

Małgorzata Moras

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

ORCID: 0000-0003-3511-7076

morasm@uek.krakow.pl

O potrzebie dalszych usprawnień w konkurencyjnych procedurach negocjacyjno-przetargowych w zakresie zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne*

Wstęp

Wśród trybów o udzielenie zamówienia publicznego uwzględniono też takie, które przewidują negocjacje z konkurentami. Dialog ma umożliwić określenie optymalnych dla stron warunków umownych, wyjaśnienie niezrozumiałych kwestii i zminimalizowanie czynników konfliktogennych na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne. Pomimo tego tryby z elementami negocjacji są w niewielkim stopniu stosowane w praktyce, niezależnie od wartości zamówienia. Wprowadzenie nowych uregulowań prawnych – ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (dalej jako p.z.p.)¹ – obowiązujących od 1 stycznia 2021 r., wywołało niewielkie zmiany w tym zakresie, o czym świadczą dane zawarte w corocznych sprawozdaniach o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych². Warto zatem podjąć refleksję dotyczącą charakteru negocjacji w ramach trybów o udzielenie zamówienia publicznego oraz ewentualnych usprawnień w zakresie konstrukcji przepisów prawnych kształtujących przebieg procedury negocjacyjno-przetargowej mającej zastosowanie do udzielenia zamówienia o wartości nieprzekraczającej progów unijnych, inicjowanej przez ogłoszenie, tj. trybu podstawowego w wariantach z fakultatywnymi bądź obligatoryjnymi negocjacjami³. Kwestie te

* Publikacja została dofinansowana ze środków subwencji przyznanej Uniwersytetowi Ekonomicznemu w Krakowie – projekt nr 089/EPA/2022/POT.

¹ T.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.

² <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych> (data dostępu: 2.10.2023).

³ Poza zakresem rozważań pozostanie tryb partnerstwa innowacyjnego. Tryb ten, z uwagi na przesłanki jego zastosowania i skomplikowany przebieg, stosowany jest jedynie w jednostkowych

warto zanalizować z uwagi na występujące w praktyce trudności odnoszące się choćby do dopuszczalnego zakresu negocjacji, ograniczenia kręgu wykonawców, z którymi prowadzone będą negocjacje, itp. Przedstawione zostaną także potencjalne przyczyny wstrzymujące zamawiających przed stosowaniem trybów z elementami negocjacji.

Znaczenie i istota negocjacji w trybach negocjacyjnych i negocjacyjno-przetargowych

Niezależnie od rodzaju procedury (trybu) udzielania zamówień publicznych, każda z nich stanowi uporządkowany ciąg czynności występujących przed zawarciem umowy (art. 7 pkt 18 p.z.p.). Przebieg procedury, a także wymagania dotyczące czynności zapadających w toku postępowania zostały określone przepisami prawa. Nawet warunki proceduralne, które są ustalane z góry przez zamawiającego, jako organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, muszą zostać dostosowane do wymagań normatywnych. Z uwagi na równorzędność stron dobrowolny udział w postępowaniu oraz charakter przedumownych czynności proceduralnych należy zakwalifikować wszystkie tryby jako cywilnoprawne⁴, tj. do których stosuje się reguły prawa cywilnego (art. 8 ust. 1 p.z.p.). Zamawiający prowadzi postępowanie zgodnie z zasadami prawa zamówień publicznych (m.in. uczciwej konkurencji, jawności, przejrzystości i równości) na podstawie przedkontraktowego stosunku cywilnoprawnego. Wykonawcy, przystępując do postępowania, wyrażają adhezyjnie zgodę na przyjęte wcześniej warunki proceduralne, a mianowicie na całą treść kształtowanego porozumienia wielostronnego (dwustronnego)⁵. Porozumienie to może mieć charakter: przetargowy (np. tryb przetargu nieograniczonego, tryb podstawowy w wariacie pierwszym), negocjacyjno-przetargowy (np. dialog konkurencyjny, negocjacje z ogłoszeniem, tryb podstawowy w wariacie trzecim) albo może to być dwustronne porozumienie negocjacyjne (tryb zamówienia z wolnej ręki). W praktyce niezmiennie dominują tryby przetargowe (ok. 90% zamówień); na drugim miejscu jest niekonkurencyjny tryb zamówienia z wolnej ręki, polegający na przeprowadzeniu negocjacji warunków umowy z jednym wykonawcą (ok. 10%), pozostałe tryby mają zastosowanie sporadyczne⁶. Inaczej jest w przypadku procedur poprzedzających zawarcie umów w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego regulowanego ustawą

przypadkach albo, jak było w 2022 r., w ogóle nie jest stosowany. Z tego względu nie zostanie zanalizowany w niniejszym opracowaniu.

⁴ R. Szostak, [w:] M. Moras, B. Nuzzo, R. Szostak, *Pozasądowe rozwiązywanie sporów w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2023, s. 1, 2.

⁵ Ibidem.

⁶ Por. <https://www.gov.pl/attachment/52307fcd-5e8e-4970-a6bb-844369052552> (data dostępu: 17.08.2023).

z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym⁷. Zamawiający zasadniczo stosują tryby negocjacyjno-przetargowe. Pozwalają one na oficjalny dialog z wykonawcami, rewidując uprzednie założenia zamawiającego w zakresie m.in. możliwości sfinansowania inwestycji z opłat użytkowników bądź też uzgodnienia odpowiednich klauzul waloryzacyjnych itd.⁸

Negocjacje nie zostały normatywnie zdefiniowane⁹. W świetle przepisów Kodeksu cywilnego¹⁰ stanowią jeden ze sposobów zawierania umów. Zwykle określa się je jako proces wzajemnego oddziaływania podmiotów zainteresowanych zawarciem umowy w celu uzgodnienia jej postanowień. By to osiągnąć, strony podejmują szereg czynności, tj. udostępniają odpowiednie informacje, wyjaśniają motywy podejmowanych działań, czynią ustępstwa. Wskazana interakcja komunikacyjna ma doprowadzić do rozwiązania swoistego konfliktu indywidualnych interesów¹¹. Świadomość stron o częściowej wspólności interesów oraz przekonanie, że wykorzystanie odpowiednich form oddziaływania skutkować będzie większymi korzyściami niż w przypadku innych, zasadniczo szybszych, trybów zawarcia umowy (przede wszystkim trybu ofertowego), stanowią warunek rozpoczęcia rozmów. Poprzez negocjacje dochodzi zatem do indywidualizacji treści stosunku umownego, a także wyjaśnienia zagadnień budzących rozbieżności interpretacyjne, co liczy się przede wszystkim w przypadku umów o charakterze złożonym wpływając pozytywnie na proces realizacji umowy.

