

2013

Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych



KAPITAŁ LUDZKI
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI
FUNDUSZ SPOŁECZNY



Efektywne zamówienia publiczne
jako rezultat stosowania
nowego podejścia
do zamówień publicznych

Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych

Publikacja została opracowana w ramach projektu systemowego: „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”, realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Działanie 2.1 „Rozwój kadr nowoczesnej gospodarki”, Poddziałanie 2.1.3. „Wsparcie systemowe na rzecz zwiększania zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw”. Projekt jest współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

Autor:

Dr Paweł Nowicki

Recenzenci:

Dr hab. Andrzej Borowicz, prof. UŁ

Prof. dr hab. Jan Galster, UMK

Wydawca:

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Pańska 81/83

00-834 Warszawa

www.parp.gov.pl

© Copyright by Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2013

Publikacja współfinansowana przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

Publikacja bezpłatna

ISBN: 978-83-7633-260-4

Wydanie I

Nakład: 10 000

Przygotowanie do druku, druk i oprawa:

Agencja Reklamowo-Wydawnicza Arkadiusz Grzegorzcyk

www.grzeg.com.pl

Słowo wstępne

Zamówienia publiczne są znaczącym elementem gospodarki wszystkich krajów UE, w związku z tym poszczególne państwa członkowskie i Komisja Europejska podejmują w ostatnich latach wysiłek, by zrealizować koncepcję nowego podejścia do zamówień publicznych. Mieszczą się w niej działania zmierzające do stworzenia takich uwarunkowań prawnych i instytucjonalnych, które zapewnią jak najbardziej efektywne wykorzystanie środków publicznych a także przyczynią się do wyeliminowania barier w dostępie do rynku zamówień przedsiębiorcom z sektora MSP. Podejmowane są działania, których celem jest stymulowanie rozwoju innowacji, elektronizacja zamówień, zwrócenie większej uwagi na aspekty ekologiczne i społeczne, wskazując na ich ważną rolę w tworzeniu podstaw zrównoważonego rozwoju.

Należy podkreślić, że jest to proces, w Polsce zapoczątkowany w 2008r. przyjęciem dokumentu rządowego *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*, który będzie kontynuowany, również poprzez działania legislacyjne, niwelujące bariery i ograniczenia funkcjonowania tego systemu. Oczekiwanym efektem jest rozwój rynku zamówień publicznych oraz jego większa efektywność i potencjał do skutecznego oddziaływania na realizację wybranych polityk państwa.

Tematyka nowoczesnego systemu zamówień publicznych została podjęta m.in. w ramach projektu systemowego Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości „Nowe podejście do zamówień publicznych - szkolenia i doradztwo”, realizowanego w partnerstwie z Urzędem Zamówień Publicznych. Do wyników projektu nawiązuje niniejsza publikacja. Jednakże jej tematem przewodnim jest efektywność zamówień publicznych, którą można osiągnąć poprzez stosowanie instrumentów nowego podejścia do zamówień publicznych. Zamawiający i wykonawcy, jak wskazuje na to komponent badawczy projektu, w niedostatecznym zakresie korzystają ze wszystkich możliwości, jakie daje w tym obszarze ustawa Prawo zamówień publicznych. Dlatego też, poza dążeniem do stworzenia najlepszych warunków do realizacji zamówień, istotne są działania informacyjne, szkoleniowe i doradcze, których celem jest przybliżenie tych zagadnień i przekonanie do ich zastosowania w praktyce.

Wyrażamy nadzieję, że publikacja, którą Państwu przekazujemy przybliży zagadnienia nowego podejścia do zamówień publicznych oraz pozwoli spojrzeć na system zamówień nie tylko z perspektywy uregulowań prawnych, ale również możliwości ekonomicznych.

Bożena Lublińska-Kasprzak
Prezes
Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości

Izabela Jakubowska
p.o. Prezesa
Urzędu Zamówień Publicznych

Spis treści

Wprowadzenie	7
Rozdział I. Sektor publiczny jako inteligentny klient a efektywne zamówienia publiczne	9
1. Efektywne zamówienia publiczne.....	9
2. Sektor publiczny jako inteligentny klient w systemie zamówień publicznych	14
Rozdział II. Proefektywnościowe instrumenty w zamówieniach publicznych	16
1. Alternatywne metody udzielenia zamówienia publicznego	16
2. Proefektywnościowe instrumenty polskiego Prawa zamówień publicznych.....	19
2.1. Dialog techniczny.....	19
2.2. Wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia	22
2.3. Usługi niepriorytetowe.....	33
2.4. Umowa ramowa.....	34
2.5. Aukcja elektroniczna.....	36
2.6. Dynamiczny system zakupów	38
2.7. Konkurs.....	39
2.8. Opis przedmiotu zamówienia.....	40
2.9. Ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu	42
2.10. Kryteria oceny ofert	44
2.11. Wyjaśnianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.....	50
2.12. Ukształtowanie umowy o zamówienie publiczne	51
Rozdział III. Możliwość wykorzystania potencjału przedsiębiorstw z sektora MSP jako wykonawców zamówień publicznych.....	54
1. Nowe podejście do zamówień publicznych a sektor MSP.....	54
2. Mikro, małe i średnie przedsiębiorstwa w zamówieniach publicznych.....	55
3. Instrumenty prawa zamówień publicznych przyjazne MSP.....	57
3.1. Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia (konsorcjum)	57
3.2. Udostępnianie zasobów podmiotów trzecich.....	59
3.3. Podwykonawstwo.....	61
3.4. Zamówienie udzielane w częściach oraz oferty częściowe	62
3.5. Oferty wariantowe	63
3.6. Dialog techniczny	64
3.7. Zaliczki dla wykonawców	65
Rozdział IV. Nowe podejście do zamówień publicznych w praktyce – wyniki badań, przykłady rozwiązań, niewykorzystane możliwości	66
1. Wyniki badań	67

2. Przykłady rozwiązań praktycznych.....	69
2.1. Zastosowanie wielokryteriowej oceny oferty (kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie).....	69
2.2. Zastosowanie e-zamówień.....	71
3. Niewykorzystane możliwości	75
Zakończenie.....	78
Bibliografia.....	79
Informacja o autorze	87

Wprowadzenie

Nowe podejście do zamówień publicznych oznacza nowoczesny system zamówień efektywnie wykorzystujący środki publiczne, który jest bardziej przyjazny dla sektora małych i średnich przedsiębiorstw, kreuje popyt na innowacyjne usługi i produkty, wykorzystuje na szerszą skalę elektroniczne zamówienia publiczne a w konsekwencji przekłada się na rozwój konkurencyjnej gospodarki w ujęciu globalnym¹.

Nowe podejście do zamówień publicznych nie oznacza jakiegś rewolucji legislacyjnej, lecz stawia na umiejętność i inteligentne korzystanie z istniejących instrumentów zawartych przede wszystkim w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, właściwą diagnozę sytuacji na rynku, niwelowanie występujących barier, promocję nowych rozwiązań oraz szkolenia i doradztwo kierowane do uczestników rynku zamówień publicznych. Jeśli z takich działań wynikają jakieś postulaty *de lege lata* oraz *de lege ferenda*, tym lepiej dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych.

Nowe podejście odbywa się więc w granicach obowiązującego prawa. Nie wymusza na zamawiających preferowania małych i średnich przedsiębiorstw, jako wykonawców zamówień publicznych, kosztem przedsiębiorstw dużych, czy też udzielania zamówień tylko i wyłącznie z zastosowaniem instrumentów elektronicznych a wskazuje jedynie zamawiającym pewne rozwiązania tkwiące w prawie zamówień publicznych, o których część z nich nie pamięta, bądź też nawet nie wie. Nie jest to celowe działanie zamawiających, lecz po prostu efekt pewnej rutyny udzielania zamówień publicznych, przyzwyczajenia do rozwiązań prostych i znanych, dających się w łatwy sposób „obronić” w trakcie ewentualnej kontroli. Ostrożność zamawiających, połączona z pewną niechęcią do nowych rozwiązań, a także brakiem postrzegania systemu zamówień publicznych w szerszej perspektywie, uwzględniającej również interesy ekonomiczne wykonawców, prowadzi do utrzymania *status quo*, niestety bez wielkich innowacji i lepszych rozwiązań. W nowym podejściu do zamówień publicznych nie chodzi bowiem o udzielenie zamówienia samego w sobie, lecz o wygenerowanie przy okazji udzielanego zamówienia jak największej wartości dodanej. Zamówienia publiczne nie są bowiem „złem koniecznym”, lecz mogą być instrumentem pozytywnie wpływającym na rozwój gospodarki, sytuację społeczną, czy pozycję rynkową przedsiębiorców.

Realizacja efektywnych zamówień publicznych nie stanowi tak naprawdę wielkiego i uciążliwego wyzwania dla zamawiających. Badania prowadzone przez OECD wykazały, że wystarczy zapewnić odpowiednią transparentność i konkurencyjność systemu zamówień publicznych, żeby w krótkim czasie cieszyć się oszczędnościami uzyskiwanymi w ramach udzielanych zamówień². Wszystkie omawiane w niniejszej publikacji rozwiązania są w zasięgu każdego zamawiającego i wykonawcy, wystarczy jedynie wykazać się minimalną chęcią i nieszablonowym myśleniem, które cechuje nowe podejście do zamówień publicznych. Efekty stosowania instrumentów nowego podejścia mogą zaskoczyć zarówno zamawiających, jak i wykonawców, przekładając się na większą efektywność całego systemu zamówień publicznych, stanowiąc impuls do jego dynamicznego rozwoju, czego beneficjentami będą gospodarki poszczególnych krajów, jak i ich społeczeństwa.

¹ Zob.: B. Lublińska-Kasprzak, [w:] A. Kowalewska, J. Szut, *Nowe podejście do zamówień publicznych. Raport z badań 2012*, Warszawa 2012, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 5.

² Szerzej: OECD, *Transparency in Government Procurement: The Benefits of Efficient Governance* (TD/TC/WP/(2002)31/Rev2/14 April 2003).

Na koniec jedna uwaga metodologiczna. W ocenie autora dla obiektywnej analizy prawa zamówień publicznych z punktu widzenia efektywności, konieczne jest uwzględnienie odpowiedniej metody badawczej. Prawo nie wypracowało jednak takich metod badawczych, które pozwalałyby ocenić efektywność stosowania pewnych przepisów, w szczególności w takich dziedzinach, które mają ogromny wpływ na gospodarkę, *vide* zamówienia publiczne. Najbardziej adekwatną metodą byłoby zastosowanie tzw. ekonomicznej analizy prawa (ang. *Law and Economics*), stąd też odniesienia w niniejszej publikacji do pewnych koncepcji z tego zakresu. W przypadku zamówień publicznych należy jednak pamiętać, iż ekonomiczna analiza prawa w swojej klasycznej postaci nie uwzględnia czynników behawioralnych, związanych z pozaekonomicznymi motywami działań instytucji zamawiających. Stąd też najwłaściwszą metodą badania efektywnych zamówień publicznych byłoby tzw. *Behavioral Law and Economics*³, aczkolwiek pogląd ten może być dyskusyjny. Niemniej jednak, z uwagi na pożądaną praktyczny wymiar niniejszej publikacji autor nie będzie absorbował Czytelnika dywagacjami akademickimi, sygnalizując jedynie wieloaspektowość omawianej problematyki oraz zasadność poddania jej naukowej analizie przy zastosowaniu zaawansowanego instrumentu badawczego.

³ Szerzej na ten temat: J. J. Rachlinski, *The Psychological Foundations of Behavioral Law and Economics*, University of Illinois Law Review 2011, No. 5, s. 1675-1696.

Rozdział I. Sektor publiczny jako inteligentny klient a efektywne zamówienia publiczne

1. Efektywne zamówienia publiczne

Rozpoczynając rozważania na temat efektywnych zamówień publicznych, należy uświadomić sobie i przyjąć za punkt wyjścia do dalszej analizy zasadniczą kwestię: **zamówienia publiczne nie są tylko i wyłącznie instrumentem prawnym, lecz są również instrumentem ekonomicznym, kształtującym pozycje zamawiającego i wykonawcy zarówno pod względem prawnym, jak i gospodarczym.**

Decyzje zamawiającego i wykonawcy, podejmowane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, są regulowane przez prawo, lecz wywierają nie tylko skutki prawne, ale także ekonomiczne. Cała inijna koordynacja procedur udzielania zamówień publicznych miała *inter alia* na celu zminimalizowanie ryzyka, że instytucje zamawiające udzielając zamówień publicznych, będą się kierowały przesłankami innymi niż ekonomiczne⁴. Potwierdza to tezę, iż u podstaw każdego udzielenia zamówienia publicznego powinny leżeć czysto ekonomiczne motywy każdego zamawiającego. To sytuacja ekonomiczna zamawiającego, ilość jego zasobów oraz umiejętnie zdefiniowane potrzeby determinują decyzję o realizacji zamówienia, polegającego na wykonaniu robót budowlanych, pozyskaniu w drodze dostaw potrzebnych towarów, czy też odbioru konkretnych usług. Natomiast prawo zamówień publicznych jest jednym z instrumentów (obok koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwa publiczno-prywatnego) pozwalających na realizację owej decyzji.

T. Kocowski słusznie stwierdza, że wydatkowanie środków publicznych przeznaczonych na realizację zadań publicznych powinno odbywać się w sposób niewątpliwie efektywny, wskazując, że w zamówieniach publicznych chodzi o to aby posiadane środki zapewniły maksymalną i optymalną realizację zadań publicznych, poprzez zapewnienie największej ilości pożądaných w jego realizacji dóbr lub pozwoliły na zapewnienie najszerszego zakresu niezbędnych usług⁵. Stanowisko to koreluje z odpowiednią interpretacją słowa „efektywny”, które wg Słownika Języka Polskiego oznacza „dający dobre wyniki, wydajny”⁶.

Jeśli mówimy o efektywnych zamówieniach publicznych, to powinniśmy mieć na myśli efektywność w rozumieniu ekonomicznym. Efektywność nie jest bowiem pojęciem z zakresu prawa. Analizując owe pojęcie w kontekście prawnym moglibyśmy co najwyżej dojść do konkluzji, że efektywne zamówienie publiczne to takie zamówienie, które zostało udzielone zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Efektywność w tym znaczeniu wiązałaby się z legalnością prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia i mogłaby znajdować swoje potwierdzenie m.in. w wynikach kontroli poszczególnych instytucji kontrolujących zamówienia publiczne. Nie o taką efektywność jednak chodzi. **Właściwie prowadzone zamówienia publiczne to zamówienia efektywne ekonomicznie, zapewniające w toku sprawnej, szybkiej**

⁴ Tak: wyrok Trybunału z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/09 *The Queen przeciwko H.M. Treasury, ex parte University of Cambridge*, pkt 17.

⁵ T. Kocowski, *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych, a efektywność wykorzystania środków publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, pod redakcją E. Adamowicz, J. Sadowego, wyd. 2. Rozszerzone, Gdańsk – Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych, s. 23-24.

⁶ Słownik Języka Polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN, <http://sjp.pwn.pl>

i otwartej na innowacje procedury najlepszy stosunek nakładów do efektów uzyskanych zamówień.

Bank Światowy, przykładowo, wśród podstawowych zasad sprawnych zamówień publicznych, rozróżnia zasadę ekonomii oraz zasadę skuteczności (efektywności). O ekonomii zamówień publicznych mówimy dlatego, że zamówienia publiczne są procesem, którego głównym celem jest zapewnienie zamawiającemu udzielenia zamówienia zgodnie z zasadą *best value for money*⁷. Z kolei przez skuteczne zamówienia publiczne Bank Światowy rozumie zamówienie publiczne, które jest udzielane szybko, bez zbędnych problemów i opóźnień. Efektywność w tym znaczeniu uwzględnia również kwestie praktyczne, dotyczące zasobów administracyjnych oraz fachowych umiejętności personelu zamawiającego, odpowiadającego za zamówienia publiczne. W doktrynie prawa zamówień publicznych możemy również znaleźć inne podejście, które zawiera opisywaną wyżej ekonomię zamówień publicznych oraz ich skuteczność (efektywność) w zasadzie tzw. efektywności kosztowej (ang. *cost-effectiveness*)⁸. Zwiększenie efektywności kosztowej oznacza, że w ramach posiadanych zasobów zamawiający może uzyskać więcej dóbr, bądź też, że ta sama ilość dóbr kosztuje mniej⁹. W tym sensie efektywność kosztowa jest *de facto* synonimem efektywności ekonomicznej.

W niniejszej publikacji pod pojęciem **efektywnych zamówień publicznych** będziemy rozumieć zarówno zamówienia efektywne ekonomicznie, realizujące zasadę *best value for money*, czyli zamówienia dające zamawiającemu bezpośrednie oszczędności, gwarantujące najlepszą jakość uzyskanych usług, dostaw i robót budowlanych w ramach rozdysponowanych zasobów (środków finansowych), jak również zamówienia prowadzone sprawnie, z odpowiednią znajomością przepisów prawa, w sposób legalny, nie obciążający nadmiernie personelu zamawiającego i nie generujący zbyt dużych kosztów administracyjnych.

Inteligentne korzystanie z instrumentów zawartych w prawie zamówień publicznych może bowiem oznaczać również efektywność budżetową dla zamawiającego, ponieważ sprawnie prowadzona procedura *de facto* zmniejsza koszty postępowania o udzielenie zamówienia generowane tradycyjnie po stronie zamawiającego, związane z zaangażowaniem personelu zamawiającego w przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, z ewentualnymi kosztami postępowania odwoławczych, etc. Efektywne zamówienia publiczne zmniejszają również koszty po stronie wykonawców, czy to poprzez stosowanie instrumentów elektronicznych, czy też poprzez udzielanie zamówień w odpowiednim trybie.

Czy zamówienia publiczne mają jednak tylko wymiar prawny i ekonomiczny? Wydaje się, że to nie wszystko. Obok wymiaru prawnego oraz ekonomicznego zamówień publicznych istnieje bowiem również wymiar społeczny. Nie sprowadza się on jedynie do możliwości zawierania tzw. klauzul społecznych w dokumentacji przetargowej, ale przede wszystkim dotyczy skutków, jakie w sferze społecznej wywołuje efekt realizacji zamówienia. Po pierwsze, w ramach zamówień publicznych prowadzone są inwestycje o dużym znaczeniu dla społeczeństwa: drogi, mosty, szpitale, szkoły, etc. Za pomocą zamówień publicznych tworzy się infrastruktura potrzebna dla rozwoju biznesu. Po drugie, poprzez zamówienia publiczne wydatkowane są środki publiczne. Tym samym efektywnie realizowane przetargi mają bezpośrednie przełożenie na wiarygodność organów władzy publicznej w oczach społeczeństwa, na poziom zaufania, którym obywatele obdarzają decydentów¹⁰. Tego aspektu efektywnych zamówień publicznych nie można nie zauważać i nie powinno się go lekceważyć. Nawet osoby nie będące aktywnymi uczestnikami rynku zamówień publicz-

⁷ The World Bank: *Bank-Financed Procurement Manual. Procurement Policy and Services Group Operations Policy and Country Services VPU*, 2003, s. x.

⁸ J. C. Pauw, J. S. Wolvaardt, *Multi-criteria decision analysis in public procurement – a plan from the South*, Politeia 2009, Vol. 28, No. 1, s. 76.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Zob.: R. D. Anderson, W. E. Kovacic, *Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets*, Public Procurement Law Review 2009, issue 2, s. 67-68.

nych, tylko biernie przyglądające się realizacji różnych inwestycji ze środków publicznych wiedzą, jak dużo emocji wywołują kluczowe przetargi w naszym kraju, żeby wspomnieć jedynie przetargi na budowę autostrad. Wiemy o tym, ponieważ są to największe zamówienia w kraju, a przecież jest również wiele ważnych zamówień publicznych o znaczeniu lokalnym, które szczególnie interesują lokalne społeczności. Dlatego też efektywne zamówienia publiczne, prowadzone w sposób transparentny i zgodny z przepisami prawa, stanowią istotny element budowania zaufania w relacjach obywatele – organy władzy. Natomiast zaufanie publiczne, jak słusznie wskazuje F. Fukuyama, jest koniecznym warunkiem rozwoju gospodarczego¹¹.

Z drugiej strony, obywatele mogą sami tworzyć instrument wymuszający większą efektywność systemu zamówień publicznych. Im większa świadomość prawna społeczeństwa, im większy stopień znajomości prawa zamówień publicznych, tym większe prawdopodobieństwo wykrycia pewnych nieprawidłowości przy wydatkowaniu środków publicznych w drodze zamówień. Lepsza znajomość zasad funkcjonowania systemu zamówień publicznych wywoływać może także lepsze zrozumienie dla decyzji zamawiających, wszak realizacja zamówień publicznych, w szczególności dotyczących inwestycji infrastrukturalnych jest zawsze obciążona pewnym ryzykiem akceptacji społecznej. **Lepsze zrozumienie decyzji podejmowanych przez zamawiających wydatkujących środki publiczne buduje z kolei wspomniane już relacje ze społeczeństwem oparte na zaufaniu publicznym.** Minimalizuje się więc ryzyko wystąpienia sytuacji, w której zamawiający ma obawy np. przed zastosowaniem trybu udzielenia zamówienia opartego na negocjacjach z wykonawcami, ponieważ obserwujące go społeczeństwo, oraz media, zaczną insynuować kumoterstwo z wykonawcami. Praktyka zamówień publicznych pokazuje przecież, jak wiele decyzji podejmowanych przez zamawiających musi zapadać w sytuacji maksymalnej presji otoczenia. Natomiast inteligentny zamawiający chcący stosować efektywne zamówienia publiczne nie może bać się podejmowania kluczowych decyzji z powodu niezrozumienia społecznego.

Oczywiście, **w systemie zamówień publicznych występują również pewne czynniki, które osłabiają efektywność zamówień publicznych**, bądź też nawet działają kontrefektywnie w stosunku do celów, które system zamówień publicznych powinien realizować. Wśród tej grupy należy zdecydowanie wymienić brak profesjonalizmu po stronie zamawiających oraz wykonawców, „złe prawo” oraz irracjonalny system kontroli zamówień publicznych. Do tego należy dodać jeszcze otoczenie polityczne, w którym są udzielane zamówienia – aczkolwiek jest to czynnik pozostający poza systemem zamówień publicznych jako takim. O ile kwestia profesjonalizacji uczestników rynku zamówień publicznych zależy tylko i wyłącznie od nich samych, o tyle problem jakości przepisów prawa oraz jakości realizowanej kontroli zamówień publicznych pozostają poza wpływem zamawiających i wykonawców, podlegając jedynie woli ustawodawcy, tudzież podejścia organów kontroli. O profesjonalizacji zamówień publicznych będzie mowa w dalszej części niniejszego rozdziału, stąd w tym miejscu warto zastanowić się nad pozostałymi elementami wpływającymi negatywnie na efektywność zamówień publicznych.

Jeśli chodzi o problem „złego prawa”, autor stoi na stanowisku, że obecnie obowiązujący system zamówień publicznych być może nie jest doskonały (idea doskonałego prawa jest bowiem nierealna), ale z pewnością zawiera instrumenty pozwalające na efektywne i sprawne udzielanie zamówień publicznych¹². Istotne jest to, aby przepisy prawa były spójne, jasne i klarowne, nie stwarzające dużych wątpliwości interpretacyjnych, będące *user friendly*, tworzące stabilny system prawny. Oczywiście kształt tego systemu jest w dużym stopniu narzucony z góry, co jest związane z hierarchią źródeł prawa zamówień publicznych.

¹¹ Szerzej: F. Fukuyama, *Zaufanie. Kapitał społeczny a droga do dobrobytu*, Warszawa-Wrocław 1997, PWN.

¹² Warto jednak odnotować fakt, że w doktrynie pojawiają się głosy krytyczne, a nawet całkowicie negujące prawo zamówień publicznych, postrzegające prawo zamówień publicznych jako narzędzie interwencjonizmu gospodarczego, ograniczające rozwój gospodarczy. Szerzej w tym temacie: M. Wieloński, *Europejskie prawo zamówień publicznych jako narzędzie polityki społeczno-gospodarczej Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, Wydawnictwo Poltext.

System zamówień publicznych w Unii Europejskiej zbudowany jest hierarchicznie, obejmując trzy płaszczyzny:

- 1) prawa pierwotnego Unii Europejskiej, gdzie obecnie w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej znajdziemy zasady, które należy odnieść do zamówień publicznych,
- 2) prawa wtórnego Unii Europejskiej, a więc dyrektyw zamówieniowych, tj. dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (tzw. dyrektywa klasyczna), dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (tzw. dyrektywa sektorowa) oraz dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (tzw. dyrektywa obronna) oraz tzw. dyrektyw odwoławczych,
- 3) prawa krajowego państw członkowskich:
 - implementującego ww. dyrektywy,
 - zgodnego z Porozumieniem w sprawie Zakupów Rządowych, czyli tzw. GPA (ang. *Government Procurement Agreement*), umowy wielostronnej zawartej w ramach Światowej Organizacji Handlu¹³.

W związku z powyższym polskie prawo zamówień publicznych w znakomitej części jest efektem implementacji dyrektyw zamówieniowych.

Natomiast jeśli odnieść się do obowiązującego systemu kontroli zamówień publicznych, to zdecydowanie należy wskazać, że działa on kontrefektywnie w stosunku do celów, które system zamówień publicznych powinien realizować. Problem sprowadza się do tego, że instytucje kontrolujące zamówienia publiczne (w szczególności te, które zawierają dofinansowanie pochodzące ze środków Unii Europejskiej) jest bardzo dużo.

W przypadku mnogości instytucji kontrolujących trudno utrzymać jednolitą linię stwierdzania naruszeń prawa zamówień publicznych. Praktyka zna przypadki, w których jedna instytucja kontrolująca stwierdza, że zamawiający działał zgodnie z prawem zamówień publicznych, natomiast druga stwierdza, że tak wcale nie było. Takiej kontroli nie można uznać za racjonalną, ponieważ wprowadza stan niepewności u zamawiającego¹⁴. Dlatego też podnoszony jest postulat ujednoczenia systemu kontroli zamówień publicznych, czy wręcz przyznania uprawnień do kontroli zamówień publicznych wyłącznie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych¹⁵. W innym przypadku coraz częściej będziemy stykać się z negatywnym zjawiskiem, które P. Szustakiewicz nazywa asekuracyjnością podmiotów kontrolowanych, polegającą na podejmowaniu takich działań, które nie narażą ich na zarzuty organów kontrolujących: „dochodzi do swego rodzaju strajku włoskiego w administracji, bowiem ta podejmuje tak działania, aby trzymać się ściśle procedur. Postępowania

¹³ GPA powinno być uwzględnione jako źródło kształtujące porządek prawny prawa zamówień publicznych w Unii Europejskiej, ponieważ wszystkie państwa członkowskie UE są stronami GPA. Zob.: G. Moens, J. Trone, *Commercial Law of the European Union*, lus Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 4, Springer Science+Business Media B.V. 2010, s. 247.

¹⁴ Szerzej: A. Panasiuk, *Czy kontrola może szkodzić?*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, pod redakcją T. Kocowskiego i J. Sadowego, Wrocław-Warszawa 2013, Urząd Zamówień Publicznych, s. 61-62. Autor wskazuje również, że racjonalna kontrola nie może budować określonych stereotypów działania podmiotów kontrolowanych, lecz pomagać rozwiązywać pojawiające się problemy. Z takim stanowiskiem należy się niewątpliwie zgodzić, ponieważ utrwalanie stereotypów, jakkolwiek byłyby one dobre i zgodne z prawem, stanowi barierę w rozwoju systemu zamówień publicznych. Trzymanie się stereotypów i utartych wzorców w zamówieniach publicznych jest w istocie zaprzeczeniem idei nowego podejścia do zamówień publicznych.

¹⁵ Szerzej na ten temat: P. Nowicki, *Kontrola zamówień publicznych udzielanych w ramach projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, op.cit., s. 398-399.

są prowadzone powoli i bezrefleksyjnie. Nie podejmuje się żadnych działań nowatorskich, które mogłyby usprawnić funkcjonowanie podmiotu. Dochodzi do sytuacji, w których przestrzeganie procedur staje się celem samym w sobie (...)”¹⁶. Zatem, działania organów kontrolujących zamówienia publiczne mogą osłabiać efektywność tych zamówień. Zamawiający będą się więc trzymać wzorców znanych i prostych, nie ryzykując stosowania nowych instrumentów, dozwolonych przepisami prawa zamówień publicznych, obawiając się negatywnego wyniku kontroli. Trend ten jest szczególnie widoczny, kiedy proponuje się zamawiającym używanie trybów negocjacyjnych bądź dodatkowych, obok ceny, kryteriów oceny ofert. W praktyce zamawiający często nie chcą stosować trybów negocjacyjnych, bojąc się zarzutów „dogadywania się” z określonymi wykonawcami. Stosując dodatkowe, poza ceną, kryteria oceny ofert narażają się na zarzut niegospodarności w wydatkowaniu środków publicznych. Tymczasem, jak zostanie wykazane w niniejszej publikacji, **wszystko co jest dozwolone w ustawie prawo zamówień publicznych powinno podlegać racjonalnemu stosowaniu w celu osiągnięcia jak największej efektywności zamówień publicznych oraz zapewnieniu *best value for money*.**

Brak jest również jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, co uderza w zasadę pewności prawa. Niska jakość niektórych elementów systemu kontroli zamówień publicznych świadczy o braku profesjonalizacji także po stronie niektórych organów kontroli. Stąd też podnoszone są postulaty głębokiej reformy Krajowej Izby Odwoławczej. H. Nowicki wskazuje przykładowo na konieczność zmiany przepisów dotyczących wysokości wpisu od skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, wnoszonych do sądów okręgowych, zaznaczając przy tym, że jest to rozwiązanie połowiczne¹⁷.

