Pzp). Wprawdzie są one adresowane w pierwszej kolejności do zamawiającego, jednak oferta przetargowa nie powinna kolidować z tymi ograniczeniami. Jeżeli jednak sankcja nieważności (art. 58 k.c.) lub bezskuteczności (art. 353¹ k.c.) ukierunkowana jest wprost na umowę finalną, brak podstaw do odrzucenia oferty. Na ogół wyeliminowanie niedozwolonych postanowień projektowanej umowy odbywa się w trybie odwoławczym.

W celu zachowania koncentracji postępowania o udzielenie zamówienia oraz przeciwdziałania przedwczesnemu odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej¹⁷, obowiązuje dwustopniowe rozwiązanie, zmierzające do odrzucenia oferty. W pierwszej kolejności, w ramach kwalifikacji ofert, wyodrębnia się ofertę wadliwą jako „podlegającą odrzuceniu”, z pominięciem jej w ramach dalszej oceny – wartościującej. Samego odrzucenia oferty, w drodze złożenia odpowiedniego oświadczenia woli, dokonuje dopiero właściwy organ zamawiającego w zawiadomieniu zainteresowanego o wyniku postępowania, pozostałym konkurentom należy się zwykła informacja, natomiast zwycięski wykonawca otrzymuje dodatkowo oświadczenie woli o przyjęciu jego oferty. Skutek kreacyjny w postaci wygaśnięcia oferty odrzuconej następuje wprawdzie od razu, lecz *ex lege* (według art. 2:203 PECL oferta wygasa z chwilą doręczenia „informacji” o jej odrzuceniu). Niestety nie wynika to jednoznacznie z kluczowego w tym zakresie art. 253 Pzp, wymagającego korekty werbalnej w imię zasady przejrzystości. W razie bezpodstawnej dyskwalifikacji oferty skutek kreacyjny (w postaci definitywnego wygaśnięcia oferty) nie następuje, tym bardziej, że zapada *ex lege*. Wystarczy zatem odpowiednie skorygowanie wa-

¹⁶ Zob. art. 438 i nast. Pzp.

¹⁷ Dalej jako KIO.

dliwego wyboru oferty najkorzystniejszej w połączeniu z ponowną oceną wszystkich ofert utrzymujących się w przetargu.

VI. Istotnym elementem oferty przetargowej jest wskazanie okresu związania oferenta złożoną propozycją, który, jak wcześniej wspomniano, musi pozostawać w gotowości do zawarcia umowy, a następnie do jej wykonania, na wypadek przyjęcia oferty, na co nie ma on już wpływu. W zwykłej (dwustronnej) procedurze ofertowej stan związania bywa kształtowany bardziej swobodnie, natomiast w przetargu ofertę można wprawdzie na początku wycofać, ale po ustaniu biegu terminu do składania ofert konkurenci tracą już wpływ na dalszy rozwój sytuacji. Każdy z nich powinien zatem liczyć się z konsekwencjami ewentualnego przyjęcia oferty przez zamawiającego, co najmniej pod rygorem odpowiedzialności wadialnej lub odszkodowawczej. Podkreślenia wymaga jednak, że źródłem związania obligacyjnego, wraz z jego rozmiarem czasowym, nie jest bynajmniej wola zamawiającego – organizatora, lecz oferenta. W imię zasad równości i uczciwej konkurencji zamawiający jedynie proponuje jednakowy dla wszystkich termin, w maksymalnych granicach ustawowych (por. art. 220 Pzp) pod rygorem odrzucenia oferty, który pośrednio limituje też potencjalnie maksymalny czas przetargu. Jest to jeden z elementów „oferty wywołanej”. Po ustaniu bowiem stanu związania, każdy z oferentów staje się wolny, skoro oferta traci automatycznie na ważności. Potem nie można też skutecznie dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Znaczenie i zakres stanu związania są w zasadzie jednolicie pojmowane w kodeksach poszczególnych państw UE (por. np. art. 1114 francuskiego kodeksu cywilnego oraz art. § 145 BGB), a także w prawie konwencyjnym (por. zwłaszcza art. 2:201 PECL oraz art. 16 konwencji wiedeńskiej).

Wygaśnięcie oferty w wyniku upływu określonego terminu, równoznacznego z upadkiem stanu związania, stanowi okoliczność obiektywną. Przeciwdziałanie polega na przedłużeniu okresu związania, lecz na zasadzie dobrowoli, równości i uczciwej konkurencji. Przedłużenie terminu związania ofertą zależy wyłącznie od woli oferenta. Trzeba je kwalifikować jako jednostronne oświadczenie woli zmieniające treść oferty, podobnie jak w przypadku tzw. nieistotnej korekty oferty w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jeżeli zamawiający wnosi o pożądane podtrzymanie bądź korektę oferty, nie może eliminować ani lekceważyć swobodnej woli zainteresowanego, co jest szczególnie doniosłe na tle ustawowego pojęcia osiągnięcia „zgody” oferenta. Poza tym pominięcie (werbalne) w nowej ustawie możliwości swobodnego wydłużenia terminu związania ofertą wyłącznie z własnej inicjatywy wykonawcy, bez obawy odrzucenia, nie jest rozwiązaniem szczęśliwym, wobec wcześniejszej regulacji takiej możliwości oraz długoletnich przyzwyczajzeń. Jednak brak przepisu odrębnego bynajmniej nie pozbawia oferenta prawa do przedłużenia okresu związania na zasadach ogólnych (w imię autonomii woli), nawet bez sygnalizacji

