



Praktyka w zakresie negocjacji w zamówieniach publicznych

Spis treści

1. Wstęp	2
2. Wstępne konsultacje rynkowe	4
3. Tryb podstawowy z obowiązkowymi negocjacjami	7
4. Tryb podstawowy z fakultatywnymi negocjacjami	13
5. Negocjacje z ogłoszeniem	19



1. Wstęp

Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych opiera się na kilku fundamentalnych zasadach opisanych w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. (dalej: „ustawa Pzp”). Jedną z tych zasad jest pisemność postępowania opisana w art. 20 ust. 1 ustawy Pzp. Celem powyższej zasady jest zapewnienie transparentności procesu udzielania zamówienia publicznego. Pisemność postępowania jest także niezbędna dla właściwego funkcjonowania zasady równego traktowania wykonawców. Zasada pisemności postępowania jest kluczowa w odniesieniu do sporów, jakie mogą pojawić się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opieranie się na dokumentach służy wykazywaniu swoich racji przed Krajową Izbą Odwoławczą (dalej: „KIO”). Trudno sobie wyobrazić sytuację, w której skład orzekający KIO będzie wydawał orzeczenie bez właściwie przeprowadzonego postępowania dowodowego. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 29 stycznia 2024 r. (sygn akt KIO 43/24) *„Powoływanie się na jakieś rozmowy telefoniczne nie stanowi w ocenie Izby żadnego argumentu, bowiem dla odwzorowania czynności i oświadczeń składanych w postępowaniu niezbędne są określone dokumenty. Izba nie stwierdza, że Odwołujący prowadził jakieś rozmowy z Zamawiającym czy też ich nie prowadził. Izba stwierdza jedynie, że dla przebiegu postępowania znaczenie mają określone dokumenty, które są wyrazem podejmowanych działań, stanowią o przejrzystości prowadzonego postępowania (jedna z zasad zamówień publicznych) oraz w zasadzie stanowią odwzorowanie przebiegu postępowania i czynności czy zaniechań jakie podlegają ocenie”*. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art.61 ust. 1 Pzp komunikacja odbywa się z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej. Ustna komunikacja dopuszczalna jest jedynie w odniesieniu do negocjacji oraz dialogu, a ich przebieg musi być dokumentowany. Wykorzystanie środków komunikacji elektronicznej niewątpliwie ułatwia prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przyspiesza cały proces zakupowy. Wykorzystanie tej formy komunikacji wymaga dbałości w obsłudze narzędzi, z których się korzysta. Często takim środkiem jest poczta elektroniczna, która w zależności od wykorzystywanego konkretnego rozwiązania może sprawiać określone problemy, których skutkiem będzie brak możliwości zapoznania się z treścią składanego przez strony oświadczenia. Może to wynikać z barier blokujących otrzymywanie wiadomości z określonego adresu poczty elektronicznej. Minimalizacja niepożądanych sytuacji odbywać się powinna poprzez świadomą obsługę stosowanych narzędzi elektronicznych np. regularne sprawdzanie folderów, do którego trafią wiadomości spamowe. Krajowa Izba



Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 24 lutego 2023 r. (sygn. akt 329/23) zauważyła *„Chociaż nie wynika to wprost z komentowanego przepisu, to z jego kontekstu należy wyprowadzić wniosek, że chodzi tu o środek komunikacji elektronicznej należący do adresata lub kontrolowany przez niego. Wskazuje na to końcowe sformułowanie tego przepisu, wymagające zapewnienia adresatowi możliwości zapoznania się z treścią oświadczenia woli. Możliwość taka zachodzić będzie tylko wówczas, gdy oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej stanie się dostępne w kontrolowanym przez niego środku komunikacji elektronicznej. Zgodnie z teorią doręczenia, leżącą u podstaw art. 61 § 2 KC, ryzyko niedojścia oświadczenia woli do adresata spoczywa na składającym oświadczenie. Po wprowadzeniu oświadczenia woli do środka komunikacji elektronicznej adresata ryzyko niemożności zapoznania się z treścią oświadczenia woli, spoczywa na odbiorcy oświadczenia.”*

Od wielu lat wskazuje się, iż rynek zamówień publicznych jest zbyt mało atrakcyjny dla wykonawców. Procedura udzielenia zamówienia jest bardzo formalistyczna. Kolejne zmiany w funkcjonowaniu prawa zamówień publicznych mają za zadanie odformalizowanie procesu udzielania zamówień publicznych. Nie zmienia to jednak faktu, że część wykonawców, w szczególności z sektora MŚP wskazuje, iż nadal nie biorą udziału w procesie udzielenia zamówienia, ponieważ jego uzyskanie jest poprzedzone bardzo skomplikowaną oraz czasochłonną procedurą. Na przestrzeni ostatnich lat wiele w tym zakresie się zmieniło, procedury zostały uproszczone. Natomiast wiele problemów występujących w procedurze udzielenia zamówienia publicznego wynika z samego podejścia zamawiających. Przede wszystkim należy zauważyć, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest narzędziem, które służy zaspokojeniu potrzeb zakupowych zamawiającego. Oznacza to, że udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest element szerszego procesu zakupowego. Świadomość tego z punktu widzenia doboru odpowiedniego trybu udzielenia zamówienia publicznego ma kluczowe znaczenie dla efektywnego zarządzania środkami publicznymi. Nie zawsze wybór przetargu nieograniczonego lub trybu podstawowego w wariantie bez negocjacji będzie najlepszy z punktu widzenia efektywnego wydatkowania środków publicznych. Nie zawsze bowiem oczekiwania zamawiającego mogą zostać spełnione przez rynek wykonawców. Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który kształtuje wymagania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, którego przygotowanie jest kluczowe dla całego procesu zakupowego. Zamawiający musi skonfrontować swoje oczekiwania z



możliwością ich spełnienia przez rynek wykonawców. Dotyczy to szczególnie nietypowych zamówień publicznych. Aby efektywnie wydatkować środki publiczne zamawiający może wybrać odpowiedni tryb udzielenia zamówienia publicznego lub też samą procedurę poprzedzić wstępnymi konsultacjami rynkowymi.