Pozostaje jeszcze kwestia środowiska politycznego, w którym udzielane są zamówienia publiczne. W państwach demokratycznych występuje wiele grup interesów, lobbystów, polityków, etc. zainteresowanych kształtem systemu zamówień publicznych, a często wręcz wynikami konkretnych przetargów. W takiej rzeczywistości zamawiający znajdują się w bardzo trudnej sytuacji, z jednej strony będąc pod wpływem różnego rodzaju nacisków, w szczególności tych natury politycznej, a z drugiej strony chcąc podejmować decyzje podyktowane interesem ekonomicznym¹⁸. Widoczne jest to przede wszystkim przy dużych zamówieniach, opiekujących na setki milionów (złotych czy euro – nie ma to żadnego znaczenia, problem bowiem występuje powszechnie). Same naciski stawiają oczywiście zamawiającego w mało komfortowym położeniu, jednakże nie muszą oznaczać jeszcze złamania prawa. Co innego proponowanie czy też przyjmowanie korzyści majątkowych w celu osiągnięcia pożądanego wyniku w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazuje się, że system zamówień publicznych praktycznie w każdym państwie jest bardzo podatny na korupcję¹⁹, którą jednoznacznie należy zakwalifikować jako element kontrefektywny w zamówieniach publicznych.

¹⁶ Zob.: P. Szustakiewicz, *Czy istnieje system kontroli zamówień publicznych?*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, op.cit., s. 42.

¹⁷ Szerzej: H. Nowicki, *Sądowa kontrola części systemu prawnej kontroli zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, op.cit., s. 100-101.

¹⁸ Podobnie: K. V. Thai, *International Public Procurement: Concepts and Practices*, [w:] K. V. Thai (red.), *International Handbook of Public Procurement*, Taylor & Francis Group, LLC 2009, s. 7.

¹⁹ Szerzej: T. M. Arnáiz, *EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts*, [w:] K. V. Thai (red.), *International Handbook...*, op.cit., s. 105-130.

2. Sektor publiczny jako inteligentny klient w systemie zamówień publicznych

Inteligentny klient w systemie zamówień publicznych to klient, który, w celu zagwarantowania efektywności udzielanych zamówień publicznych, potrafi umiejętnie korzystać ze wszystkich instrumentów przewidzianych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych²⁰. Takie podejście wymaga jednak dużej wiedzy od samego zamawiającego, zarówno tej teoretycznej, jak i praktycznej w zakresie zamówień publicznych. Żeby efektywnie wykorzystywać instrumenty występujące w systemie zamówień publicznych, trzeba je po prostu znać i wiedzieć jak je zastosować. Zamawiający musi więc mieć świadomość własnych kompetencji ale i ograniczeń w tym zakresie.

Inteligentny zamawiający ma również świadomość dostępnych zasobów oraz własnych oczekiwań w stosunku do efektów końcowych udzielanych zamówień i przede wszystkim potrafi dostosować swoje oczekiwania do zasobów będących w jego zasięgu.

W idealnym świecie, posługując się ekonomiczną teorią racjonalnego wyboru²¹, zaimplementowaną na potrzeby ekonomicznej analizy prawa zamówień publicznych, można by założyć, iż **każdy zamawiający poprzedza swoje decyzje dotyczące udzielenia zamówienia publicznego, czy nawet wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, gruntowną analizą kosztów i korzyści, które są związane z prowadzonym postępowaniem, celem maksymalizacji wymiernych korzyści i pożytków płynących z udzielanego zamówienia**. Taki idealny świat odzwierciedla stan perfekcyjnej konkurencji, w którym na rynku jest wielu wykonawców i zamawiających, którzy mają pełną wiedzę na temat rynku, oferowane produkty są homogeniczne, a zamawiający zawsze działają racjonalnie²². W rzeczywistym świecie tak jednak nie jest, zbyt wiele znamy przykładów, gdzie zamawiający nie działają racjonalnie, opierając swoje decyzje, często nieprzemysłane, na bliżej nieokreślonym schemacie, uwzględniającym przyzwyczajenia zamawiającego, trendy na rynku, naciski, etc. Innymi słowy mówiąc, decyzje zamawiających bardzo często wyłamują się ze schematów teorii racjonalnego wyboru²³.

Inteligentny zamawiający cechuje się także tzw. odpowiednią inteligencją rynkową. Oznacza to, że poświęca swój czas na przygotowanie się do postępowania o udzielenie zamówienia, stara się poznać rynek właściwy przedmiotowi zamówienia, sprawdzić jakie technologie czy też produkty stanowią innowacje, które mógłby z powodzeniem wykorzystać, a także orientuje się ilu wykonawców ma potencjał do realizacji takiego zamówienia publicznego²⁴, co ma istotne znaczenie nie tylko dla samego wykonania przedmiotu zamówienia, lecz również dla wyboru odpowiedniego trybu udzielenia zamówienia.

Inteligentny klient w systemie zamówień publicznych to podmiot, który postrzega zamówienia publiczne nie tylko w aspekcie prawnym, lecz również ekonomicznym oraz społecznym. Potrafi prawidłowo zdefiniować cel udzielanego zamówienia, oszacować swoje zasoby z tego punktu widzenia, określić preferencje oraz użyć dostępnych rozwiązań prawnych do realizacji swojego założenia, jednocześnie zapewniając jak najlepszy stosunek uzyskanego efekty do wydatkowanych nakładów. Innymi słowy jest to klient, który

²⁰ Tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r. poz. 907, ze zmianami.

²¹ Ang. *rational choice theory*. Szerzej: R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, wyd. 2, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 25-34; A. Arcuri, *Eclecticism in Law and Economics*, *Erasmus Law Review* 2008, vol. 1, issue 3, s. 67 i nast. (orz cytowana tam literatura).

²² Szerzej: K. V. Thai, *International Public Procurement: Concepts and Practices*, [w:] K. V. Thai (red.), *International Handbook...*, op.cit., s. 5-6.

²³ Szerzej: R. B. Korobkin, T. S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, *California Law Review* 2000, vol. 88, issue 4, s. 1055-1056.

²⁴ Zob.: Komisja Europejska, *Evaluation of SMEs' Access to Public Procurement Markets in the EU*, raport z 2010 r. przygotowany przez GHK, s. 94.

rozumie, że u podstaw każdego zamówienia publicznego leży **zasada best value for money**, tak bardzo pomijana w polskim piśmiennictwie oraz praktyce instytucji zamawiających.

Inteligentny klient w systemie zamówień publicznych potrafi odnosić się krytycznie do obowiązujących regulacji prawnych, lecz nie obwinia za wszystkie swoje przetargowe niepowodzenia ustawy Pzp, czy też Urzędu Zamówień Publicznych jako instytucji. Traktuje bowiem prawo zamówień publicznych jako narzędzie efektywnej realizacji swoich celów, nie postrzegając go jedynie z punktu widzenia puryzmu prawniczego, czy jakiegokolwiek innego.

Warto również podkreślić, iż cechą inteligentnego klienta w systemie zamówień publicznych jest jego **profesjonalizm**. Trudno jest wymagać od kogoś sprawnego wykorzystywania wszystkich możliwości wynikających z prawa zamówień publicznych, jeśli ten ktoś nie ma odpowiedniego przygotowania do efektywnej realizacji postępowań o udzielenie zamówienia, zarówno w sferze teorii, jak i bardzo pożądanego doświadczenia praktycznego. Materia dotycząca zamówień publicznych nie jest łatwa do przyswojenia. Stąd też do obsługi zamówień publicznych potrzeba fachowców, którzy w szczególności powinni reprezentować zamawiających, ponieważ to oni dysponują środkami publicznymi. **Dbłość o prawidłowe i racjonalne wydatkowanie tych środków ma bardzo istotne znaczenie**. Tymczasem często obserwujemy sytuacje, w których sektor publiczny oszczędza na profesjonalnej obsłudze i przegrywa z wielkimi kancelariami prawnymi lub grupami doradczymi reprezentującymi wykonawców. Wynika to niewątpliwie z oszczędności, jednakże oddziałuje negatywnie na efektywność udzielanych zamówień.

W celu maksymalizacji efektywności zamówień publicznych, **każdy inteligentny zamawiający powinien postępować według pewnego planu działania**, który powinien obejmować następujące czynności i decyzje:

- 1) ustalić czy jest to zamówienie publiczne, koncesja na roboty budowlane lub usługi, bądź też partnerstwo publiczno-prywatne,
- 2) w przypadku zamówienia publicznego – ustalić rodzaj zamówienia,
- 3) przeprowadzić dialog techniczny – jeśli jest to konieczne,
- 4) przystąpić do opisu przedmiotu zamówienia – obiektywny brak możliwości dokonania precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia będzie miał wpływ na wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia,
- 5) oszacować wartość zamówienia,
- 6) wybrać tryb postępowania o udzielenie zamówienia,
- 7) sporządzić Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (w przypadku wyboru trybu, gdzie sporządzenie SIWZ jest obligatoryjne), przy czym na tym etapie zamawiający winien zwrócić szczególną uwagę na ustalenie warunków udziału w postępowaniu oraz dobór kryteriów oceny ofert,
- 8) opublikować ogłoszenie o zamówieniu, zaprosić do negocjacji bądź zaprosić do składania ofert.

Zaproponowany plan działań, pomimo jego ramowego charakteru, daje zamawiającemu szansę na logicznie zaplanowane i przemyślane podejmowanie decyzji, ukierunkowanych na zwiększenie efektywności udzielanego zamówienia publicznego. Wszystkie instrumenty omówione w niniejszej publikacji znajdują się w zasięgu zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Możemy więc zatem jedynie oczekiwać, iż wszystkie podmioty działające na rynku zamówień publicznych będą chciały, w ramach swoich możliwości i kompetencji, z tych instrumentów korzystać. Efektywność całego systemu zamówień publicznych nie zależy bowiem tylko i wyłącznie od zamawiających, czy też tylko i wyłącznie od wykonawców. **W realizacji postulatów zwiększenia efektywności systemu zamówień publicznych muszą współpracować zarówno zamawiający, jak i wykonawcy oraz organy władzy – ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej, a także instytucje kontrolne.**

Rozdział II. Proefektywnościowe instrumenty w zamówieniach publicznych

1. Alternatywne metody udzielenia zamówienia publicznego

Pierwszą decyzją na drodze do efektywnych zamówień publicznych jest wybór odpowiedniej ścieżki prawnej, czy też formy w jakiej zamawiający chce wydatkować środki. Zamawiający musi więc wiedzieć, jakie możliwości oferuje mu szeroko pojmowany system zamówień publicznych. Oczywiście, w niniejszej publikacji zakładamy, że zamawiający wybiera tradycyjne zamówienia publiczne, jako optymalny sposób kontraktowania usług, dostaw lub robót budowlanych. Nie można jednak dopuścić, żeby przyzwyczajenie do reżimu ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też niewiedza, a nawet pewne obawy spowodowane brakiem znajomości innych instrumentów systemu zamówień publicznych, wzięły górę nad rozważnymi i inteligentnymi decyzjami zamawiającego, które mogą zaważyć na efektywności całej inwestycji przez niego realizowanej.

Jak zatem zamawiający może realizować swoje działania? System zamówień publicznych, rozumiany jako kontraktowanie środków publicznych, daje mu do dyspozycji:

- 1) **zamówienia publiczne,**
- 2) **koncesje na roboty budowlane lub usługi,**
- 3) **partnerstwo publiczno-prywatne.**

Każdy z tych instrumentów charakteryzuje się inną specyfiką oraz wywołuje określone skutki natury zarówno prawnej, jak i ekonomicznej, wynikające z istoty zastosowanego rozwiązania.

Koncesje na roboty budowlane lub usługi stanowią rodzaj zamówienia publicznego. Zasady i tryb zawierania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz środki ochrony prawnej w tym zakresie reguluje w Polsce ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi²⁵. Ustawa nie zawiera definicji koncesji, wskazując jedynie, że na podstawie umowy koncesji, zawieranej przez koncesjonariusza z koncesjodawcą, koncesjonariusz zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które w przypadku koncesji na roboty budowlane stanowi wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy, a w przypadku koncesji na usługi stanowi wyłącznie prawo do wykonywania usługi, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy (art. 1 ust. 2 ustawy). **Są to bowiem umowy odpłatne, zawierane przez dwie strony: koncesjonariusza i koncesjodawcę, a ich przedmiotem są roboty budowlane albo usługi.** Tym, co różni koncesję od klasycznego zamówienia publicznego, jest sposób wynagrodzenia koncesjonariusza. W przypadku zamówienia publicznego wynagrodzeniem wykonawcy jest płatność dokonana przez zamawiającego, natomiast w przypadku koncesji będzie to wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego lub wykonywania usług, w obu przypadkach do pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy.

Przepisy ustawy wskazują również na istniejący element ryzyka, który konstituuje koncesję na roboty budowlane i usługi²⁶. Zgodnie z przepisem art. 1 ust. 3 ustawy płatność koncesjonariusza na rzecz koncesjonariusza nie może prowadzić do odzyskania całości związanych z wykonywaniem koncesji nakładów poniesionych przez koncesjonariusza, ponieważ ponosi on w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji. Poza tym, jeśli płatność została określona w umowie koncesji na poziomie, który w całości pokrywałby nakłady, lub nawet je przekraczał, to wówczas nie mielibyśmy do czynienia z koncesją, tylko z klasycznym zamówieniem publicznym²⁷.

Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, to właśnie w wynagrodzeniu za świadczone usługi, bądź wykonywane roboty budowlane spoczywa różnica między, odpowiednio, zamówieniem publicznym na usługi oraz koncesją na usługi, a także zamówieniem publicznym na roboty budowlane oraz koncesją na roboty budowlane²⁸. Zamówienie publiczne charakteryzuje się tym, że wynagrodzenie jest płatne bezpośrednio wykonawcy przez instytucję zamawiającą, jak wskazał chociażby Trybunał w wyroku w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*²⁹. Natomiast w przypadku koncesji na usługi lub roboty budowlane, wynagrodzenie za realizację przedmiotu koncesji (świadczenie usług lub wykonanie robót budowlanych) polega na prawie do gospodarczego wykorzystania przedmiotu koncesji, bądź takim prawie połączonym z płatnością³⁰. Oznacza to, że w ocenie Trybunału, **podstawowa różnica między zamówieniem publicznym a koncesją wynika z tego, czy wynagrodzenie za wykonanie odpowiedniego świadczenia (roboty budowlanej lub usługi) pochodzi bezpośrednio od instytucji zamawiającej, czy też obciąża osoby trzecie**³¹.

Wybór postępowania koncesyjnego, zamiast tradycyjnego zamówienia publicznego, podyktowany najczęściej będzie ograniczonymi środkami finansowymi po stronie podmiotu publicznego (zamawiającego) oraz charakterem zamierzonej inwestycji. Warto zauważyć, iż przepisy prawa nie przewidują koncesji na dostawy, którą trudno by było sobie wyobrazić mając na uwadze sposób wynagradzania koncesjonariusza, co automatycznie eliminuje możliwość wyboru tej ścieżki postępowania, jeśli zamawiający wie, że przedmiotem jego działania będzie realizacja dostaw.

Z kolei partnerstwo publiczno-prywatne (ang. *public-private partnership*, PPP) stanowi rodzaj współpracy pomiędzy podmiotami sektora publicznego, a partnerami z sektora prywatnego, w ramach której sektor publiczny i sektor prywatny dzielą się zadaniami i ryzykiem związanym z realizowanym przedsięwzięciem, co przynosi obu sektorom wymierne korzyści. Podstawowym

²⁶ Zob. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 5, Warszawa 2009, LexisNexis, s. 336.

²⁷ Tak: B. Korbus (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010, Urząd Zamówień Publicznych, s. 52.

²⁸ Tak m.in. w stosunku do koncesji na usługi: wyrok Trybunału z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08 *Acoset SpA przeciwko Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa, Provincia Regionale di Ragusa, Comune di Acate (RG), Comune di Chiaramonte Gulfi (RG), Comune di Comiso (RG), Comune di Giarratana (RG), Comune di Ispica (RG), Comune di Modica (RG), Comune di Monterosso Almo (RG), Comune di Pozzallo (RG), Comune di Ragusa, Comune di Santa Croce Camerina (RG), Comune di Sicli (RG), Comune di Vittoria (RG)*, ECR 2009 I-09913, pkt 39; również: wyrok Trybunału z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) przeciwko Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, ECR 2009 I-08377, pkt 51.

²⁹ Wyrok Trybunału z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, ECR 2005 I-08585, pkt 39. Na temat tego orzeczenia zob. m.in.: H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia „in house” i ich dopuszczalność w ustawie Prawo zamówień publicznych z perspektywy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, pod redakcją: A. Borowicza, M. Królikowskiej-Olczak, J. Sadowego, W. Starzyńskiej, Warszawa 2010, Urząd Zamówień Publicznych, str. 121.

³⁰ Tak m.in.: wyrok Trybunału z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadle przeciwko Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, dotychczas niepublikowany w ECR, pkt. 24, www.curia.eu.

³¹ Tak: wyrok Trybunału z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 (*Eurowasser*), op.cit., pkt 51.

aktem prawnym regulującym obecnie problematykę partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce jest ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym³². Ustawa ta nie zawiera definicji PPP, wskazując jedynie w przepisie art. 7 ust. 1, że przez umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego. Ustawa zaznacza przy tym, że wynagrodzenie partnera prywatnego zależy przede wszystkim od rzeczywistego wykorzystania lub faktycznej dostępności przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego. Parlament Europejski opisał partnerstwo publiczno-prywatne jako: „długotrwałą, uregulowaną umową współpracę pomiędzy władzami publicznymi a sektorem prywatnym w celu realizacji zadań publicznych, gdzie konieczne zasoby lokuje się pod wspólnym kierownictwem, a ryzyko związane z projektem rozkłada się zgodnie z przygotowaniem partnerów projektu w zakresie zarządzania ryzykiem”³³. Z kolei Komisja Europejska wskazuje, iż partnerstwo publiczno-prywatne odnosi się do form współpracy między instytucjami publicznymi a światem biznesu, których celem jest zapewnienie finansowania, budowania, odnawiania, zarządzania lub utrzymania infrastruktury lub świadczenie usług³⁴. Tak rozumiane PPP zazwyczaj jest charakteryzowane przez takie elementy, jak:

- 1) stosunkowo długi okres trwania tej relacji, zakładającej współpracę podmiotu publicznego i partnera prywatnego na różnych polach planowanego projektu,
- 2) metodę finansowania projektu, częściowo przez partnera prywatnego, często w drodze kompleksowych porozumień między różnymi stronami; finansowanie PPP nie wyklucza jednak udziału środków publicznych,
- 3) podział zadań pomiędzy partnera publicznego i podmiot gospodarczy (partnera prywatnego) – partner publiczny ma za zadanie przede wszystkim wyznaczać cele, które muszą zostać osiągnięte z punktu widzenia interesu publicznego i nadzorować ich realizację przez partnera prywatnego, natomiast rola partnera prywatnego zależy od rodzaju projektu i etapu, na którym się znajduje (projektowanie, realizacja, wdrażanie, finansowanie),
- 4) alokacja ryzyka pomiędzy partnera publicznego i partnera prywatnego, zgodnie ze zdolnościami każdej ze stron do oceny, kontroli i radzenia sobie z tym ryzykiem; partner prywatny ponosi ryzyko zazwyczaj przypisane sektorowi publicznemu, jednakże nie musi ponosić całego ryzyka, czy też nawet większego jego części³⁵.

Podział zadań i ryzyk jest podstawową kwestią w partnerstwie publiczno-prywatnym, bez jego dokonania praktycznie nie jest możliwa realizacja przedsięwzięcia w tej formule. Odpowiedni podział zadań i ryzyk warunkuje powodzenie realizacji przedsięwzięcia w partnerstwie publiczno-prywatnym, dlatego też podział ten powinien być optymalny, dostosowany do najlepszych predyspozycji obu stron partnerstwa³⁶. Warto jednak pamiętać, że oprócz zdolności do zarządzania ryzykiem i możliwości niwelowania jego potencjalnych skutków dla podmiotu publicznego i partnera prywatnego, na podział ryzyka ma wpływ po-

³² Dz.U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100 ze zmianami.

³³ *Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji*, 2006/2043(INI), z dnia 26 października 2006 r., lit. C.

³⁴ Komisja Europejska, *Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions*, COM 2004/0327, pkt 1.1.1. Szerzej na ten temat: P. Nowicki, *Partnerstwo Publiczno-Prywatne jako sposób realizacji inwestycji publicznych – zarys problematyki*, [w:] *Państwo a gospodarka*, pod redakcją A. Brzezińskiej-Rawy i H. Nowickiego, Toruń 2012, s. 91.

³⁵ Komisja Europejska, *Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions*, COM 2004/0327, pkt 1.1.2.

³⁶ Zob. B. Korbus (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik...*, op.cit., str. 36.

dział zadań. Innymi słowy mówiąc, podział zadań pomiędzy strony partnerstwa publiczno-prywatnego wyznacza również, automatycznie, podział ryzyka związanego z poszczególnymi zadaniami.

Czym więc powinien kierować się inteligentny zamawiający, wybierając pomiędzy „klasycznymi” zamówieniami, udzieleniem koncesji oraz partnerstwem publiczno-prywatnym? Posiadanie środków finansowych lub ich brak nie powinno być jedynym kryterium. Zamówienia publiczne stanowią na pewno instrument najbardziej znany i dość bezpieczny dla zamawiającego. Z drugiej strony, partnerstwo publiczno-prywatne oraz koncesje na roboty budowlane lub usługi mogą okazać się najbardziej korzystną formą realizacji kompleksowych i długoterminowych inwestycji³⁷, chociaż prawdą jest, że partnerstwo publiczno-prywatne i koncesje wcale nie są zastrzeżone tylko dla dużych i kosztownych przedsięwzięć³⁸.

2. Proefektywnościowe instrumenty polskiego Prawa zamówień publicznych

Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera w swoich regulacjach instrumenty, które są w stanie znacznie podnieść poziom efektywności udzielanego zamówienia publicznego, o ile zostaną zastosowane w sposób prawidłowy oraz dostosowany do rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Chcąc skorzystać z tych instrumentów, zamawiający powinni wiedzieć nie tylko, jakie przesłanki spełnić, aby ich działania były zgodne z wymogami prawa zamówień publicznych, ale również powinni mieć świadomość jakie konsekwencje wywołuje zastosowanie tych instrumentów, jakie są plusem oraz minusy ich stosowania, czasochłonność, koszt, etc. Zamawiający musi więc określić, czy zastosowanie określonych instrumentów jest mu po prostu potrzebne.

2.1. Dialog techniczny

Dialog techniczny to zupełnie nowy instrument w ustawie Prawo zamówień publicznych, wprowadzony nowelizacją z dnia 12 października 2012 r.³⁹, który zdecydowanie może wpłynąć na efektywność udzielanych zamówień publicznych. Co prawda możliwość stosowania dialogu technicznego przewidywały już wcześniej zarówno dyrektywa klasyczna, jak i dyrektywa sektorowa jednakże, jak wskazuje W. Bajda, ze względu na swój ramowy charakter instytucja dialogu technicznego była rzadko używana przez zamawiających, którzy dość niechętnie odnosili się do takiej formy konsultowania dostępnych rozwiązań na rynku w celu identyfikacji swoich potrzeb⁴⁰. Zauważyć także trzeba, iż sama ustawa Pzp nie zakazywała korzystania przez zamawiającego z doradztwa przedsiębiorców na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, natomiast mogło to skutkować wykluczeniem z postępowania wykonawców, którzy doradzali w jego przygotowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 31a ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może przeprowadzić dialog techniczny, zwracając się o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy. Jeśli zamawiający zdecyduje się na użycie dialogu technicz-

³⁷ Szerzej: A. Panasiuk, *Wpływ zmian koncepcji administracji publicznej na zakres i rolę wykorzystywanych instrumentów zamówień publicznych*, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia...*, op.cit., s. 147-148.

³⁸ Szerzej: M. Lamch-Rejowska, *Kiedy koncesja, kiedy PPP*, *Przetargi Publiczne* 2012, nr 8, s. 24-27.

³⁹ Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1271).

⁴⁰ Zob.: W. Bajda, *Dialog techniczny jako instrument służący identyfikacji potrzeb zamawiającego*, [w:] *Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy*, pod redakcją J. Sadowego i B. Bańko, Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych, s. 45.

nego, zamieszcza informację o zamiarze jego przeprowadzenia oraz jego przedmiocie na swojej stronie internetowej⁴¹. Natomiast jeżeli po przeprowadzeniu dialogu technicznego zamawiający podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczył dialog techniczny, zamieszcza informację o jego zastosowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu⁴². W celu zapewnienia transparentności w art. 96 ust. 2a ustawy Pzp przewidziano, że w przypadku przeprowadzenia przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia dialogu technicznego, **informacja o przeprowadzeniu dialogu technicznego, o podmiotach, które w nim uczestniczyły, oraz o wpływie dialogu technicznego na opis przedmiotu zamówienia, specyfikację istotnych warunków zamówienia lub warunki umowy stanowiąc powinna element protokołu postępowania o udzielenie zamówienia**. W myśl przepisu art. 31a ust. 2 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek prowadzenia dialogu technicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań. Nowelizacja wprowadziła również korektę w zakresie wykluczania wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia. Obecnie przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego. Zmiana redakcji ww. przepisu jest logiczną konsekwencją dopuszczenia *expressis verbis* dialogu technicznego w ustawie Prawo zamówień publicznych. Jeśli wykonawcy biorący udział w dialogu technicznym, *de facto* pomagający zamawiającemu w odpowiednim przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, byłby następnie narażeni na eliminację z postępowania właśnie ze względu na udział w dialogu technicznym, instytucja ta nie miałaby żadnego sensu, bo żaden wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia publicznego nie ryzykowałby wykluczenia z postępowania. Oczywiście nie jest tak, że tylko zamawiający odnosi korzyści z prowadzonego dialogu technicznego. Dialog techniczny jest bowiem okazją dla wykonawców do zaprezentowania swoich koncepcji w zakresie przedmiotu zamówienia, czy też wprowadzenia korzystnych dla nich regulacji w umowie w sprawie zamówienia publicznego. **Ponieważ dialog techniczny dotyczyć może specyfikacji istotnych warunków zamówienia w całości, a więc każdego jej elementu, wykonawcy mogą również zasugerować zamawiającemu korzystne dla siebie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, czy też odpowiedni dobór kryteriów oceny ofert**. Zamawiający może korzystać z tych wszystkich sugestii mając jednak w świadomości fakt, iż ich zastosowanie nie może doprowadzić do takiego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, które byłoby niezgodne z zasadami uregulowanymi w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a więc godziłoby w uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. Oczywiście beneficjentami dialogu technicznego są zamawiający. Dialog techniczny daje im możliwość poznania rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia, którego realizację chcą zlecić za pomocą zamówień publicznych. Zamawiający mogą poznać wykonawców, ich możliwości realizacyjne, uzyskać informacje, które pomogą im w takim ukształtowaniu zamówienia, które pozwoli na udzielenie zamówienia rzetelnemu wykonawcy. W ocenie autora zastosowanie dialogu technicznego może przynieść największe korzyści zamawiającym w zakresie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia. To na zamawiających ciąży obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy jednoczesnym zapewnieniu, że opis ten nie utrudnia uczciwej konkurencji⁴³. Jeśli zamawiający zna dobrze rynek właściwy dla pożądanego przedmiotu zamówienia dokonanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami prawa zamówień publicznych nie powinno być źródłem większych problemów. Natomiast jeśli zamawiający wie jedynie jakiego

⁴¹ Art. 31b ustawy Pzp.

⁴² Art. 31c ustawy Pzp.