takiej konieczności ze strony zamawiającego, zwłaszcza w celu przeciwdziałania zuchwałemu unieważnieniu postępowania w obliczu rzekomego braku zainteresowania.

VII. Przetargowa ocena propozycji ofertowych niewiele ma wspólnego ze stanem związania ofertą. Wprawdzie następuje w postępowaniu wielostronnym, lecz w ramach zdarzeń zewnętrznych względem elementów konstrukcyjnych oferty. Dopiero ewentualne odrzucenie oferty albo jej wybranie w celu przyjęcia, pociąga odpowiednio jej upadek albo przekształcenie w umowę dwustronną, oczywiście gdy zamawiający wyrazi w tym zakresie niezbędną wolę w granicach ustawy. Podobnie ocena wartościująca ofert niepodlegających odrzuceniu, zorientowana na wybór oferty najkorzystniejszej, nie wpływa bezpośrednio na treść i konstrukcję prawną każdej z ocenianych ofert. Polega ona bowiem jedynie na ustaleniu znaczenia poszczególnych propozycji dla interesów zamawiającego objętych z góry zastrzeżonymi kryteriami z punktu widzenia potencjalnych korzyści transakcyjnych (por. art. 239–243 Pzp)¹⁸. Przydzielane w sposób zobiektywizowany każdej z ofert wartości ocenne, jako „stwierdzone”, dodatkowo w formie rankingu ofert, powinno się zatem rozpatrywać w kategoriach oświadczeń wiedzy, a nie oświadczeń woli, z braku bezpośrednich skutków prawnych o charakterze kreacyjnym, podobnie zresztą jak i w przypadku samego wyboru oferty najkorzystniejszej o funkcjach wyłącznie deklaratoryjnych. Dopiero z przyjęciem wybranej oferty w formie oświadczenia woli łączyć można sensownie określone skutki kreacyjne. Zobiektywizowana ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej muszą pozostawać w zgodzie z zasadami nadrzędnymi: równości, przejrzystości i uczciwej konkurencji, aktualnymi także na gruncie przetargów organizowanych w obrocie powszechnym (*vide*: art. 70⁵ k.c.).

VIII. Przyjęcie oferty najkorzystniejszej kończy jej byt prawny, przekształcając stan jednostronnego związania w dwustronny stan zawarcia umowy. Bezpodstawne przyjęcie, dokonane zwłaszcza w wyniku błędnego wyboru oferty, może być ubezskutebnione w trybie art. 88 k.c. Cofnięciu oświadczenia w tym trybie przypisuje się charakter prawnokształtujący¹⁹. Jak się zdaje, forma uchylenia się od skutków błędnego oświadczenia woli o przyjęciu oferty schodzi na plan dalszy, wystarczy zachowanie formy przewidzianej w warunkach przetargu dla komunikacji elektronicznej, niekoniecznie zatem formy pisemnej, zastrzeżonej – jak wiadomo – w powyższym przepisie jedynie dla celów dowodowych. Zastosowanie koncepcji bardziej rygorystycznej, zwłaszcza na rzecz

¹⁸ Szerzej: M. Lubiszewski, *Kształtowanie kryteriów oceny ofert*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2024, nr 4, wraz ze wskazaną tam literaturą i z orzecznictwem.

¹⁹ Por. zwłaszcza A. Wolter, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1986, s. 130 oraz S. Grzybowski, *Prawo cywilne – zarys części ogólnej*, Warszawa 1974, s. 257.

unieważnienia umowy nawiązanej w wyniku bezzasadnego przyjęcia oferty, prowadziłyby do niepotrzebnego skomplikowania całej sytuacji, na dodatek przy braku dostatecznego umocowania w przepisach odrębnych. Dlatego w razie uwzględnienia odwołania wniesionego przez konkurenta do KIO nakazuje się zamawiającemu skorygowanie popełnionego uchybienia właśnie poprzez unieważnienie wadliwej „czynności” i ewentualne powtórzenie oceny ofert (por. art. 554 ust. 3 pkt 1 Pzp). Tymczasowy stan prawny właściwy dla umowy przedwstępnej umacnia ten pogląd, skoro konstrukcja z art. 389 k.c. stanowi jedynie dodatkowy element procedury przetargowego sposobu zawarcia umowy.