2. Wstępne konsultacje rynkowe

Zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe w celu przygotowania postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia. Zamawiający niezwykle rzadko korzystają ze wstępnych konsultacji rynkowych. Powyższe wynika z obiegowej opinii, zgodnie, z którą ich zastosowanie znacząco przedłuża sam proces udzielenia zamówienia publicznego. Powyższa teza nie jest prawidłowa. Przeprowadzenie wstępnych konsultacji rynkowych może wpłynąć pozytywnie na sam proces przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze realnie mogą one ograniczyć liczbę zapytań, jakie są składane przez wykonawców. Po drugie w toku wstępnych konsultacji rynkowych zamawiający może dokładnie poznać specyfikę rynku wykonawców oraz przygotować opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem możliwości realizacyjnych wykonawców. Finalnie, prawidłowo przeprowadzone wstępne konsultacje rynkowe mogą zwiększyć liczbę złożonych ofert. Większa liczba ofert wpływa na lepsze warunki udzielenia zamówienia publicznego. Zamawiający może otrzymać lepsze cenowo oferty, ale przede wszystkim może uzyskać przedmiot zamówienia, który będzie w najbardziej optymalny sposób spełniał jego wymagania. Skutkować to może efektywniejszym procesem zakupowym.

Należy zatem zadać pytanie, w jaki sposób przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe, aby odniosły one wyżej opisany efekt. W pierwszej kolejności zamawiający powinien rozstrzygnąć, czy wstępne konsultacje rynkowe zamawiający przeprowadzi indywidualnie, czy też łącznie z wszystkim ich uczestnikami. Każde z tych rozwiązań ma swoje wady i zalety, ale wydaje się iż w ogólnym rozrachunku przeprowadzenie wstępnych konsultacji rynkowej indywidualnie z każdym z jej uczestników pozwoli zamawiającemu na uzyskanie bardziej szczegółowych informacji. Wykonawcy w indywidualnych rozmowach są bardziej skłonni do przekazywania zamawiającemu informacji o przedmiocie zamówienia. Zamawiający musi pamiętać, iż udział wykonawców we wstępnych



konsultacjach rynkowych nie gwarantuje udzielenia zamówienia i ma charakter bezpłatny. Zatem rolą zamawiającego jest stworzenie takich warunków, które będą zachęcały wykonawców do uczestnictwa w nich. To w interesie zamawiającego jest zachęcenie potencjalnych wykonawców do udziału we wstępnych konsultacji rynkowych.

Obiekcje wykonawców co do udziału we wstępnych konsultacjach rynkowych mogą również wiązać się z brzmienia art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanymi przepisami jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Po drugie wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Przed udziałem we wstępnych konsultacjach rynkowych wykonawców powstrzymuje przede wszystkim widmo wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy często rezygnują z udziału we wstępnych konsultacjach rynkowych chcąc uniknąć ryzyka wykluczenia z postępowania.

Przepisy zostały tak skonstruowane, że nakładają na zamawiającego obowiązek takiego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby do wykluczenia uczestnika wstępnych konsultacji rynkowych nie doszło. Tym niemniej nie ma możliwości, aby całkowicie to ryzyko wyeliminować.

Zgodnie z art. 84 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający zamieszcza informację o zamiarze przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych oraz o ich przedmiocie na stronie internetowej zamawiającego. Dobrą praktyką jest, aby w tej informacji znalazły się następujące informacje:



- wskazanie przynajmniej ramowego określenia przedmiotu zamówienia- pozwoli to na zdefiniowanie zakresu przedmiotu wstępnych konsultacji rynkowych;
- wskazanie sposobu dokumentowania przebiegu wstępnych konsultacji rynkowych- w tym zakresie zamawiający ma pełną swobodę w doborze metod dokumentowania; za dopuszczalne można uznać sporządzenie protokołu z przebiegu wstępnych konsultacji rynkowych; ustawodawca nie wyklucza także możliwości rejestrowania przebiegu wstępnych konsultacji rynkowych z wykorzystaniem urządzeń audiowizualnych; ta ostatnia metoda jest najwygodniejsza oraz pozwala na pełne dokumentowanie ustaleń w toku wstępnych konsultacji rynkowych, tym niemniej należy koniecznie pamiętać, aby powiadomić wykonawców o zastosowaniu takiej metody rejestrowania przebiegu wstępnych konsultacji rynkowych, aby mogli się w sposób odpowiedni do nich przygotować;
- wskazanie środków gwarantujących udział uczestników wstępnych konsultacji rynkowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który nie zakłóca uczciwej konkurencji- ustawa Pzp nie stawia takiego wymogu; należy jednak pamiętać, że obawa dotycząca wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzedzonego wstępnymi konsultacjami rynkowymi może być na tyle silna, że skutecznie będzie ona zniechęcała wykonawców do udziału w tych konsultacjach; jeżeli wykonawcy będą wiedzieli, w jaki sposób zamawiający będzie zapewniał uczciwą konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawcy będą mogli ocenić, czy są one na tyle skuteczne, że nie doprowadzą do ich wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Prawidłowe dokumentowanie przebiegu wstępnych konsultacji rynkowych usprawnia prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na podstawie informacji zdobytych w toku konsultacji, zamawiający będzie przygotowywał opis przedmiotu zamówienia. Rolą zamawiającego będzie także wykorzystanie informacji zdobytych podczas wstępnych konsultacji rynkowych, aby w opisie przedmiotu zamówienia znalazły się te, które są związane z obiektywnymi potrzebami zamawiającego oraz nie faworyzują określonego rozwiązania czy też nie premiuje danego wykonawcy. W toku wstępnych konsultacji rynkowych wykonawcy mogą, bowiem próbować nakłaniać zamawiającego do wprowadzania takich zapisów, czy to do opisu przedmiotu zamówienia, czy warunków udziału w postępowaniu, które będą pozwalały mu na