⁴³ Art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

finalnego efektu realizacji zamówienia oczekuje, lecz nie zna się na kwestiach technicznych, bądź też stawia na rozwiązania nowoczesne i innowacyjne, opis przedmiotu zamówienia może stanowić dla niego nie lada wyzwanie. W tym wypadku, dzięki zastosowaniu dialogu technicznego zamawiający może wyposażyć się w wiedzę niezbędną do prawidłowego przygotowania dokumentacji przetargowej, w tym przede wszystkim do odpowiedniego opisu przedmiotu zamówienia, który z jednej strony będzie identyfikował potrzeby zamawiającego, a z drugiej będzie odzwierciedleniem możliwości realizacyjnych dostępnych na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia. Taki opis przedmiotu zamówienia gwarantuje efektywność uzyskanych w drodze postępowania o udzielenie zamówienia rezultatów, w stosunku do warunków i sposobów realizacji zamówienia, jakimi dysponuje rynek.

Polskie prawo zamówień publicznych nie zawiera wyczerpującego opisu przebiegu dialogu technicznego. Przepis art. 31a ust. 1 ustawy Pzp wskazuje jedynie, że zamawiający może zwrócić się o doradztwo lub udzielenie informacji. W praktyce oznacza to, że zamawiający może skorzystać z wiedzy potencjalnych wykonawców jednorazowo, zwracając się do nich z określonym pytaniem, bądź też może prowadzić dialog techniczny w sposób ciągły, bardziej kompleksowy, w formie doradztwa. Zamawiający nie może jednak preferować jednych potencjalnych wykonawców kosztem innych, w związku z czym powinien wysłuchać wszystkich wykonawców zainteresowanych dialogiem technicznym i równo traktować oferowane przez nich rozwiązania. Istotną kwestią limitującą zakres dialogu technicznego jest przewidziany w ustawie Pzp wymóg zwracania się o doradztwo lub udzielenie informacji jedynie **w zakresie niezbędnym** do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy. W konsekwencji zamawiający nie może pytać czy też zwracać się z wnioskiem o poradę w kwestiach co prawda związanych z planowanym postępowaniem przetargowym, lecz dotyczących informacji, które nie są konieczne do właściwego opisu przedmiotu zamówienia, prawidłowego ukształtowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też nie odnoszą się do postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Reasumując, dialog techniczny jest niewątpliwie instrumentem prawa zamówień publicznych, który znacząco może wpłynąć na jakość udzielanych zamówień i ich realizacji oraz zwiększyć efektywność zamówień publicznych. Pozytywne efekty zastosowania dialogu technicznego sprowadzają się przede wszystkim do zapewnienia, że dokumentacja przetargowa, a w szczególności opis przedmiotu zamówienia, będzie kompletna i prawidłowo przygotowana. To z kolei wpływa na zmniejszenie liczby ewentualnych odwołań na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający uzyskuje również potwierdzenie gotowości potencjalnych wykonawców do realizacji przedmiotowego zamówienia. Oceniając możliwości dialogu technicznego z perspektywy efektywności ekonomicznej zamawiającego, informacje uzyskane w ramach dialogu pomogą zamawiającemu odpowiedzieć na pytanie, czy jest on w stanie realizować zamówienie publiczne w kształcie, jaki sobie założył, dysponując określoną ilością zasobów.

Za W. Bajdą, biorąc pod uwagę dotychczasowe rozważania, możemy zidentyfikować **korzyści z zastosowania dialogu technicznego**:

- 1) rozszerzenie konkurencji poprzez identyfikowanie barier mogących ograniczać dostęp wykonawców do zamówień publicznych;
- 2) zidentyfikowanie najlepszych i najnowszych rozwiązań technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych w dziedzinie właściwej dla przedmiotu zamówienia;
- 3) promocja innowacji przez system zamówień publicznych, wspieranie rozwiązań proekologicznych, nowoczesnych i zaawansowanych technologicznie;
- 4) skonfrontowanie potrzeb zamawiającego z możliwościami ich realizacji przez funkcjonujące na danym rynku podmioty świadczące określonego rodzaju dostawy, usługi czy roboty budowlane;
- 5) przygotowanie do realizacji zamówienia zwłaszcza w zakresie szczegółowego określenia jego przedmiotu, a w konsekwencji również do zapewnienia celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych;

- 6) określenie czynników determinujących techniczną jakość czy ekonomiczną wartość zamówienia publicznego;
- 7) określenie optymalnych kryteriów oceny ofert pożądanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia i najbardziej adekwatnych rozwiązań prawnych odnoszących się do ewentualnej przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, którego dialog techniczny dotyczy;
- 8) szczegółowa identyfikacja kosztów udzielenia zamówienia publicznego, kwestii określenia ewentualnych ryzyk kontraktowych, optymalnego ich rozkładu pomiędzy stronami umowy i analizy możliwych sposobów ich ograniczenia⁴⁴.

Z uwagi na fakt dopiero kilkumiesięcznego okresu funkcjonowania dialogu technicznego w polskim porządku prawnym, nie przeprowadzono jeszcze badań statystycznych dotyczących popularności omawianej instytucji. Można jednak oczekiwać, iż zamawiający będą chętnie korzystać z dialogu technicznego, o czym świadczy już obecnie ukazująca się duża liczba ogłoszeń o dialogu technicznym, widząc w nim elastyczny instrument usprawniający tak sztywne tryby udzielania zamówienia, jak chociażby przetarg nieograniczony. Odpowiednie zastosowanie dialogu technicznego może przynieść pozytywne efekty dla zamawiających, poprzez zasadę *best value for money* i znacząco zwiększyć efektywność zamówień publicznych.

2.2. Wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia

Podstawową kwestią, mającą istotny wpływ na efektywność udzielanych zamówień publicznych, jest wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego. Podkreślić trzeba, że inteligentny zamawiający powinien doceniać znaczenie czynności wyboru trybu, ponieważ jest to decyzja praktycznie nieodwracalna, a zarazem oddziałująca na całe postępowanie o udzielenie zamówienia. Ponadto, każdy tryb daje zamawiającemu określone możliwości działania, w niektórych przypadkach bardziej elastyczne. Wybór trybu może być również uwarunkowany możliwościami zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, chociaż aktualnie dokonanie prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego wydaje się prostsze, z uwagi na możliwość skorzystania z opisanego wcześniej dialogu technicznego. Niezależnie jednak od tego, czy zamawiający skorzysta z dialogu technicznego, czy też nie, wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia powinien być czynnością wykonywaną odpowiedzialnie, w pełnej świadomości konsekwencji prawnych i faktycznych, które niesie ze sobą określony tryb, w tym możliwości i ograniczeń.

Ustawa Prawo zamówień publicznych oferuje zamawiającemu następujące **tryby** postępowania o udzielenie zamówienia:

- 1) przetarg nieograniczony,
- 2) przetarg ograniczony,
- 3) negocjacje z ogłoszeniem,
- 4) dialog konkurencyjny,
- 5) negocjacje bez ogłoszenia,
- 6) zamówienie z wolnej ręki,
- 7) zapytanie o cenę,
- 8) licytacja elektroniczna.

Ponadto, zamawiający mają możliwość zawarcia **umowy ramowej**, ustanowienia **dynamicznego systemu zakupów**, a także przeprowadzenia **konkursu**. W określonych przypadkach mogą także zastosować

aukcję elektroniczną. Instytucje te regulowane są przez przepisy szczególne ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w przepisie art. 10 ust. 1 za tryby podstawowe uznaje przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, zaznaczając, że zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie⁴⁵. **Musimy jednak pamiętać, że nie zawsze wybór trybów podstawowych gwarantuje efektywność udzielanego zamówienia, ocenianą przez pryzmat tego, co zamawiający może uzyskać w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, czy też wysokości ponoszonych wydatków.** Podstawowym wyzwaniem wydaje się tu być opis przedmiotu zamówienia. W każdym przypadku obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia spoczywa na zamawiającym, który może popełnić błędy. Przykładem może tu być opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, w sytuacjach gdy nie jest to podyktowane specyfiką zamówienia, a zamawiający może opisać przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, bądź też przez nieprawidłowe określanie równoważności wskazanych rozwiązań⁴⁶. Co prawda, możliwość przeprowadzenia dialogu technicznego zmniejsza w pewien sposób ryzyko niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, jednakże zamawiający musi chcieć go zastosować oraz wiedzieć jak to zrobić. Jeśli zamawiający nie skorzysta z dialogu technicznego, w przypadku takich trybów, jak przykładowo tryby podstawowe, zamawiający jest zdany jedynie na swoją własną wiedzę i umiejętności przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym przy właściwym identyfikowaniu swoich potrzeb. Istnieją oczywiście inne możliwości.

Na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może:

- korzystać ze wsparcia ekspertów,
- analizować dostępne i sprawdzone rozwiązania rynkowe,
- odwoływać się do ewentualnych dobrych praktyk.

Jednak korzystanie z tych instrumentów obciążone jest pewnym ryzykiem. Wsparcie eksperckie, w wielu przypadkach bardzo pożądane i świadczące o profesjonalizacji zamawiającego, potrafi generować duże koszty po jego stronie, na które nie każdego zamawiającego stać. Analiza dostępnych rozwiązań rynkowych w przypadku braku elementarnej wiedzy praktycznej w tym zakresie jest trudna, czy wręcz niemożliwa. Natomiast dobre praktyki w zakresie zamówień publicznych są niezmiernie rzadko wykorzystywane, o ile w ogóle istnieją.

Zastosowanie trybów negocjacyjnych, w niektórych sytuacjach, może natomiast przynieść zamawiającemu o wiele lepsze efekty. Zamawiający musi jednak pamiętać, że przesłanki do stosowania trybów innych niż podstawowe, są ściśle uregulowane w ustawie Pzp. Statuując swego rodzaju wyjątek od stosowania trybów podstawowych, przesłanki będące podstawą do zastosowania innych trybów udzielenia zamówienia podlegają ścisłej i bardzo wąskiej interpretacji. Niespełnienie przesłanek przewidzianych w ustawie Pzp, stanowiących *conditio sine qua non* zastosowania innych trybów, niż tryby podstawowe, jest nieuprawnione i stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe rozważania, przyjrzymy się krótkiej prezentacji dostępnych trybów udzielania zamówień, uregulowanych w ustawie Prawo zamówień publicznych:

⁴⁵ Art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

⁴⁶ P. Nowicki, *Zamówienia publiczne jako instrument gwarantujący efektywność wydatków w realizacji projektów unijnych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, pod redakcją E. Adamowicz, J. Sadowego, wyd. 2. Rozszerzone, Gdańsk – Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych, s. 95.

Przetarg nieograniczony – zgodnie z przepisem art. 39 ustawy Pzp to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Od wielu lat jest to najpopularniejszy tryb udzielania zamówień: w 2012 r. ponad 84,43% wszystkich zamówień udzielono w trybie przetargu nieograniczonego⁴⁷. W tym zakresie możemy zaobserwować pewien wzrost, porównując przedstawione dane z 2011 r., kiedy w trybie przetargu nieograniczonego udzielono 82,07% wszystkich zamówień⁴⁸.

Powyższe zjawisko możemy rozpatrywać dwójako:

- z jednej strony pozytywnie należy ocenić szerokie używanie jednego z dwóch trybów podstawowych, które z założenia mają w sposób najszybszy gwarantować konkurencyjność prowadzonych postępowań.
- z drugiej strony może to jednak świadczyć o pewnym „negatywnym” przywiązaniu zamawiających. Praktyka pokazuje, że zamawiający bardzo często decydują się na udzielenie zamówienia w tym trybie, jako znanym i stosunkowo prostym, nie podważanym przez instytucje kontrolujące zamówienia publiczne.

Innymi słowy zamawiający decydują się często na wykorzystanie trybu przetargu nieograniczonego, ponieważ nie wiedzą jak udzielić zamówienia w innym trybie, bądź też obawiają się, że zasadność użycia innego trybu zostanie podważona w trakcie ewentualnej kontroli. Takie podejście wpływa negatywnie na efektywność systemu zamówień publicznych.

Niewątpliwym plusem przetargu nieograniczonego (a zarazem jego słabością, jak wskazano wyżej) jest fakt, że jest to tryb znany i stosunkowo prosty w swoim scenariuszu. Przetarg ograniczony jest także najszybszym trybem udzielenia zamówienia. W 2012 r. średni czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia w tym trybie, w przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych, wynosił 31 dni (roboty budowlane – 38 dni, dostawy – 31 dni, usługi – 29 dni)⁴⁹. Natomiast w przypadku zamówień publicznych o wartości równej lub powyżej progów unijnych średni czas postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego wynosił 86 dni, licząc od daty publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do daty zawarcia umowy (roboty budowlane – 111 dni, dostawy – 91 dni, usługi – 68 dni), przy czym również był to najkrótszy średni czas prowadzenia postępowania. **Czas trwania procedury** jest czynnikiem, który należy uwzględnić przy analizie efektywności udzielanych zamówień publicznych, ponieważ sprawnie prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia zmniejsza koszty administracyjne po stronie zamawiającego. Szybkość procedury nie powinna być jednak czynnikiem decydującym o wyborze trybu, ponieważ mimo faktu zwiększania kosztów administracyjnych zamawiającego, tryb trwający dłużej, może pozwolić na uzyskanie większej efektywności postępowania, zgodnie z zasadą *best value for money*.

Przetarg ograniczony – zgodnie z przepisem art. 47 ustawy Pzp to tryb udzielenia zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Przetarg ograniczony jest więc procedurą dwuetapową, na którą składa się etap prekwalfikacji, a następnie etap oceny ofert.

⁴⁷ Dane na podstawie: *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, Warszawa 2013, Urząd Zamówień Publicznych, s. 26-27.

⁴⁸ Dane na podstawie: *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 r.*, Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych, s. 26.

⁴⁹ Dane na podstawie: *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, op.cit., s. 29.

Przetarg ograniczony jest jednym z dwóch trybów podstawowych co oznacza, że zamawiający może go zastosować zawsze, bez żadnych ograniczeń. Powstaje jednak pytanie **kiedy go stosować**, kierując się imperatywem zapewnienia jak największej efektywności udzielania zamówień publicznych. Trzeba pamiętać, że zastosowanie tego trybu to zazwyczaj dłuższe postępowanie, niż w przypadku przetargu nieograniczonego. Wg danych za 2012 r. postępowanie prowadzone w trybie przetargu ograniczonego trwało średnio 60 dni (roboty budowlane – 74 dni, dostawy – 52 dni, usługi – 54 dni), przy, przypomnijmy, średnim czasie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wynoszącym 31 dni (roboty budowlane – 38 dni, dostawy – 31 dni, usługi – 29 dni)⁵⁰. **Wybór przetargu ograniczonego jest jednak wskazany wtedy, gdy zamawiający ma świadomość dużej liczby potencjalnych wykonawców na rynku, zainteresowanych zamówieniem.** W przypadku przetargu nieograniczonego wpłynięcie np. piętnastu ofert mogłoby stwarzać dla zamawiającego pewne trudności, większe zaangażowanie pracowników w związku z koniecznością badania dużej liczby ofert, czyli generować koszty administracyjne związane z prowadzeniem postępowania. W przypadku przetargu ograniczonego w tej samej sytuacji mamy najpierw piętnastu wykonawców, z których, po etapie prekwifikacji, zamawiający zaprasza do składania ofert tylko wybranych oferentów. Oszczędności występują również po stronie wykonawców, którzy także ponoszą koszty przygotowania oferty (szczególnie w przypadku bardzo skomplikowanych zamówień). Jeśli ograniczymy liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert, tylko oni poniosą koszty przygotowania oferty, a pozostali zminimalizują wydatki jedynie do kosztów związanych z przygotowaniem dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (które mogą być praktycznie zerowe). Przetarg nieograniczony takiej możliwości nie daje.

Zgodnie z przepisem art. 51 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż pięciu i nie większej niż dwudziestu. Wybór odpowiedniej liczby wykonawców nie powinien być dokonywany bezrefleksyjnie, lecz powinien odzwierciedlać istotę samego zamówienia. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny⁵¹. **Zamawiający zamieszcza opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu**⁵². Ponieważ ani dyrektywy zamówieniowe, ani polskie prawo zamówień publicznych nie dają zamawiającym konkretnej odpowiedzi, jakie kryteria można stosować, w literaturze przedmiotu można spotkać różne przykłady ustalania tych kryteriów, nie zawsze zgodne z prawem zamówień publicznych oraz orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, m.in. wybór wykonawców według klucza (np. trzy małe przedsiębiorstwa i trzy duże przedsiębiorstwa), wybór tylko wykonawców z sektora MSP, wybór rotacyjny, czy też wybór zupełnie przypadkowy (na zasadzie losowania)⁵³. Jeśli zgodnie z ustawą Pzp przyjmiemy, że kryteria mają być obiektywne i niedyskryminacyjne to wydaje się, że z podanej listy jedynie wybór na zasadzie losowania spełnia wymogi ustawy. J. Belić podkreśla, że w praktyce przygotowanie opisu sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, przy zachowaniu charakteru obiektywnego i niedyskryminacyjnego pozwala na elastyczne kształtowanie zasad doboru wykonawców i na podejście od dotychczasowej praktyki doboru wykonawców wyłącznie w oparciu o kryterium spełniania warunków udziału w postępowaniu

⁵⁰ Dane na podstawie: *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, op.cit., s. 29.

⁵¹ Art. 51 ust. 2 ustawy Pzp.

⁵² Art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp.

⁵³ S. Arrowsmith, [w:] S. Arrowsmith (red.), *EU Public Procurement Law: an Introduction*, University of Nottingham 2011, s. 156-157.

w najwyższym stopniu, ponieważ taka praktyka prowadziła do faworyzowania dużych przedsiębiorstw, kosztem przedsiębiorstw małych i średnich⁵⁴.

Biorąc pod uwagę wspomniane zalety przetargu ograniczonego w przypadku rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia, w którym uczestniczy wiele przedsiębiorstw będących potencjalnymi wykonawcami, wybór tego trybu powinien być poprzedzony dokładną analizą. Zamawiający musi znać sytuację na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia i orientować się w strukturze konkurencji. Udzielane zamówienie publiczne w trybie przetargu ograniczonego będzie efektywne wtedy, gdy koszty administracyjne związane z dłużej trwającym postępowaniem będą niższe niż koszty związane z badaniem dużej liczby ofert (w przypadku przetargu nieograniczonego). Jeśli liczba potencjalnych wykonawców zamówienia publicznego jest relatywnie niska, wtedy zamawiający powinien wybrać procedurę szybszą, a tym samym bardziej efektywną z tego punktu widzenia.

Negocjacje z ogłoszeniem – zgodnie z przepisem art. 54 ustawy Pzp to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Zastosowanie tego trybu jest jednak uwarunkowane spełnieniem co najmniej jednej z następujących okoliczności wymienionych w art. 55 ust. 1 ustawy Pzp.

Warto zauważyć, że jeśli wartość zamówienia jest niższa niż unijne kwoty progowe, negocjacje z ogłoszeniem stają się *de facto* trzecim trybem podstawowym – nie trzeba spełniać żadnej innej przesłanki, aby ten tryb udzielenia zamówienia zastosować. W innych przypadkach przesłanki umożliwiające zastosowanie negocjacji z ogłoszeniem dotyczą dość specyficznych sytuacji. Przykładowo, zamawiający powtarza postępowanie o udzielenie zamówienia, z powodu odrzucenia wszystkich ofert w uprzednio prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub dialogu konkurencyjnego. Ważnym jest, aby pierwotne warunki zamówienia nie zostały w sposób istotny zmienione. Jak zauważył Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie C-250/07, istotna zmiana to taka modyfikacja pierwotnych warunków zamówienia, która, gdyby została wprowadzona w ramach pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłaby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłaby dopuszczenie innej oferty⁵⁵.

Ponadto, **zamawiający może zastosować ten tryb w wyjątkowych sytuacjach**, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny. Wyjątkowość takiej sytuacji oznacza konieczność zaistnienia obiektywnego braku możliwości wyceny przedmiotu zamówienia. Zamawiający mógłby oczywiście zaryzykować, wycenić przedmiot zamówienia wg swojej wiedzy i podjąć próbę udzielenia zamówienia np. w trybie przetargu nieograniczonego. Takie działanie mogłoby jednak oznaczać niedoszacowanie wartości przedmiotu zamówienia i tym samym zapewne doprowadziłoby zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a więc z uwagi na sytuację, w której cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie miał możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający musiałby więc powtórzyć postępowanie o udzielenie zamówienia, co przynajmniej zwiększyłoby koszty administracyjne, ze względu na konieczność powtórnej procedury, a być może naraziłoby zamawiającego także na inne straty. W konsekwencji takie działanie zamawiającego należałoby uznać za nieefektywne prowadzenie postępowania przetargowego.

⁵⁴ J. Belj, *Zmiany w ustawie Pzp służące m.in. zapewnieniu szerszego dostępu małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych*, [w:] *Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy*, pod redakcją J. Sadowego i B. Bańko, Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych, s. 64.

⁵⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 *Komisja przeciwko Grecji*, pkt 52.

Inna możliwość zastosowania negocjacji z ogłoszeniem dotyczy tylko zamówień, których przedmiotem są **usługi, których szczegółowych cech nie można wcześniej określić**, co w konsekwencji uniemożliwia zamawiającemu wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego. W przypadku wystąpienia takich okoliczności, zamawiający, który zdecydowałby się na udzielenie zamówienia publicznego na usługi np. w drodze przetargu nieograniczonego, narażałby się na zarzut nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. W rezultacie mógłby otrzymać oferty, które nie byłyby porównywalne, bądź udzieliłby zamówienia, którego efekt nie identyfikowałby jego rzeczywistych potrzeb. Ewentualność przeprowadzenia kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia byłaby wysoce prawdopodobna. Zastosowanie negocjacji z ogłoszeniem pozwoliłoby zamawiającemu doprecyzować przedmiot zamówienia na usługi, a tym samym dało szansę na efektywne udzielenie zamówienia publicznego.

Negocjacje z ogłoszeniem charakteryzują się wieloetapową procedurą. W trybie negocjacji z ogłoszeniem występuje etap prekwalfikacji. Następnie zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję. W przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych liczba ta wynosi minimum trzech wykonawców, a w przypadku zamówień o wartości powyżej progów unijnych wynosi ona minimum pięciu wykonawców⁵⁶. Podobnie jak w przypadku przetargu ograniczonego, jeśli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, w sposób opisany w ogłoszeniu o zamówieniu. Zapraszając wykonawców do składania ofert wstępnych zamawiający przekazuje im specyfikację istotnych warunków zamówienia. Następnie, zgodnie z przepisem art. 58 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu. Celem prowadzonych negocjacji jest doprecyzowanie lub uzupełnienie przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego⁵⁷, zatem **po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia, lecz wyłącznie w takim zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji**⁵⁸. Ustawa Pzp w przepisie art. 59 ust. 2 zastrzega jednak, że zmiana nie może prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia. Po ewentualnym wprowadzeniu wspomnianych zmian, zamawiający zaprasza wykonawców, z którymi prowadził negocjacje, do składania ofert, przy czym jeśli wprowadził zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, musi ją wykonawcom udostępnić. Na marginesie trzeba podkreślić, iż negocjacje z ogłoszeniem mogą być odpowiednim trybem do wyboru partnera prywatnego w przedsięwzięciach realizowanych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że prowadzenie postępowania **w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem** stwarza dla zamawiającego możliwość wykorzystania tzw. **aukcji elektronicznej**, o której będzie mowa w dalszej części niniejszego rozdziału.

Dialog konkurencyjny – zgodnie z przepisem art. 60a ustawy Pzp to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Dialog konkurencyjny jest możliwy do zastosowania jeśli zostaną spełnione łącznie (a więc wszystkie!) następujące okoliczności, wskazane w art. 60b ust. 1 ustawy Pzp:

1) nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmio-

⁵⁶ Art. 57 ust. 2 ustawy Pzp.

⁵⁷ Art. 58 ust. 2 ustawy Pzp.

⁵⁸ Art. 59 ust. 1 ustawy Pzp.

- tu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy Pzp lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia,
- 2) cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

O ile druga przesłanka zastosowania dialogu konkurencyjnego nie stwarza żadnych problemów interpretacyjnych, o tyle pierwsza z nich może rodzić problemy praktyczne.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku w sprawie o sygnaturze KIO 1798/11 niemożliwość udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia i związany z tym brak możliwości opisanego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami ustawy Pzp oraz obiektywnego określenia uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia, musi mieć charakter obiektywny, a nie wynikać jedynie z subiektywnego przeświadczenia Zamawiającego⁵⁹. Oznacza to, że zamówienie ma szczególnie złożony charakter, jeśli nie przyjęto do niego jednolitych standardów, zarówno na drodze normatywnej, jak i faktycznej przez działalność rynku⁶⁰. Jeśli przykładowo zamawiający posiada dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, które obejmują przedmiot zamówienia i chce je jedynie zaktualizować, bądź zmienić w jakiejś części, to nie są to podstawy do zastosowania dialogu konkurencyjnego, nie jest bowiem niemożliwe opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami art. 30 i art. 31 ustawy Pzp. Co ciekawe, w sprawie KIO 1798/11 Zamawiający wskazując konieczność zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego, powoływał się na chęć uzyskania jak najlepszej ceny oraz jakości obiektu budowlanego. Niewątpliwie więc Zamawiający chciał, aby jego zamówienie było efektywne. Jednakże, w słusznej ocenie KIO, chęć uzyskania jak najlepszej ceny oraz jakości nie stanowi podstawy do zastosowania dialogu konkurencyjnego i nie mieści się w zakresie przesłanek opisanych w art. 60b ust. 1 ustawy Pzp.

Dialog konkurencyjny jest trybem wieloetapowym. Na etapie składania wniosków zamawiający jedynie wskazuje opis potrzeb i wymagań, określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu lub informację o sposobie uzyskania tego opisu⁶¹, natomiast sprecyzowanie przedmiotu zamówienia ma miejsce dopiero później, w trakcie dialogu prowadzonego z dopuszczonymi do niego wykonawcami⁶². Podobnie jak w przetargu ograniczonym, czy negocjacjach z ogłoszeniem, występuje tutaj etap prekwalfikacji, po której zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż trzech wykonawców (w przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych), a jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, liczba wykonawców zaproszonych nie może być mniejsza niż 5⁶³. Analogicznie do wspomnianych trybów zawierających etap prekwalfikacji, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, zgodnie z przepisem art. 60d ust. 3 ustawy Pzp.

Natura dialogu konkurencyjnego rzeczywiście dopasowuje ten **tryb do udzielania skomplikowanych zamówień**, pozwalając na korzystanie przez zamawiających z doświadczenia wykonawców. Mimo faktu, iż dialog konkurencyjny zawiera pewne cechy, które występują również w negocjacjach z ogłoszeniem, może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia, a jedynym elementem, którym musi się legitymować zamawiający jest opis jego potrzeb i wymagań. Jednakże mankamentem tego trybu, z punktu widzenia wykonaw-

⁵⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2011 r., sygn. akt: KIO 1798/11.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Art. 60c ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

⁶² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 51/11.

⁶³ Art. 60d ust. 2 ustawy Pzp.

ców, jest to, że ustawa Pzp nie określa jak długo dialog konkurencyjny będzie trwał. Art. 60e ust. 1 ustawy Pzp wskazuje jedynie, że zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. Taki przepis jest mało klarowny dla wykonawców. Wykonawca trwa w dialogu z zamawiającym, dzieląc się własnym doświadczeniem, lecz robi to licząc na udzielenie zamówienia w jakiejś określonej i realnej perspektywie czasowej. Tymczasem, jak wskazują statystyki Urzędu Zamówień Publicznych, w 2012 r. w przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych, średni czas trwania dialogu konkurencyjnego wynosił 76 dni (roboty budowlane – 41 dni, dostawy – 131 dni, usługi – 74 dni), a w przypadku zamówień o wartości równej lub większej niż progi unijne średni czas trwania dialogu konkurencyjnego wynosił 226 dni (dostawy – 228 dni, usługi – 224 dni, nie opublikowano ogłoszenia o zamówieniu na roboty budowlane)⁶⁴. Należy mieć jednak na uwadze fakt, że długość procedury w trybie dialogu konkurencyjnego może być wprost proporcjonalna do poziomu skomplikowania przedmiotu zamówienia publicznego. W praktyce można jednak spotkać przypadki zupełnie anormalne, takie jak dialog konkurencyjny trwający aż 3 lata, który zakończył się unieważnieniem postępowania.

Opisana powyżej sytuacja jest niedopuszczalna, jeśli zamawiający poważnie myśli o efektywnych zamówieniach publicznych. Procedury negocjacyjne często są krytykowane za ich przewlekłość, jednakże gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia jest zamawiający i to od niego zależy jak sprawnie będzie ten proces przebiegał. Jednakże udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego przy kompleksowych i trudnych zamówieniach na pewno będzie wymagało czasu, przy czym rezultat przeprowadzonego postępowania może rekompensować zamawiającemu długość procedury.