Mając na uwadze powyższe, wykorzystanie negocjacji w trybach o udzielenie zamówienia publicznego jawi się jako pożądane. W postanowieniach ustawy p.z.p. przewidziano ich kilka. Należy do nich zaliczyć: negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, a także mogące znaleźć zastosowanie do wszystkich postępowań, niezależnie od ich wartości: partnerstwo innowacyjne, negocjacje bez ogłoszenia i zamówienie z wolnej ręki. Wyliczenie to należy uzupełnić o tryb podstawowy w wariantach drugim oraz trzecim, które mają zastosowanie w ramach postępowań, gdy wartość jest mniejsza niż progi unijne. W tej grupie wyróżnia się typowo negocjacyjny tryb zamówienia z wolnej

⁷ T.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 30 ze zm., dalej jako PPPU.

⁸ Zachowanie elastyczności jest istotne dla zawarcia umowy partnerstwa publiczno-prywatnego, stąd w przypadku postępowań o mniejszej wartości zasadniczo zalecany jest wybór trybu podstawowego z obowiązkowymi negocjacjami, a w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne – dialogu konkurencyjnego (zob. dalsze uwagi). Za: Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej, *Wytyczne PPP*, Warszawa 2021, www.ppp.gov.pl/wytyczne (data dostępu: 1.09.2023).

⁹ Określane są także jako dialog pomiędzy potencjalnymi stronami umowy, za: M. Pyziak-Szafnicka, [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2009, Lex, komentarz do art. 72.

¹⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1610 ze zm.), dalej jako k.c.

¹¹ Por. zwłaszcza: Z. Radwański, [w:] Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, seria: System Prawa Prywatnego, t. 2, Warszawa 2008, s. 347–348.

ręki. W świetle jego definicji dwustronne negocjacje mają doprowadzić do zawarcia umowy (art. 213 p.z.p.). Tryb ten jest jedynie szczątkowo uregulowany w ramach ustawy p.z.p., opierając się na zawartej w przepisach Kodeksu cywilnego negocjacyjnej metodzie zawarcia umowy (art. 72 i nast. k.c.). Zamawiający posiada stosunkowo dużą swobodą w kształtowaniu przebiegu tego procesu, jego formy¹², a nawet zakresu z zastrzeżeniem ograniczeń wynikających ze ścisłej interpretacji przesłanek stanowiących podstawę dla zastosowania tego niekonkurencyjnego i wyjątkowego trybu. Przykładowo można wskazać na przesłankę wyrażoną w art. 214 ust. 1 pkt 6 p.z.p. W przypadku gdy zamawiający zaprasza do negocjacji swobodnie przez niego wybranego wykonawcę, z uwagi na fakt, że w uprzednio prowadzonym postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego nie zostały złożone żadne oferty, nie może podczas negocjacji w istotny sposób zmieniać pierwotnie ogłoszonych warunków zamówienia, np. zgadzając się podczas negocjacji na zmianę terminu realizacji zamówienia. Taka zmiana z pewnością wpływa na krąg potencjalnie zainteresowanych uzyskaniem zamówienia wykonawców, a zatem, jak się zdaje, jest istotna. W ramach analizowanej procedury strony nie składają oświadczeń woli, co najwyżej oświadczenia wiedzy oraz podejmują szereg innych czynności o charakterze oceniająco-projektowym. Nawiązanie wstępnej więzi obligacyjnej pomiędzy stronami negocjacji (porozumienie negocjacyjne) następuje, jak się zdaje, poprzez przekazanie projektu umowy wraz z inicjującym negocjacje zaproszeniem (*vide*: art. 217 ust. 1 p.z.p.). Jednak treść zobowiązania jest limitowana, a mianowicie strony zobligowane są jedynie do prowadzenia zgodnych z dobrymi obyczajami negocjacji, pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej w myśl art. 72 § 2 k.c. (*culpa in contrahendo*)¹³. Każda ze stron negocjacji, aż do momentu stanowczego związania się postanowieniami umowy, może wycofać się z już poczynionych uzgodnień, rezygnując z dalszego dialogu i zawarcia umowy finalnej¹⁴. Warunki ustalone w toku negocjacji stanowią bowiem jedynie podstawę zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Projektowana umowa nie musi zatem dojść do skutku, nawet gdy strony zdołają uzgodnić wszystkie jej istotne postanowienia¹⁵.

Natomiast w ramach pozostałych trybów negocjacje są jedynie elementem szerszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzedzając

¹² Zob. szerzej na ten temat: M. Moras, [w:] R. Szostak (red.), *Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych*, 2018, Legalis, rozdz. IV.

¹³ W doktrynie wskazuje się, że jako naruszenie dobrych obyczajów można zakwalifikować następujące sytuacje: prowadzenia negocjacji bez zamiaru zawarcia umowy, nieuzasadnione przedłużanie negocjacji lub odmowa przekazania informacji niezbędnych drugiej stronie. Za: B. Łukańko, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna. Cz. 2 (art. 56–125)*, 2021, Lex, art. 72.

¹⁴ Por. R. Szostak, *Kształtowanie warunków zamówienia w trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 1, s. 38 i 39.

¹⁵ Idem, [w:] B. Nuzzo, E. Plebanek, R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych*, 2020, Legalis, s. 19.

postępowanie konkurencyjno-eliminacyjne (przetarg). Dochodzi do połączenia negocjacji, mających jedynie walor proceduralny, oraz przetargu. Nawiazywany jest wielostronny stosunek przedkontraktowy, mający odpowiednio zabezpieczyć strony porozumienia, a prowadzone negocjacje (rozmowy) i pozyskane podczas nich informacje służą określeniu warunków zamówienia (m.in. sporządzeniu albo dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia, odpowiedniej konstrukcji postanowień umownych), wiążących na dalszym, przetargowym etapie procedury¹⁶. W przeciwieństwie do trybu zamówienia z wolnej ręki, przewidziano ograniczenia dotyczące prowadzonych negocjacji, które mogą dotyczyć choćby minimalnej liczby zapraszanych wykonawców lub zakresu przedmiotowego negocjacji¹⁷. Przepisy Kodeksu cywilnego mogą znaleźć ewentualne zastosowanie w zakresie roszczeń odszkodowawczych na podstawie art. 72 § 2 k.c., tj. wspomniana już odpowiedzialność *ex culpa in contrahendo* z tytułu rozpoczęcia lub prowadzenia negocjacji z naruszeniem dobrych obyczajów¹⁸.