osiągnięcie niedozwolonej przewagi konkurencyjnej. Ogromnym wyzwaniem dla zamawiającego będzie takie wykorzystanie informacji zdobytych podczas wstępnych konsultacji rynkowych, które pozytywnie wpłynie na konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując, przeprowadzenie wstępnych konsultacji rynkowych pozornie wydłuża sam proces udzielenia zamówienia publicznego, ale prawidłowe ich wykorzystanie przyczynia się do udoskonalenia opisu przedmiotu zamówienia, lepszego przygotowania zapisów specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) oraz zmniejszenia liczby składanych zapytań. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest jego jak najszybsze wszczęcie, ale zaspokojenie potrzeb zakupowych zamawiającego. Niejednokrotnie zamawiający dążą do szybkiego wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Zbyt duża presja czasowa powoduje, iż cały proces paradoksalnie ulega wydłużeniu, ponieważ pojawiają się zapytania do SWZ, opisu przedmiotu zamówienia, projektowanych postanowień umownych. Skutkuje to przedłużanym terminem składania ofert. Prawidłowo przepracowany proces przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przynosi pozytywne efekty na etapie już samego postępowania oraz realizacji umowy o zamówienia publiczne.

3. Tryb podstawowy z obowiązkowymi negocjacjami

Wstępne konsultacje rynkowe są doskonałym narzędziem sprawdzającym się w przypadku nietypowych zamówień publicznych. Tym niemniej ryzyko wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzedzonego wstępnymi konsultacjami rynkowymi może skutecznie zniechęcić wykonawców do brania w nich udziału. Dlatego też w ustawie Pzp zostały wprowadzone tryby udzielania zamówienia publicznego, które na etapie już samego postępowania pozwalają wykorzystując negocjacje doprecyzować opis przedmiotu zamówienia. O ile postępowania prowadzone w procedurze unijnej muszą być zgodne z przepisami dyrektyw, o tyle dla procedury krajowej polski ustawodawca miał dużą swobodę w kształtowaniu przepisów. Stąd też uchwalając przepis ustawy Pzp w procedurze krajowej, zgodnie z art. 275 wprowadzono zupełnie nowy tryb udzielenia zamówienia- tryb podstawowy. Występuje on w trzech wariantach. Wariant pierwszy nie uwzględnia możliwości przeprowadzenia negocjacji- w dużej mierze odpowiada on przetargowi nieograniczonemu w procedurze unijnej. Wariant drugi przewiduje negocjacje, ale jedynie w zakresie elementów objętych kryteriami oceny ofert. Wariant trzeci



przewiduje możliwość negocjacji treści ofert w znacznie szerszym zakresie – wariant ten zbliżony jest do trybu negocjacji z ogłoszeniem w procedurze unijnej. Wariant trzeci trybu podstawowego może być alternatywą dla wstępnych konsultacji rynkowych poprzedzających postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Niestety tryb ten jest przez zamawiających niezwykle rzadko wykorzystywany, czego przyczyną może być obawa przed jego zbyt dużym stopniem skomplikowania. Dlatego też opierając się na wymaganiach ustawowych warto opisać przebieg postępowania prowadzonego w trybie podstawowym z obowiązkowymi negocjacjami.

Po pierwsze należy wskazać, że zastosowanie trybu podstawowego z obowiązkowymi negocjacjami nie wymaga spełnienia żadnych przesłanek ustawowych. Zatem zamawiający nie musi się zastanawiać, czy zaistniały okoliczności uzasadniające zastosowanie tego trybu udzielenia zamówienia publicznego.

Podobnie, jak w pozostałych dwóch wariantach trybu podstawowego wariant z obowiązkowymi negocjacjami wymaga publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Pierwszą i zasadniczą różnicą pomiędzy trybem podstawowym bez negocjacji, trybem podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami, a trybem podstawowym z obowiązkowymi negocjacjami jest to, że na początkowym etapie zamawiający nie tworzy się SWZ tylko przygotowuje opis potrzeb i wymagań (dalej: „OPIW”). Kluczowa różnica pomiędzy SWZ, a OPIW polega na tym, że w przypadku tego drugiego, zamawiający nie sporządza opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 282 ust. 2 ustawy Pzp w zamian za opis przedmiotu zamówienia zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w OPIW:

- określenie przedmiotu zamówienia;
- opis potrzeb zamawiającego i cechy charakterystyczne dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiące przedmiot zamówienia;
- minimalne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, niepodlegające negocjacjom, które muszą spełnić wszystkie oferty.

Ustawodawca jednoznacznie wskazał, że w tym przypadku zamawiający opisuje jedynie swoje potrzeby i cechy charakterystyczne przedmiotu zamówienia oraz określa przedmiot zamówienia. W OPIW pojawia się jedynie ogólny zarys przedmiotu zamówienia. Zastosowanie tego trybu udzielenia zamówienia jest niezwykle przydatne w sytuacji, w której przedmiot zamówienia ma specyficzny



charakter, a zamawiający nie ma wiedzy specjalistycznej pozwalającej na prawidłowe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia. Na pierwszym etapie trybu podstawowego z obowiązkowymi negocjacjami pojawia się ogólny zarys przedmiotu zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest także do określenia minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, które nie podlegają negocjacjom. Jednakże należy pamiętać, aby nie były one zbyt szeroko opisane, ponieważ ograniczają możliwości negocjacji. Ten bowiem obszar jest niejako wyłączony z procesu negocjacji. Zaznaczyć należy, że zgodnie z obowiązującymi przepisami, OPIW nie zawiera projektowanych postanowień umownych. Stąd też ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie obowiązku wskazania przez zamawiającego minimalnych wymagań dotyczących realizacji zamówienia, które nie będą przedmiotem negocjacji. Ten tryb udzielenia zamówienia publicznego daje duże możliwości negocjacji w zakresie nie tylko przedmiotu zamówienia, ale także w zakresie projektowanych postanowień umownych. Albowiem trudności związane z prawidłowym przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niekoniecznie mogą dotyczyć opisu przedmiotu zamówienia, a samej prawidłowej konstrukcji umowy o zamówienie publiczne.