Zamawiający powinien wziąć pod uwagę dialog konkurencyjny, przy założeniu, że spełnione są wskazane wcześniej przesłanki z art. 60b ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy potrzebuje bardziej elastycznej procedury udzielania skomplikowanych zamówień. Doświadczenia z innych państw członkowskich Unii Europejskiej wskazują, że **może być z powodzeniem stosowany dla zamówień na duże projekty infrastrukturalne, obejmujące wybudowanie i zarządzanie jakimiś obiektami, bądź w sytuacjach, gdy zamawiający nie jest w stanie przygotować opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego określonej nowoczesnej technologii, ponieważ nie posiada informacji, jakie rodzaje funkcji są możliwe do zapewnienia lub jak zapewnić kompatybilność owej technologii z już istniejącymi rozwiązaniami**⁶⁵.

Dialog konkurencyjny jest także wskazywany jako właściwy tryb wyboru partnera prywatnego w przedsięwzięciach realizowanych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego⁶⁶.

Negocjacje bez ogłoszenia – zgodnie z przepisem art. 61 ustawy Pzp to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Zastosowanie omawianego trybu udzielenia zamówienia uzależnione jest od spełnienia co najmniej jednej przesłanki, wymienionej w przepisie art. 62 ust. 1 ustawy Pzp.

Negocjacje bez ogłoszenia należą do grupy **trybów niekonkurencyjnych**, z uwagi na brak ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mo-

⁶⁴ Dane na podstawie: *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, op.cit., s. 29.

⁶⁵ Zob.: S. Arrowsmith, *EC Regime on Public Procurement*, [w:] K. V. Thai (red.), *International Handbook...*, op.cit., s. 269.

⁶⁶ Szerzej: U. Lisiecka, P. Lisiecki, M. Michałowska, *Stosowanie trybów negocjacyjnych udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 34. Autorzy wskazują, że jako zamówienia szczególnie złożone pod względem struktury prawno-finansowej najczęściej traktuje się te, które są realizowane w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.

gących je wykonać jest ograniczona, jednak nie mniejsza niż dwóch wykonawców⁶⁷. Gdyby na rynku występował tylko jeden wykonawca mogący wykonać zamówienie z przyczyn o obiektywnym charakterze, związanych z ochroną praw wyłącznych lub w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej, zachodziłyby przesłanki do zastosowania zamówienia z wolnej ręki.

Negocjacje dotyczą warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawa Pzp nie przewiduje możliwości negocjowania np. opisu przedmiotu zamówienia, który jest dozwolony w przypadku np. negocjacji z ogłoszeniem.

W przypadku negocjacji bez ogłoszenia warto zwrócić uwagę na przesłankę zastosowania tego trybu, dotyczącą pilnej potrzeby udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, a z powodu której nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Praktyka pokazuje, że dla wielu zamawiających zdarzenia, które powtarzają się okresowo lub są łatwe do przewidzenia, stanowią przyczyny, których nie dało się przewidzieć i skutkują pilną potrzebą udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym (analogiczna sytuacja występuje w przypadku zamówień z wolnej ręki). Jak jednak wskazano w przyjętych przez Komitet Rady Ministrów *Wytycznych dotyczących interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę*⁶⁸, możliwość skorzystania z ww. przesłanki wymaga łącznego spełnienia następujących warunków:

- 1) zaistnienia okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć – tzn. takiej sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne, a nieprzewidywalność okoliczności jest oceniana obiektywnie i w sposób indywidualny dla każdej sytuacji;
- 2) wystąpienia pilnej potrzeby – na ogół pilność udzielenia zamówienia jest podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji, które spowodowane byłyby niepodjęciem w określonym czasie stosownych działań, jednakże oceniając ową konieczność należy uwzględnić zasadę proporcjonalności, co prowadzi do konkluzji, że można udzielić zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia jedynie w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidzianego zdarzenia;
- 3) niedające się przewidzieć okoliczności powodujące pilną potrzebę udzielenia zamówienia publicznego nie wynikają z przyczyn leżących po stronie zamawiającego – a więc zamawiający nie spowodował sam wystąpienia tych okoliczności,
- 4) brak możliwości dochowania terminów przewidzianych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem – przy czym, jak zauważył Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁶⁹, dotyczy to zarówno zachowania podstawowych terminów, jak również procedury przyspieszonej.

Minusem stosowania negocjacji bez ogłoszenia jest ograniczona konkurencyjność tego trybu.

Co prawda ustawa Pzp przewiduje negocjacje przynajmniej z pięcioma wykonawcami, a w niektórych sytuacjach przynajmniej z dwoma, jednakże liczba ta może nie odzwierciedlać rzeczywistej liczby przedsiębiorców na rynku, którzy byliby zainteresowani uzyskaniem przedmiotowego zamówienia publicznego. Niska konkurencyjność może natomiast mieć wpływ na cenę, którą będzie musiał zapłacić zamawiający wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia. Z drugiej strony, plusem tego trybu jest jego brak sztyw-

⁶⁷ Art. 63 ust. 3 ustawy Pzp.

⁶⁸ *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę*, dokument przyjęty 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów, Warszawa 2010, Urząd Zamówień Publicznych, s. 17-18.

⁶⁹ Wyrok Trybunału z dnia 2 sierpnia 1993 r. w sprawie C-107/92 *Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej*.

nych terminów dla poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia, co może przełożyć się na szybkość prowadzonego postępowania⁷⁰. Jak wynika z danych przedstawionych przez Urząd Zamówień Publicznych, w 2012 r. negocjacje bez ogłoszenia były stosowane tylko w 0,15% postępowań o udzielenie zamówienia o wartości poniżej progów unijnych⁷¹.

Zamówienie z wolnej ręki – zgodnie z przepisem art. 66 ust. 1 ustawy Pzp jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Zastosowanie tego trybu uzależnione jest od spełnienia jednej z przesłanek uregulowanych w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Zamówienie z wolnej ręki jest najpopularniejszym trybem udzielania zamówień publicznych wśród procedur niekonkurencyjnych. Według danych Urzędu Zamówień Publicznych w 2012 r. udzielono w tym trybie 12,26% zamówień o wartości poniżej progów unijnych⁷². Jest to jedyny tryb wykluczający konkurencję, ponieważ zamawiający prowadzi negocjacje tylko z jednym wykonawcą. Jest więc w pełni od niego uzależniony, ponieważ wykonawca wiedząc, że zamawiający zwraca się tylko do niego, na pewno będzie chciał to wykorzystać i próbuje zoptymalizować warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z punktu widzenia swoich potrzeb i wymagań. Brak konkurencyjności w tym trybie rzutować będzie zapewne na cenę udzielanego zamówienia. Zamawiający nie może jednak zapominać, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki jest poprzedzone negocjacjami, stąd też on również nie musi się zgadzać na wszystkie propozycje podnoszone przez wykonawcę. Inną sprawą jest obowiązek rygorystycznego przestrzegania przesłanek stosowania zamówienia z wolnej ręki, przewidzianych w ustawie. Jak wykazują kontrole dotyczące udzielonych zamówień publicznych, jednym z najczęstszych błędów popełnianych przez zamawiających jest stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy nie było ku temu podstaw normatywnych. Intencją autora nie jest przyjęcie założenia o konieczności rezygnacji z udzielania zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki w przypadku efektywnych zamówień publicznych. Tryb ten jest potrzebny, gdyż czasem rzeczywistość stawia zamawiających w takich sytuacjach, gdzie zastosowanie zamówienia z wolnej ręki jest wręcz konieczne do udzielenia zamówienia publicznego. Jednakże ze względu na brak transparentności i konkurencyjności nie należy zbyt oczekiwać jego oddziaływania na efektywność udzielanego zamówienia. Oddziaływanie to może niekiedy sprowadzać się jedynie do szybkości procedury (o ile negocjacje z wykonawcą będą przebiegały sprawnie). W przypadku zamówienia z wolnej ręki niezmiernie dużą rolę w zapewnieniu efektywności odgrywają zdolności negocjacyjne samego zamawiającego, bądź też jego pełnomocników. Tylko w przypadku racjonalnie i sprawnie prowadzonych negocjacji możemy uzyskać *best value for money*. W przeciwnym wypadku, jak pokazuje praktyka, wykonawca będzie chciał wykorzystać wybór trybu zamówienia z wolnej ręki na własną korzyść.

Zapytanie o cenę – zgodnie z przepisem art. 69 ustawy Pzp jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert. W trybie zapytania o cenę można udzielić zamówienia jeżeli:

- 1) przedmiot zamówienia stanowią dostawy lub usługi,
- 2) są one powszechnie dostępne,
- 3) mają ustalone standardy jakościowe,

⁷⁰ Zob.: M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz Lex*, 5. wydanie, Warszawa 2012, Wolters Kluwer Polska, s. 317.

⁷¹ Dane na podstawie: *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, op.cit., s. 26.

⁷² Dane na podstawie: *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, op.cit., s. 29.

4) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ponieważ zapytanie o cenę nie rozpoczyna się ogłoszeniem o zamówieniu, tryb ten jest uznawany za tryb niekonkurencyjny. W 2012 r. był to trzeci najczęściej stosowany tryb udzielenia zamówienia publicznego – w zamówieniach o wartości poniżej progów unijnych (co stanowi warunek *sine qua non* zastosowania tego trybu) wykorzystano ten tryb w 2,34% zamówień⁷³. Zapytanie o cenę sprawdza się w przypadku zamówień publicznych, które dotyczą nieskomplikowanych dostaw lub usług, albowiem zazwyczaj tylko takie możemy uznać za powszechnie dostępne, charakteryzujące się ustalonymi standardami jakościowymi. Złym przykładem stosowania tego trybu są chociażby zamówienia na dostawę samochodów osobowych, udzielane w trybie zapytania o cenę. Mimo że są to produkty powszechnie dostępne, nie można uznać, że posiadają ustalone standardy jakościowe. Jak wynika z wytycznych Komitetu Stałego Rady Ministrów z dnia 18 listopada 2010 r. przyjęcie, iż jakaś usługa czy też dostawa jest standardowa oznacza, że niezależnie od faktu kto będzie ich wykonawcą, jedyną różnicą będą ceny, tzn. sam przedmiot będzie zestandaryzowany, czyli identyczny, abstrahując od tego, który wykonawca go wykona⁷⁴. Nawet nie posiadając specjalistycznej wiedzy na temat technologii poszczególnych producentów samochodów wiemy, że są znaczne różnice między poszczególnymi markami, stąd też stosowanie zapytania o cenę wydaje się niemożliwe. Podobna sytuacja występuje w przypadku zakupów oprogramowania komputerowego. Jak podkreśla Urząd Zamówień Publicznych, nie można uznać, iż jakkolwiek utwór w rozumieniu ustawy Prawo autorskie posiada ustalone standardy jakościowe – a oprogramowanie komputerowe jest uznawane za utwór niezależnie od tego, czy program powstał z inicjatywy własnej autora w celu jego powszechnej sprzedaży, czy też został stworzony dla indywidualnych potrzeb podmiotu trzeciego, zlecającego wykonanie oprogramowania⁷⁵.

Licytacja elektroniczna – zgodnie z przepisem art. 74 ustawy Pzp jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie licytacji elektronicznej, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż unijne kwoty progowe. Oferty składane są w postaci elektronicznej i podlegają automatycznej klasyfikacji na podstawie ceny w taki sposób, że oferta złożona w toku licytacji przestaje wiązać, gdy inny wykonawca złożył ofertę korzystniejszą⁷⁶. W. Dzierżanowski wskazuje, że spośród wszystkich trybów udzielania zamówień publicznych przewidzianych w ustawie Pzp właśnie licytacja elektroniczna najszerzej wykorzystuje instrumenty elektroniczne – jeśli zamawiający dopuści składanie oświadczeń i informacji drogą elektroniczną oraz nie żąda składania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku przesłanek wykluczenia, to wszelkie czynności pomiędzy zamawiającym i wykonawcą mogą być dokonane w formie elektronicznej⁷⁷. Mimo stosunkowej łatwości stosowania tego trybu, nie cieszy się on wielką popularnością. W 2012 r. tylko 0,17% zamówień zostało udzielonych w trybie licytacji elektronicznej⁷⁸. Zamawiający powinni mieć jednak świadomość faktu, że jest to drugi tryb w ustawie Pzp co do szybkości prowadzonego postępowania

⁷³ Dane na podstawie: *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, op.cit., s. 26.

⁷⁴ *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek...*, op.cit., s. 32.

⁷⁵ Szerzej: *Niedopuszczalność nabywania oprogramowania w trybie zapytania o cenę*, Urząd Zamówień Publicznych, www.uzp.gov.pl

⁷⁶ Art. 78 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

⁷⁷ W. Dzierżanowski, [w:] *Elektroniczne zamówienia publiczne w Polsce – ekspertyza*, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 21.

⁷⁸ Dane na podstawie: *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, op.cit., s. 26.

o udzielenie zamówienia. Średni czas trwania postępowania prowadzonego w trybie licytacji elektronicznej wynosi 32 dni (roboty budowlane – 32 dni, dostawy – 31 dni, usługi – 34 dni)⁷⁹, a więc jest o jeden dzień dłuższy od średniego czasu postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (o wartości zamówienia poniżej progów unijnych).

Licytacja elektroniczna, z uwagi na możliwość zastosowania tylko kryterium ceny, **jest przydatna w udzieleniu mało skomplikowanych zamówień publicznych**, a jej niewątpliwą zaletą jest wspomniany już czas trwania postępowania, realna możliwość uzyskania niższej ceny za realizację zamówienia publicznego, zwiększona konkurencyjność (wykonawcy dokonują kolejnych postępień niejako pod presją innych wykonawców i oferowanych przez nich cen) oraz mniejsze koszty administracyjne, zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy. Odpowiednie instrumentarium do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie licytacji elektronicznej jest dostępne dla każdego zamawiającego na stronach Urzędu Zamówień Publicznych, który uruchomił specjalną platformę dla licytacji elektronicznych⁸⁰.

2.3. Usługi niepriorytetowe

W celu zapewnienia efektywności zamówień publicznych, zamawiający powinni pamiętać o szczególnych zasadach udzielania tzw. **zamówień niepriorytetowych**. Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym⁸¹, usługami tymi są:

1. usługi hotelarskie i restauracyjne,
2. usługi transportu kolejowego,
3. usługi transportu wodnego,
4. dodatkowe i pomocnicze usługi transportowe,
5. usługi prawnicze,
6. usługi rekrutacji i pozyskiwania personelu,
7. usługi detektywistyczne i bezpieczeństwa, z wyjątkiem usług samochodów opancerzonych,
8. usługi edukacyjne i szkoleniowe,
9. usługi społeczne i zdrowotne,
10. usługi rekreacyjne, kulturalne i sportowe,
11. inne usługi (a więc wszystkie te, które nie zostały wymienione w wykazie usług niepriorytetowych, a nie są usługami priorytetowymi⁸²).

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Będzie o tym mowa szerzej w rozdziale IV niniejszej publikacji.

⁸¹ Dz.U. Nr 12, poz. 68. Oddzielny wykaz obowiązuje dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Zob.: rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz.U. poz. 1361).

⁸² Usługami o charakterze priorytetowym są: 1) usługi konserwacyjne i naprawcze, 2) usługi transportu lądowego, w tym usługi samochodów opancerzonych oraz usługi kurierskie z wyjątkiem transportu poczty, 3) usługi transportu lotniczego pasażerów i towarów, z wyjątkiem transportu poczty, 4) transport poczty drogą lądową i lotniczą, 5) usługi telekomunikacyjne, 6) usługi finansowe: usługi ubezpieczeniowe oraz usługi bankowe i inwestycyjne, 7) usługi komputerowe i usługi z nimi związane, 8) usługi badawcze i rozwojowe, 9) usługi w zakresie księgowości, audytu oraz prowadzenia ksiąg rachunkowych, 10) usługi badania rynku i opinii publicznej, 11) usługi konsultacyjne w zakresie zarządzania i usługi z nimi związane, 12) usługi architektoniczne, inżynierskie i zintegrowane usługi inżynierskie; usługi urbanistyczne, architektury krajobrazu, związane z nimi usługi konsultacji naukowych i technicznych; usługi badań i analiz technicznych, 13) usługi reklamowe, 14) usługi sprzątnięcia budynków i usługi zarządzania mieniem, 15) usługi w zakresie publikowania i drukowania – wykonywane na podstawie wynagrodzenia lub umowy, 16) usługi w zakresie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usługi sanitarne i podobne.

W myśl przepisu art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym, nie stosuje się przepisów dotyczących:

- terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert,
- obowiązku żądania wadium,
- obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy,
- przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem,
- przesłanek wyboru trybu dialogu konkurencyjnego,
- przesłanek wyboru trybu licytacji elektronicznej.

Jak na to wskazują prowadzone ostatnio badania⁸³ wielu zamawiających, w szczególności nie dysponujących profesjonalną obsługą procedur zamówieniowych, w ogóle nie zna podziału usługi o charakterze priorytetowym i o charakterze niepriorytetowym. Tymczasem bardziej elastyczne procedury dotyczące udzielania zamówień publicznych na usługi niepriorytetowe pozwalają zwiększyć efektywność udzielanych zamówień, chociażby z perspektywy ich czasochłonności. Mając na uwadze okoliczność braku obowiązku żądania wadium, prawidłowe stosowanie przepisów dotyczących zamówień na usługi niepriorytetowe generuje również oszczędności po stronie wykonawców, ułatwiając ubieganie się o zamówienie chociażby dla przedsiębiorców należących do sektora mikro, małych i średnich przedsiębiorstw.

2.4. Umowa ramowa

Po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może również zawrzeć tzw. **umowę ramową**, uregulowaną w przepisach art. 99 – 101 ustawy Pzp.

Umowa ramowa to umowa zawarta pomiędzy zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. Tak więc **celem postępowania o zawarcie umowy ramowej, nie jest udzielenie zamówienia publicznego, lecz ustalenie warunków do zawarcia umowy następczej**, a więc umowy realizacyjnej zamówienia publicznego, przy czym zawarcie umowy ramowej nie obliuguje zamawiającego do zawarcia umów realizacyjnych⁸⁴. Umowa ramowa zawierana jest na okres nie dłuższy niż 4 lata, aczkolwiek ze względu na przedmiot zamówienia i szczególnie interes zamawiającego może być zawarta na czas dłuższy (przy obowiązku notyfikacji tego faktu do Prezesa UZP). Umowę ramową zawiera się z jednym wykonawcą, jeżeli z przyczyn technicznych lub organizacyjnych zawarcie umowy z większą liczbą wykonawców byłoby dla zamawiającego niekorzystne, bądź co najmniej z trzema wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej wykonawców.

Realizacja przedmiotu zamówienia objętego umową ramową odbywa się w drodze odrębnych zamówień udzielanych wykonawcy lub wykonawcom, z którymi zostały zawarte umowy ramowe. Umowa ramowa ustala warunki dotyczące zamówień publicznych, które mogą zostać udzielone w dalszym czasie (w szcze-

⁸³ A. Borowicz, Z. Trojanowska-Ledzion, *Przetargi na wycenę nieruchomości – dlaczego tylko cena?*, *Nieruchomość* 2013, nr 2, s. 43-50.

⁸⁴ Tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1434/08; KIO/UZP 1451/08. Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 30 marca 2006 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-861/06) określił procedurę zawarcia umowy ramowej w sposób następujący: „zawarcie umowy ramowej stanowi jedynie jeden z etapów złożonego strukturalnie i stopniowo rozwijającego się procesu zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego i nie jest jednoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego”.

gólności dotyczące ceny i w razie potrzeby przewidywanych ilości), stąd też, jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza wybór wykonawców poprzedzony zostaje oceną ofert ramowych stanowiący rodzaj prekwalifikacji, dokonywanej zarówno na podstawie kryteriów podmiotowych, jak i przedmiotowych, ponieważ konieczne jest uprzednie stwierdzenie, czy wykonawca, z którym taka umowa miałaby być zawarta, jest zdolny do wykonania przedmiotu umowy wykonawczej⁸⁵.

W celu zawarcia umowy ramowej wykonawcy składają oferty, które następnie stanowią integralną część umowy ramowej, określając zakres przedmiotowy zobowiązania wykonawcy⁸⁶. Oferta ta ma istotne znaczenie dla realizacji zamówienia objętego umową ramową, ponieważ zamawiający udziela zamówienia:

- 1) wykonawcy, z którym zawarł umowę ramową, na warunkach nie mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej;
- 2) wykonawcom, z którymi zawarł umowę ramową, zapraszając ich do składania ofert, przy czym oferty składane w wyniku zaproszenia nie mogą być mniej korzystne od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej⁸⁷.

Należy przy tym pamiętać, że **zawarcie umowy wykonawczej** na część nieobjętą ofertą ramową stanowi naruszenie art. 101 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych⁸⁸. Podkreślenia wymaga, że samo zawarcie umowy ramowej nie stanowi zaciągnięcia zobowiązania zamawiającego względem wykonawców, z którymi zawarto umowę ramową, do udzielania umów realizacyjnych, ani nie oznacza zaciągnięcia zobowiązania wykonawców względem zamawiającego do uczestniczenia w postępowaniach prowadzonych w celu udzielenia zamówienia publicznego będącego przedmiotem umowy ramowej. Mimo to, zawarcie umowy ramowej rodzi pozytywne skutki zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców. Jak trafnie podkreśla J. Jerzykowski, zamawiający z jednej strony uzyskuje możliwość szybkiego udzielania zamówień na rzecz wybranej w sposób konkurencyjny grupy wykonawców, z drugiej zaś otrzymuje elastyczny instrument, który może okazać się szczególnie przydatny w przypadku zamówień publicznych, których zakres lub wielkość nie są możliwe do precyzyjnego określenia lub też nie można w stosunku do nich precyzyjnie wskazać terminów realizacji poszczególnych części świadczenia⁸⁹. Natomiast wykonawca, z którym zawarto umowę ramową, znajduje się w lepszej sytuacji na rynku zamówień publicznych, niż jego pozostali uczestnicy, ponieważ zawarcie umowy ramowej oznacza dla niego szybszą i mniej formalną procedurę, polegającą jedynie na zaproszeniu do złożenia oferty realizacyjnej. Zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy plusem będzie więc szybkość prowadzonych postępowań oraz zmniejszenie kosztów administracyjnych związanych z częściowym odformalizowaniem postępowań zmierzających do zawarcia umów realizacyjnych.

Pewną barierą w zawieraniu umów ramowych jest lakoniczność przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w omawianej dziedzinie. Zawarcie umowy ramowej jest procesem dość złożonym, żeby nie powiedzieć skomplikowanym, a brak wyczerpującej regulacji prawnej może stanowić pewną przeszkodę dla zamawiających, którzy nie korzystając z profesjonalnej obsługi prawnej, nie będą po prostu wiedzieli jak z instytucji umowy ramowej skorzystać. Nie zmienia to jednak faktu, iż zawieranie umów ramowych może w znacznej mierze usprawnić system udzielania zamówień u konkretnego zamawiającego, a także generuje wartość dodaną dla wykonawców, co pozwala na zaliczenie tej instytucji do grupy instrumentów zapewniających efektywność zamówień publicznych.

⁸⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 41/12.

⁸⁶ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO/KD 38/10.

⁸⁷ Art. 101 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

⁸⁸ Tak: Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO/KD 38/10.

⁸⁹ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, op.cit., s. 493.

2.5. Aukcja elektroniczna

W sytuacji, w której postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może skorzystać z **aukcji elektronicznej**, przewidzianej w przepisie art. 91a ustawy Pzp, o ile przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Celem aukcji elektronicznej jest oczywiście wybór najkorzystniejszej oferty, jednakże nie znajduje ona zastosowania w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej⁹⁰. Wynika to przede wszystkim z braku możliwości dokonania rzetelnej i prawidłowej oceny tego typu zamówień w sposób automatyczny przez elektroniczny system aukcyjny⁹¹.

Istota aukcji elektronicznej sprowadza się do tego, że oferty wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji, startują w aukcji z konkretnej pozycji, wynikającej z otrzymanej przez nich punktacji. W czasie trwania aukcji wykonawcy mogą składać tzw. **postąpienia**, czyli niejako korzystniejsze wersje swoich wcześniejszych ofert, które podlegają automatycznej ocenie i klasyfikacji. Tak więc wykonawca na bieżąco zna pozycję i punktację swojej oferty oraz punktację oferty najkorzystniejszej. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej zamawiający nie ujawnia informacji, które umożliwiłyby identyfikację konkretnych wykonawców, czy też raczej powiązanie ich z konkretnymi postąpieniami (informację o tym, kto został zaproszony do aukcji elektronicznej można pozyskać, o czym mowa poniżej).

Aukcja elektroniczna przeprowadzana jest po dokonaniu oceny ofert, która wyznacza krąg podmiotów, do których zamawiający może skierować zaproszenie do aukcji⁹². Zgodnie z przepisem art. 91b ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Tak więc na etapie oceny ofert zamawiający może zdecydować o odrzuceniu oferty, a czynność ta może być przedmiotem zaskarżenia do Krajowej Izby Odwoławczej. Zaproszenie przez zamawiającego wybranych wykonawców oznacza, że w ocenie zamawiającego ich oferty nie podlegają odrzuceniu. W ocenie KIO wystosowanie zaproszenia do aukcji elektronicznej jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert, tak więc od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty⁹³.

Warto również podkreślić, że ustawa Pzp uzależnia zastosowanie aukcji elektronicznej m.in. od tego, czy złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, jednakże jeśli liczba tych ofert jest większa, to zamawiający wysyła zaproszenia wszystkim, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Co prawda zamawiający nie przekazuje w zaproszeniu do aukcji elektronicznej informacji o innych zaproszonych wykonawcach, lecz informacja o tym, którzy wykonawcy zostali zaproszeni do aukcji znajduje się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia i jest jawna dla wykonawców. Oznacza to, że każdy z nich jest w stanie powziąć wiadomość o tym, którzy wykonawcy zostali zakwalifikowani do tego etapu postępowania⁹⁴.

Stosowanie aukcji elektronicznej nacechowane jest pewnymi niuansami proceduralnymi, niespotykanymi przez zamawiających przyzwyczajonych jedynie do przetargu nieograniczonego. *Inter alia* zarówno zamawiający, jak i wykonawcy powinni pamiętać o tym, że czynność zakwalifikowania wykonawcy do aukcji elektronicznej jest tzw. inną czynnością w rozumieniu przepisu art. 182 ust. 3 ustawy Pzp⁹⁵, w związku

⁹⁰ Art. 91a ust. 2 ustawy Pzp.

⁹¹ Zob.: M. Szymczak, *Instrumenty elektroniczne w procesie udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2010, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 17.

⁹² Tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2206/11, KIO 2217/11, KIO 2218/11.

⁹³ Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 271/12.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Tak: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2012 r., sygn. akt: 299/12.

z czym odwołanie od niej wnosi się w terminie 10 dni (w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza tzw. progi unijne) lub w terminie 5 dni (poniżej tzw. progów unijnych). Termin jest liczony od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Aukcja elektroniczna jest jednoetapowa, a kryteriami oceny ofert w jej toku są wyłącznie kryteria określone w SIWZ, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej (art. 91a ust. 3 ustawy Pzp). To odróżnia aukcję elektroniczną od licytacji elektronicznej, która może być zarówno jednoetapowa, jak i wieloetapowa, natomiast oferty są klasyfikowane jedynie na podstawie ceny. Oczywiście nie można również zapominać, iż licytacja elektroniczna jest odrębnym, samoistnym trybem udzielenia zamówienia, natomiast aukcja elektroniczna jest jedynie instrumentem akcesoryjnym do przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Wracając do stosowania odpowiednich kryteriów oceny ofert, praktyka rzeczywiście wykazuje najczęstsze stosowanie jedynie kryterium ceny. Zamawiający może stosować jednak również inne kryteria, pod warunkiem, że są one wymierne, dotyczące np. kwestii przedmiotowych (parametry oferowanego sprzętu), czy też kwestii kontraktowych (np. termin realizacji, okres gwarancji)⁹⁶. Należy jednak pamiętać, iż ustawodawca, zgodnie z przepisem art. 91c ust. 1 ustawy Pzp, wyłączył w omawianym trybie możliwość stosowania przepisu art. 89 ustawy Pzp. W konsekwencji, zamawiający nie ma możliwości odrzucania ofert składanych w toku aukcji elektronicznej. Zatem stosując jedynie kryterium ceny zamawiający nie posiada uprawnień do odrzucenia oferty, która w jego ocenie zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze **efektywność zamówień publicznych** należy zadać sobie pytanie kiedy powinno się korzystać z aukcji elektronicznej oraz jakie ona może przynieść korzyści zamawiającym. Wskazuje się, że aukcja elektroniczna pozwala wykonawcom na „poprawienie” swoich ofert, złożonych wcześniej w toku przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem⁹⁷. W ten sposób wykonawcy składają oferty korzystniejsze, a dzięki przekazywanym na bieżąco informacjom o pozycji i punktacji ich ofert oraz oferty najkorzystniejszej, są oni w stanie śledzić propozycje innych wykonawców i na nie reagować. W ten sposób aukcja elektroniczna zwiększa transparentność postępowania o udzielenie zamówienia i w konsekwencji wymusza większą rywalizację pomiędzy wykonawcami, co przynosi wymierne efekty zamawiającym w postaci redukcji kosztów transakcji oraz generalne oszczędności⁹⁸. Jak wskazuje M. Szymczak, to właśnie częściowe ograniczenie zasady tajności ofert przed terminem ich otwarcia prowadzi *de facto* do zwiększenia konkurencyjności postępowania i pozwala zamawiającym na uzyskanie bardziej korzystnych ofert – doświadczenia z innych państw członkowskich Unii Europejskiej wskazują, że oszczędności mogą sięgać nawet 20% wartości zamówienia⁹⁹. Tak więc podstawową zaletą stosowania aukcji elektronicznej są **korzyści cenowe**¹⁰⁰. Zastosowanie aukcji elektronicznej zwiększa efektywność

⁹⁶ Zob.: D. Koba, *Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających, szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 29.

