

Zastosowanie tzw. „procedury odwróconej” w postępowaniach prowadzonych w trybie podstawowym

I. Czym jest tzw. „procedura odwrócona”?

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „ustawa Pzp”) wskazuje, że w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego możliwe jest zastosowanie tzw. procedury odwróconej. Regulacja w powyższym zakresie zawarta jest w art. 139 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności warto zwrócić uwagę na art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, który określa specyfikę procedury odwróconej. Zgodnie z treścią tego przepisu, zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Powyższy przepis stanowi wdrożenie do polskiego porządku prawnego art. 56 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, w świetle którego w procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że wobec wykonawcy nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia przez niego kryteriów kwalifikacji, zgodnie z przepisami art. 57-64 dyrektywy 2014/24/UE.

Procedura odwrócona polega na tym, że zamawiający w pierwszej kolejności dokonuje badania i oceny ofert, a następnie w ramach kwalifikacji podmiotowej bada złożone przez tego wykonawcę wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, złożone na jednolitym europejskim dokumencie zamówienia (JEDZ) lub wzywa tego wykonawcę do złożenia tego oświadczenia, jeżeli przewidział w SWZ możliwość jego żądania wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, zgodnie z art. 139 ust. 2 ustawy Pzp.

Oznacza to, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wykonawców (nie bada nawet wszystkich oświadczeń wykonawców składanych na formularzu JEDZ). W pierwszej kolejności zamawiający dokonuje oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ustawy Pzp, a następnie żąda przedłożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ustawy Pzp.

II. Odwrócenie procedury badania i oceny ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym

Jak już wskazano wyżej, procedura odwrócona (art. 139 ustawy Pzp), uregulowana została jako mechanizm badania i oceny ofert właściwy dla procedury prowadzonej w trybie przetargu nieograniczonego. Regulacje ustawy Pzp, o których mowa w art. 139 ustawy Pzp mają zastosowanie tylko dla tego trybu, co wynika z art. 266 ustawy Pzp.

W ustawie Pzp brak jest analogicznego przepisu w odniesieniu do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, w związku z powyższym pojawić się może pytanie, czy zastosowanie tzw. procedury odwróconej jest możliwe również w postępowaniach o wartości poniżej progu unijnego.

Pomimo, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują analogicznej regulacji w postępowaniach prowadzonych w trybie podstawowym, to mając na względzie całokształt regulacji ustawy Pzp dotyczących trybu podstawowego, w tym łagodniejszy reżim dla tych postępowań, uzasadnione jest przyjęcie, że brak jest przeszkód, żeby zamawiający samodzielnie ukształtował procedurę w taki sposób, aby najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie przeprowadził kwalifikację podmiotową wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Dotyczy to oczywiście tylko postępowań, w którym zamawiający nie korzysta z procedury wieloetapowej, w której pierwszym etapem jest weryfikacja wykonawców. Tym samym zamawiający może zastosować odwrócony mechanizm badania w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 i art. 275 pkt 2 ustawy Pzp (co do wariantu z art. 275 pkt. 2 tylko wtedy, gdy zamawiający nie zdecyduje się na prowadzenie negocjacji).

Powyższe mieści się w ramach uprawnienia zamawiającego do kształtowania warunków zamówienia, o których mowa w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp. Zatem zamawiający w dokumentach zamówienia może przewidzieć, że w postępowaniu w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 i 2 ustawy Pzp (co do pkt 2 - jeśli nie skorzysta z możliwości prowadzenia negocjacji) najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie przeprowadzi kwalifikację podmiotową wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona.

Jeśli zamawiający zdecyduje się na odwrócenie etapu badania i oceny ofert przewidzianych w przepisach ustawy Pzp dla trybu podstawowego, stosowna informacja powinna oczywiście znaleźć swoje odzwierciedlenie w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ).

Należy przy tym podkreślić, że tak ukształtowana procedura nie będzie miała swojego źródła w normie art. 139 ustawy Pzp, lecz podstawę czynności podejmowanych przez zamawiającego stanowić będzie treść dokumentów zamówienia. Z tego względu SWZ powinna określać wszelkie informacje dotyczące przeprowadzanych przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert, które charakteryzują się odmiennością w stosunku do zasad ogólnych przewidzianych w przepisach ustawy Pzp, w tym w szczególności dotyczące kolejności podejmowanych przez zamawiającego czynności w ramach analizy ofert. Tak ukształtowana SWZ stanowić będzie ramy działania zamawiającego w postępowaniu oraz podstawę późniejszych czynności związanych z procesem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jednak – jak już wskazano wyżej - powyższy mechanizm może mieć zastosowanie tylko do trybu podstawowego w wariantcie 1 (art. 275 pkt 1 ustawy Pzp) oraz w wariantcie 2, jeżeli zamawiający nie zdecyduje się na prowadzenie negocjacji (art. 275 pkt 2 ustawy Pzp).

W przypadku wariantu 3 trybu podstawowego (art. 275 pkt 3 ustawy Pzp) oraz wariantu 2 (art. 275 pkt 2 ustawy Pzp), w którym zamawiający zdecyduje się na przeprowadzenie negocjacji - mechanizm procedury odwróconej nie będzie miał uzasadnienia. Wynika to z tego, że ww. warianty postępowania w trybie podstawowym zakładają przeprowadzenie negocjacji, poprzedzających ocenę ofert dodatkowych lub ostatecznych, wyłącznie z wykonawcami, których oferty nie zostały wcześniej odrzucone (art. 289 ust. 1 ustawy Pzp), a zatem z wykonawcami, którzy już na etapie poprzedzającym przeprowadzenie negocjacji - podlegali weryfikacji podmiotowej (zamawiający powinien sprawdzić oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 Pzp). Istotą trybu podstawowego, o którym mowa w art. 275 pkt 2 i 3 ustawy Pzp jest zatem ustalenie przez zamawiającego przed składaniem ofert dodatkowych lub ostatecznych, że wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlegają wykluczeniu.

Podsumowując:

1. Brak jest przeszkód, żeby zamawiający przewidział w dokumentach zamówienia w postępowaniu w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 i 2 ustawy Pzp (co do pkt 2 tylko wtedy gdy zamawiający nie zdecyduje się na prowadzenie negocjacji) możliwość zastosowania mechanizmu na wzór tzw. procedury odwróconej, tj. ustalenia, że najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie przeprowadzi kwalifikację podmiotową wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. W takim przypadku zapisy SWZ powinny określać warunki, na jakich zamawiający przeprowadzi czynności związane z procesem badania i oceny ofert.
2. Zastosowanie odwróconego modelu badania i oceny ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym w wariantcie 2 (w przypadku prowadzenia negocjacji) oraz w wariantcie 3 (gdy negocjacje są obligatoryjne) tj. art. 275 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, z uwagi na etapowość tych procedur nie ma uzasadnienia.