Zgodnie z art. 282 ust. 3 ustawy Pzp informacje zawarte w OPIW muszą być wystarczająco precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu zamówienia oraz podjęcie decyzji co do złożenia oferty podlegającej negocjacjom. Wykonawca musi uzyskać informacje, które pozwolą mu na podjęcie decyzji, czy takim postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w ogóle jest zainteresowany.

Zamawiający wyznacza termin składania ofert- minimum 7 dni w przypadku dostaw i usług oraz 14 dni w przypadku robót budowlanych.

Wykonawcy mają prawo zadawania pytań do OPIW. Termin w tym zakresie są identyczne dla wszystkich trzech wariantów trybu podstawowego. Zamawiający zgodnie z art. 285 ustawy Pzp ma prawo zwołać zebranie wszystkich wykonawców celem wyjaśnienia treści OPIW. Treść OPIW może ulec zmianie.

Kolejna zasadnicza różnica charakteryzująca tryb podstawowy w wariantcie z obowiązkowymi negocjacjami pojawia się na etapie składania ofert. Art. 287 ust. 2 ustawy Pzp wyłącza zastosowanie niektórych przepisów dla ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie. Należy wskazać na następujące różnice:

- przed otwarciem ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu zamawiający nie udostępnia na stronie internetowej prowadzonego



postępowania informacji o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;

- zamawiający nie przeprowadza badania rażąco niskiej ceny;
- zamawiający nie przeprowadza procedury doliczenia do ceny podawanej w ofercie kwoty podatku VAT zgodnie z art. 225 ustawy Pzp;
- nie mają zastosowania następujące przesłanki odrzucenia oferty:
 - z uwagi na rażąco niską cenę (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp),
 - złożonej przez wykonawcę niezaprośzonego do składania ofert (art. 226 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp),
 - z uwagi na błędy w obliczeniu ceny (art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp),
 - z uwagi na zakwestionowanie poprawienia omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp),
 - z uwagi na niewyrażenie pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp),
 - z uwagi na niewyrażenie pisemnej zgody na wybór oferty po upływie terminu związania ofertą (art. 226 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp),
 - z uwagi na niewniesienie wadium lub wniesienie w nieprawidłowej formie lub nieutrzymanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożenie wniosku o zwrot wadium (art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp),
 - z uwagi na fakt, że oferta obejmuje urządzenia informatyczne lub oprogramowanie wskazane w rekomendacji, o której mowa w art. 33 ust. 4 ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, stwierdzającej ich negatywny wpływ na bezpieczeństwo publiczne lub bezpieczeństwo narodowe (art. 226 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp),
 - z uwagi na brak odbycia wizji lokalnej lub bez sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego (art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp).

Jak wskazano powyższej, przesłanki odrzucenia zostały znacząco ograniczone. Tym niemniej należy zwrócić uwagę na brzmienie zdania drugiego art. 287 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie, z którym zamawiający odrzuca oferty, które nie spełniają minimalnych wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, określonych przez zamawiającego. Wydaje się, iż przesłanka ta winna być rozpatrywana łącznie z przesłanką odrzucenia oferty opisaną w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zgodnie z którą odrzuca się ofertę jeżeli jest ona niezgodna z warunkami zamówienia.



W tym miejscu należy sobie zadać pytanie, czy oferta składana w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu w ramach trybu podstawowego z obowiązkowymi negocjacjami musi zawierać cenę. Wydaje się, iż żaden przepis ustawy Pzp nie nakazuje, aby oferta składana w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu zawierała cenę. W niektórych przypadkach wymaganie od wykonawców, aby na podstawie OPIW składali ofertę cenową jest nadmiarowe. Uzależnione jest to od wymagań zawartych w OPIW. Nie mając wiedzy odnośnie opisu przedmiotu zamówienia trudno sobie wyobrazić sytuację, w której wykonawca nawet w sposób przybliżony będzie w stanie skalkulować cenę ofertową.

Po zweryfikowaniu ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, zamawiający przystępuje do etapu negocjacji. Należy pamiętać, że w omawianym wariantcie trybu podstawowego negocjacje są obowiązkowe. Powyższe wynika ze specyfiki prowadzonego postępowania. Negocjacje mają na celu ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz projektowanych postanowień umownych. Zgodnie z dyspozycją art. 289 ust. 4 ustawy Pzp jeżeli liczba ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówienie niepodlegających odrzuceniu jest mniejsza niż 3, zamawiający, może kontynuować postępowanie, zapraszając do negocjacji ofert tych wykonawców, albo unieważnia postępowanie. W tym przypadku decyzja o kontynuowaniu postępowania lub jego unieważnieniu należy do zamawiającego.

Zakres prowadzonych negocjacji jest bardzo szeroki. Granice negocjacji wyznaczone są jedynie przez określone przez zamawiającego minimalne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia oraz minimalne wymagania dotyczące realizacji zamówienia. Pozostałe elementy mogą być objęte przedmiotem negocjacji.