⁹⁷ M. Szymczak, *Aukcja elektroniczna. Praktyczny poradnik dla użytkowników Platformy Aukcji Elektronicznej UZP*, Warszawa 2009, Urząd Zamówień Publicznych, s. 3.

⁹⁸ Tak również: S. De Schrijver, J. Van Acker, *New Models of Public Procurement: E-Auction and Competitive Dialogue*, [w:] *IT Law – The Global Future: Achievements, Plans and Ambitions*, pod redakcją: A. R. Lodder, A. Meijboom, D. T. L. Oosterbaan, Elsevier 2006.

⁹⁹ M. Szymczak, *Aukcja elektroniczna...*, op.cit., s. 3. Autor wskazuje również, że zastosowanie elektronicznych środków komunikacji ułatwia dostęp do informacji o prowadzonych postępowaniach, co w konsekwencji zapewnia pełną realizację zasady jawności i przejrzystości postępowania.

¹⁰⁰ Tak również: P. Wiśniewski, *Wykorzystanie narzędzi elektronicznych w obszarze zamówień publicznych jako sposób przeciwdziałania zjawisku korupcji w Polsce*, Analizy i Opinie nr 57, styczeń 2006, Instytut Spraw Publicznych, s. 2-3.

ekonomiczną udzielanych zamówień, przy czym badania wykazują, że istnieje zależność pomiędzy liczbą wykonawców biorących udział w aukcji, a możliwym do uzyskania obniżaniem ceny ofert, polegająca na tym, że im większa liczba wykonawców, tym niższa cena uzyskana ostatecznie¹⁰¹.

2.6. Dynamiczny system zakupów

Dynamiczny system zakupów to ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są dostawy powszechnie dostępne nabywane na podstawie umowy sprzedaży lub usługi powszechnie dostępne¹⁰². Zgodnie z przepisem art. 101 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może ustanowić dynamiczny system zakupów oraz udzielać zamówień objętych tym systemem, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, z uwzględnieniem różnic wynikających z rozdziału 2 działu III ustawy Pzp.

Dynamiczny system zakupów należy do kręgu elektronicznych narzędzi udzielania zamówień publicznych. Nie jest to odrębny tryb postępowania o udzielenie zamówienia, lecz *sui generis* **metoda udzielania zamówień**. W literaturze wskazuje się, że dynamiczny system zakupów pozwala osiągnąć większą efektywność ekonomiczną udzielanych zamówień, poprzez realizację zasady *value for money*¹⁰³. W trybie tym nie występuje problem braku konkurencji, ponieważ dynamiczny system zakupów wymaga publikacji ogłoszenia, a po drugie dotyczy dostaw lub usług powszechnie dostępnych, co już samo w sobie przekłada się na dużą liczbę wykonawców na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia, którzy mogą być zainteresowani udzieleniem zamówienia. Zamawiający jest więc w stanie rzeczywiście uzyskać korzystną cenę, nie będąc jednocześnie uzależnionym od wąskiej grupy wykonawców. Należy mieć jednak na uwadze fakt, że dynamiczny system zakupów ustanawia się na **okres nie dłuższy niż 4 lata**, z tym że ze względu na przedmiot zamówienia i szczególny interes zamawiającego system może być ustanowiony na okres dłuższy (powstaje wtedy obowiązek zawiadomienia o tym fakcie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych)¹⁰⁴. Żeby dynamiczny system zakupów był efektywny w tak długim okresie, zamawiający musi dopasować czas trwania dynamicznego systemu zakupów do przedmiotu zamówienia objętego tym systemem, a także dobrze rozplanować przewidywane terminy dokonywania zamówień.

Dynamiczny system zakupów do tej pory wykorzystywany był niezwykle rzadko, chociaż kryje on w sobie dość duży potencjał. Mimo że jest to instrument opcjonalny, zależny tylko i wyłącznie od woli zamawiającego, warto rozważyć jego częstsze stosowanie. Plusy stosowania dynamicznego systemu zakupów w zakresie dostaw i usług powszechnie dostępnych stanowią istotną wartość dodaną stosowania tego systemu. Z uwagi na składanie ofert (zarówno orientacyjnych, jak i ofert końcowych) **w formie elektronicznej**, dynamiczny system zakupów generuje również określone oszczędności po stronie wykonawców. Barię w stosowaniu tego instrumentu może być jednak konieczność posiadania przez zamawiającego odpowiedniego systemu komputerowego, który stanowi warunek konieczny dla prawidłowego przebiegu dynamicznego systemu zakupów¹⁰⁵.

¹⁰¹ Szerzej: J. Pavel, E. Sičáková-Beblová, *Do E-Auctions Really Improve the Efficiency of Public Procurement? The Case of the Slovak Municipalities*, Prague Economic Papers 2013, vol. 1, s. 111-124; J. Pavel, R. Kubík, *Impact of E-Auctions on Public Procurement Effectiveness*, International Proceedings of Economics Development and Research 2011, vol. 14, s. 6-10.

¹⁰² Art. 2 pkt 2a ustawy Pzp.

¹⁰³ Zob.: *Dynamic Purchasing Systems. OGC Guidance on Dynamic Purchasing Systems in the Procurement Regulations*, Office of Government Commerce 2008, s. 4.

¹⁰⁴ Art. 102 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

¹⁰⁵ Na taką konieczność wskazuje m.in.: B. Andruczyk, *Aspekty praktycznego wykorzystania narzędzi elektronicznych w procesie udzielania zamówień publicznych*, [w:] B. Ulijasz (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych*, Warszawa 2010, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 98.

2.7. Konkurs

Zgodnie z przepisem art. 110 ustawy Pzp, konkurs jest przyrzeczeniem publicznym, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych. Ustawa Pzp nie zawiera więc zamkniętego katalogu określającego czego może dotyczyć praca konkursowa. W orzecnictwie wskazuje się, że przedmiotem konkursu jest wykonanie określonej pracy intelektualnej, której efektem jest opracowanie koncepcji rozwiązania problemu stanowiącego przedmiot konkursu¹⁰⁶.

Konkurs może być jednoetapowy lub dwuetapowy, a nagrodami mogą być:

- 1) nagroda pieniężna lub rzeczowa;
- 2) zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych lub
- 3) zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej¹⁰⁷.

Konkurs nie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednakże posiada wiele podobieństw do procedur przetargowych. Zamiast komisji przetargowej, zamawiający powołuje tzw. sąd konkursowy. Podstawą przeprowadzenia konkursu jest ustalony przez zamawiającego regulamin, będący swoistym odpowiednikiem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Ponadto, podobnie jak w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego celem jest wybór najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, celem konkursu jest **wybór najlepszej pracy konkursowej** przedstawionej przez uczestnika konkursu spełniającego ustalone przez zamawiającego warunki¹⁰⁸.

Jedną z podstawowych zasad rządzących konkursem, jest tzw. zasada anonimowości. Polega ona na obojętnym zapewnieniu przez zamawiającego, że do czasu rozstrzygnięcia konkursu przez sąd konkursowy nie będzie możliwe zidentyfikowanie prac konkursowych. Tak więc na etapie oceny prac konkursowych nie powinno być możliwe przypisanie konkretnego autora do konkretnej pracy. **Identyfikacja prac konkursowych jest dokonywana przez sąd konkursowy dopiero po rozstrzygnięciu konkursu.** Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, wobec większej swobody zamawiających w kształtowaniu kryteriów oceny prac konkursowych, niż jest to dopuszczalne przy ocenie ofert w ramach zamówień publicznych, zasada anonimowości jest gwarancją zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników konkursu przez jego organizatorów¹⁰⁹.

Właśnie w obowiązywaniu zasady anonimowości należy upatrywać się potencjalnego zwiększenia efektywności udzielanych zamówień poprzez inteligentne i prawidłowe wykorzystywanie instytucji konkursu. Jak zostało wskazane wcześniej, zamawiający udzielając zamówienia publicznego potrafią się często kierować subiektywnymi odczuciami oraz przesłankami pozostającymi poza reżimem prawa zamówień publicznych, co do wykonawcy zamówienia. O ile te impulsy pozostają jedynie w sferze woli zamawiającego, nie ma to większego znaczenia dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Jednakże jeśli przekładają się na sferę działań zamawiającego i mają wpływ na postępowanie o udzielenie zamówienia, a przede wszystkim na jego wynik, to jest to sytuacja o dużym prawdopodobieństwie niezgodności z prawem. Konkurs natomiast jest **bardzo obiektywny**. W konkursie zamawiający jest „uwolniony” od jakichkolwiek przywiązań czy też preferencji co do ewentualnego wykonawcy. Przynajmniej takie jest założenie. Nie można bowiem wykluczyć, że zamawiający uzgodni z uczestnikiem konkursu jakiś sposób umożliwiający

¹⁰⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2006 r., sygn.: V Ca 2164/06.

¹⁰⁷ Art. 111 ust. 1 ustawy Pzp.

¹⁰⁸ Tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1930/09.

¹⁰⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 211/11.

rozpoznanie konkretnej pracy konkursowej. Należy jednak pamiętać, że naruszenie zasady anonimowości stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym przypadku art. 121 ust. 4, które prowadzić powinno do unieważnienia konkursu¹¹⁰, w sytuacji gdy zostanie stwierdzone po rozstrzygnięciu konkursu, bądź prowadzi do wykluczenia uczestnika konkursu, na etapie oceny prac konkursowych, jeśli zamawiający uzna, że nie przestrzega on zasady anonimowości¹¹¹.

Na zwiększenie efektywności udzielanych zamówień poprzez właściwe zastosowanie instytucji konkursu ma wpływ oczywiście również sama istota konkursu i to, co w efekcie rozstrzygnięcia konkursu zamawiający może otrzymać. Konkurs umożliwia zamawiającemu otwarcie się na innowacyjne pomysły jego uczestników. Konkurs jest platformą do wymiany doświadczeń i prezentowania nowych koncepcji oraz nowatorskich rozwiązań sektorowi publicznemu przez biznes¹¹². Zatem **konkurs zwiększa efektywność zamówień publicznych** nie tylko po stronie zamawiających, lecz również wykonawców, którzy dzięki konkursowi mają możliwość zaprezentowania swoich rozwiązań i koncepcji, dając pozytywny impuls dla zamawiających do wyłamania się z utartych schematów. Inteligentny zamawiający powinien znać swoje ograniczenia kreatywne oraz respektować ciekawe idee innych uczestników rynku, a w konsekwencji powinien zatem znać możliwości, które daje zorganizowanie konkursu zgodnie z przepisami ustawy Pzp i wiedzieć, kiedy je zastosować.

2.8. Opis przedmiotu zamówienia

Na efektywność zamówienia publicznego duży wpływ wywiera opis przedmiotu zamówienia. Odpowiednio przygotowany może pozwolić zamawiającemu na uzyskanie większej liczby lepszych ofert, bardziej odpowiadających potrzebom zamawiającego, z uwzględnieniem innowacyjnych rozwiązań przedstawianych przez wykonawców, często bardziej atrakcyjnych cenowo. Z drugiej strony niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia naraża zamawiającego na zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp, przede wszystkim art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp¹¹³, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp¹¹⁴. Taki opis przedmiotu zamówienia może naruszać uczciwą konkurencję, preferować konkretnych wykonawców bądź konkretne produkty, jednocześnie zamykając dostęp do zamówienia innym wykonawcom, produktom bądź usługom, może powodować niezrozumienie wykonawców, co do intencji zamawiającego, co w rezultacie przełoży się na gorsze przygotowanie ofert, zarówno pod względem ceny, jak i jakości oferowanych świadczeń.

Oczywiście, należy mieć na uwadze fakt, który podniosła również Krajowa Izba Odwoławcza, że w praktyce zamówień publicznych prawie nigdy nie jest możliwy taki opis przedmiotu zamówienia, który umożliwiałby wszystkim wykonawcom złożenie oferty¹¹⁵. Zamówienie nie musi być w jednakowym stopniu „wygodne” dla wszystkich wykonawców i dostosowane do profilu ich oferty rynkowej oraz wykonywanej działalności¹¹⁶. W zamówieniach publicznych nie istnieje bowiem coś takiego jak konkurencyjność abso-

¹¹⁰ Szerzej: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 327/08, KIO/UZP 328/08.

¹¹¹ Szerzej: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2293/11; wyrok KIO z dnia 1 października 2010 r., sygn. akt: KIO/2019/10.

¹¹² Zob.: A. Panasiuk [w:] A. Panasiuk, Z. Kłoda, *Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom*, Warszawa 2010, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 26.

¹¹³ Art. 29 ust. 1: Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. 3. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

¹¹⁴ Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

¹¹⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 54/12.

¹¹⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1122/10.

lutna, a niedopuszczalność jej ograniczania jest w pewien sposób stopniowalna¹¹⁷. Tak naprawdę każde uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia, postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji i powstania sytuacji, w której postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie będą w równy sposób odpowiadały każdemu potencjalnie zainteresowanemu wykonawcy¹¹⁸. Zamawiający musi pamiętać, że to on identyfikuje i określa swoje potrzeby, które mają zostać zaspokojone przez udzielone zamówienie, jednakże ich swobodne kształtowanie jest ograniczane przez zasadę zachowania uczciwej konkurencji¹¹⁹. Zawsze zamawiający może wymagać spełnienia jakiegoś minimalnego poziomu wymagań, które spełnią jego oczekiwania. Oferty niespełniające tego poziomu zostaną odrzucone jako niezgodne z SIWZ. Natomiast oferty przekraczające minimalne wymagania mogą być dodatkowo punktowane, za pomocą pozacenowych kryteriów oceny ofert, o czym będzie mowa w dalszej części niniejszego rozdziału.

W rezultacie wszelkie ewentualne zamykanie możliwości uzyskania zamówienia potencjalnym wykonawcom musi mieć obiektywne uzasadnienie w charakterze potrzeb zamawiającego.

Na marginesie warto wspomnieć, że w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się słuszny pogląd, zgodnie z którym opis przedmiotu zamówienia, dokonany przez zamawiającego w taki sposób, że tylko jeden wykonawca jest w stanie złożyć zgodną z nim ofertę, może nie stanowić naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, jeśli zamawiający żąda rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych, a tylko takie są w stanie spełnić jego wymagania¹²⁰. Należałoby jednak rozważyć, czy w takim razie zamawiający nie powinien udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Podstawową zasadą odnoszącą się do opisu przedmiotu zamówienia, przewidzianą w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, jest opis przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Innymi słowy, **zamawiający ma obowiązek** opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby żaden wykonawca nie miał wątpliwości co do tego, czego oczekuje zamawiający, a więc jaki produkt oraz na jakich warunkach ma wykonawca zaoferować, aby spełniał on wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia¹²¹. Taki opis przedmiotu zamówienia wpływa niewątpliwie na efektywność zamówienia publicznego, pozwalając uzyskać oferty, które rzeczywiście odpowiadają oczekiwaniom zamawiającego.

Jak wskazuje R. Jędrzejewski, w praktyce wyróżnia się trzy sposoby dokonywania opisu przedmiotu zamówienia:

- 1) **konwencjonalny** – oznaczający, że zamawiający posługuje się w opisie przedmiotu zamówienia cechami technicznymi i jakościowymi z zachowaniem Polskich Norm, przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego, przenoszących normy europejskie,
- 2) **funkcjonalny** – polegający na wskazaniu wymogów funkcjonalnych,
- 3) **mieszany** – zawierający jednocześnie wskazanie cech technicznych i jakościowych oraz wymogów funkcjonalnych¹²².

¹¹⁷ Zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO/28/11.

¹¹⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO/28/11.

¹¹⁹ Tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11.

¹²⁰ Zob. m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11.

¹²¹ Tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 136/12.

¹²² R. Jędrzejewski, *Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 26.

Konwencjonalny opis przedmiotu zamówienia najlepiej sprawdza się w stosunku do zamówień zestandarizowanych, podczas gdy opis funkcjonalny może być wzięty pod uwagę, gdy zamawiający chce uzyskać pewne niestandardowe rozwiązania, optymalnie spełniające jego indywidualne potrzeby¹²³.

W przypadku opisu funkcjonalnego zamawiający określa efekt, który go interesuje, rezultat, który ma być uzyskany; określa funkcje, które ma spełniać przedmiot zamówienia. Opis funkcjonalny jest opisem bardziej elastycznym, pozwalającym na uzyskanie innowacyjnych pomysłów i rozwiązań od wykonawców. Oczywiście, opis konwencjonalny w niektórych przypadkach jest konieczny, jednakże duże uszczegółowienie techniczne przedmiotu zamówienia może zawęzić możliwości zastosowania innych rozwiązań, które funkcjonalnie i jakościowo byłyby analogiczne i jako takie spełniały wymagania zamawiającego¹²⁴.

Zresztą, zamawiający nie musi przecież wiedzieć wszystkiego, nie musi posiadać totalnej wiedzy technicznej o przedmiocie zamówienia. W takiej sytuacji zamawiający powinien jednak również skorzystać z omawianego wcześniej dialogu technicznego. Innym rozwiązaniem byłoby zastosowanie odpowiedniego trybu udzielenia zamówienia, np. w postaci negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego, jeśli rzeczywiście spełnione są przesłanki obiektywnego braku możliwości w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami prawa zamówień publicznych.

Jak już wskazano wcześniej zamawiający może również korzystać ze wsparcia ekspertów, może analizować dostępne i sprawdzone rozwiązania rynkowe, a także odwoływać się do ewentualnych dobrych praktyk. Istotną rolę powinny odgrywać w tym procesie opinie i poradniki Urzędu Zamówień Publicznych, który propaguje pewne wzorcowe rozwiązania dotyczące np. opisywania przedmiotu zamówienia na oprogramowanie komputerowe, etc. Podkreślenia jednak wymaga, że wsparcie eksperckie potrafi generować duże koszty po jego stronie, na które nie każdego zamawiającego stać. Analiza dostępnych rozwiązań rynkowych w przypadku braku elementarnej wiedzy praktycznej w tym zakresie jest trudna, czy wręcz niemożliwa i może niekorzystnie odbić się na samym opisie przedmiotu zamówienia.

2.9. Ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu

Warunki udziału w postępowaniu reguluje przepis art. 22 ustawy Pzp, w myśl którego o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia,
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej¹²⁵.

Ponadto zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Zob.: B. Kobza, *Korzyści wynikające z wprowadzenia nowego podejścia do zamówień publicznych (korzyści społeczne, finansowe, ekonomiczne – w tym popytowe, prawne, ekologiczne)*, [w:] B. Uliasz (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych*, Warszawa 2010, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 136.

¹²⁵ Art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

niepełnosprawnych¹²⁶ lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego (art. 22 ust. 2 ustawy Pzp).

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu jest zawsze czynnością odrębną od oceny ofert. Jednakże w zależności od wybranego trybu postępowania o udzielenie zamówienia, obie czynności mogą mieć miejsce w jednym etapie postępowania, bądź w dwóch oddzielnych etapach. Wszystko zależy od tego, czy zamawiający wybierze procedurę jednoetapową czy też wieloetapową. Wskazując za A. Borowiczem mówimy bowiem o trybach pojedynczego rankingowania (przetarg nieograniczony, negocjacje bez ogłoszenia, zapytanie o cenę oraz licytacja elektroniczna) oraz trybach podwójnego rankingowania (przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem oraz dialog konkurencyjny)¹²⁷. Innymi słowy, w trybach podwójnego rankingowania występuje etap prekwalfikacji, w trakcie którego, jeszcze przed złożeniem ofert, bada się zdolność wykonawców do realizacji zamówienia, sprawdzając czy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Jak było już wskazane wcześniej, przy okazji omawiania zamówień publicznych udzielanych w trybie przetargu ograniczonego, procedura prekwalfikacji stanowi duże uproszczenie dla wykonawców, w szczególności w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia jest bardzo skomplikowany, co przekłada się na wysokie koszty przygotowania samej oferty.

Oceniając ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu z punktu widzenia efektywności zamówień publicznych należy mieć na uwadze fakt, iż **wyбір rzetelnego wykonawcy** minimalizuje ryzyko niepowodzenia na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, związanego z brakiem doświadczenia wykonawcy, brakiem płynności finansowej, czy też potencjałem niewspółmiernym do zleconego zadania. Z drugiej strony, zamawiający nie powinien zaważać konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia w drodze ukształtowania warunków udziału w postępowaniu na zbyt wysokim poziomie. Takie „wyśrubowane” warunki udziału stanowią istotną barierę w dostępie do zamówień publicznych przedsiębiorców należących do sektora mikro, małych i średnich przedsiębiorstw. **Praktyka pokazuje** również, że zamawiający nie rozumieją istoty formułowania warunków udziału w postępowaniu, nie wiedząc tak naprawdę jak postawione warunki wpływają na realizację zamówienia publicznego. Przykładem może być nadmierne przywiązanie do kryterium posiadania doświadczenia, które część zamawiających postrzega na zasadzie „im większe doświadczenie, tym sprawniejsza realizacja przedmiotu zamówienia”. W rzeczywistości jednak na sprawność i terminowość realizacji zamówienia większy wpływ ma posiadany przez wykonawcę potencjał kadrowy i techniczny. W konsekwencji, jeśli zamawiającemu zależy na terminowym wykonaniu zamówienia, powinien temu dać wyraz opisując w odpowiedni sposób warunek udziału w postępowaniu związany z dysponowaniem odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia¹²⁸. Oczywiście należy również pamiętać, iż zgodnie z ustawą Pzp zamawiający nie we wszystkich przypadkach musi formułować szczegółowe wymagania w zakresie stawianych warunków. Ocena spełniania warunków może być dokonywana na podstawie samych oświadczeń, w przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych, natomiast w przypadku zamówień o wartości równej lub

¹²⁶ Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tekst jednolity: Dz.U. z 2011 r., Nr 127, poz. 721 ze zmianami). Państwa członkowskie Unii Europejskiej były zobligowane w tym zakresie do implementacji dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, O.J. L 2000, 303, 16.

¹²⁷ Szerzej: A. Borowicz, *Nowe unormowania prawa zamówień publicznych jako potencjalny przedmiot kontroli*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, op.cit., s. 11-13.

¹²⁸ Szerzej: J. Sadowy (red.), *Wyniki przeprowadzonych w 2012 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, Urząd Zamówień Publicznych, s. 55-56. Omówiono tam postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem była dostawa 10 sztuk jednoczłonowych autobusów. Wskazano, że do wykonania takiego zamówienia nie jest niezbędne posiadanie doświadczenia w zakresie dostarczenia takiej samej liczby autobusów, ponieważ istota rzeczy nie sprowadza się do doświadczenia, ale do technicznej wiedzy i umiejętności wykonania takich autobusów oraz organizacyjnej zdolności ich dostarczenia.

przekraczającej kwoty progowe zamawiający jest zobowiązany do żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane¹²⁹.

2.10. Kryteria oceny ofert

Jednym z celów efektywnych zamówień publicznych jest wybór oferty będącej najkorzystniejszą z punktu widzenia zamawiającego. Ustawa Pzp w art. 2 pkt 5 definiuje najkorzystniejszą ofertę jako ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

Zamawiający ma więc do wyboru dwie możliwości:

- 1) **zastosowanie kryterium najniższej ceny** (ang. *lowest price*),
- 2) **zastosowanie kryterium najniższej ceny i przynajmniej jeszcze jednego kryterium odnoszącego się do przedmiotu zamówienia publicznego** (w prawie zamówień publicznych takie kryterium określa się mianem kryterium „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie”, tzw. MEAT, ang. *most economically advantageous tender*).

W praktyce znajdziemy więc przypadki, gdzie rzeczywiście ofertą najkorzystniejszą będzie oferta oceniona tylko pod kątem najniższej ceny. W innych przypadkach zamawiający może jednak uznać, że oferta z najniższą ceną, mimo że najtańsza, może nie być ofertą najkorzystniejszą i w konsekwencji zdecyduje zastosować kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Doświadczenie pokazuje jednak, iż zamawiający w większości przypadków decydują się na użycie tylko kryterium najniższej ceny.

Jak zostanie wykazane poniżej, **odpowiedni wybór kryteriów oceny ofert**, a także **nadanie im właściwej wagi**, ma kluczowe znaczenie dla efektywności zamówienia publicznego. Stąd też, co do zasady, zamawiający ma swobodę wyboru kryteriów oceny ofert, czyli kryteriów udzielenia zamówienia, ponieważ musi je dostosować do swoich potrzeb i preferencji. Swoboda ta jest jednak limitowana.

Po pierwsze, kryteria oceny ofert muszą być **związane z przedmiotem zamówienia** publicznego. Wymóg ten podkreślił Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, m.in. interpretując przepisy dyrektywy klasycznej w wyroku w sprawie C-368/10¹³⁰. Analizując ten wymóg w szerszej perspektywie można zauważyć, iż generalnie cała unijna koordynacja procedur udzielania zamówień publicznych ma m.in. na celu wykluczenie możliwości kierowania się przez instytucję zamawiającą względami niezwiązanymi z danym zamówieniem¹³¹.

Po drugie, kryteria udzielenia zamówienia muszą być **obiektywne**, ponieważ w ten sposób zamawiający gwarantuje, że również w obiektywny sposób dokonane zostanie porównanie i ocena ofert, a więc w warunkach efektywnej konkurencji¹³². Wymóg zachowania obiektywności kryteriów oceny ofert wynika z zasad rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia, takich jak zasada równego traktowania wykonawców, zasada niedyskryminacji czy też przejrzystości procedur. Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku w sprawie C-513/99, jeśli kryteria udzielenia zamówienia zostały ukształtowane w taki sposób, że zamawiający został wyposażony w niczym nieograniczoną swobodę wyboru oferty, to

¹²⁹ Dz.U. poz. 231.

¹³⁰ Wyrok Trybunału z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 *Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów*, pkt 86.

¹³¹ Tak: wyrok Trybunału z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki AE przeciwko Ethniko Symvoulío Radioteleorasis, Ypourgos Epikrateias*, pkt 54.

¹³² Ibidem, pkt 87.

nie można mówić o obiektywności tych kryteriów¹³³. Tym samym nie możemy mówić o efektywności zamówienia publicznego, skoro *a priori* zamawiający narusza zasady konkurencji.

Tym, co ogranicza swobodę zamawiającego w określeniu kryteriów oceny ofert jest, w ramach polskiego porządku prawnego, przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający jest zobligowany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców¹³⁴, jak również art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 2 i 3, które określają charakter zmiennych, jakie mogą zostać wykorzystane w charakterze kryteriów oceny ofert. Po trzecie, kryteria powinny być **sformułowane w taki sposób, żeby każdy odpowiednio poinformowany i dokładający należytej staranności wykonawca miał możliwość zapoznać się z nimi i analogicznie je zinterpretować**¹³⁵. Jest to konsekwencją przyjęcia zasady jawności i przejrzystości postępowania¹³⁶. Kryteria oceny ofert powinny zatem zostać skonstruowane transparentnie i logicznie, w zasadniczo prosty sposób, zrozumiały dla każdego wykonawcy. Daje to równe szanse wszystkim wykonawcom przy formułowaniu warunków składanej przez siebie oferty¹³⁷. Co więcej, kryteria muszą być interpretowane przez zamawiającego w taki sam sposób w trakcie trwania całego postępowania o udzielenie zamówienia – nie mogą one ulegać zmianie¹³⁸. Zamawiający nie może również zmieniać wagi przyjętych kryteriów, jeśli oferty zostały już złożone¹³⁹. Taką zmianę należałoby potraktować jako zmianę kryteriów oceny oferty. Jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza, jasne kryteria oceny ofert oraz sposób dokonywania oceny ofert w oparciu o te kryteria, są jak najbardziej pożądane w procedurze udzielenia zamówienia i nie ograniczają konkurencji¹⁴⁰.