Usprawnienia w przepisach prawnych regulujących konkurencyjne procedury negocjacyjno-przetargowe udzielania zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne

Do trybów właściwych wyłącznie dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, a inicjowanych przez ogłoszenie, zaliczamy tryb podstawowy¹⁹. Zastępuje on przewidziane na bazie poprzednio obowiązującego stanu prawnego tryby przetargu nieograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego. Tryb podstawowy, znajdujący zastosowanie bez konieczności spełniania szczególnych, normatywnie określonych przesłanek, występuje

¹⁶ Do trybów tych zalicza się dialog konkurencyjny, negocjacje z ogłoszeniem, a także zasadniczo tryb podstawowy w wariantcie trzecim przewidziany dla postępowań mniejszej wartości.

¹⁷ Przykładowo w trybie negocjacji bez ogłoszenia, który ma charakter wyjątkowy i jest trybem zamkniętym, zamawiający prowadzi negocjacje z indywidualnie zaproszonymi wykonawcami (co najmniej trzema, a w wyjątkowych przypadkach – dwoma) w zakresie warunków umowy. Więcej: M. Lubiszewski, *O potrzebie dalszego usprawnienia procedur negocjacyjnych*, „Kwartalnik PZP” 2021, nr 2, s. 24 i nast.

¹⁸ Ustawodawca, wprowadzając ogólne pojęcie „dobrych obyczajów”, pozostawia ocenę konkretnego stanu faktycznego sądowni. Podnosi się, że obowiązek przestrzegania reguł *fair play* nie oznacza niemożności przerwania rozmów bez nieuzasadnionej przyczyny, ani przymusu poniesienia kosztów ich niepomyślnego zakończenia, ale raczej zakaz kontraktowania w warunkach pozożności, prowadzenia negocjacji w celu innym niż zawarcie umowy. Za: W. Kocot, *Odpowiedzialność przedkontraktowa*, 2013, Legalis, rozdz. II, § 1 i § 2.

¹⁹ Pozostałe tryby z elementami negocjacji o udzielanie zamówień mniejszej wartości zostały uregulowane jedynie szcążtkowo, z odpowiednim zastosowaniem przepisów właściwych dla tych trybów w przypadku udzielania zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Należy zaznaczyć, że dwa z nich, tj. negocjacje bez ogłoszenia (art. 300–303 p.z.p.) i zamówienie z wolnej ręki (304–306 p.z.p.), to tryby zamknięte, inicjowane przez zaproszenie.

w trzech wariantach. Przewiduje się w pewnym zakresie uproszczony przetarg nieograniczony (wariant pierwszy), przetarg z możliwością negocjacji ofert (wariant drugi) albo przetarg poprzedzony negocjacjami ofert wstępnych (wariant trzeci). Tryb podstawowy w pierwszym wariantcie (art. 275 pkt 1 p.z.p.) odpowiada konstrukcyjnie przetargowi uregulowanemu na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego czy też przetargowi nieograniczonemu właściwemu dla udzielania zamówień o wartości przekraczającej progi unijne. Jest to odrębny i samodzielny tryb, który nie powinien być kwalifikowany jako „wariant” czy „podtryb”. Z kolei w wariantcie drugim przewidziano możliwość negocjacji, podejmując próbę połączenia procedury zawierania umowy w drodze złożenia i przyjęcia oferty z procedurą negocjacyjną. Przewidziano jednak ograniczenia zakresu negocjacji. Ulepszenie złożonej oferty może nastąpić jedynie w ramach przewidzianych kryteriów oceny ofert. Ponadto oferta nie może być mniej korzystna w którymkolwiek z przyjętych mierników (np. zrezygnowano z dodatkowej funkcjonalności, a obniżono oferowaną cenę). W gestii zamawiającego leży sprecyzowanie, które kryteria oceny ofert podlegają negocjacjom, co określa w zaproszeniu inicjującym etap negocjacyjny (art. 289 ust. 5 p.z.p.). Negocjacje są fakultatywne. Po otwarciu ofert zamawiający podejmuje decyzję o rozpoczęciu negocjacji lub ich zaniechaniu. Kwestię tę rozstrzyga swobodnie, stąd brak jest podstaw do formułowania zarzutu zainicjowania negocjacji lub ich zaniechania pod względem kryterium legalności. Może to prowadzić do nadużyć. Przykładowo niewykluczony jest przypadek, gdy zamawiający przed otwarciem ofert celowo podaje zaniżoną kwotę brutto przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, aby wywierać na wykonawców presję w trakcie negocjacji, by złożyli oferty dodatkowe, mieszczące się w budżecie zamawiającego. Wymóg uzasadnienia decyzji o przystąpieniu lub zaniechaniu negocjacji z pewnością zrationalizowałby ten proces. W praktyce miała miejsce sprawa, gdy zamawiający odrzucił jedną z dwóch złożonych ofert z uwagi na rażąco niską cenę, choć przekraczała ona kwotę brutto przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Następnie przystąpił do negocjacji z drugim konkurentem w celu negocjowania ceny. Odrzucony wykonawca wniósł odwołanie, które zostało uwzględnione. Trudno bowiem uznać działanie zamawiającego za zgodne z prawem i rzeczowo uzasadnione²⁰. Z uwagi na zasady udzielania zamówień publicznych, a przede wszystkim zasadę przejrzystości i uczciwej konkurencji, konieczna jest ingerencja ustawodawcy w tym zakresie²¹. Swoboda zachowań

²⁰ Zob. wyrok KIO z 7 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 188/23, Lex nr 3490844.