Prowadzone negocjacje mają charakter poufny. W przeciwieństwie to pozostały wariantów trybu podstawowego zamawiający na tym etapie nie jest uprawniony do udostępniania ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówienia. Ich udostępnienie jest możliwe dopiero od dnia otwarcia ofert ostatecznych.

Ustawodawca w żaden sposób nie limituje czasu trwania negocjacji. Zamawiający prowadzi je do momentu, w którym zostanie osiągnięty cel negocjacji tj. zostaną określone wymagania dla przedmiotu zamówienia oraz projektowanych postanowień umownych. Negocjacje mogą mieć charakter jedno lub wieloetapowy. Jednakże przyjmując założenie, że tryb podstawowy w wariantcie z obowiązkowymi negocjacjami wykorzystywany jest w szczególnie skomplikowanych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego trudno



sobie wyobrazić sytuację, w której jeden etap negocjacji będzie dla zamawiającego wystarczający dla prawidłowego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia. Najbardziej efektywne negocjacje są takie, w których zamawiający będzie krzyżowo weryfikował rozwiązania proponowane przez różnych wykonawców.

Zakończenie negocjacji winno nastąpić w momencie, w którym zamawiający zdobędzie taką wiedzę, która mu pozwoli na przygotowanie SWZ, a w szczególności opisu przedmiotu zamówienia oraz projektowanych postanowień umownych. Sporządzoną na podstawie negocjacji SWZ zamawiający zamieszcza na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Jednocześnie zgodnie z art. 293 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie zostały odrzucone, i którzy brali udział w negocjacjach, o zakończeniu negocjacji oraz zaprasza ich do składania ofert ostatecznych. Zgodnie z brzmieniem powyższego przepisu w przeciwieństwie do trybu podstawowego z fakultatywnymi negocjacjami negocjacje mają charakter obowiązkowy. Oznacza to, że udział wykonawców w negocjacjach determinuje otrzymanie zaproszenia do składania ofert ostatecznych. A contrario oznacza to, że wykonawca, który nie brał udziału w negocjacjach nie otrzyma od zamawiającego zaproszenia do składania oferty ostatecznej.

Termin na składanie ofert ostatecznych wynosi odpowiednio 5 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert ostatecznych w przypadku dostaw i usług oraz 10 dni w przypadku robót budowlanych. Sposób postępowania z ofertami ostatecznymi jest analogiczny, jak z ofertami w trybie podstawowym bez negocjacji oraz trybie podstawowym z negocjacjami fakultatywnymi. Przed otwarciem ofert ostatecznych należy udostępnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyż nie została ona udostępniona na etapie składania ofert w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Po otwarciu ofert ostatecznych na stronie internetowej prowadzonego postępowania zamawiający zobowiązany jest umieścić informację o zaoferowanych cenach lub kosztach zawartych w ofercie. W przypadku trybu podstawowego z obowiązkowymi negocjacjami umieszczenie informacji z otwarcia ofert ma odmienny charakter od tej czynności wykonywanej w innych wariantach trybu podstawowego. Czynność ta odbywa się w dwóch krokach. Po pierwsze po otwarciu ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu zamawiający umieszcza na stronie internetowej prowadzonego postępowania



jedynie informację o nazwach albo imionach i nazwiskach oraz siedzibach lub miejscach prowadzonej działalności gospodarczej albo miejscach zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte. Po drugie, jak już wcześniej zostało zaznaczone po otwarciu ofert ostatecznych umieszczana jest informacja o cenie lub koszcie. Różnica występuje także w odniesieniu do informacji z otwarcia ofert, jaką zgodnie z art. 81 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest przekazać Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie z §4 pkt 8 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 21 grudnia 2020 r. w sprawie informacji o złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertach przekazywanej Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych 7- dniowy termin na przekazanie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych informacji o złożonych ofertach rozpoczyna swój bieg od dnia otwarcia ofert ostatecznych albo od unieważnienia postępowania o ile unieważnienie nastąpiło po upływie terminu składania ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu i została złożona co najmniej jedna taka oferta.

Reasumując, tryb podstawowy z obowiązkowymi negocjacjami sprawdzi się w sytuacji, w której zamawiający nie posiada dostatecznych kompetencji pozwalających na sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 99 i nast. ustawy Pzp, a także w przypadkach, gdy takich kompetencji brakuje w odniesieniu do prawidłowego sporządzenia projektowanych postanowień umownych. Niestety tryb ten jest nadal wykorzystywany incydentalnie, co negatywnie wpływa na efektywność wydatkowania środków publicznych

4. Tryb podstawowy z fakultatywnymi negocjacjami

Jedną z częstych przyczyn unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest różnica, jaka występuje pomiędzy możliwościami finansowymi zamawiającego, a ceną, jaką proponują wykonawcy. Aby zmniejszyć ryzyko występowania takich sytuacji ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie trybu podstawowego z fakultatywnymi negocjacjami. Tryb ten jest zbliżony do trybu podstawowego bez negocjacji, z tym, że wpleciona została do niego możliwość przeprowadzenia negocjacji w zakresie elementów objętych kryteriami oceny ofert. Pomimo niewątpliwych zalet tego trybu zamawiający nader rzadko wykorzystują możliwości tego sposobu udzielenia zamówienia. Jak wskazuje sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2024 r. odsetek postępowań w ramach procedury krajowej prowadzonych w tym trybie wynosi jedynie 14,11%.