Jak już zostało wspomniane wcześniej, odpowiedni dobór kryteriów oceny ofert w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest jednym z kluczowych działań zamawiającego, które mają zasadniczy wpływ na efektywność zamówienia publicznego. Oceniając dobór omawianych kryteriów z ekonomicznego punktu widzenia musimy stwierdzić, że mają one pozwolić zamawiającemu na dokonanie racjonalnego wyboru w sytuacji, w której zazwyczaj jego zasoby są ograniczone. Sytuacja, w której zamawiający ma nieograniczone zasoby, np. środki finansowe, wydaje się być jedynie czysto hipotetyczna (w zamówieniach publicznych, jak wskazuje T. Kocowski, mamy do czynienia z gospodarowaniem w warunkach ograniczonej dóbr¹⁴¹), ale nawet jeśli przyjmijemy hipotezę posiadania nieograniczonych środków, to zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych i tak jest związany dyspozycją przepisu art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych¹⁴², który mówi, że **wydatki publiczne powinny być dokonywane:**

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

¹³³ Wyrok Trybunału z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland*, pkt 61.

¹³⁴ Tak również: J. Sadowy (red.), *Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2011, s. 11

¹³⁵ Zob. wyrok Trybunału z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 *EVN i Wienstrom*, pkt 56-58.

¹³⁶ Zob. wyrok Trybunału z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 *CAS Succhi di Frutta SpA*, pkt 111.

¹³⁷ Zob. wyrok Sądu (I Instancji) z dnia 20 września 2011 r. w sprawie T-461/08 *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Plioforikis kai Tilematikis AE przeciwko Europejskiemu Bankowi Inwestycyjnemu*, pkt 141.

¹³⁸ Tak np. wyrok Trybunału z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 *SIAC Construction Ltd przeciwko County Council of the County of Mayo*, ECR I-7743, pkt 43.

¹³⁹ Zob. np. wyrok Trybunału z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie C-226/09 *Komisja Europejska przeciwko Irlandii*, pkt 61-62.

¹⁴⁰ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 115/12.

¹⁴¹ Zob.: T. Kocowski, *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych a efektywność wykorzystania środków publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako...*, op.cit., s. 24. Autor podkreśla, że, patrząc na cel zamówień publicznych, mamy do czynienia z tym, co w nauce ekonomii nazywane jest efektywnym gospodarowaniem, które odbywa się w warunkach ograniczonych zasobów.

¹⁴² Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 157, poz. 1240 ze zmianami).

Stąd też wybór kryteriów oceny ofert nie powinien być automatyczny i szablonowy, lecz poprzedzony solidną **analizą kosztów i korzyści**, które zamawiający poniesie i uzyska w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia. Zastosowanie znajduje w tym miejscu wspomniana już ekonomiczna teoria racjonalnego wyboru. Mając to na uwadze należy pamiętać, że kryteria oceny ofert powinny odzwierciedlać preferencje zamawiającego co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Możemy więc zauważyć, że zamówienia publiczne nie są tylko i wyłącznie instrumentem prawnym, lecz przede wszystkim są bardzo ważnym instrumentem ekonomicznym, kształtującym pozycje zamawiającego i wykonawcy zarówno pod względem prawnym, jak i gospodarczym.

Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- jakość,
- funkcjonalność,
- parametry techniczne,
- zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko,
- koszty eksploatacji,
- serwis oraz termin wykonania zamówienia (art. 91 ust. 2 ustawy Pzp).

Ustawa nie zawiera więc zamkniętego katalogu innych niż cena kryteriów udzielenia zamówienia. Oznacza to, że wobec braku wyczerpującego katalogu, opartego na zasadzie *numerus clausus*, **prawo zamówień publicznych zostawia zamawiającym możliwość wyboru również innych kryteriów.**

Jak jednak wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, m.in. w orzeczeniu w sprawie C-315/01 *GAT*, wybór dokonany przez zamawiającego musi ograniczać się do kryteriów zmierzających do wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie¹⁴³. Nie oznacza to jednak, że wszystkie kryteria oceny ofert muszą mieć charakter ekonomiczny. Przepis art. 53 ust. 1 **dyrektywy klasycznej** wymienia kryteria takie, jak: jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia, lub realizacji. Z kolei przepis art. 53 ust. 1 **dyrektywy sektorowej** wskazuje następujące kryteria: termin dostarczenia lub realizacji, koszty użytkowania, rentowność, jakość, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, wartość techniczna, serwis posprzedażny, pomoc techniczna, zobowiązania związane z dostarczeniem części zamiennych, bezpieczeństwo dostaw, cena.

Natomiast w najnowszej dyrektywie, tzw. **dyrektywie obronnej**, w przepisie art. 47 ust. 1 wymieniono kryteria: jakość, cena, wartość techniczna, właściwości funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, koszty cyklu życia (LCC), rentowność, serwis posprzedażny i pomoc techniczna, termin dostarczenia oraz czas dostarczenia lub realizacji, bezpieczeństwo dostaw, interoperacyjność oraz właściwości operacyjne.

Analiza zaprezentowanych otwartych katalogów kryteriów oceny ofert, wynikających z prawa wtórnego Unii Europejskiej, pokazuje, że dyrektywy dają zamawiającym o kilka przykładów więcej, niż ustawa Pzp. Nie zmienia to jednak faktu, iż katalog zawarty w przepisie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp nie ma charakteru zamkniętego, tak więc zamawiający mogą je ustalić adekwatnie do potrzeb wyartykułowanych w opisie przedmiotu zamówienia.

Ustawa Pzp zastrzega, że **kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy**, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej¹⁴⁴. Wynika to z rozgraniczenia

¹⁴³ Wyrok Trybunału z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-351/01 *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) przeciwko Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, pkt 63.

¹⁴⁴ Art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

dwóch różnych czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz oceny złożonych przez nich ofert.

Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w głośnym orzeczeniu w sprawie C-532/06 *Lianakis*, jako „kryteria udzielenia zamówienia”, czyli kryteria oceny ofert, są wykluczone kryteria, które nie mają celu wyboru najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, lecz zasadniczo związane są z oceną możliwości wykonania przez oferentów danego zamówienia¹⁴⁵.

Rozdział między czynnością kwalifikacji podmiotowej wykonawców, a oceną ofert wynika z roli, które obie czynności spełniają. Kwalifikacja podmiotowa wykonawców odpowiada na pytanie „czy jesteś w stanie zrealizować zamówienie?”, natomiast ocena ofert odpowiada na pytanie „jak chcesz zrealizować zamówienie?”.

Wyjątkiem od wskazanej wyżej zasady są zamówienia na usługi niepriorytetowe. W ich przypadku nie istnieje zakaz ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy.

Przeanalizujemy przykładowe kryteria oceny ofert, wymienione w przepisie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp:

Cena – w zasadzie kryterium najprostsze do zastosowania. W przypadku użycia tego kryterium oceny ofert jako jedyne, znaczenie dla zamawiającego ma tylko to, który z wykonawców (nie podlegających wykluczeniu) złożył ofertę (nie podlegającą odrzuceniu) z najniższą ceną. Waga tego kryterium wynosi w takiej sytuacji 100%. Weryfikacja ofert z punktu widzenia najniższej ceny jest szybka, nie wymaga również specjalnych przygotowań po stronie zamawiającego, jakkolwiek w przypadku zastosowania wynagrodzenia kosztorysowego z przepisów art. 87 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 wynika oczywisty wymóg dokonania przez zamawiającego weryfikacji kosztorysu będącego dokumentem kalkulacyjnym oferowanej ceny.

Jakość – w przypadku kryterium jakości zamawiający musi mieć na uwadze dwie kwestie. Po pierwsze, warunkiem odpowiedniej jakości wykonania przedmiotu zamówienia jest zgodny z wymogami ustawy Pzp opis przedmiotu zamówienia. Po drugie, na jakość przedmiotu zamówienia istotny wpływ ma doświadczenie wykonawcy w realizacji zadań o podobnym charakterze. W konsekwencji prawidłowo sformułowane warunki udziału w postępowaniu również mogą gwarantować odpowiednią jakość realizacji przedmiotu zamówienia ze strony wykonawców. Jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych: „przy formułowaniu kryterium jakości, zamawiający powinien dysponować wiedzą, uzyskaną samodzielnie lub za pośrednictwem biegłego, dotyczącą cech produktów dostępnych na rynku, wpływających na ich jakość. W kryterium jakości powinno się w największym możliwym stopniu stosować wymierne wskaźniki służące do określenia występowania istotnych dla zamawiającego cech ocenianego przedmiotu.”¹⁴⁶

Funkcjonalność – kryterium dotyczące funkcjonalności odnosi się do stopnia i zakresu realizacji dodatkowych, często innowacyjnych, funkcji¹⁴⁷, przekraczających minimalne wymagania określone przez zamawiającego.

¹⁴⁵ Wyrok Trybunału z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon, Nikolaos Vlachopoulos przeciwko Dimos Alexandroupolis, Planitiki AE, Aikaterini Georgouli, Dimitriosowi Vasiosowi, N. Loukatos kai Synergates AE Meleton, Eratosthenis Meletitiki AE, A. Pantazis – Pan. Kyriopoulou kai syntes os „Filon” OE, Nikolaosowi Siderisowi*, pkt 30.

¹⁴⁶ J. Sadowy (red.), *Kryteria oceny ofert w postępowaniach...*, op.cit., s. 21.

¹⁴⁷ Tak również: K. Kula, *Stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert przetargowych stymulatorem innowacyjności technicznej*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne. Część II*, pod redakcją: J. Niczyporka, J. Sadowego, M. Urbanka, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 43.

Parametry techniczne – w przypadku stosowania kryterium parametrów technicznych, zamawiający ustala pewien podstawowy poziom parametrów, który odpowiada minimum jego wymagań. To, co jest punktowane na korzyść oferty konkretnego wykonawcy, to zaproponowane lepsze parametry techniczne, niż minimalnie wymagane przez zamawiającego.

Najlepsze dostępne technologie w zakresie oddziaływania na środowisko – aspekty środowiskowe są coraz częściej brane pod uwagę przy udzielaniu zamówień publicznych, aczkolwiek praktyka ta jest bardziej rozpowszechniona w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej (w szczególności państwa skandynawskie), niż w Polsce. Prawo unijne już obecnie przewiduje standardy dotyczące np. energochłonności sprzętu komputerowego, norm w zakresie wielkości emisji pojazdów, efektywności energetycznej obiektów budowlanych, czy też stosowania szkodliwych substancji, lecz zamawiający może premiować technologie, które nie tylko spełniają przewidziane prawem standardy, lecz je również przekraczają. Przykładowo, w przypadku efektywności energetycznej budynków dodatkowe punkty mogą zostać przyznane za innowacyjne energooszczędne instalacje budynkowe, instalacje oświetleniowe, grzewcze, wentylacyjne oraz chłodzące¹⁴⁸.

Koszty eksploatacji – kryterium kosztów eksploatacji uwzględnia w zamówieniu publicznym nie tylko aspekt wydatkowania środków w momencie zrealizowania przedmiotu zamówienia, w postaci płatności na rzecz wykonawcy, lecz również kwestie wydatkowania środków publicznych na etapie eksploatacji przedmiotu zamówienia, a więc jego używania, korzystania ze stworzonej infrastruktury, itp. W praktyce może zdarzyć się bowiem sytuacja, w której nabycie określonego produktu jest co prawda bardzo tanie, lecz jego używanie znacznie obciąża budżet zamawiającego.

Serwis – zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, omawiane kryterium może dotyczyć różnych cech serwisu, m.in.: długości czasu, w jakim zostaną naprawione usterki (tzw. czasu reakcji serwisu), czasu pracy punktów serwisowych albo możliwości naprawy sprzętu w siedzibie zamawiającego, jednakże niedopuszczalnym jest posługiwanie się kryterium oceny ofert dotyczącym odległości siedziby wykonawcy od siedziby zamawiającego, czy też premiującym posiadanie przez wykonawcę punktu serwisowego, ponieważ takie kryteria są oderwane od przedmiotu zamówienia i dotyczą bezpośrednio podmiotowych cech wykonawcy¹⁴⁹. Użycie kryterium dotyczącego serwisu sprawdza się oczywiście jedynie w przypadkach, gdy przedmiot zamówienia może podlegać usłudze serwisowej (np. sprzęt komputerowy, autobusy, tramwaje, wszelkie urządzenia techniczne).

Termin wykonania zamówienia – w przypadku kryterium oceny ofert dotyczącego terminu wykonania zamówienia, premiowana jest realizacja przedmiotu zamówienia szybciej, niż wymaga tego zamawiający. Używając tego kryterium, zamawiający ustala termin graniczny, do którego musi być zrealizowane zamówienie publiczne. Jeśli wykonawca, oceniając swój potencjał, dojdzie do wniosku, że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia w czasie krótszym, w przypadku użycia jako kryterium oceny ofert terminu wykonania zamówienia, otrzyma wyższą ocenę oferty w tym kryterium, niż wykonawca, który zrealizuje zamówienie w terminie granicznym podanym przez zamawiającego.

W praktyce można się również spotkać z używaniem przez zamawiających okresu gwarancji, jako kryterium oceny ofert. W takim przypadku ocena gwarancji dokonywana jest poprzez porównanie danych

¹⁴⁸ J. Sadowy (red.), *Kryteria oceny ofert w postępowaniach...*, op.cit., s. 24.

¹⁴⁹ Szerzej: J. Sadowy (red.), *Kryteria oceny ofert...*, op.cit., s. 21-22.

zawartych w ofertach do najdłuższego okresu gwarancji wśród zaproponowanych, przy czym w celu wyeliminowania sytuacji wygrywania ofert z nieracjonalnie długim okresem deklarowanej gwarancji, ale także zaproponowaniem zbyt krótkiego okresu gwarancji, zamawiający powinien określić minimalny oraz maksymalny okres dopuszczalnej gwarancji¹⁵⁰.

Przyjęcie dodatkowych, obok ceny, kryteriów oceny ofert, powoduje uprawnienie po stronie zamawiającego do dopuszczenia możliwości złożenia **oferty wariantowej**. Przepis art. 83 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, że taka sytuacja jest możliwa jedynie wtedy, gdy cena nie jest jedynym kryterium wyboru. Oferta wariantowa to oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7 ustawy Pzp). Jeśli zamawiający zdecyduje się na dopuszczenie możliwości składania ofert wariantowych, musi wskazać w SIWZ, a także określić sposób przygotowania ofert wariantowych oraz określić pewne minimalne warunki, którym oferta musi spełniać. W przypadku dopuszczenia możliwości składania ofert wariantowych, dobrym rozwiązaniem dla zamawiającego byłoby wprowadzenie kryterium dotyczącego jakości ofert, oceniającego przedstawione zamawiającemu odmienne sposoby wykonania zamówienia publicznego¹⁵¹.

Warto zauważyć, iż polski prawodawca dostosowując przepisy prawa krajowego do porządku prawnego Unii Europejskiej¹⁵² wprowadził obowiązek stosowania innych niż cena kryteriów oceny ofert w stosunku do zamówień publicznych na **zakup pojazdów samochodowych kategorii M i N**, o których mowa w załączniku nr 1 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 października 2005 r. w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep¹⁵³, niebędących pojazdami specjalnymi. Obowiązek ten został uregulowany w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych¹⁵⁴. Zgodnie z przepisem §3 ww. rozporządzenia, kryteriami oceny ofert w odniesieniu do zamówień publicznych na zakup pojazdów samochodowych kategorii M i N są:

- 1) wielkość zużywanej energii, zmierzoną według procedury ustalonej dla celów badań homologacyjnych, a w przypadku pojazdów nieobjętych tą procedurą – określoną według innej metody pomiaru zużycia paliwa lub zużycia energii elektrycznej, zapewniającej porównywalność ofert;
- 2) wielkość emisji dwutlenku węgla, zmierzoną według procedury ustalonej dla celów badań homologacyjnych, a w przypadku pojazdów nieobjętych tą procedurą – określoną według innej metody pomiaru emisji, zapewniającej porównywalność ofert;
- 3) wyrażone łącznie lub oddzielnie wielkości emisji tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów (niemetanowych albo ich sumy), zmierzone według procedury ustalonej dla celów badań homologacyjnych, zapewniającej porównywalność ofert.

Wskazane powyżej kryteria wyraża się w postaci wielkości zużycia energii oraz emisji dwutlenku węgla i zanieczyszczeń albo wartości pieniężnej odzwierciedlającej koszty zużycia energii oraz koszty emisji dwutlenku węgla i zanieczyszczeń podczas cyklu użytkowania pojazdu samochodowego¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Ibidem, s. 22.

¹⁵¹ Szerzej: M. Kulesza, *Obszar regulacji prawnych*, [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, M. Kulesza, *Innowacyjne zamówienia publiczne w Polsce – ekspertyza*, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 35-36.

¹⁵² Dyrektywa 2009/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego (Dz.U. UE L 120).

¹⁵³ Dz.U. z 2006 r., Nr 238, poz. 2010 ze zmianami.

¹⁵⁴ Dz.U. Nr 96, poz. 559.

¹⁵⁵ §4 rozporządzenia. Metodologia obliczania wartości uregulowana jest w przepisach §7-§9.

Podkreślenia wymaga, jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych, że zamawiający może spełnić wymóg uwzględniania czynników środowiskowych przy zakupie pojazdów transportu drogowego (kategorii M i N) na dwa sposoby: po pierwsze, w drodze uwzględnienia i określenia w SIWZ wymogów technicznych dotyczących parametrów energetycznych i środowiskowych dla każdego rozważanego rodzaju oddziaływania, a także wszelkich dodatkowych skutków dla środowiska (np. wskazując obowiązek spełniania przez pojazdy normy EURO), a po drugie, poprzez uwzględnienie w prowadzonych postępowaniach konkurencyjnych czynników oddziaływania na zużycie energii i na środowisko jako kryteriów oceny ofert¹⁵⁶.

Summa summarum **nawet w przypadku zastosowania wielokryteriowej oceny ofert, najniższa cena może mieć decydujące znaczenie.** Dzieje się tak w dwóch przypadkach:

- 1) w sytuacji, gdy do kryterium ceny zamawiający przywiązuje zbyt dużą wagę – wtedy, niezależnie od oceny innych kryteriów, cena i tak ma największy wpływ na ocenę oferty.
- 2) zgodnie z przepisem art. 91 ust. 4 ustawy Pzp jeśli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z najniższą ceną.

Nie można oczywiście stawiać znaku równości między tymi dwoma sytuacjami. Pierwsza jest wynikiem niezrozumienia przez zamawiającego mechanizmów ustalania wagi poszczególnych kryteriów oceny ofert. Natomiast druga sytuacja to wykorzystanie przewidzianego przepisami prawa instrumentu, który pozwoli w sposób uczciwy i konkurencyjny ocenić oferty przedstawiające taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert.

Z drugiej strony zamawiający powinien pamiętać, że przywiązanie zbyt małej wagi do ceny w przypadku wielokryteriowej oceny ofert, może spowodować, że złożone w postępowaniu oferty będą **bardzo drogie**. Przykładowo, gdy zamawiający przypisze kryterium ceny wagę 20, a inne kryterium będzie miało wagę 80, to wiadomym jest, że w takim przypadku cena nie gra zbyt wielkiej roli dla zamawiającego. Nie ma jednego sposobu ustalania wagi kryteriów cenowych i pozacenowych – wszystko zależy od konkretnego przetargu i jasno zdefiniowanych preferencji zamawiającego, a także zasobów pozostających w jego dyspozycji. Praktyka pokazuje jednak, iż w przypadku wykorzystywania wielokryteriowej oceny ofert, kryterium ceny powinno stanowić ok. 50%.

2.11. Wyjaśnianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Zgodnie z przepisem art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, lecz tylko i wyłącznie w przypadku przestrzegania przez wykonawców odpowiednich terminów składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, wynikających z ustawy Pzp. Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródeł zapytania, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza je również na tej stronie¹⁵⁷.

Praktyka wskazuje, że najczęściej pytań, które kierują wykonawcy do zamawiającego odnośnie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczy opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu. Właściwe udzielanie odpowiedzi na zadawane pytania jest czynnikiem wpływającym na efektywność zamówienia publicznego. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO, udzielone przez

¹⁵⁶ Urząd Zamówień Publicznych, *Pozacenowe kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 13-14.

¹⁵⁷ Art. 38 ust. 2 ustawy Pzp.

zamawiającego odpowiedzi stanowią bowiem wykładnię autentyczną postanowień SIWZ¹⁵⁸. Oczywiście powstaje pytanie, czy wykonawcy będą chcieli zadawać pytania dotyczące treści SIWZ, nie mając takiego obowiązku nawet w sytuacji, gdy obiektywnie istnieje potrzeba do wyjaśnienia treści SIWZ¹⁵⁹. Wykonawcy mogą działać w zaufaniu do zamawiającego, na którym ciąży obowiązek takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie jednakowo interpretowany przez wszystkich. Co więcej, bardzo często zamawiający unikają odpowiedzi na pytania wykonawców, udzielając lakonicznych i enigmatycznych odpowiedzi typu „zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia”. Jest to częsta i jednocześnie bardzo zła praktyka zamawiających, zniechęcająca wykonawców do korzystania z instytucji wyjaśnień do SIWZ. Takie zjawisko wpływa negatywnie na efektywność zamówień publicznych. Należy bowiem pamiętać, że **im lepiej i dokładniej przedstawi zamawiający wykonawcom swoje oczekiwania względem realizacji przedmiotu zamówienia, tym lepsze oferty, bardziej odpowiadające wymaganiom zamawiającego, będą mogli oni złożyć**. Doprecyzowanie pewnych kwestii na etapie wyjaśnień do SIWZ może również ograniczyć spory na gruncie zawartej umowy o zamówienie publiczne. Tak więc udzielanie wyjaśnień do SIWZ leży zarówno w interesie zamawiającego, jak i wykonawców, stanowiąc legalną platformę porozumiewania się obu zainteresowanych stron postępowania o udzielenie zamówienia. Prawidłowe wykorzystywanie instytucji wyjaśnień wpływa w ten sposób na efektywność zamówienia publicznego.

2.12. Ukształtowanie umowy o zamówienie publiczne

Efektywność zamówień publicznych dotyczy nie tylko instrumentów prawnych pozostających, zgodnie z wolą prawodawcy unijnego i krajowego, do dyspozycji instytucji zamawiających w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Efektywność zamówień publicznych ma również swój wymiar czysto praktyczny, związany z realizacją (wykonaniem) zamówienia publicznego.

Na etapie realizacji zamówienia, a więc w momencie gdy zamawiający i wykonawca przeszli już postępowanie o udzielenie zamówienia, **kluczowymi kwestiami wpływającymi pozytywnie na wykonanie przedmiotu zamówienia są:**

- 1) właściwie ukształtowana umowa zawarta pomiędzy zamawiającym i wykonawcą,
- 2) charakter i właściwości samego wykonawcy, bowiem nawet najlepiej skonstruowana umowa nie zabezpieczy w pełni zamawiającego przed złą wolą lub niekompetencją wykonawcy.

Oczywiście na samą realizację zamówienia mogą wpływać także inne czynniki, takie jak: zmiany prawa, sytuacja rynkowa (np. zmiany cen), warunki atmosferyczne, etc. Na większość z nich ani zamawiający, ani wykonawcy nie mają większego wpływu, czy też możliwości kontroli. Kwestie, na które strony mogą mieć wpływ powinny zostać uregulowane w umowie.

Umowa o zamówienie publiczne stanowi dość szczególny rodzaj umowy, której specyfika wynika z samych przepisów prawa zamówień publicznych, uzupełnianych przepisami prawa cywilnego w zakresie nieuregulowanym ustawą Pzp. Część doktryny reprezentuje błędne stanowisko, iż odesłanie do Kodeksu cywilnego w przepisie art. 139 ust. 1 ustawy Pzp potwierdza cywilistyczny charakter instytucji zamówienia publicznego¹⁶⁰. Jednakże, jak słusznie zauważa J. Niczyporuk, samo odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego nie potwierdza przynależności całej regulacji zamówień publicznych do prawa cywilnego¹⁶¹. H. Nowicki natomiast dodaje, że posługiwanie się pojęciem zamówienia publicznego jako umowy nie wskazuje

¹⁵⁸ Zob. m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1369/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2009 r., sygn. akt: KIO 1088/09.

¹⁵⁹ Zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 11/11.

¹⁶⁰ Por. J. Jerzykowski, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, op.cit., s. 621.

¹⁶¹ J. Niczyporuk, *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako...*, op.cit., s. 36.

na przynależność tej regulacji do prawa cywilnego, lecz wskazuje na umowę jako prawną formę działania administracji publicznej, która swoje zadania realizuje nie tylko poprzez akty administracyjne¹⁶². Zamówienie publiczne jest udzielane w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. To z kolei wpływa na sam charakter umowy zawieranej, jako rezultat przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. W przypadku umowy o zamówienie publiczne, modyfikacji podlega zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego, ograniczając jednocześnie uregulowaną w przepisie art. 353.1. Kodeksu cywilnego zasadę swobody umów. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygnaturze KIO/UZP 1547/09: „nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego, np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę (art. 147 i nast. Pzp), prawo odstąpienia zamawiającego od umowy (art. 145 Pzp)”.¹⁶³. Wspomniany wyżej **szczególny charakter umowy o zamówienie publiczne** wynika z faktu, iż nie jest to umowa zawierana przez dwóch równorzędnych przedsiębiorców, ponieważ zamawiający ponosi większe ryzyko związane z niezrealizowaniem umowy. W cytowanym wyroku, KIO słusznie argumentuje, że „zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości”.¹⁶⁴. D. Koba wskazuje, że wynikające z samej istoty zamówienia publicznego ograniczenia zasady swobody umów po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia dotyczą:

- 1) możliwości zawarcia umowy – zamawiający jest zobowiązany do zawarcia umowy, chyba że zaistnieją przesłanki do unieważnienia postępowania,
- 2) wyboru stron umowy – zgodnie z przepisem art. 7 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcą może być jedynie podmiot wybrany zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych,
- 3) przedmiotu umowy – zakres świadczenia wykonawcy musi być zgodny z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, ponadto ustawa Pzp co do zasady zakazuje zawierania umów na czas nieoznaczony,
- 4) zmiany umowy – ustawa Pzp ogranicza możliwość zmian umowy¹⁶⁵.

Mając na uwadze powyższe należy zastanowić się w jaki sposób ukształtować umowę o zamówienie publiczne, aby jej zawarcie przyczyniało się do **zwiększenia efektywności zamówienia publicznego**. Pamiętać należy o tym, że po udzieleniu zamówienia jedynym instrumentem kształującym stosunek zobowiązaniowy pomiędzy zamawiającym oraz wykonawcą jest zawarta przez nich umowa i od odpowiednich regulacji w niej zawartych zależeć może, w dużej mierze, sukces w realizacji zamówienia publicznego. Nie należy przy tym patrzeć na umowę o zamówienie publiczne jak na przysłowiowy bat wiszący nad wykonawcą, naszpikowany karami umownymi i różnymi nieprzyjawnymi wykonawcy klauzulami, lecz przede wszystkim należy ją oceniać jako instrument, który powinien pozwolić zamawiającemu w sposób szybki i możliwie jak najmniej uciążliwy reagować na perturbacje związane z realizacją zamówienia. Oczywiście, w przypadku nierzetelnego wykonawcy aspekt prewencyjno-odstraszający jest bardzo istotny, przykładowo przy dużych karach umownych zmniejszamy ryzyko skalkulowania tych kar w cenie oferty złożonej przez wykonawcę. Z. Gordon wskazuje, że kara umowna jest bodźcem do realnego wykonania zobowiązania, bo tylko wykonanie zobowiązania *in natura* pozwala dłużnikowi uniknąć tej sankcji majątkowej i to

¹⁶² H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, pod redakcją H. Nowickiego i J. Sadowego, Toruń-Warszawa 2009, Urząd Zamówień Publicznych, s. 93-94.

¹⁶³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1547/09.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Zob.: D. Koba, *Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających – szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 25.

nawet sankcji oderwanej od jakiegokolwiek szkody wierzyciela¹⁶⁶. Czasem jednak nawet najlepiej skonstruowany system kar nie wystarczy, aby skutecznie dążyć do efektywnej realizacji udzielonego zamówienia, bowiem nawet najlepiej skonstruowana umowa nie jest w stanie w pełni uchronić zamawiającego przed złą wolą wykonawcy.

Pomijając kwestie uregulowania w umowie w sprawie zamówienia publicznego systemu kar umownych, w umowie można zawrzeć również inne, mniej drastyczne regulacje, które mogą pozytywnie wpłynąć na realizację zamówienia publicznego.