²¹ W myśl nieobowiązującego już § 29 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu i instytucji prawa publicznego (Dz.U. Nr 13, poz. 92 ze zm.) możliwe było zastosowanie tzw. dogrywki, czyli przeprowadzenia dodatkowego przetargu ustnego lub pisemnego pomiędzy co najmniej dwoma wybranymi oferentami, którzy zaproponowali najdogodniejsze warunki w przypadkach, gdy wynik przetargu był niezadowolający lub gdy sumy ogólne ofert na roboty są wyższe od sumy kosztorysu urzędowego. Wymagano rzeczowego uzasadnienia przystąpienia do dogrywki.

zamawiającego jako organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mająca znaczenie dla wyników tegoż postępowania, stanowi odstępstwo od reguły ustalonej w art. 70¹ § 4 k.c.²² Wedle niej od chwili udostępnienia warunków przetargu (w tym ogłoszenia) zamawiający jest nimi związany. Pozostawienie swobody w podjęciu lub zaniechaniu negocjacji stanowi pozorne określenie warunków przetargu²³, co słusznie oceniane jest jako niedopuszczalne²⁴. Analogiczne zastrzeżenia wywołuje prawo zamawiającego przewidziane w ramach trybu negocjacji z ogłoszeniem stosowanego do udzielania zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne do zastrzeżenia w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie ofert wstępnych z pominięciem negocjacji. Następuje to wedle decyzji zamawiającego. Jest to rozwiązanie, które ma stymulować wykonawców do uwzględnienia w jak największym stopniu potrzeb zamawiającego już w ofertach wstępnych. Rezygnacja z negocjacji uzasadniona jest uniknięciem zbędnych kosztów związanych z ich prowadzeniem²⁵. Wątpliwy jednak staje się wybór tego trybu zamiast trybu przetargowego.

W ramach trybu podstawowego w wariantcie drugim krytycznie należy ocenić przypisaną zamawiającemu autonomię w ustaleniu kryteriów oceny ofert spośród określonych w warunkach zamówienia, wiążących podczas negocjacji oraz decydujących o ocenie ofert dodatkowych. Decyzję w tym zakresie zamawiający może podjąć już po zapoznaniu się z ofertami złożonymi przez wykonawców w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, tj. mając wiedzę na temat tego, który z wykonawców złożył ofertę korzystniejszą w wyznaczonych kryteriach. Tak duża swoboda zamawiającego wpływa negatywnie na zachowanie zasad równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. *De lege ferenda* należy zobowiązać zamawiających do określenia – już na etapie ogłoszenia postępowania przetargowego – które z kryteriów uwzględni na dalszym etapie procedury.

Także użycie przez ustawodawcę określenia „negocjacje” wydaje się zbyt daleko idące i wymaga zmiany. W ramach analizowanego trybu negocjacje stanowią wezwanie konkurujących wykonawców do modyfikowania ofert w ściśle określonym zakresie zdefiniowanym przez przyjęte kryteria oceny

²² Przepis ten ma zastosowanie w oparciu o wspomniany wcześniej art. 8 ust. 1 p.z.p.

²³ W. Dzierżanowski, A. Gawrońska-Baran, *Charakter i znaczenie prawne tzw. trybu podstawowego udzielania zamówień małej wartości*, „Kwartalnik PZP” 2021, nr 1, s. 69 i nast., Legalis.

²⁴ Por. W. Robaczyński, [w:] P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, Warszawa 2014, komentarz do art. 70¹. P. Machnikowski wskazuje, że zmiana warunków przetargu jest wykluczona po upływie terminu składania ofert – zob. P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny Komentarz*, Warszawa 2013, s. 193.

²⁵ M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2021, Lex, komentarz do art. 163.

ofert. Zamawiający natomiast został pozbawiony możliwości jakiegokolwiek zmiany wymagań, co oznacza, że oczekuje się jednostronnych ustępstw ze strony wykonawcy. Rola zamawiającego jest ograniczona „do udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące oczekiwań zamawiającego odnośnie do treści ofert w ramach kryteriów oceny ofert objętych etapem negocjacji”²⁶. Jednocześnie nawet taka ograniczona forma konsultacji może przynieść pozytywne rezultaty, gdy przykładowo wykonawca pierwotnie uwzględnił w ofercie zbyt wysoką marżę. Po zakończeniu tego etapu wykonawcy składają zmodyfikowane oferty, choć nie są do tego zobowiązani i mogą pozostać przy pierwotnie złożonej ofercie²⁷. Kolejna kwestia, mogąca budzić zastrzeżenia, to brak etapu polegającego na selekcji podmiotowej wykonawców, tj. wyłonienia tych, którzy uzyskali najwięcej punktów w przyjętych kryteriach dotyczących właściwości podmiotowych wykonawcy (np. wykonawcy wykazujący się odpowiednim, wykwalifikowanym personelem). Zamiast tego przyjęto możliwość ograniczenia zaproszonych wykonawców (co najmniej trzech, ale jeżeli ich liczba jest mniejsza, też jest to dopuszczalne – art. 289 ust. 3 p.z.p.) na podstawie określonych w warunkach zamówienia kryteriów oceny ofert. Konieczne jest doprecyzowanie przez zamawiającego, które z kryteriów będą stanowiły podstawę oceny. Skoro kwalifikacja następuje na podstawie kryteriów oceny ofert, określenie tego etapu jako kwalifikacji wykonawców zdaje się nietrafne (art. 287 ust. 3 p.z.p.). Zamawiający informuje wykonawców o tym, czy ich oferty zostały zakwalifikowane do negocjacji. Ofertę wykonawcy niezaproszonego do negocjacji uznaje się za odrzuconą. Warto rozważyć usunięcie przepisów dotyczących kwalifikacji ofert. Wpływają bowiem negatywnie na przejrzystość regulacji. Ponadto mogą jeszcze bardziej wydłużać procedurę udzielenia zamówienia publicznego, która z uwagi na negocjacje z wykonawcami, konieczność wyznaczenia minimum pięciodniowego terminu na złożenie ofert dodatkowych, ponowną ewaluację złożonych ofert stanowi tryb czasochłonny. Wszystkie czynności należy wykonywać bez zbędnej zwłoki. Inne działanie może spowodować, że upłynie termin związania ofertą (ma on niestety ten sam wymiar, jak w przypadku trybu podstawowego bez negocjacji), co generuje trudności przede wszystkim po stronie zamawiającego.