Biorąc pod uwagę prostotę tego postępowania, taki niski procent jego wykorzystywania nie zdumiewający. Jednakże pozytywnym jest to, że systematycznie udział tego trybu udzielenia zamówienia corocznie wzrasta. Spośród wszystkich trybów wzrost ten jest najbardziej zauważalny. Tym bardziej, że negocjacje w tym trybie mają charakter fakultatywny i zamawiający nie musi ich przeprowadzać. Jeśli zamawiający uzna, że warunki zaproponowane przez wykonawców w ramach ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu są satysfakcjonujące to już na ich podstawie może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty. Niejednokrotnie można spotkać się z obiegową opinią, że tryb ten znacząco wydłuża proces udzielenia zamówienia publicznego w stosunku do trybu podstawowego bez negocjacji. Statystyki prezentowane przez Urząd Zamówień Publicznych we wspomnianym już powyżej sprawozdaniu z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce w 2024 r. przeczą tej tezie. Średni czas trwania postępowania w trybie podstawowym bez negocjacji wynosi 40 dni, natomiast średni czas trwania postępowania w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami wynosi tylko 5 dni dłużej tj. 45 dni. Różnica praktycznie występuje w robotach budowlanych. Natomiast, gdy przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi negocjacje właściwie nie wpływają na czas trwania postępowania

Negocjacje w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami mogą dotyczyć tylko tych elementów treści oferty, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Oczywiście nie mogą one prowadzić do zmiany treści SWZ.

Początkowy etap postępowania jest identyczny, jak w przypadku trybu podstawowego bez negocjacji. Zamawiający publikuje w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu, które następnie wraz z SWZ jest umieszczane na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Różnica dopiero występuje na etapie badania i oceny ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. W zależności od jej efektu zamawiający może zdecydować się na przeprowadzenie negocjacji lub z nich zrezygnować. Ich przeprowadzenie zależne jest od decyzji zamawiającego, której wykonawcy nie mogą kwestionować. Jeżeli złożone oferty lub cena najkorzystniejszej oferty jest niższa niż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to zamawiający ma pełną swobodę dotyczącą przeprowadzenia lub nie negocjacji. Może uznać, że warunki realizacji zamówienia określone przez wykonawców w ramach kryteriów oceny ofert są dla niego na tyle korzystne, że już na tym etapie, bez przeprowadzania negocjacji dokona wyboru oferty

najkorzystniejszej. Wykonawcy w tym przypadku nie mają prawa do kwestionowania zaniechania przeprowadzenia przez zamawiającego negocjacji. Natomiast należy się zastanowić nad sytuacją, w której po otwarciu ofert okazuje się, że ceny przekraczają kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a sam zamawiający nie ma możliwości zwiększenia środków finansowych do oferty najkorzystniejszej ofert. W takim przypadku pojawia się dylemat, czy zamawiający może unieważnić postępowanie, czy też musi przystąpić do negocjacji. Żaden z przepisów ustawy Pzp nie nakazuje zamawiającemu przeprowadzenia negocjacji. Zatem w świetle obowiązujących przepisów zamawiający ma prawo do unieważnienia postępowania. Jednakże spoglądając na procedurę udzielenia zamówienia jako element szerszego procesu zakupowego należy się zastanowić, czy takie rozwiązanie jest optymalne. Przecież celem zamawiającego jest udzielenie zamówienia. Unieważnienie postępowania i przeprowadzenie go od początku pochłania znacząco więcej czasu, aniżeli przeprowadzenie negocjacji. Opcją pierwszego wyboru winna być decyzja o przeprowadzeniu negocjacji. Dzięki temu zamawiający da sobie możliwość rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże w praktyce mogą wystąpić sytuacje, w których zamawiający po otwarciu ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówienia będzie mógł z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, że negocjacje mogą okazać się nieskuteczne. Taka sytuacja może wystąpić, gdy ceny zaproponowane przez wykonawców będą znacząco wyższe o wyszacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia. Oznaczać to może, że zamawiający popełnił błąd przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez nienależyte oszacowanie wartości zamówienia. W takim przypadku negocjacje mogą okazać się nieskuteczne. Lepszym rozwiązaniem w tej sytuacji będzie unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zweryfikowanie zarówno ustalonej wartości zamówienia jak i samego opisu przedmiotu zamówienia. Okazać się może, że przed wszczęciem kolejnego postępowania zamawiający będzie musiał dokonać modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia oraz przeprowadzenia ponownego szacowania jego wartości. Niejednokrotnie niewielkie zmiany w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, które nie wpłynęły negatywnie na jego funkcjonalność mogą spowodować, iż zamawiający uzyska znacznie korzystniejsze cenowo oferty. Efektem weryfikacji opisu przedmiotu zamówienia może być również rozszerzenie kręgu wykonawców, którzy będą ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Aby zwiększyć prawdopodobieństwo rozstrzygnięcia kolejnego postępowania warto skorzystać z uprawnienia wynikającego z art. 276



ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może, po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, bezpośrednio poinformować o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą usługi, dostawy lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia. Działanie to przyczyni się do zwiększenia grona wykonawców, którzy będą zainteresowani danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy założeniu, że zamawiający zdecyduje się na przeprowadzenie negocjacji zgodnie z art. 289 ust. 1 ustawy Pzp może zaprosić do negocjacji jednocześnie wykonawców, którzy złożyli w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, oferty niepodlegające odrzuceniu. Zgodnie z art. 288 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do negocjacji.

Podkreślić należy, że zaproszenie do negocjacji jest tym etapem, w którym zamawiający podejmuje decyzje o kryteriach oceny ofert, które będą podlegały negocjacjom. Jeśli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający zastosował cenę, jako jedyne kryterium oceny ofert to tylko i wyłącznie ona może podlegać negocjacjom. Natomiast należy się zastanowić co w sytuacji, w której zamawiający zastosował pozacenowe kryteria oceny ofert. W takim przypadku zakres negocjacji winien być uzależniony od zaistniałej sytuacji po otwarciu ofert. Jeśli wszyscy wykonawcy uzyskali maksymalną liczbę punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert to prowadzenie w nich negocjacji ma charakter bezcelowy. W przeciwnym wypadku, celem pobudzenia konkurencyjności warto jest przeprowadzić negocjacje w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert tak, aby stworzyć wszystkim wykonawcom warunki umożliwiające ulepszenie wszystkich elementów oferty podlegających ocenie. Jedyne niebezpieczeństwo z jakim zamawiający może się spotkać dotyczy negocjacji w obszarze kryteriów jakościowych. W niektórych sytuacjach zmiana w obszarze kryterium jakościowego może doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca będzie proponował w ramach oferty dodatkowej zupełnie inny produkt niż miało to miejsce w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Należy pamiętać, że złożenie oferty dodatkowej nie powoduje, że zamawiający otrzymuje całkiem nową ofertę w pełnym zakresie. Oferta dodatkowa dotyczy tylko określonych, wybranych elementów w pozostałym zakresie wiąże oferta podstawowa.



