

## **Procedura odwrócona w praktyce**

W ślad za dyrektywą klasyczną ustawodawca wraz z czerwcową nowelizacją przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: PZP) wprowadził w art. 24 aa nowy sposób prowadzenia postępowania, tzw. procedurę odwróconą. Warto zwrócić uwagę, że nowe przepisy co do zasady i tak zmieniają kolejność czynności podejmowanych przez uczestników postępowania, jednak wskazana w powyższym przepisie procedura stanowi odrębny tryb.

### **Procedura odwrócona nie jest obligująca**

Głównym celem procedury odwróconej jest usprawnienie i skrócenie czasu prowadzenia postępowania i tym powinien kierować się zamawiający, analizując zasadność zastosowania powyższej regulacji w konkretnym postępowaniu. Formalnie, zamawiający może zastosować procedurę odwróconą w przypadku każdego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, jeżeli przewidział to w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Oznacza to, że jeżeli zamawiający nie zamieścił informacji o zamiarze skorzystania z omawianego trybu, to po wszczęciu postępowania nie może już zmienić decyzji. Z kolei w drugą stronę, zamawiający nie jest zobligowany stosować procedury odwróconej, nawet jeżeli zawarł taką informację w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Przykładowo, jeżeli w toku postępowania przetargowego zamawiający uzna, że jest to niecelowe, może odstąpić od stosowania procedury z art. 24 aa i prowadzić dalej postępowanie zgodnie z ogólnymi regułami.

### **Na czym polega procedura odwrócona?**

Procedura odwrócona sprowadza się do tego, że zamawiający najpierw dokonuje czynności oceny wszystkich ofert, które zostały złożone w postępowaniu, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, sprawdza przesłanki podmiotowe. W praktyce sprowadza się to do tego, że zamawiający musi ocenić oferty nawet tych wykonawców, w stosunku do których posiada wiedzę, że nie spełniają oni warunków udziału w postępowaniu, niemniej jednak na tym etapie procedury nie może ich wykluczyć. Zamawiający ogranicza się więc do zbadania ofert pod kątem przesłanek do ich odrzucenia określonych w art. 89 ust.1 PZP oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ.

W fazie początkowej postępowania zamawiający nie wzywa wykonawców do uzupełnienia lub złożenia wstępnych oświadczeń, nawet składanych w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia czy też zobowiązania podmiotu trzeciego. Nie ma więc tutaj zastosowania art. 26 ust. 3 PZP, zobowiązujący zamawiającego do wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, czy też udzielenia wyjaśnień dotyczących wymaganych dokumentów i oświadczeń. Obowiązek ten powstaje dopiero w stosunku do wykonawcy, którego oferta uplasowała się na najwyższej pozycji w rankingu ofert. Należy jednak podkreślić, że nie oznacza to, że wykonawcy nie składają wraz z ofertą wymaganych przepisami dokumentów lub oświadczeń. W postępowaniu prowadzonym w procedurze odwróconej obowiązują takie same zasady jak w trybie zwyczajnym, a jedynie zamieniona jest kolejność oceniania przesłanek podmiotowych, których spełnienie jest weryfikowane wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę.

## **Ocena oferty a wybór oferty najkorzystniejszej**

Prowadząc postępowanie w procedurze odwrotnej nie można zapominać, że pomimo zmienionej kolejności badania ofert, podstawowe zasady prowadzenia postępowania pozostają takie same. Nadal celem postępowania jest podpisanie umowy z wykonawcą, który złożył prawidłową ofertę, a która nie kwalifikuje się do odrzucenia. Formalizm w tym wypadku wynikający z procedury odwrotnej (najpierw ocena merytoryczna, a potem kwalifikacja podmiotowa), sam w sobie nie może decydować o automatycznym wyborze oferty wykonawcy tylko dlatego, że zamawiający przeszedł z etapu oceny merytorycznej oferty na etap kwalifikacji podmiotowej, czy też realizuje oba te etapy równolegle, oceniając generalnie ofertę wykonawcy. Takie stanowisko, z którym należy się w zupełności zgodzić, zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 44/17. W przywołanym wyroku odwołujący kwestionował fakt, odrzucenia swojej oferty po dokonaniu jej oceny przez zamawiającego jako najkorzystniejszej. Jego zdaniem dopiero w przypadku nieuczynienia przez wykonawcę zadość wezwaniu do przedstawienia informacji i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 PZP, zamawiający byłby uprawniony do wykluczenia wykonawcy. Wykonawca założył bowiem, że skoro jego oferta nie podlegała odrzuceniu na etapie oceny, to w wypadku wykonania wezwania, konsekwentnie zamawiający winien prowadzić postępowanie w dalszym ciągu i dokonać ostatecznego wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej i nie podlegającej wykluczeniu.