Badanie i ocena ofert, a także kwalifikacja podmiotowa wykonawców (zgodnie z art. 273 oraz art. 274 p.z.p.) następują przed przystąpieniem do negocjacji. Kwalifikacja podmiotowa nie będzie ograniczać się do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona (art. 274 ust. 1 p.z.p.). Wezwać należy, jak się zdaje, wszystkich wykonawców w zakresie przedłożenia podmioto-

²⁶ W. Dzierżanowski, A. Gawrońska-Baran, op. cit., s. 70.

²⁷ W myśl art. 296 ust. 2 zd. trzecie p.z.p. oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie 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.

wych środków dowodowych, o ile były wymagane (art. 274 ust. 2 p.z.p.). Już na tym etapie następuje badanie ofert pod względem rażąco niskiej ceny lub kosztu (zastosowanie znajdzie art. 224 p.z.p.). Nie wyklucza to jednak badania oferty dodatkowej w tym zakresie. Wątpliwości interpretacyjne powoduje odrzucenie oferty dodatkowej w oparciu o przesłankę rażąco niskiej ceny lub kosztu (art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.). W świetle bowiem obowiązujących przepisów prawnych pierwotna oferta przestaje wiązać wykonawcę w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji (art. 296 ust. 2 zd. 2 p.z.p.). Oferta z niższą niż pierwotnie ceną (kosztem) jest z pewnością korzystniejsza, choć jednocześnie podlega odrzuceniu, a oferta pierwotna przestaje wiązać w tym zakresie. Pojawia się zatem wątpliwość o skutki, jakie wywołuje oferta dodatkowa zawierająca rażąco niską cenę (koszt). Wedle urzędowej interpretacji (wbrew wykładni literalnej) oferta dodatkowa podlega odrzuceniu, a oferta pierwotna pozostaje w mocy podobnie, jak ma to miejsce w przypadku innych przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty (np. ze względu na niewłaściwą formę oferty dodatkowej)²⁸. Pojawiają się też inne trudności interpretacyjne. W ustawie zastrzeżono, że oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie, lecz w niektórych przypadkach może to prowadzić do błędnych wniosków. W jednym z wyroków Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że sytuacja zamawiającego nie może ulec pogorszeniu w związku ze złożeniem i przyjęciem oferty dodatkowej, mimo że pozornie w ramach przyjętych kryteriów ocen dodatkowa oferta wykonawcy może jawić się jako korzystniejsza. W przypadku przyjęcia wynagrodzenia kosztorysowego (art. 629 k.c.) cena ofertowa stanowi jedynie cenę szacunkową, a właściwe wynagrodzenie ustala się na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, ze wskazaniem określonych cen jednostkowych, stawek i jednostek obmiarowych. Możliwe jest zatem obniżenie ceny ofertowej przy jednoczesnym zwiększeniu cen jednostkowych, co przy rozliczeniu kosztorysowym może okazać się niekorzystne dla zamawiającego²⁹. W rzeczonyj sprawie Krajowa Izba Odwoławcza, biorąc pod uwagę definicję ceny³⁰, uznała, że ceny cząstkowe w ramach rozliczenia kosztorysowego mieszczą się w pojęciu „cena”, jako wartości wyrażonej w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Zaproponowanie zatem w ofercie dodatkowej mniej korzyst-

²⁸ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 852 i nast., komentarz do art. 296.

²⁹ Wyrok KIO z 22 września 2022 r., sygn. akt KIO 2340/22, Lex nr 3418790.

³⁰ Definicja została zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. z 2023 r., poz. 168), mający zastosowanie wskutek odwołania zewnętrznego zawartego w art. 7 pkt 1 p.z.p.

nych cen składowych niż w ofercie pierwotnej implikuje konieczność odrzucenia tej pierwszej jako mniej korzystnej przy uwzględnieniu okoliczności sprawy.

Wątpliwości generuje również instytucja związania ofertą dodatkową, a *de facto* brak odpowiedniej regulacji w tym zakresie. Przede wszystkim problematyczny jest przypadek, gdy oferty dodatkowe są składane lub weryfikowane po terminie związania ofertą pierwotną. Włodzimierz Dzierżanowski wskazuje, że „wykonawca, który je złożył, nie jest nimi związany, tak jak nie jest już związany pierwszą ofertą”³¹. Ingerencja ustawodawcy, polegająca na wprowadzeniu odpowiedniej konstrukcji związania ofertą dodatkową, jawi się, jak się zdaje, jako konieczna. W tym przypadku pozostaje zastosowanie kontrowersyjnego art. 252 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym dopuszczalny jest wybór najkorzystniejszej oferty po upływie terminu związania ofertą, jeżeli wykonawca, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, wyrazi pisemną zgodę na wybór jego oferty³².

Kolejny postulat dotyczy wyłączenia możliwości zastrzeżenia aukcji elektronicznej w wariantcie drugim trybu podstawowego bądź też zastosowania w tym zakresie alternatywy rozłącznej, tj. możliwości zastosowania jednego albo drugiego rozwiązania. Brak odpowiednich regulacji prawnych może prowadzić do kuriozalnych efektów w postaci zdublowanej dogrywki w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający powinni mieć na uwadze, że przeprowadzenie aukcji może okazać się obligatoryjne, jeżeli zastrzeżono ją w warunkach zamówienia i gdy zostały złożone co najmniej dwie ważne oferty.

Trzeci wariant trybu podstawowego w postaci postępowania negocjacyjno-przetargowego jest zbliżony do trybu negocjacji z ogłoszeniem. Tryb ten stosowany jest zupełnie wyjątkowo (zaledwie 0,06% zamówień w 2022 r.)³³, zwłaszcza przy niemożności skonstruowania pełnych warunków zamówienia (np. w zakresie przedmiotu zobowiązania wykonawcy). Stanowi procedurę wieloetapową, wymagającą pod względem organizacyjnym. W pierwszym etapie zamiast dokładnej specyfikacji warunków zamówienia, udostępnia się jedynie opis potrzeb i wymagań, tj. opis potrzeb zamawiającego i cech charakterystycznych dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiących przedmiot zamówienia. Nie zawiera on także takich elementów, jak: termin wykonania zamówienia, projektowane postanowienia umowy, termin związania ofertą czy sposób obliczenia ceny. Analogicznie jak w przypadku dialogu konkurencyjnego, nie ma obowiązku określenia wag poszczególnych kryteriów oceny

³¹ W. Dzierżanowski, *O niektórych nowych procedurach Prawa zamówień publicznych*, „Kwartalnik PZP” 2022, nr 4, s. 85 i nast., Legalis.