Po zakończonych negocjacjach zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych. Należy zaznaczyć, iż w przeciwieństwie do trybu podstawowego z obowiązkowymi negocjacjami możliwość złożenia oferty dodatkowej nie jest uzależniona od udziału w negocjacjach. Wykonawca, który złożył w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę oraz został zaproszony do negocjacji będzie mógł złożyć ofertę dodatkową pomimo braku udziału w negocjacjach. Mimo, że ustawa Pzp nie przewiduje takiego obowiązku to w zaproszeniu do negocjacji warto zaznaczyć, iż udział w negocjacjach nie determinuje możliwości złożenia oferty dodatkowej.

W trybie podstawowym z możliwymi negocjacjami co do zasady termin składania ofert nie może być krótszy niż 5 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert dodatkowych niezależnie od przedmiotu zamówienia. Jeżeli przygotowanie oferty dodatkowej będzie wymagało od wykonawców dużego nakładu pracy np. w przypadku robót budowlanych rozliczanych kosztorysem powykonawczym, dobrą praktyką będzie wydłużenie tego terminu. Wykonawca może złożyć ofertę dodatkową, która zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji. Zakładając, że w zaproszeniu do negocjacji zamawiający przewidział, iż przedmiotem negocjacji będzie zarówno cena jak i pozacenowe kryteria oceny ofert należy uznać, że niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca składa ofertę, która w jednym z kryteriów oceny ofert jest bardziej korzystna, a w innym mniej korzystna niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. W świetle art. 296 ust. 2 ustawy Pzp zd. drugie, 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 o zamówieniu. Innym problemem, z jakim może zmierzyć się zamawiający w trybie podstawowym z możliwymi negocjacjami jest nowe ukształtowanie składników ceny ofertowej. O ile nie wzbudza żadnych wątpliwości, iż łączna cena ofertowa w ofercie dodatkowej nie może być mniej korzystna niż w ofercie składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu to wątpliwości interpretacyjne może wzbudzić sytuacja, w której wykonawca zaoferuje mniej korzystne wybrane ceny jednostkowe, przy założeniu, że całkowita cena ofertowa będzie bardziej korzystna niż ta w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Najczęściej przedmiotem oceny w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert jest całkowita cena brutto, a nie poszczególne ceny jednostkowe. A zatem na ranking ofert wpływ ma właśnie całkowita cena, a nie poszczególne ceny jednostkowe. Odpowiedzi na powyższy



problem nie można wprost znaleźć w przepisach ustawy Pzp tym niemniej z pomocą przychodzi w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza, która wielokrotnie już rozpatrywała powyższą problematykę. W orzeczeniu z dnia 3 czerwca 2025 r. (sygn. akt KIO 1734/25) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła *„Izba nie zgadza się z interpretacją ww. przepisu zaprezentowaną przez Odwołującego i argumentacją, że nie tylko cena całkowita oferty powinna być nie mniej korzystna w ofercie dodatkowej, ale również poszczególne składowe tej ceny, w tym przypadku ceny jednostkowe z kosztorysu ofertowego. Izba zauważa, że art. 296 ust. 2 ustawy pzp wprost wskazuje, że oferta dodatkowa zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający ustalił w postępowaniu, że negocjacje będą dotyczyły kryterium całkowitej ceny ofertowej a nie cen jednostkowych. Wykonawca był więc uprawniony w ramach ukształtowania nowych propozycji dokonać weryfikacji wyceny zamówienia za poszczególne prace z uwzględnieniem, że globalna cena oferty nie mogła być mniej korzystna od zaoferowanej poprzednio”*. Do podobnych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 18 kwietnia 2025 r. (sygn. akt KIO 1155/25) stwierdzając *„Izba miała jednak na uwadze, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryterium oceny ofert stanowiła cena łączna całej oferty. Wskazać należy, że Zamawiający miał możliwość ustanowienia kryteriów w postaci cen za poszczególne pozycje, jednak z tej możliwości nie skorzystał. Wolą Zamawiającego była ocena ofert na podstawie jednej ceny, tj. ceny łącznej danej oferty. W tych okolicznościach, literalne brzmienie art. 296 ust. 2 ustawy Pzp nie pozwala na badanie ofert pod względem każdej z cen jednostkowych zaoferowanych w kosztorysie, bowiem nie stanowią one kryterium oceny ofert. Badaniu podlega cena łączna, a ta w przypadku Konsorcjum jest korzystniejsza od ceny zaoferowanej w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu”*.

Zgodnie z art. 296 ust. 2 ustawy Pzp oferta dodatkowa, która jest mniej korzystna w którymkolwiek z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, podlega odrzuceniu. Dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający w takim przypadku bierze pod uwagę liczbę punktów w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert, jakie dany wykonawca uzyskał uwzględniając ofertę złożoną w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Odrzucenie oferty dodatkowej nie powoduje odrzucenia oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.