Przyjęta przez wykonawcę interpretacja zasad procedury odwrotnej była błędna, gdyż należy rozróżnić proces dokonywania faktycznej oceny ofert przez zamawiającego od formalnej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Formalną czynnością w tym wypadku jest wybór najkorzystniejszej oferty, o której zamawiający informuje pozostałych wykonawców, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 PZP. W procedurze odwrotnej, dokonanie oceny danej oferty jako najkorzystniejszej nie oznacza jeszcze, że wykonawca ten uzyska zamówienie. W szczególności niezasadna jest teza, że uznanie oferty za najkorzystniejszą w rankingu ofert i wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, powoduje, że odrzucenie oferty lub wykluczenie z postępowania może nastąpić wyłącznie w wypadku wskazanym w art. 24 aa ust. 2 PZP, tj. w razie uchylenia się od zawarcia umowy, czy braku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

## **Punktacja dla wszystkich złożonych ofert**

Trzeba też zwrócić uwagę na pewną ułomność procedury odwrotnej, a mianowicie fakt, że zamawiający jest zobowiązany ocenić i przyznać punktację wszystkim złożonym ofertom, wśród których mogą być również oferty wykonawców podlegających wykluczeniu. W standardowym trybie nie byłyby one uwzględniane, co może przełożyć się na zupełnie inny wynik obliczeń przyznanych punktów.

## **Przetarg tylko nieograniczony**

Kolejne problemy w stosowaniu procedury odwrotnej mogą się pojawić w przypadku przetargów, w których zamówienie dotyczy skomplikowanych robót budowlanych, dostaw lub usług, a zamawiający przewiduje, że wielu wykonawców weźmie udział w postępowaniu. Zważywszy na to, że procedurę odwrotną można stosować jedynie w przypadku przetargu nieograniczonego, zamawiający nie ma możliwości zmniejszenia liczby wykonawców w trybie prekwalifikacji, a co za

tym idzie – byłby zmuszony zbadać i ocenić wszystkie oferty, na które może składać się znaczna ilość dokumentów (kosztorysów, specyfikacji technicznych czy projektów). Niecelowe jest również stosowanie procedury odwróconej w przypadku, gdy zostanie złożona tylko jedna oferta, szczególnie gdy zamawiający powziął wątpliwość, czy wykonawca spełnia przesłanki udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, należy pozytywnie ocenić możliwość odstąpienia przez zamawiającego od stosowania procedury odwróconej, pomimo jej przewidzenia w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż nierzadko jej stosowanie może paradoksalnie prowadzić do przedłużenia postępowania, zamiast jego przyspieszenia i usprawnienia.

### **Odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej**

Niestety podobny skutek może mieć miejsce w przypadku wnoszenia odwołań przez wykonawców, którzy uplasowali się na dalszych pozycjach w rankingu ofert. Nie można bowiem wykluczyć, że wykonawcy, których oferty zostały ocenione korzystniej, nie spełniają warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, a wtedy wykonawcy dalej sklasyfikowani mogą mieć interes prawny we wnoszeniu odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej. W takim przypadku postępowanie uległoby znacznemu przedłużeniu. Za uznaniem, że wykonawcy, których oferty uplasowały się na dalszych miejscach w rankingu ofert, posiadają interes prawny do wniesienia odwołania, opowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 99/17, 100/17. W ocenie Izby fakt, że wykonawcy nie mieli pełnej wiedzy o klasyfikacji ofert oraz postępowanie było prowadzone w ramach procedury odwróconej, powoduje, że interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody przez podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej należy oceniać szerzej, tj. z uwzględnieniem sposobu procedowania ujętego w art. 24 aa PZP.

W tym miejscu warto również podkreślić, że zamawiający nie powinni zapominać o wskazaniu wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, że w postępowaniu została zastosowana procedura odwrócona, bądź też od niej odstąpiono. Wykonawcy powinni bowiem mieć pełny obraz, w jaki sposób zamawiający wyłonił w postępowaniu ofertę najkorzystniejszą.

### **Podsumowanie**

Wprowadzona czerwcową nowelizacją procedura odwrócona obowiązuje jeszcze zbyt krótko, żeby oceniać czy wpłynęła na uproszczenie postępowań, w których ją stosowano. Mając jednak na uwadze wyżej wskazane okoliczności, trzeba podkreślić, że zamawiający powinni każdorazowo wnikliwie przeanalizować, czy w danym przetargu celowe jest jej stosowanie. Jak wskazują powyższe analizy, procedura odwrócona nie zawsze będzie najskuteczniejszą metodą prowadzenia przetargu, ponieważ w części przypadków mogłaby doprowadzić do przedłużania się procesu.

Autor: Maria Nawrat, radca prawny, Kancelaria Prawna Piszcz i Wspólnicy