³² Więcej na ten temat: M. Moras, *Konsekwencje uchylania się od obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne – wybrane zagadnienia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 54, DOI: 10.31648/sp.6901.

³³ Zob. sprawozdanie za 2022 r., <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-sytemu-zamowien-publicznych>, s. 30.

ofert, jeżeli na etapie wszczęcia postępowania jest to obiektywnie uzasadnione. Wystarczy wówczas wskazać kryteria od najważniejszego do najmniej ważnego. Na podstawie opisu potrzeb i wymagań wykonawcy składają oferty wstępne, które podlegają negocjacjom. Dopiero w kolejnym etapie składane są wiążące oferty o charakterze ostatecznym – dostosowane do finalnie ukształtowanych wskutek przeprowadzonych negocjacji warunków zamówienia. Negocjacje nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań. Mogą natomiast dotyczyć warunków zamówienia w celu podniesienia jego efektywności, a zatem, w ślad za ustawową definicją uwzględnioną w art. 7 pkt 29 p.z.p., opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Mają na celu doprecyzowanie lub uzupełnienie warunków zamówienia zawartych w opisie potrzeb i wymagań i ukształtowanie ostatecznej specyfikacji warunków zamówienia. Konstrukcja tej procedury odpowiada *de facto* trybowi negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego, które, jak wcześniej zostało wspomniane, aktualnie nie mogą zostać zastosowane w postępowaniach mniejszej wartości. Wbrew zasadzie trwałości prawa nie sięgnięto do ugruntowanych instrumentów prawnych, zbędnie rozbudowując regulację prawną. Tryb ten stanowi hybrydowe postępowanie o charakterze negocjacyjno-przetargowym i z uwagi na to powinien zostać odrębnie ujęty w przepisach ustawowych. Uregulowanie analizowanego wariantu implikuje też trudności interpretacyjne m.in. wskutek licznych odesłań wewnętrznych czy zastosowanej nomenklatury. Z uwagi na to, że negocjacje mają obligatoryjny charakter, podobnie jak w trybie negocjacji z ogłoszeniem, należy posłużyć się określeniem ofert wstępnych, a nie ofert (zob. np. art. 283 p.z.p.). Oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie nie muszą nawet, jak się zdaje, uwzględniać ceny. Wynika to pośrednio z innych przepisów, np. nie znajdzie zastosowania przepis obligujący zamawiającego do publikacji kwoty brutto przeznaczanej na sfinansowanie zamówienia przed upływem terminu na otwarcie ofert czy też dotyczący udostępnienia informacji o cenach lub kosztach zawartych w ofertach niezwłocznie po ich otwarciu. Oferty wstępne nie podlegają też weryfikacji pod względem rażąco niskiej ceny (kosztu), zawierania błędów w obliczeniu ceny czy też pod kątem terminu związania ofertą i zgody na jego przedłużenie. Trudno jest zatem uznać zastosowaną nomenklaturę za prawidłową. Analogicznie jak w wariantcie pierwszym trybu podstawowego, możliwe jest ograniczenie liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji. Zamawiający nie może jednak specyfikować specjalnych kryteriów wyłącznie na potrzeby dokonania ograniczenia liczby wykonawców. Może zastosować jedynie kryteria przewidziane w opisie potrzeb i wymagań, choć nie jest wykluczone, że tylko wybrane z nich zastosuje na wspomnianym etapie. Niestety nie przewidziano ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych

do negocjacji w oparciu o przyjęte kryteria selekcji, tj. obiektywne i niedyskryminujące mierniki (art. 7 pkt 9 p.z.p.), jak to ma miejsce w trybach negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego. Za dobrą praktykę należy uznać przekazanie wykonawcom regulaminu negocjacji, w ramach którego można ująć sposób prowadzenia negocjacji, dopuszczalny język itp. W ramach dialogu konkurencyjnego wiele z tych kwestii przewidzianych został w zaproszeniu do dialogu, tj. w art. 179 p.z.p., który to przepis nie znajduje odpowiedniego zastosowania w oparciu o art. 266 p.z.p.

Prawdopodobne przyczyny niewielkiego wykorzystania trybów negocjacyjno-przetargowych w praktyce

Analizując sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania rynku zamówień publicznych z ostatnich dwóch lat, można stwierdzić, że zamawiający w niewielkim stopniu stosują tryby negocjacyjno-przetargowe³⁴, zarówno w przypadku postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jak i poniżej tych progów. Pomijając typowo negocjacyjny tryb zamówienia z wolnej ręki, jedynie tryb podstawowy z możliwością negocjacji (wariant II) uzyskał lepszy wynik w zakresie jego stosowania w praktyce. Jednak tryb ten trudno zdefiniować jako negocjacyjno-przetargowy. Etap negocjacyjny to raczej „dogrywka” w zakresie przyjętych kryteriów oceny ofert i nie wpływa w żadnym stopniu na ukształtowanie w sposób definitywny optymalnych warunków zamówienia. W doktrynie wskazuje się na trzy potencjalne przyczyny niewielkiego zastosowania przedmiotowych trybów. Pierwsza z nich związana jest z charakterem udzielanego zamówienia i dostateczną świadomością zamawiającego w zakresie swych potrzeb i wymagań. Pewne niedostatki w tym zakresie mogą zostać uzupełnione w ramach dopuszczalnej interakcji zamawiającego z wykonawcą w trakcie wyjaśnień specyfikacji warunków zamówienia, które ostatecznie mogą skutkować modyfikacją treści specyfikacji warunków zamówienia. Maciej Lubiszewski wskazuje, że „negocjacyjna funkcja wyjaśnień treści SWZ zaktualizuje się w sytuacji, w której wykonawca wykorzysta omawiane rozwiązanie do zasugerowania zamawiającemu wprowadzenia pewnych zmian, np. w opisie przedmiotu zamówienia”³⁵. Stanowisko wykonawcy, nierzadko fachowo uzasadnione, nie jest wiążące dla zamawiającego, lecz merytoryczna argumentacja zwykle przekonuje go do wprowadzenia odpowiednich zmian w warunkach zamówienia. Ponadto potrzeba zastosowania trybów negocjacyjno-przetargowych może zostać skutecznie wyeliminowana przez użycie oficjalnego narzędzia przygoto-

³⁴ Spośród nich należy wskazać, że tryb partnerstwa innowacyjnego w ogóle nie jest wykorzystywany przez zamawiających.