Przesłanki odrzucenia oferty są indywidualnie rozpatrywane zarówno dla oferty dodatkowej, jak i oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Zasadę tą jednak należy czytać przez pryzmat poszczególnych przesłanek odrzucenia. Jeżeli w stosunku do wykonawcy zmaterializuje się przesłanka do odrzucenia opisana w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp tj. wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu to odrzuceniu podlegają obie oferty, ponieważ przesłanka jest niezależna od nich i dotyczy sytuacji podmiotowej samego wykonawcy. Natomiast przesłanka opisana w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stosuje się odrębnie dla każdej z ofert. A zatem może okazać się, że oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie będzie zawierała rażąco niskiej ceny, natomiast oferta dodatkowa już tak. W takim przypadku zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia oferty dodatkowej, a przy wyborze oferty najkorzystniejszej będzie brał pod uwagę ofertę złożoną w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

5. Negocjacje z ogłoszeniem

Negocjacje z ogłoszeniem to tryb zarezerwowany dla zamówień, który wartość jest równa lub przekracza progi unijne. Należy jednak pamiętać, że jego zastosowanie wymaga zaistnienia enumeratywnie wymienionych w art. 153 ustawy Pzp okoliczności. Ich analiza wskazuje, że tryb ten zarezerwowany jest dla zamówień o charakterze innowacyjnym, dla tych co do których dostępne rozwiązania na rynku nie mogą zaspokoić potrzeb zamawiającego, czy też sytuacji, w której zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej lub referencji technicznej.

Tryb ten składa się z kilku zasadniczych etapów. Pierwszy z nich polega na kwalifikacji podmiotowej wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający zobowiązany jest do opublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu, jednocześnie zamieszczając na stronie internetowej prowadzonego postępowania OPIW. Zatem czynności te są bardzo zbliżone do trybu podstawowego z obowiązkowymi negocjacjami, mającego zastosowanie w procedurze krajowej. OPIW służy do ustalenia przez wykonawców charakteru i zakresu zamówienia oraz wymagań formalnych i proceduralnych dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia.



Odmienne od trybu podstawowego z obowiązkowymi negocjacjami, w przypadku negocjacji z ogłoszeniem, w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający zobowiązany jest do wyznaczenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie krótszego niż 30 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej. Co do zasady celem złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest wykazanie przez wykonawców braku podstaw do wykluczenia oraz potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W przypadku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający może postąpić na dwa sposoby. Po pierwsze do dalszego udziału w postępowaniu może dopuścić wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niepodlegające odrzuceniu. Po drugie zamawiający ma prawo do ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dalszego udziału w postępowaniu. W takim przypadku zamawiający zobowiązany jest do ustalenia kryteriów selekcji. Zgodnie ze słownikiem pojęć kryteria selekcji to obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu ograniczenia liczby wykonawców, niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu których zamawiający zaprosi do złożenia ofert wstępnych. Pozwalają one na zbudowanie rankingu wykonawców, którzy w najwyższym stopniu spełniają kryteria selekcji. W ujęciu praktycznym kryteria selekcji najczęściej odnoszą się do warunków udziału w postępowaniu. A zatem w oparciu o kryteria selekcji, zamawiający będzie budował ranking wykonawców którzy w najwyższym stopniu wykazali spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Należy pamiętać, że ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dalszym etapie postępowania jest możliwe, ale jedynie, gdy liczba złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest większa niż 3. Zgodnie bowiem z art. 159 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do składania ofert wstępnych, których wnioski nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3.

Wykonawcy zaproszeni przez zamawiającego do dalszego etapu postępowania mają prawo do złożenia oferty wstępnej. Negocjacje z ogłoszeniem na kolejnych jego etapach mają bardzo zbliżoną charakterystykę do trybu podstawowego z obowiązkowymi negocjacjami. Oferty wstępne pełnią podobną funkcję, jak oferty składane w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu i stanowią bazę do prowadzenia negocjacji. Zasadnicza różnica polega na tym, że zgodnie z art. 163



ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma prawo dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o oferty wstępne, bez przeprowadzania negocjacji. Jednakże w ujęciu praktycznym trudno wyobrazić sobie taką sytuację, albowiem sensem zastosowania tego trybu udzielenie zamówienia są właśnie negocjacje. Efektem negocjacji zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp jest sporządzenie SWZ na podstawie ustaleń w toku negocjacji. Zakończenie negocjacji winno nastąpić w momencie, w którym zamawiający będzie posiadał taką wiedzę, która pozwoli mu na skonstruowanie SWZ. W takim przypadku kończy negocjacje, przygotowuje SWZ i zaprasza do składania ofert ostatecznych wszystkich pozostałych w postępowaniu wykonawców.

Negocjacje z ogłoszeniem są świetnym narzędziem, doskonale sprawdzającym się w przypadku niestandardowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Niestety podobnie, jak w przypadku trybu podstawowego z obowiązkowymi negocjacjami jest on niezwykle rzadko wykorzystywany. W sprawozdaniu prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2024 r. zamawiający zastosowali negocjacje z ogłoszeniem jedynie w 0,13% postępowań prowadzonych w procedurze unijnej. Oczywiście tryb ten jest czasochłonny tym niemniej w ogólnym rozrachunku może przynieść zamawiającemu duże korzyści. Po pierwsze dzięki zastosowaniu tego trybu zamawiający może uzyskać przedmiot zamówienia bardziej dopasowany do jego potrzeb. Po drugie dzięki prawidłowo przeprowadzonym negocjacjom, zamawiający może uzyskać lepsze warunki finansowe, aniżeli w przypadku zastosowania przetargu nieograniczonego. Na etapie negocjacji, które obejmują nie tylko opis przedmiotu zamówienia, ale także warunki realizacji umowy, wiele ryzyk wykonawców może zostać wyeliminowanych lub przynajmniej ograniczonych, dzięki czemu nie będą one uwzględniane w cenie ofertowej.