Jak podkreśla cytowany już D. Koba, zamawiający najczęściej starają się stworzyć umowę w taki sposób, aby chroniła zamawiającego przed jakąkolwiek odpowiedzialnością i ryzykiem związanym z realizacją zamówienia¹⁶⁷. Uzasadnieniem dla przyjęcia takich rozwiązań jest najczęściej dbałość o wydatkowanie środków publicznych i perspektywa ewentualnej kontroli, prowadzonej pod kątem naruszenia dyscypliny finansów publicznych. W konsekwencji zamawiający konstruuje umowę w sprawie zamówienia publicznego w sposób, który przypisuje wykonawcy całe ryzyko związane z realizacją zamówienia, pozostawiając po stronie zamawiającego jedynie obowiązek zapłaty wynagrodzenia¹⁶⁸. Zamawiający powinien jednak mieć świadomość faktu, że takie praktyki powodują **wzrost cen ofert**, ponieważ każdy wykonawca wkalkuluje sobie koszt związany z nadmiernym ryzykiem realizacji zamówienia publicznego w cenę swojej oferty. Zamawiający zapłaci więc nie za to, co rzeczywiście zrealizuje wykonawca, lecz również za to, co potencjalnie może wystąpić w trakcie realizacji projektu i spowodować powstanie dodatkowych kosztów po stronie wykonawcy¹⁶⁹.

Stąd też w celu uzyskania efektywnego zamówienia publicznego, zamawiający przy konstruowaniu umowy powinien mieć na uwadze zasadę *best value for money*, a więc działać w celu maksymalizacji efektów w stosunku do nakładów. Jest to w stanie osiągnąć wówczas, gdy w umowie w sprawie zamówienia publicznego **zdywersyfikuje ryzyko** przypisując je stronom w taki sposób, że każda ponosi to ryzyko, którym jest w stanie lepiej zarządzać oraz, z uwagi na istotę swojej działalności, skuteczniej niwelować.

Niestety, dyskusje na temat podziału ryzyka między sektor publiczny a sektor prywatny odbywają się najczęściej tylko na gruncie inwestycji realizowanych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. W procesie udzielania zamówień publicznych mało który zamawiający się nad tym problemem zastanawia, wykorzystując niejako chęć wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego. Praktyka zna przypadki takiego konstruowania umów, które powodowało zupełny brak odzewu ze strony wykonawców na ogłoszenie o zamówieniu. Tak więc **nieodpowiednie ukształtowanie umowy** w sprawie zamówienia publicznego może znacząco ograniczyć konkurencyjność postępowania, może wpłynąć negatywnie na ceny zaproponowanych ofert, a także stanowić istotną barierę dla mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich przedsiębiorców w dostępie do rynku zamówień publicznych. Wynika to z faktu mniejszej zdolności wykonawców z sektora MSP do zarządzania ryzykiem.

¹⁶⁶ Szerzej: Z. Gordon, *Kara umowna jako instrument stymulujący realne wykonanie zobowiązań w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, op.cit., s. 182. Autor wskazuje w tym zakresie na Uchwałę Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. (sygn. akt.: III CZP 61/03), w której Sąd Najwyższy stwierdził, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody.

¹⁶⁷ Zob.: D. Koba, *Nowe podejście...*, op.cit., s. 25.

¹⁶⁸ D. Koba, *Nowe podejście...*, op.cit., s. 25.

¹⁶⁹ Ibidem.

Rozdział III. Możliwość wykorzystania potencjału przedsiębiorstw z sektora MSP jako wykonawców zamówień publicznych

1. Nowe podejście do zamówień publicznych a sektor MSP

Nowe podejście do zamówień publicznych szczególną estymą otacza przedsiębiorstwa z sektora MSP, obejmującego mikroprzedsiębiorców oraz małe i średnie przedsiębiorstwa, widząc w nich potencjalnych wykonawców efektywnych zamówień publicznych. Definicję mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich przedsiębiorstw zawierają przepisy ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej¹⁷⁰. Docenienie małych i średnich przedsiębiorców ma również **wymiar normatywny**, na który wskazuje chociażby przepis art. 173 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zgodnie z którym Unia Europejska oraz państwa członkowskie czuwają nad zapewnieniem warunków niezbędnych dla konkurencyjności przemysłu Unii i w tym celu, zgodnie z systemem wolnych i konkurencyjnych rynków, ich działania zmierzają m.in. do wspierania środowiska sprzyjającego inicjatywom i rozwojowi przedsiębiorstw w całej Unii, a zwłaszcza małych i średnich przedsiębiorstw. Również ustawa o swobodzie działalności gospodarczej w przepisie art. 8 ust. 1 podkreśla, iż organy administracji publicznej wspierają rozwój przedsiębiorczości, tworząc korzystne warunki do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, w szczególności wspierają mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich przedsiębiorców¹⁷¹.

Z tego też względu należy przeanalizować **instrumenty** zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych, które w szczególny sposób mogą pomóc sektorowi MSP z powodzeniem brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia oraz realizować zamówienia publiczne na szerszą skalę, niż miało to miejsce do tej pory. Bardzo często tylko i wyłącznie od decyzji zamawiającego zależy, czy otworzy on zamówienie publiczne na udział wykonawców z sektora MSP, czy też skutecznie zablokuje im drogę do uzyskania przedmiotowego zamówienia. W części przypadków zamawiający nie są nawet świadomi tego, że skorzystanie, bądź nieskorzystanie z jakiegoś instrumentu przewidzianego w ustawie Pzp, przekłada się w bezpośredni lub pośredni sposób na możliwość udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawców z sek-

¹⁷⁰ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 672 ze zmianami).

¹⁷¹ Jest to również obowiązek państwa. Zgodnie z przepisem art. 103 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej państwo stwarza, z poszanowaniem zasad równości i konkurencji, korzystne warunki dla funkcjonowania i rozwoju mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców, w szczególności przez: 1) inicjowanie zmian stanu prawnego sprzyjających rozwojowi mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców, w tym dotyczących dostępu do środków finansowych pochodzących z kredytów i pożyczek oraz poręczeń kredytowych; 2) wspieranie instytucji umożliwiających finansowanie działalności gospodarczej na dogodnych warunkach w ramach realizowanych programów rządowych; 3) wyrównywanie warunków wykonywania działalności gospodarczej ze względu na obciążenia publicznoprawne; 4) ułatwianie dostępu do informacji, szkoleń oraz doradztwa; 5) wspieranie instytucji i organizacji działających na rzecz przedsiębiorców; 6) promowanie współpracy mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców z innymi przedsiębiorcami polskimi i zagranicznymi.

tora MSP. Stąd też ważnym jest podniesienie świadomości prawnej zamawiających w tym zakresie, przy jednoczesnym propagowaniu wspomnianych wyżej instrumentów wśród wykonawców.

Nie tylko zamawiający powinni bowiem dobrze znać prawo zamówień publicznych, obowiązek ten ciąży również na wykonawcach. Jedynie w sytuacji, gdy obaj gracze dobrze znają zasady gry rynkowej, jaką są, w pewnym założeniu, zamówienia publiczne, można oczekiwać zwiększenia efektywności realizowanych zamówień publicznych.

2. Mikro, małe i średnie przedsiębiorstwa w zamówieniach publicznych

Należy się wyzbycić przekonania, że tylko duże i szeroko rozpoznawane na rynku przedsiębiorstwa dają właściwą rękojmię należytej realizacji zamówienia publicznego. Marka przedsiębiorcy jest oczywiście bardzo ważna¹⁷², jednak często ma znaczenie tylko PR-owe, nie dając gwarancji prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. To, co może odróżnić dużych przedsiębiorców od mikro, małych i średnich przedsiębiorstw (sektor MSP, ang. SME) to większa innowacyjność sektora MSP, a także większa dbałość o klienta, którego chcą pozyskać. Obecność wykonawców z sektora MSP przekłada się również na większą konkurencyjność zamówień publicznych, co z kolei rzutuje na ceny ofert uzyskiwane w przetargach. Stąd też tak duży nacisk na **wykorzystywanie potencjału** mikro, małych i średnich przedsiębiorstw jako wykonawców (i podwykonawców) zamówień publicznych.

Dostęp przedsiębiorców z sektora MSP do rynku zamówień publicznych jest oczywiście korzystny nie tylko dla zamawiających, lecz również dla wykonawców z tego sektora. W czasie kryzysu gospodarczego pozyskanie zamówienia publicznego stanowi często o bycie danego przedsiębiorcy. O ile duże przedsiębiorstwa po prostu będą obniżały koszty swojej działalności i zwalniały pracowników, o tyle mikro, małe i średnie przedsiębiorstwa mogą nie mieć takiej możliwości, z uwagi na ich sytuację finansowo-ekonomiczną. Jeśli nie uzyskają zamówienia publicznego, mogą nie mieć środków na przetrwanie na rynku. Dlatego, umożliwienie szerszego udziału sektora MSP w systemie zamówień publicznych może stanowić swoiste panaceum na negatywne skutki obecnego kryzysu gospodarczego w Unii Europejskiej, który bardzo uderzył w małe i średnie przedsiębiorstwa. Udzielanie zamówień publicznych tym przedsiębiorstwom daje im nie tylko możliwość przetrwania kryzysu, lecz również stanowi impuls do ich dalszego rozwoju. Z drugiej strony, właśnie „dzięki” kryzysowi gospodarczemu zamawiający mogą osiągać większą oszczędność w wydatkowaniu środków finansowych, ponieważ aktualna sytuacja gospodarcza wywołuje konieczność ostrej rywalizacji cenowej między przedsiębiorcami. Dla zamawiających jest to oczywiście informacja pozytywna mając na uwadze fakt, że kryzys wpłynął na poważne ograniczenia wydatków publicznych¹⁷³.

¹⁷² Przywiązanie do marki, czy też nadawanie marce dużego znaczenia stanowi efekt konsumpcjonizmu. Szerzej: M. Castells, *Władza komunikacji*, Warszawa 2013, Wydawnictwo Naukowe PWN, s. 128-129 i cytowana tam literatura. Z punktu widzenia zamawiających istotnym jest, żeby przywiązanie do marki niektórych przedsiębiorców nie wpływało negatywnie na określanie ich preferencji względem wykonawców zamówienia publicznego, a tym samym nie przekładało się na ograniczenie konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia oraz nierówne traktowanie potencjalnych oferentów. Z kolei z punktu widzenia wykonawców niezmiernie ważnym elementem budowania pozycji biznesowej jest tworzenie swojej marki, jako wykonawcy rzetelnego, gwarantującego jak najlepszą realizację przedmiotu zamówienia.

¹⁷³ W niektórych państwach członkowskich ograniczenia wydatków publicznych, będące konieczną reakcją na kryzys, spowodowały problemy z zapewnieniem wystarczającego finansowania podstawowej infrastruktury, w szczególności w takich obszarach jak transport i energia. Zob.: Komunikat Komisji Europejskiej, *EUROPA 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*, Bruksela, 3 marca 2010 r., KOM(2010) 2020 final.

Mikro, małe i średnie przedsiębiorstwa cały czas borykają się jednak z ograniczeniami w dostępie do rynku zamówień publicznych. Jak wynika z badań prowadzonych w skali Unii Europejskiej, barierami w dostępie MSP do zamówień publicznych są m.in.¹⁷⁴:

- 1) nadmierna wielkość zamówienia w stosunku do potencjału i wielkości firmy;
- 2) brak dostatecznych i jasnych informacji związanych, z jednej strony z możliwościami udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, z drugiej, z wymaganą procedurą;
- 3) zbyt wysokie wymagania w zakresie gwarancji i zabezpieczeń;
- 4) zbyt krótki czas na przygotowanie oferty;
- 5) zbyt wysokie wymagania dotyczące posiadania atestów, certyfikatów, zaświadczeń, itp.;
- 6) zbyt wysokie wymagania związane z technicznymi standardami przedmiotu zamówienia;
- 7) wysokie koszty jakie pociąga za sobą uzyskanie ww. certyfikatów i atestów, a także z innymi obciążeniami finansowymi, takimi jak: wniesienie wadium, ustanowienie zabezpieczenia wykonania umowy na żądanie zamawiającego, itp.;
- 8) opóźnienia w płatnościach dokonywanych przez zamawiającego;
- 9) zbyt częste występowanie MSP w roli podwykonawców, a nie wykonawców, co ogranicza ich wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia i obniża wynagrodzenie;
- 10) niejednoznaczność i niejasność kryteriów wyboru oferty¹⁷⁵.

Realizacja przedmiotu zamówienia publicznego przy udziale sektora MSP pozwala nie tylko na **efektywne wykonanie zamówienia**, lecz również kreuje wartość dodaną. Jak słusznie zauważa J. Jerka, ograniczenie barier dla małych i średnich przedsiębiorstw w systemie zamówień publicznych pozwoli na:

- 1) zwiększenie konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie publiczne, co może umożliwić zamawiającym oszczędne wydatkowanie środków finansowych,
- 2) wzrost liczby przedsiębiorstw z sektora MSP wśród zwycięzców postępowań, co przełoży się na trwały rozwój tego sektora rynku,
- 3) zwiększenie różnorodności świadczeń oferowanych zamawiającym, co pozwoli im zwiększyć spektrum i innowacyjność dostępnych dóbr¹⁷⁶.

Oczywiście, **potencjał przedsiębiorstw z sektora MSP**, oceniany pojedynczo nie stanowi konkurencji w stosunku do potencjału dużych przedsiębiorstw, co bardzo często stanowi dla MSP przeszkodę w samodzielnym uzyskaniu zamówienia publicznego¹⁷⁷.

Wykonawca, zgodnie z przepisem art. 2 ust. 11 ustawy Pzp, to osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. **Ustawa nie dywersyfikuje** zatem wykonawców ze względu na ich wielkość, potencjał ludzki, czy sumę obrotów finansowych. Tak naprawdę tylko od

¹⁷⁴ Zob.: Ministerstwo Gospodarki we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych, *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*, dokument przyjęty na posiedzeniu Rady Ministrów w dniu 8 kwietnia 2008 r., Warszawa 2008, s. 36-37. Listę barier opracowano na podstawie *Position Paper – European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises* z dnia 6 grudnia 2006 r. pt. „Facilitating the access of SMEs and crafts to public tenders” oraz Aneksu do dokumentu „Questionnaire on Rules and practices facilitating the access of small and medium-sized enterprises to public procurement markets” opracowanego przez *Advisory Committee on Public Procurement*.

¹⁷⁵ Badania w tym zakresie zrealizowane na szczeblu krajowym w ramach projektu „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo” zostaną zaprezentowane w rozdziale III niniejszej publikacji.

¹⁷⁶ Zob.: J. Jerka, *Przewodnik po nowym podejściu do zamówień publicznych*, Warszawa 2012, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 39-40.

¹⁷⁷ Zob.: T. Kocowski, *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych a efektywność wykorzystania środków publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako...*, op.cit., s. 29.

zamawiającego zależy w jaki sposób i z użyciem jakich instrumentów przewidzianych w ustawie Pzp, przeprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia. Poniżej przedstawiono rozwiązania, które wzmacniają pozycję wykonawców z sektora MSP, mogące realnie zwiększyć ich szanse na uzyskanie zamówienia publicznego.

3. Instrumenty prawa zamówień publicznych przyjazne MSP

3.1. Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia (konsorcjum)

Możliwość tworzenia tzw. konsorcjów (łac. *consortium* – zjednoczenie) w celu uzyskania zamówienia publicznego wynika z dyspozycji przepisu art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl którego wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. **Istota** wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia sprowadza się przede wszystkim do łączenia potencjału wykonawców, którzy samodzielnie nie spełniają postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Oczywiście, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie może podlegać wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Natomiast **uczestnicy konsorcjum mogą łącznie spełniać warunki** dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, o których mowa w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, że co do zasady przynajmniej jeden z członków konsorcjum musi spełniać w tym zakresie warunek ustanowiony przez zamawiającego. Łączenie potencjałów nie jest jednak regułą absolutną i istnieją od niej pewne wyjątki, które zostaną omówione w dalszej części.

Institucja wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, niewątpliwie jest instrumentem prawa zamówień publicznych umożliwiającym korzystanie z potencjału wykonawców z sektora MSP w zamówieniach publicznych. Mikro, małe i średnie przedsiębiorstwa zastanawiając się nad udziałem w przetargach, bardzo często napotykają barierę, której nie są w stanie przekroczyć, w postaci „wysrubowanych” przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Zakładając, że zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu zgodnie z zasadami prawa zamówień publicznych, tj. proporcjonalnie oraz w sposób niedyskryminujący i zapewniający równe traktowanie wykonawców, przy skomplikowanym i kosztownym zamówieniu przedsiębiorcy z sektora MSP nie mają możliwości realnie uczestniczyć w takim postępowaniu jako wykonawcy, ponieważ nie spełniając warunków udziału zostaną z niego wykluczeni. Widząc takie warunki przedsiębiorcy z sektora MSP nie składają nawet ofert, czasami zostając podwykonawcami większych przedsiębiorstw, które spełniały warunki udziału w postępowaniu. Taki „pośredni” udział w realizacji zamówienia publicznego nie zawsze jest jednak satysfakcjonujący, chociażby ze względu na niższe wynagrodzenia podwykonawcy. Jeśli zamawiający nie udzieli zamówienia w częściach, co skutkowałoby zapewne ustaleniem warunków udziału w postępowaniu na niższym poziomie, proporcjonalnie do wielkości każdej z części zamówienia, udział w postępowaniu jako konsorcjum może okazać się jedyną możliwością realnego ubiegania się o udzielenie zamówienia dla wykonawców z sektora MSP. **Połączenie potencjałów małych i średnich przedsiębiorców** daje im rzeczywistą możliwość konkurowania z przedsiębiorcami, którzy posiadają większy potencjał organizacyjny i ekonomiczny, a tym samym charakteryzują się bardziej silną pozycją na danym rynku właściwym¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Zob.: K. Horubski, T. Kocowski, *Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, Część I, pod redakcją: J. Niczyporka, J. Sadowego, M. Urbanka, Warszawa 2011, Urząd Zamówień Publicznych, s. 48.

Do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy o wykonawcy¹⁷⁹, w tym również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który m.in. zapewnia równe traktowanie wykonawców. W konsekwencji nie można różnicować pozycji wykonawców w zależności od tego, jaką formę organizacyjną przyjmują. Skoro więc wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie traktujemy jak wykonawcę, to zamawiający nie może żądać, aby wszyscy konsorcjanci samodzielnie spełniali te warunki udziału w postępowaniu, które mogą spełniać łącznie. Takie żądanie zaprzeczałoby istocie konsorcjum oraz *ratio legis* przepisów pozwalających na wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, które miały ułatwiać uczestnictwo w postępowaniach wykonawcom mniejszym, dysponującym ograniczonymi zasobami i potencjałem. Wskazane stanowisko znajduje również potwierdzenie w licznych orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Egzemplifikacją stanowi chociażby wyrok w sprawie KIO 1455/11, gdzie KIO wyraźnie zaznaczyła, iż warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia może być spełniony przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia¹⁸⁰. Dotyczy to również sytuacji, gdy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeden z członków konsorcjum przedłoży zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia mu swoich zasobów. KIO uznała, że nie można podzielić poglądu o konieczności udostępniania zasobów podmiotu trzeciego wszystkim wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, ponieważ ustawodawca po to dopuścił możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, aby wykonawcy mogli łączyć swoje potencjały w celu wspólnego spełnienia warunków stawianych przez zamawiającego, a następnie wspólnej realizacji zamówienia, co z kolei prowadzi do konstatacji, że dla uznania, że całe konsorcjum spełnia określony warunek udziału w postępowaniu, wystarczającym jest, aby tylko jeden z konsorcjantów wykazał spełnienie tego warunku¹⁸¹.

Należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt dotyczący spełniania przez członków konsorcjum warunków udziału w postępowaniu. Sytuacja, w której wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia spełniają samodzielnie wszystkie warunki, a jednocześnie składają jedną wspólną ofertę, może być zakwalifikowana jako **czyn ograniczający konkurencję**. Na tego typu praktyki zwrócił uwagę Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W grudniu 2012 r. Prezes UOKiK wydał decyzję w sprawie przedsiębiorców ubiegających się o zamówienie na odbiór odpadów na terenie Białegostoku¹⁸². Zakwestionowano w niej możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia. Z okoliczności sprawy wynikało, że dwóch wykonawców, którzy wystartowali w przetargu jako konsorcjum, samodzielnie spełniało postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Prezes UOKiK uznał, że ww. wykonawcy wspólnie ubiegając się o udzielenie zamówienia dopuścili się praktyki ograniczającej konkurencję o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁸³. Związanie konsorcjum na okoliczność ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia Prezes UOKiK zakwalifikował jako porozumienie ograniczające konkurencję na lokalnym rynku odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu miasta Białystok, polegającego na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu ogłoszonego przez Zarząd Miasta Komunalnego w Białymstoku warunków składanych ofert dotyczących zakresu i ceny usługi. Prezes UOKiK nie zakwestionował oczywiście samej możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, podkreślając, że tworzenie konsorcjów działa prokonkurencyjnie na rynku w sytuacji, gdy umożliwia grupie przedsiębiorców podjęcie się zadania, które przekracza możliwości każdego z nich z osobna albo umożliwia łączenie komplementarnych aktywów w ramach konsorcjum. W tym drugim przypadku podkreślono, że nawet jeśli konsorcjum eliminuje

¹⁷⁹ Art. 23 ust. 3 ustawy Pzp.

¹⁸⁰ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO 1455/11.

¹⁸¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2923/12.

¹⁸² Decyzja RLU Nr 38/2012 z dnia 31 grudnia 2012 r., www.uokik.gov.pl

¹⁸³ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zmianami).

konkurencję pomiędzy jego uczestnikami w danym obszarze, to korzyści wynikające z porozumienia, odczuwalne przez potencjalnych kontrahentów konsorcjum w postaci obniżenia kosztów lub poprawy jakości realizacji zamówienia, co najmniej rekompensują straty związane z mniejszą konkurencją. Natomiast **niebezpieczeństwem tworzenia konsorcjum**, w ocenie UOKiK, jest ograniczenie rywalizacji pomiędzy przedsiębiorcami, którzy zamiast przedstawić konkurencyjne oferty, eliminują konkurencję przedstawiając ofertę wspólną. Taka sytuacja zaistniała właśnie w omawianym przypadku.

Jeśli wykonawcy zdecydują się na wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, muszą ustanowić **pełnomocnika** do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego¹⁸⁴. Wymóg ten podyktowany jest dbałością ustawodawcy o sprawny przebieg postępowania o udzielenie zamówienia oraz, ewentualnie, podpisania umowy przez zamawiającego z konsorcjum, o ile jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. W tym ostatnim przypadku, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Pełnomocnikiem może być jeden z członów konsorcjum, bądź też podmiot spoza konsorcjum. Pełnomocnictwo może być ustanowione w umowie regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub w odrębnym dokumencie pełnomocnictwa¹⁸⁵.

Na mocy przepisu art. 141 ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, ponoszą **solidarną odpowiedzialność** za wykonanie umowy o zamówienie publiczne i wniesienie zabezpieczenia należytego jej wykonania. KIO uznała za prawidłową sytuację, w której każdy lub niektórzy z członków konsorcjum bądź nawet podmiot trzeci, wniosą zabezpieczenie należytego wykonania umowy w jednej lub kilku z form wskazanych w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp, przy czym kluczową kwestią jest to, aby z treści tego dokumentu wynikało, że zabezpiecza dane, skonkretyzowane zobowiązanie łącznie na wymaganą kwotę oraz okres, bez względu na to, czy zabezpieczenie zostanie wniesione w jednej bądź kilku formach¹⁸⁶.

3.2. Udostępnianie zasobów podmiotów trzecich

Od sytuacji, w której kilku wykonawców ubiega się wspólnie o udzielenie zamówienia należy odróżnić sytuację, w której jeden wykonawca ubiega się o zamówienie, jednakże nie dysponuje sam zasobami niezbędnymi do jego realizacji. W takich okolicznościach wykonawca może polegać na zasobach podmiotów trzecich, udostępnionych przez te podmioty na czas realizacji zamówienia.

Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Jeśli tak się dzieje, wykonawca jest zobligowany do udowodnienia zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a w konsekwencji, że będzie spełniał warunki udziału w postępowaniu. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie udziela zamawiającemu żadnych wskazówek, kiedy ma uznać dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia za udowodnione, poza jedną: wykonawca powinien przedstawić zamawiającemu pisemne zobowiązania podmiotów udostępniających mu zasoby, o oddaniu mu do dyspozycji tych niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Ustawodawca jednak podkreśla, że udowodnienie dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia może przybrać **w szczególności** formę przedstawienia pisemnego zobowiązania wskazanego powyżej. Interpretując

¹⁸⁴ Art. 23 ust. 2 ustawy Pzp.

¹⁸⁵ Tak: J. Sadowy (red.), *Wyniki przeprowadzonych w 2012 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, Urząd Zamówień Publicznych, s. 49-50.

¹⁸⁶ Szerzej: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO/KU 54/11.

omawiany przepis literalnie możemy uznać, że ustawodawca dopuścił również inne sposoby udowodnienia dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, o ile zamawiający uzna, że są one wystarczające.

Od dłuższego czasu toczy się dyskusja, w której kwestionuje się przede wszystkim udostępnianie przez podmiot trzeci doświadczenia wykonawcy, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie. Należy jednak pamiętać, że zezwolenie na udostępnianie zasobów nie jest instrumentem polskiego prawa zamówień publicznych, tylko wynika z przepisów prawa Unii Europejskiej, ugruntowanych przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Trybunał wielokrotnie podkreślał, że wykonawca nie musi realizować zamówienia własnymi siłami i w oparciu o własne zasoby¹⁸⁷.

Należy zwrócić uwagę na niejednorodną linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej w omawianym zakresie. W orzeczeniach z 2010 r., KIO wyraźnie wskazuje na możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innych podmiotów, udokumentowaną jedynie stosownym zobowiązaniem tych podmiotów do oddania mu odpowiednich zasobów. W wyroku w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 603/10¹⁸⁸, stwierdzono, że oczywistym jest, iż wykonawca „w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może polegać na wiedzy i doświadczeniu (...) innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”. Nawet najbardziej stanowcze wyroki KIO wskazują, że „dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne może być powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu części udzielanego zamówienia”¹⁸⁹. (wyrok KIO z dnia 18 maja 2010 r., sygn. KIO/786/10). Podwykonawstwo nie jest więc obligatoryjne, lecz raczej może być uzależnione od rodzaju i charakteru przedmiotu zamówienia. Warto jednak podkreślić, iż teza taka – jak wskazuje chociażby J. Pieróg – nie znajduje żadnego umocowania w przepisach, a przynajmniej przepisy nie zawierają takiego wymagania¹⁹⁰.

Z analizy orzecznictwa KIO wynika również wniosek, iż nieuprawnionym jest twierdzenie, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia może odbyć się jedynie w drodze udziału podmiotu udostępniającego owe zasoby, jako podwykonawcy w realizacji zamówienia. Egzemplifikacji takiego stanowiska dostarcza chociażby wyrok w sprawie o sygnaturze KIO 790/10¹⁹¹. Jeśli już przyjmijemy koncepcję udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia, to zgodnie z ww. orzeczeniem trzeba uznać, że owo uczestnictwo może się odbywać w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (np. doradztwo, współpraca, konsultacje, umowa lojalnościowa, itp.)¹⁹². Co więcej, nawet w przypadku podmiotu trzeciego, który jest podwykonawcą i udostępnia swoją wiedzę i doświadczenie, nie ciąży na wykonawcy obowiązek powierzenia temu podmiotowi zakresu prac odpowiadających posiadanemu przez niego doświadczeniu, na które powołuje się wykonawca¹⁹³. Żaden z przepisów prawa zamówień publicznych nie daje podstaw do takiego działania. Teza zaprezentowana w ww. wyroku stoi w wyraźnej opozycji do założenia, iż wiedza

¹⁸⁷ Tak m.in.: wyrok Trybunału z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 *Jean Aroux i inni przeciwko Commune de Roanne przy udziale Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*. Zob. także: opinia Rzecznika Generalnego J. Mázaka z dnia 3 września 2009 r. w sprawie C-305/08 *CoNISMa (Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare) przeciwko Region Marche*.

¹⁸⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 603/10.

¹⁸⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2010 r., sygn. akt: KIO/786/10.

¹⁹⁰ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 11 wydanie, Warszawa 2012, Wyd. C. H. Beck, s. 151.

¹⁹¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2010 r., sygn. akt: KIO 790/10.

¹⁹² Tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1333/10.

¹⁹³ Tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 954/10, KIO 962/10.

i doświadczenie, jako elementy tak mocno powiązane z przedsiębiorstwem, mogą być udostępnione tylko i wyłącznie poprzez udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, jako podwykonawca. Jak wynika bowiem z ww. wyroku, wiedza i doświadczenie udostępniane przez podmiot trzeci, nie muszą mieć żadnego związku z jego ewentualnym podwykonawstwem.

Zaznaczyć również należy, iż przepisy art. 47 ust. 2 oraz 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej nie uzależniają udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci od jego ewentualnego **udziału w realizacji zamówienia**. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje w swoim orzecznictwie jedynie na konieczność istnienia charakteru rzeczywistego powoływania się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego¹⁹⁴.