³⁵ M. Lubiszewski, op. cit., s. 24.

wawczego, jakim są wstępne konsultacje rynkowe. Zapewniają przejrzyste oraz konkurencyjne rozpoznanie rynkowe, umożliwiające optymalne przygotowanie się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego³⁶. Można je przeprowadzić z szerokim gronem podmiotów, przede wszystkim wykonawców, uzyskując dzięki nim informacje o rozwiązaniach oferowanych na rynku, o kosztach realizacji zamówienia, o warunkach umownych itp. Ich zastosowanie może przykładowo pozwolić na sporządzenie wyczerpującego i rzetelnego opisu przedmiotu zamówienia, ustalenie szacunkowej wartości zamówienia, a także wybór odpowiedniego trybu udzielenia zamówienia publicznego. W trakcie konsultacji dochodzi do interakcji komunikacyjnej między ich uczestnikami. Wykonawcy najczęściej starają się przekonać zamawiających do takiego ukształtowania warunków zamówienia, które jak najlepiej zabezpieczy ich interesy, zbliżając ten instrument do negocjacji³⁷. Narzędzie to jest coraz częściej wykorzystywane przez zamawiających. Odnotowano znaczny wzrost w tym zakresie. W 2020 r. zamawiający poinformowali o zastosowaniu wstępnych konsultacji rynkowych, określanych na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów mianem dialogu technicznego, w 170 ogłoszeniach o zamówieniu opublikowanych w krajowym publikatorze, tj. Biuletynie zamówień publicznych, a w 2022 r. liczba ta wzrosła do 924, co stanowiło 0,68% ogółu ogłoszeń o zamówieniu. W 2021 r. przeprowadzono 818 takich postępowań (0,75%). Niedostępne są natomiast dane z ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym UE³⁸, a zatem rzeczywista skala wykorzystania tego instrumentu nie jest znana. Przeprowadzenie wstępnych konsultacji rynkowych nie obliuguje zamawiających do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy nie mają pewności odnośnie do skutków rozmów, inaczej niż w przypadku tych, które są prowadzone w toku postępowania negocjacyjno-przetargowego, które może zakończyć się zawarciem umowy finalnej albo w wyjątkowych, normatywnie określonych przypadkach – unieważnieniem. W praktyce jednak wykonawcy przystępują do konsultacji z zamawiającymi na etapie przygotowawczym. Liczą bowiem, że zwiększą swe szanse na uzyskanie zamówienia publicznego przez to, że przedstawione przez nich rozwiązania i postulaty zostaną ostatecznie uwzględnione w warunkach zamówienia. Kolejny czynnik, mający prawdopodobny wpływ na niewielkie wykorzystanie trybów negocjacyjno-przetargowych w praktyce, to niedysponowanie przez zamawiającego odpowiednimi kadrami zdolnymi do efektywnego przeprowadzenia negocjacji. Generowanie przez negocjacje kosztów (np. osobowych), a także ich wpływ na wydłużenie postępowania o udzielenie za-

³⁶ M. Moras, *Dialog techniczny – analiza obowiązujących i przyszłych rozwiązań prawnych*, [w:] M. Lemonnier, H. Nowak (red.), *Dziś i jutro zamówień publicznych*, Warszawa 2019, s. 109, 110.

³⁷ M. Lubiszewski, op. cit., s. 25.

³⁸ Por. sprawozdanie za 2022 r., <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych>, s. 78.

mówienia publicznego³⁹ również należy zaliczyć do czynników negatywnie wpływających na wybór analizowanych trybów przez zamawiających. Korzyści uzyskiwane przez zamawiającego wskutek podejmowanych przez niego negocjacji mogą okazać się niewspółmierne w stosunku do kosztów i obowiązków wynikających z wieloetapowych procedur. Aspekt nowości i związane z nim większe ryzyko wystąpienia błędów też może mieć wpływ na unikanie wyboru jednego z trybów negocjacyjno-przetargowych. Pojawiają się przede wszystkim obawy przed zarzutami ze strony instytucji kontrolujących. Maciej Lubiszewski kwalifikuje te czynniki jako subiektywne, czyli związane z cechami osób odpowiedzialnych za udzielanie zamówień publicznych w danej instytucji⁴⁰. Trudności te mogą zostać zniwelowane poprzez wytworzenie przez właściwe organy administracyjne wzorcowych dokumentów czy innych urzędowych instrukcji ułatwiających przeprowadzenie procedury w omawianych trybach. Z pewnością takie działanie stanowiłoby istotne wsparcie dla mniejszych zamawiających, którzy borykają się z brakami kadrowymi, a ze względu na kwestie finansowe nie mogą polegać na zasobach zewnętrznych. Jednocześnie nie wpływałoby to na dalsze rozbudowanie przepisów prawnych i ich kazuistykę. Ze strony pracowników zamawiającego mogą też występować obawy o składanie przez wykonawców propozycji zaburzających uczciwy proces udzielenia zamówienia (np. korupcyjnych), wynikających z bezpośredniego kontaktu stron, a zwłaszcza w zamian za udostępnianie informacji przekazywanych przez konkurentów podczas negocjacji mających *ex lege* charakter poufny. Dlatego wybór trybów wyłączających bezpośredni kontakt z wykonawcami może stanowić w ocenie zamawiających rozwiązanie bezpieczniejsze, z którego chętniej korzystają. Mając na uwadze powyższe, wydaje się, że usprawnienia w konstrukcji przepisów prawnych, regulujących analizowane tryby, powinny zostać wdrożone, lecz z pewnością nie będą miały decydującego znaczenia dla stosowania tych procedur w praktyce.

Podsumowanie

Większość przewidzianych w prawie zamówień publicznych trybów ma charakter negocjacyjno-przetargowy. W analizowanych trybach, poza niekonkurencyjnym trybem zamówienia z wolnej ręki, negocjacje poprzedzają etap przetargowy, a dodatkowo, inaczej niż na gruncie przepisów Kodeksu cywil-

³⁹ Tryb podstawowy bez negocjacji (wariant pierwszy) trwał w 2022 r. 40 dni, wariant drugi (tj. z możliwością negocjacji) – 45 dni, a wariant trzeci z obowiązkowym etapem negocjacyjnym – już średnio 83 dni. W przypadku trybów stosowanych do zamówień większej wartości najlepszą średnią uzyskiwał przetarg nieograniczony – 92 dni, z kolei negocjacje z ogłoszeniem trwały stosunkowo niewiele dłużej, bo średnio 130 dni, dialog konkurencyjny natomiast już niecałe 7 miesięcy (206 dni).