Ustanie bytu prawnego oferty wybranej łączy się wprost z jej przyjęciem, o skutkach bezpośrednio kreatywnych, a nie z uzupełniającym działaniem ustawy w trybie art. 56 k.c. Pozostałe oferty utrzymujące się w przetargu zachowują swoją aktualność, aż do chwili zwyczajnego wygaśnięcia albo wcześniejszego rozwiązania przetargu w wyniku podpisania umowy finalnej albo też do jego zamknięcia poprzez unieważnienie. Z uwagi na możliwość ponownego wyboru oferty spośród pozostałych ofert, zwłaszcza w wypadku uchylenia się zwycięskiego wykonawcy od obowiązku zawarcia umowy finalnej, zamawiający – organizator powinien dążyć do rychłego podpisania umowy z wybranym konkurentem (choć ogólny termin na zakończenie sprawy może sięgać, według art. 389 § 2 k.c., nawet jednego roku), w celu ostatecznego wyjaśnienia sytuacji, jeszcze przed upadkiem pozostałych ofert, a w razie potrzeby powinien zabiegać o przedłużenie terminu związania, tak aby stworzyć realną możliwość ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, po przeprowadzeniu rzecz jasna ponownej oceny wszystkich aktualnych jeszcze ofert. W świetle powyższego wyrażany niekiedy w praktyce pogląd o utrzymaniu się bytu prawnego oferty wybranej, a następnie przyjętej jest chybiony wobec ogólnych konsekwencji tych czynności. Nie ma też sensu w obliczu odmiennych dyspozycji ustawowych. W szczególności z art. 264 ust. 1 Pzp wynika jednoznacznie, że zamawiający zawiera umowę finalną w terminie nie krótszym niż 10 dni od przesłania zawiadomienia o wyborze oferty, choć w razie wniesienia w tym terminie odwołania do KIO zakaz zawarcia umowy utrzymuje się nadal, stosownie do art. 577 Pzp, aż do jego ostatecznego rozstrzygnięcia.

Wykaz literatury

- Boratyńska M., *Przetarg w prawie polskim (zagadnienia cywilistyczne)*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2001.
- Całus A., *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, PWE, Warszawa 1985.
- Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.

- Gawlik B., *Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego (art. 66–72 k.c.)*, Wyd. UJ, Kraków 1977.
- Górski J., *Przygotowanie umowy w świetle kodeksu zobowiązań*, Księgarnia Wł. Wiśniewski, Poznań 1938.
- Granecki P., Granecka I., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Grzybowski S., *Prawo cywilne – zarys części ogólnej*, PWN, Warszawa 1974.
- Grzybowski S., *System prawa cywilnego*, t. 1: *Część ogólna*, Ossolineum, Wrocław 1974.
- Gutowski M., *Charakter prawny oferty na tle niedawnych zmian w Kodeksie cywilnym*. *Dwugłos*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 3.
- Gutowski M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Jasiakiewicz M., *Ofertowy system zawierania umów w polskim prawie cywilnym*, Dział Wydawniczy UMK, Toruń 1995.
- Klein A., *Zawarcie umowy*, [w:] L. Bar (red.), *Instytucje prawne w gospodarce narodowej*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1981.
- Lubiszewski M., *Kształtowanie kryteriów oceny ofert*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2024, nr 4.
- Matusiak A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2024.
- Nowak H., Winiarz M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, suplement, seria: System Prawa Prywatnego, C.H. Beck, Warszawa 2004.
- Rajski J., *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów Kodeksu cywilnego*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2003, nr 5.
- Skoczny T., Bernatt M., Knapp M., *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2024.
- Szostak R., *Charakter prawny porozumień ramowych*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 5.
- Szostak R., *Przetarg na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Wyd. AE, Kraków 2004.
- Szostak R., *Wadium przetargowe według nowych przepisów Kodeksu cywilnego*, „Przeгляд Sądowy” 2004, nr 1.
- Wicik G., *Charakter prawny umowy ramowej w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4.
- Wolter A., *Prawo cywilne – część ogólna*, PWN, Warszawa 1986.
- Zoll F., *Pytanie o celowość rozszerzenia grona osób uprawnionych do unieważnienia umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia aukcji lub przetargu (w związku z nowelizacją kodeksu cywilnego)*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2003, nr 2.

Summary

The legal significance of an offer submitted in a tender procedure organized for the purpose of awarding a public contract

Keywords: public procurement law, tender offer, selection of the winning tender, conclusion of a contract.

The legal construction of a tender offer in the realm of public procurement continues to raise doubts and interpretative uncertainties in current practice and case law due to the unclear statutory provisions. The difficulties relate even to the boundaries of the subsidiary application of the Civil Code provisions concerning the separate regulations contained in the Public Procurement Law. Therefore, in resolving these issues, systemic and functional interpretation rules are of primary importance. The article presents an in-depth characterization of the key elements of a tender offer, some of which are discussed in the context of foreign solutions, primarily with consideration of the needs of domestic practice and case law, as well as from the perspective of the upcoming discussion on amending certain provisions of the Public Procurement Law.