⁴⁰ M. Lubiszewski, op. cit., s. 27, 28.

nego, podlegają ustawowym ograniczeniom związanych z dysponowaniem środkami publicznymi. Jednak mimo korzyści, jakie niesie za sobą zastosowanie tych procedur, w ramach których wykonawcy mogą, co do zasady, aktywnie uczestniczyć w kształtowaniu ostatecznych warunków zamówienia, w tym także postanowień umownych, tryby te są rzadko stosowane w praktyce.

W postępowaniach o mniejszej wartości do praktycznego wykorzystania trybów z elementami negocjacji miał zachęcić tryb podstawowy. Jest to tryb konkurencyjny, który w wariantach drugim oraz trzecim przewiduje, zgodnie z nomenklaturą ustawową, negocjacje. Zastąpił on możliwe do zastosowania na podstawie uchylonej ustawy p.z.p. z 2004 r. przetarg nieograniczony, negocjacje z ogłoszeniem i dialog konkurencyjny. Pomimo posłużenia się liczbą pojedynczą w odniesieniu do tego trybu, nie ma on charakteru jednolitego, m.in. pod względem konstrukcyjnym. Wątpliwości generują także inne przyjęte w przepisach rozwiązania, które w myśl hasła o zachowaniu elastyczności procedury o udzielenie zamówienia publicznego przypisują wiele spraw swobodnemu uznaniu zamawiającego (np. brak wymogu odnośnie do uzasadnienia podjęcia albo zaniechania negocjacji w toku trybu podstawowego w wariantach drugim). Może to skutkować negatywną oceną potencjalnych wykonawców w zakresie przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obrona przez ustawodawcę technika legislacyjna, polegająca m.in. na wprowadzeniu licznych odesłań wewnętrznych, implikuje trudności interpretacyjne. Pomimo tego w praktyce dość często wykorzystywany jest tryb podstawowy z fakultatywnymi negocjacjami (wariant drugi) o wąsko określonym zakresie. Przewiduje on raczej tzw. dogrywkę niż negocjacje, stąd trudno jest uznać, że poprzez zastosowanie tego trybu wytworzy się praktyka prowadzenia negocjacji z wykonawcami. Usunięcie niedociągnięć legislacyjnych czy też usprawnienie przebiegu procedury wskutek usunięcia lub innej konstrukcji przepisów prawnych w zakresie terminów na podjęcie określonych czynności w postępowaniu prawdopodobnie jedynie w niewielkim stopniu wpłynie na zwiększenie zastosowania trybów negocjacyjno-przetargowych w praktyce, ponieważ istotne znaczenie w tym zakresie mają, jak się zdaje, inne czynniki. Może to w pierwszej kolejności wynikać z charakteru zamówienia publicznego i wiedzy zamawiającego na jego temat, np. w przypadku ponownego udzielenia zamówienia w danym zakresie, czy też uzyskania niezbędnych informacji wskutek przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych. Ponadto odstręczająco może działać długotrwałość tych procedur, brak odpowiednio przeszkolonych kadr czy też obawy, wzmożone przez brak odpowiednich urzędowych wzorów i instrukcji, przed negatywną oceną kontrolujących.

Wykaz literatury

- Dzierżanowski W., *O niektórych nowych procedurach Prawa zamówień publicznych*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2022, nr 4, Legalis.
- Dzierżanowski W., Gawrońska-Baran A., *Charakter i znaczenie prawne tzw. trybu podstawowego udzielania zamówień małej wartości*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 1, Legalis.
- Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Jerzykowski J., Kittel M., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 2021, Lex.
- Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Gudowski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna. Cz. 2 (art. 56–125)*, 2021, Lex.
- Kocot W., *Odpowiedzialność przedkontraktowa*, 2013, Legalis.
- Księżak P., Pyziak-Szafnicka M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Lubiszewski M., *O potrzebie dalszego usprawnienia procedur negocjacyjnych*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 2, Legalis.
- Moras M., *Dialog techniczny – analiza obowiązujących i przyszłych rozwiązań prawnych*, [w:] M. Lemonnier, H. Nowak (red.), *Dziś i jutro zamówień publicznych*, UZP, Warszawa 2019.
- Moras M., *Konsekwencje uchylania się od obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne – wybrane zagadnienia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 54, DOI: 10.31648/sp.6901.
- Moras M., Nuzzo B., Szostak R., *Pozasądowe rozwiązywanie sporów w zamówieniach publicznych*, C.H. Beck, Warszawa 2023.
- Nowak H., Winiarz M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, UZP, Warszawa 2021.
- Nuzzo B., Plebanek E., Szostak R., *Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych*, 2020, Legalis.
- Pyziak-Szafnicka M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2009, Lex.
- Radwański Z. (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, seria: System Prawa Prywatnego, t. 2, C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Szostak R., *Kształtowanie warunków zamówienia w trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 1.
- Szostak R. (red.), *Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych*, 2018, Legalis.

Summary

On the need for further improvements in competitive tender procedures with negotiation for contracts with a value lower than EU thresholds

Keywords: public procurement law, negotiation and tender procedures, negotiations, contractor, ordering party.

Some public procurement procedures allow negotiations with competitors. Their use may bring positive results for each party (e.g. determining optimal contractual conditions, and clarifying incomprehensible issues). The reason for the analyzes is still little interest in tender procedures with negotiation in practice. The article aims to discuss in detail the legal provisions considering the basic procedure in variants with optional and obligatory negotiations, along with *de lege ferenda* postulates regarding the elimination of interpretation doubts and the improvement of the course of procedure. This procedure applies to public procurement procedures with a value lower than the EU thresholds. It seems justified to precede the main considerations with a concise presentation of the remaining negotiation and negotiation-tender procedures and to define the concept of negotiation. Moreover, the paper attempts to briefly present the reasons for the sporadic use of tender procedures with negotiation by contracting authorities along with an indication of selected actions that may increase the frequency of their practical use.