Mimo pierwszeństwa wykładni językowej, Krajowa Izba Odwoławcza w aktualnym orzecznictwie stara się rozpatrywać kwestię polegania na potencjale podmiotu trzeciego przez pryzmat wykładni celowościowej, stwierdzając, że: „zwłaszcza w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, przyjąć można, iż niemożliwe jest uznanie realności takiego udostępnienia bez zagwarantowania jakiejś formy udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (ocena czy ewentualnie winna być wymagana i egzekwowana niejako kwalifikowana forma takiego udziału jaką jest podwykonawstwo – rozumiane jako oddanie do wykonania całości czy części zamówienia przez wykonawcę innemu podmiotowi – zależy od oceny konkretnych okoliczności faktycznych danej sprawy, głównie specyfiki zamówienia i udostępnianych zasobów). Powyższe ma wynikać z samej istoty dzielenia się wiedzą i doświadczeniem – doświadczeniem nie można podzielić się tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. Bez zagwarantowania stosownych form zaangażowania przy realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający w tym zakresie swój potencjał, możliwość dysponowania wiedzą i doświadczeniem, w większości przypadków należało będzie uznać za iluzoryczną i fikcyjną, a więc prowadzącą się jedynie do „dysponowania referencjami” danego podmiotu”¹⁹⁵.

Możliwość polegania na potencjale podmiotu trzeciego ewidentnie stanowi instrument zawarty w prawie zamówień publicznych, który może ułatwić przedsiębiorcom z sektora MSP udział w rynku zamówień publicznych. Uzyskiwanie przez nich zamówień publicznych oraz ich rzetelna realizacja da im możliwość uzyskania własnych referencji, co z kolei może doprowadzić do sytuacji, w której będą mieli możliwość wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu samodzielnie. Jednakże niejednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie niewątpliwie nie ułatwia zamawiającemu oceny spełniania warunków udziału, w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z potencjału podmiotu trzeciego. Zamawiający musiałby każdorazowo oceniać, czy istota zamówienia publicznego, którego właśnie udziela, wymusza podwykonawstwo podmiotu udostępniającego zasoby, czy też nie. Niepewność prawna związana ze stosowaniem omawianej instytucji może *de facto* wpłynąć na ograniczenie jej rzeczywistej dopuszczalności, a tym samym obniżyć efektywność udzielanych zamówień publicznych.

3.3. Podwykonawstwo

Podwykonawstwo stanowi jedną z możliwych form udziału w zamówieniach publicznych dla przedsiębiorców z sektora MSP. Nie jest to oczywiście forma optymalna. Jak już wskazywano wcześniej, podwykonawstwo nie musi być w pełni satysfakcjonujące dla wykonawców. Zazwyczaj łączy się ono bowiem z niższym wynagrodzeniem oraz nikłym wpływem na realizację zamówienia publicznego.

W przypadku podwykonawstwa mikroprzedsiębiorcy oraz małe i średnie przedsiębiorstwa mogą nie mieć możliwości zaprezentowania swoich innowacyjnych rozwiązań zamawiającemu w taki sposób, w jaki mo-

¹⁹⁴ Wyrok Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C – 176/98 *Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari*.

¹⁹⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO 1247/13.

gliby działać, gdyby byli generalnym wykonawcą. Niemniej jednak podwykonawstwo może być często jedyną dostępną formą udziału przedsiębiorców z sektora MSP w realizacji zamówienia publicznego, przy czym może ono dotyczyć zarówno części, jak i całości zamówienia. Mimo że Pzp co do zasady dopuszcza możliwość udziału podwykonawców w realizacji zamówienia publicznego, **zamawiający może zastrzec**, na podstawie art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom, ze względu na specyfikę istotnych warunków zamówienia. Zastosowanie tego przepisu może stanowić rzeczywistą i trudną do pokonania barierę w dostępie sektora MSP do zamówień publicznych, stąd też, jak podkreśla J. Jerka, ograniczenie udziału podwykonawców powinno dotyczyć tylko przypadków, gdy wynika to z obowiązujących przepisów lub spełnienie świadczenia jest związane z przedmiotem zamówienia lub wynika z właściwości wykonawcy¹⁹⁶.

3.4. Zamówienie udzielane w częściach oraz oferty częściowe

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, jedną z istotniejszych barier w dostępie do rynku zamówień publicznych dla wykonawców z sektora MSP jest bardzo zachowawcze i formalne podejście zamawiających do określania przedmiotu zamówienia i jego wartości, którzy zazwyczaj maksymalnie agregują dostawy lub usługi, które zamierzają nabyć¹⁹⁷. Wiadomym jest, że im większy zakres prac, które składają się na realizację przedmiotu zamówienia, tym większa jego wartość, natomiast zasoby wykonawców z sektora MSP, zarówno te składające się na potencjał osobowy, czy też techniczny, jak i te, które określają jego sytuację ekonomiczno-finansową, są w naturalny sposób ograniczone. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia może *de facto* skutecznie wyeliminować MSP z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Prawo zamówień publicznych posiada jednak instrumenty, pozostające w dyspozycji zamawiającego, pozwalające na takie określenie przedmiotu zamówienia, które będzie umożliwiała udział MSP w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także skuteczne złożenie oferty. Taka sytuacja będzie miała miejsce wtedy, gdy zamawiający zdecyduje się na udzielenie zamówienia publicznego w częściach lub kiedy dopuści możliwość składania ofert częściowych.

Udzielając zamówienia w częściach, zamawiający dzieli przedmiot zamówienia na kilka części, przy czym każda z nich jest, co do zasady, przedmiotem odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia. Jednakże, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania jej przepisów dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. W konsekwencji nie jest zabronione każde dzielenie zamówienia na części, a jedynie takie, które jest wykonywane w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp w ogóle, bądź też stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej¹⁹⁸. W celu uniknięcia tego typu sytuacji, ustawa Pzp przewiduje odpowiednie rozwiązania, które mają zastosowanie w przypadku udzielania zamówień w częściach. W myśl przepisu art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, że każda część zamówienia składa się na pewną, z góry określoną całość, co przypomina w pewien sposób świadczenie realizowane w ratach¹⁹⁹.

¹⁹⁶ J. Jerka, *Przewodnik po nowym podejściu...*, op.cit., s. 37.

¹⁹⁷ Tak: J. Jerka, *Przewodnik po nowym podejściu...*, op.cit., s. 7.

¹⁹⁸ Tak również: opinia Urzędu Zamówień Publicznych nt. *Zamówienia publiczne na roboty budowlane realizowane w ramach jednego projektu infrastrukturalnego a zakaz dzielenia zamówienia na części w prawie krajowym i unijnym*, www.uzp.gov.pl

¹⁹⁹ Zob.: opinia Urzędu Zamówień Publicznych nt. *Szacowanie wartości i udzielanie zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej*, www.uzp.gov.pl

Oferta częściowa to oferta przewidująca, zgodnie z treścią SIWZ, wykonanie części zamówienia publicznego²⁰⁰. W tym przypadku mamy do czynienia z jednym postępowaniem o udzielenie zamówienia, którego przedmiot został podzielony na odrębne zadania, z których każde może być przedmiotem odrębnej oferty. Przy czym musimy mieć na uwadze stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która wskazała, że dopuszczenie do składania ofert częściowych nie stanowi podziału zamówienia na części w rozumieniu wspomnianego wcześniej przepisu art. 32 ust. 2 ustawy Pzp²⁰¹.

Powstaje pytanie dlaczego właśnie udzielanie zamówień w częściach bądź dopuszczanie możliwości składania ofert częściowych ma ułatwić dostęp do zamówień wykonawcom z sektora MSP? Odpowiedź jest bardzo prosta. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę na fakt, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. W przypadku dużych, kosztownych oraz skomplikowanych zamówień warunki udziału w postępowaniu zostaną opisane na znacznie wyższym poziomie, często będącym poza zasięgiem sektora MSP. Jeśli przedmiot zamówienia jest mniej kosztowny, mniej kompleksowy, wówczas również warunki udziału w postępowaniu zostaną ukształtowane na proporcjonalnie niższym poziomie. To otwiera drogę do uzyskania zamówienia wykonawcom z sektora MSP. W konsekwencji może to zwiększyć konkurencyjność prowadzonego przez zamawiającego postępowania, poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu szerszego kręgu potencjalnych wykonawców. Dodatkowo zamawiający mogą uzyskać w ten sposób niższą cenę danej części zamówienia publicznego.

3.5. Oferty wariantowe

Oferta wariantowa to oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Jeśli zamawiający przewiduje możliwość składania ofert wariantowych, musi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieścić opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim muszą one odpowiadać. Zgodnie z przepisem art. 83 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty wariantowej w sytuacji, gdy **cena nie jest jedynym kryterium wyboru**. Nie oznacza to jednak, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym zamawiający nie przewidział takiej możliwości, wykonawca nie może faktycznie złożyć oferty, która zawiera inny sposób wykonania zamówienia, niż przewidziany w SIWZ. W takiej sytuacji zamawiający musi jednak odrzucić taką ofertę, ponieważ jej złożenie było niedopuszczalne²⁰². Nawet jeśli wykonawca zaproponowałby rozwiązanie lepsze, bardziej ekonomiczne pod względem eksploatacyjnym, to nie zwalnia to zamawiającego z obowiązku sprawdzenia, czy wszystkie parametry odpowiadają wymogom postawionym w SIWZ i wynikają z treści złożonej oferty²⁰³. Wynika to z przyjęcia w ustawie Pzp zasady, zgodnie z którą możliwość składania oferty wariantowej jest uzależniona od decyzji samego zamawiającego, a nie od woli wykonawców ubiegających się o zamówienie²⁰⁴.

Możliwość składania ofert wariantowych nie oznacza, że wykonawca przedstawia w swojej ofercie różne warianty wykonania zamówienia, ponieważ dopuszczalny jest tylko jeden sposób wykonania zamówienia publicznego, co prawda odmienny od zaproponowanego przez zamawiającego, lecz spełniający minimalne warunki przez niego określone²⁰⁵. Powyższy pogląd potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W jednym z wyroków KIO wskazała, że oferta wariantowa zawiera inne rozwiązanie

²⁰⁰ Art. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

²⁰¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1559/11.

²⁰² Tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 102/12.

²⁰³ Zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 381/12.

²⁰⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 628/09.

²⁰⁵ Zob.: M. Kulesza, *Obszar regulacji prawnych*, op.cit., s. 35. Tak również: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1559/11.

niż opisane przez zamawiającego, lecz jest to tylko jedno rozwiązanie, ponieważ w innym przypadku (np. zaferowania dwóch rozwiązań) taka oferta podlegałaby odrzuceniu²⁰⁶. W orzecznictwie KIO można jednak spotkać także pogląd odmienny, zgodnie z którym oferta wariantowa to oferta, w której wykonawca przedstawia różne sposoby wykonania zamówienia, z których co najmniej jeden jest odmienny niż określony przez zamawiającego, np. poprzez użycie odmiennych (równoważnych) materiałów, czy zastosowanie innych technologii²⁰⁷. Mając na uwadze treść przepisu art. 2 pkt 7 ustawy Pzp oraz jego literalną wykładnię, trudno uznać taki pogląd za trafny.

Składając ofertę wariantową, wykonawca powinien zatem przedstawić sposób realizacji zamówienia **odmienny** od opisanego przez zamawiającego, lecz odpowiadający minimalnym warunkom opisanym w SIWZ. Potrzeba złożenia oferty wariantowej może wynikać chociażby z chęci zaprezentowania bardziej nowoczesnego sposobu realizacji zamówienia, opartego o wcześniej nieużywane i innowacyjne rozwiązania. Możliwość odmiennej realizacji zamówienia musi mieć jednak wymiar realny. Przykładowo, nie wystarczy, aby wykonawca jedynie wskazał dwóch alternatywnych producentów towarów, które mogą być wykorzystane do realizacji przedmiotu zamówienia. Taka propozycja nie stanowi oferty wariantowej, ponieważ sposób wykonania zamówienia w istocie się nie zmienił i niezależnie od tego, towary którego producenta zostaną wykorzystane, będzie to sposób zgodny w pełni z wymogami określonymi przez zamawiającego w SIWZ²⁰⁸.

Dopuszczenie składania ofert wariantowych przez zamawiającego oznacza większą konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia, poprzez otwarcie zamówienia na większą liczbę wykonawców, którzy co prawda zdolni są wykonać przedmiot zamówienia, lecz zaproponowany przez nich sposób wykonania przedmiotu zamówienia jest odmienny od tego wskazanego przez zamawiającego, aczkolwiek mieści się w granicach dopuszczalnych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Jest to więc instrument, który może pozwolić wykonawcom z sektora MSP ubiegać się efektywnie o udzielenie zamówienia publicznego, a jednocześnie gwarantuje zamawiającym większą konkurencyjność, być może niższe ceny (aczkolwiek w przypadku ofert wariantowych nie musi to być zasadą), oraz dostęp do innowacyjnych koncepcji.

3.6. Dialog techniczny

Dla przedsiębiorców z sektora mikro, małych i średnich przedsiębiorstw dialog techniczny jest bardzo dobrą okazją do zaprezentowania własnych, często bardzo **innowacyjnych pomysłów, rozwiązań, czy też technologii**. Jak już było wskazywane, zamawiający często nie posiada dostatecznej wiedzy na temat rozwiązań dostępnych na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia, którego zamierza udzielić. Stąd też udział w dialogu technicznym nie tylko wyposaża zamawiającego w odpowiednią wiedzę, potrzebną do prawidłowego przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opisanie przedmiotu zamówienia czy też ukształtowania warunków umowy, lecz przede wszystkim pozwala zamawiającemu poznać nowe koncepcje w zakresie realizacji określonego przedmiotu zamówienia, również takie, które zupełnie były dla niego nieznanne. Oczywiście udział w dialogu technicznym może generować pewne **koszty** po stronie wykonawcy, np. jeśli wykonawca musi spotkać się z zamawiającym, czy też zorganizować dla zamawiającego prezentację rozwiązania technologicznego. Jednak są to koszty, które wykonawca musi ponieść, jeśli w ogóle chce zaistnieć w świadomości zamawiającego. Nie ma obowiązku udziału w dialogu technicznym, ale jeśli wykonawca nie skorzysta z tej możliwości, to powinien mieć świadomość faktu, że zamawiający nie skorzysta z jego koncepcji przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

²⁰⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 710/12.

²⁰⁷ Tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 524/21.

²⁰⁸ Szerzej: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2012 r., sygn. akt: KIO/UZP 1866/12, 1878/12.

3.7. Zaliczki dla wykonawców

Nowelizacją ustawy Pzp z dnia 5 listopada 2009 r., ustawodawca wprowadził w prawie zamówień publicznych możliwość udzielania przez zamawiającego wykonawcom zaliczek na poczet wykonania zamówienia. Została ona uregulowana w przepisie art. 151a ustawy Pzp. Żeby udzielić zaliczek muszą być jednak spełnione pewne warunki. Po pierwsze, zamawiający musi przewidzieć możliwość udzielania zaliczek w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po drugie, zaliczki mogą być udzielane, jeżeli zamówienie jest finansowane z udziałem:

- 1) środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej,
- 2) niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA),
- 3) niepodlegających zwrotowi środków innych niż wymienione powyżej, pochodzących ze źródeł zagranicznych.

Ograniczenie dotyczące pochodzenia środków, z których finansowane jest zamówienie nie dotyczy zamówień na **roboty budowlane**. W przypadku udzielania takich zamówień, zamawiający może przewidzieć możliwość udzielania zaliczek niezależnie od tego z udziałem jakich środków jest finansowane zamówienie. Ponadto, wskazane wyżej ograniczenia nie dotyczą jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków oraz innych jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego²⁰⁹.

O możliwości udzielania przez zamawiającego zaliczek na poczet wykonania zamówienia warto wspomnieć z dwóch powodów. Przede wszystkim, jak wskazuje się w doktrynie, instytucja zaliczek może przyczynić się do znacznego zwiększenia konkurencyjności, ponieważ otrzymanie zaliczki umożliwia wykonawcom realizację zamówienia publicznego ze środków zamawiającego, bez konieczności kredytowania przedmiotowego zamówienia do czasu jego zakończenia, co z kolei może przełożyć się na obniżenie cen ofert²¹⁰. Z drugiej strony, zaliczki należy zakwalifikować do instrumentów umożliwiających większe korzystanie z potencjału wykonawców z sektora MSP. Mikro, małe i średnie przedsiębiorstwa nie mają takich możliwości finansowych, jak przedsiębiorstwa duże, a realizacja skomplikowanego, długotrwałego i kosztownego zamówienia publicznego może stanowić duże obciążenie ekonomiczne. W takiej sytuacji zaliczki sprawdzają się zdecydowanie lepiej niż płatności częściowe, czy też okresowe, uruchamiane po wykonaniu poszczególnych etapów inwestycji. W przypadku zaliczek są one uruchamiane „z góry”, umożliwiając działania wykonawcy w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia za środki finansowe zamawiającego. Natomiast płatności częściowe są wypłacane dopiero po zrealizowaniu określonej w umowie części zamówienia. Oczywiście, nawet takie płatności stanowią bardziej atrakcyjne rozwiązanie dla wykonawcy, niż jedna płatność końcowa.

²⁰⁹ Art. 151a ust. 2 *in fine* ustawy Pzp.

²¹⁰ Zob.: H. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2010, wyd. LexisNexis, s. 77.

Rozdział IV. Nowe podejście do zamówień publicznych w praktyce – wyniki badań, przykłady rozwiązań, niewykorzystane możliwości

Od 2009 r. Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości realizuje projekt „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”, współfinansowany przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, a więc w ramach tzw. polityki spójności Unii Europejskiej. Działania prowadzone w ramach tego projektu, wynikały z rekomendacji wdrożenia nowego podejście do zamówień publicznych, zawartych w dokumencie rządowym przygotowanym przez Ministerstwo Gospodarki we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych w 2008 r. „Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój”, w którym określono kierunki rozwoju systemu zamówień publicznych oraz Plan Działań dla poszczególnych ministerstw i instytucji.

Projekt zakłada, że zamówienia publiczne mogą być bardziej przyjazne sektorowi MSP, sprzyjąc nabywaniu produktów innowacyjnych lub ekologicznych oraz towarów i usług o wysokiej jakości.

W trakcie realizacji projektu, który dobiega końca 31.12.2013 r., podejmowano te wyzwania poprzez:

- przeprowadzanie badań na temat barier hamujących dostęp MSP do zamówień publicznych w celu ich stopniowej redukcji;
- szkolenia i doradztwo dla poszczególnych kategorii uczestników rynku zamówień publicznych;
- ułatwienie dostępu MSP do usług doradczych i szkoleniowych w obszarze zamówień publicznych poprzez utworzenie bazy danych podmiotów świadczących takie usługi;
- informacji i promocji w zakresie nowego podejścia i przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dyrektyw,

a ich głównym celem jest zwiększenie udziału małych i średnich przedsiębiorstw w systemie zamówień publicznych poprzez upowszechnienie rozwiązań prawnych, pozwalających uzyskać korzystne ekonomicznie oraz innowacyjne zamówienia publiczne²¹¹.

O skali oddziaływania projektu świadczy liczba beneficjentów:

- 2000 osób z 1500 przedsiębiorstw z sektora MSP,
- 1000 podmiotów i instytucji świadczących usługi informacyjno-doradcze dla przedsiębiorców,
- 1000 osób z ponad 500 instytucji zamawiających.

Ta ostatnia grupa otrzymała wsparcie szkoleniowe prowadzone przez Partnera w projekcie – Urząd Zamówień Publicznych. Uczestnictwo w szkoleniach instytucji zamawiających jest bardzo istotne, gdyż to zamawiający kształtują warunki postępowania o udzielenie zamówień publicznych. Zwiększenie świadomości o możliwościach jakie stwarza nowe podejście do zamówień publicznych wśród tej grupy docelowej, przekłada się na wdrożenie tych rozwiązań w praktyce. Dodatkowo na stronie internetowej UZP

²¹¹ Na podstawie: *Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo*, opis projektu, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.

<http://edu.uzp.gov.pl> uruchomiono narzędzie pn. „System udostępniania materiałów informacyjno-edukacyjnych”, który służy ułatwieniu dostępu do wiedzy o zasadach udzielania zamówień publicznych i ubiegania się o zamówienia publiczne. Uruchomiono również bazę podmiotów świadczących usługi doradcze, szkoleniowe i informacyjne w zakresie Prawa zamówień publicznych, zawierająca dane o aktualnych szkoleniach i doradztwie świadczonym te podmioty, dostępną pod adresem <http://bazanowepodejscie.parp.gov.pl>

1. Wyniki badań

Realizacja projektu „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo” obejmowała między innymi cykliczne badania oraz analizy rynku zamówień publicznych w Polsce. Badania prowadzono zarówno z perspektywy zamawiających, jak i wykonawców a także doradców. Wyniki przeprowadzonych badań są bardzo interesujące, przedstawiając kompleksowy obraz polskiego systemu zamówień publicznych, i – co istotne – potwierdzają większość tez przedstawionych w niniejszej publikacji.

Badania przeprowadzone w latach 2010–2011 wskazują, że obecność na rynku zamówień publicznych deklaruje co czwarty przedstawiciel sektora MSP, przy czym zainteresowanie tym rynkiem wzrasta wraz z wielkością firmy – obecnych jest na nim 43% przedsiębiorstw średniej wielkości, 33% firm małych i 24% mikrofirm. Jednakże już w 2012 r. nastąpiło ograniczenie działalności MSP na rynku zamówień publicznych: tylko 17% mikroprzedsiębiorstw, 18% małych przedsiębiorstw oraz 24% średnich przedsiębiorstw uczestniczyło w zamówieniach publicznych²¹². Generalnie, w latach 2010–2013 można zauważyć spadek aktywności przedstawicieli sektora MSP na rynku zamówień publicznych. Różnica między 2011 r. (25% aktywnych przedsiębiorców z sektora MSP), a 2013 r. (14%) wynosi aż 11 punktów procentowych. Ta negatywna tendencja związana jest z trudnościami w uzyskaniu zamówień, wynikającymi chociażby z trudności w budowaniu relacji z zamawiającymi oraz spadkiem atrakcyjności rynku zamówień publicznych, który postrzegany jest przez wykonawców jako zbyt biurokratyczny i sformalizowany²¹³.

Nowe podejście do zamówień publicznych promuje instrumenty zdefiniowane w prawie zamówień publicznych, które umożliwiają szerszy dostęp do zamówień przedsiębiorcom z sektora MSP. Tymczasem wykonawcy z sektora MSP wykazują niewielką zdolność do kooperacji, takiej jak współpraca w ramach konsorcjum, sięgania po usługi podwykonawców, jak również bycia podwykonawcą, aczkolwiek badania za lata 2011–2013 wskazują na pewien wzrost w tym zakresie. Wykonawcy z sektora MSP, którzy częściej korzystali z ww. instrumentów prawa zamówień publicznych na ogół charakteryzowali się większą wiedzą o rynku zamówień publicznych, a ich działania rynkowe były oparte na dobrej znajomości rynku. Ponadto, korzystano z tych instrumentów częściej w przypadku zamówień o większej wartości, co podyktowane było wyższą opłacalnością ekonomiczną korzystania z podwykonawstwa lub realizacji projektu w ramach konsorcjum. Potwierdza to tezę o potrzebie profesjonalizacji uczestników systemu zamówień publicznych, a jednocześnie wskazuje, że w przypadku zachęty o charakterze ekonomiczno-finansowym, wykonawcy są w stanie przezwyciężyć wewnętrzne opory i są bardziej chętni do współpracy i współdziałania w celu uzyskania zamówienia publicznego.

Jednocześnie badania prowadzone na szczeblu krajowym w ramach nowego podejścia do zamówień publicznych wykazały różne **bariery** w dostępie mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich przedsiębiorców do rynku zamówień publicznych. Są one następujące:

- 1) **Świadomość** – wsparcie dla MSP jest deklaratywne, związane w większym stopniu z przeświadczeniem, że istnieją oczekiwania (poziom polityki państwowej) wspierania MSP niż z realnym działaniem. Z jednej

²¹² J. Orłowska, *Współpraca MSP na rynku zamówień publicznych. Wyniki badań Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości*, artykuł udostępniony przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości.

²¹³ Szerzej: *Raport końcowy z wyników badań 2013 przeprowadzonych w ramach projektu „Nowe podejście do zamówień publicznych” realizowanego dla Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości*, Warszawa 2013.

strony badani deklarowali, że MSP powinno się wspierać, aby ułatwić im dostęp do zamówień publicznych, z drugiej strony rzadko towarzyszyły temu świadome działania (badani stosujący rozwiązania sprzyjające MSP bardzo rzadko twierdzili, że działali tak z intencją wspierania tych przedsiębiorstw. Najczęściej deklarowano, że głównym powodem była chęć zwiększenia liczby oferentów, co nie jest równoznaczne z dążeniem do zwiększenia udziału firm sektora MSP). Należy też zwrócić uwagę, że uczestnicy badań twierdzili, że z reguły nie interesuje ich profil wykonawcy. Ponadto zamawiający stwierdzali, że mają jedynie przybliżoną orientację co do wielkości podmiotów ubiegających się o zamówienie;

- 2) **Przyzwyczajenia** – stosowanie ułatwień dla MSP niewątpliwie jest działaniem niestandardowym, wymagającym większych nakładów pracy niż w przypadku dotychczasowych praktyk w zakresie przygotowywania postępowań o zamówienie publiczne. Jak pokazały wyniki badań jakościowych i ilościowych przyzwyczajenie (nabycie biegłości przy stosowaniu określonego trybu, najczęściej jest to przetarg nieograniczony) sprawia, że zamawiający niechętnie sięgają po inne rozwiązania. Ponadto stosowanie ułatwień dla MSP, a zatem odchodzenie od standardu, rodzi ryzyko popełnienia błędu. Ciekawe jednak, że duży poziom instytucjonalnej inercji obserwujemy mimo przekonania zamawiających, że przepisy PZP nie pozwalają wybrać najlepszego wykonawcy i nie sprzyjają dbałości o dobro publiczne;
- 3) **Obawy przed reakcją instytucji kontrolnych** – w rozmowach z zamawiającymi można usłyszeć, że działania niestandardowe wzbudzają nadmierne zainteresowanie instytucji kontrolnych. W efekcie kontrole trwają dłużej i zakłócają pracę działów zamawiających. Należy podkreślić, że zamawiający, choć rozumieją niezbędność kontroli, stwierdzają zarazem, iż obecnie sporo czasu przeznaczają na obsługę kontroli zamówień. Omawiany problem nie dotyczy zamówień elektronicznych;
- 4) **Prawdopodobne preferencje zamawiających wobec podmiotów większych.** Zamawiający wykazują się dużą surowością w ocenie potencjału do realizacji zamówień w przypadku mikro i małych przedsiębiorców – nie zgłaszają natomiast analogicznych zastrzeżeń co do tego potencjału dopiero w przypadku podmiotów średnich (mimo faktycznych dobrych doświadczeń współpracy z mniejszymi wykonawcami). Zamawiający dostrzegają też, że wykonawcy więksi lepiej przygotowują oferty oraz cieszą się większą renomą. Być może te czynniki sprawiają, że – mimo obiektywnie podobnych doświadczeń ze współpracy z podmiotami małymi i większymi – bardziej preferowane są te drugie;
- 5) **Brak statystyk pozwalających na dokładną analizę udziałów rynkowych w zależności od wielkości przedsiębiorstwa.** Problem dotyczy zarówno całego rynku, jak i poszczególnych instytucji zamawiających. W efekcie zamawiającym może być trudno ocenić, czy utrudnienia dostępu MSP do rynku to problem dotyczący ich instytucji. Trudno również analizować dynamikę zmian w momencie uruchomienia działań wspierających MSP w dostępie do rynku zamówień publicznych²¹⁴.

Ponadto, część przedsiębiorców nie uczestniczy w rynku zamówień publicznych ponieważ jest przekonana, że jego efektywność ekonomiczna jest niższa niż rynku komercyjnego, co związane jest z dominacją kryterium cenowego w ocenie ofert. Zbyt częste stosowanie tego kryterium utrudnia przedsiębiorcom funkcjonowanie na rynku zamówień i kłóci się z oczekiwaniami zamawiających co do wysokiego poziomu jakości wykonania zamówienia; ponadto na rynku zamówień publicznych występuje duża konkurencja²¹⁵. Niestety, zamawiającym rynek zamówień publicznych kojarzy się z dwoma pojęciami: **przetarg nieograniczony** oraz **najniższa cena oferty**. Potwierdzają to badania prowadzone przez PARP, które zwracają przede wszystkim uwagę na płynące z tego faktu ograniczenia w realizacji zamówień innowacyjnych, jak i w dostępie do zamówień dla małych i średnich przedsiębiorstw.

²¹⁴ A. Kowalewska, J. Szut, *Raport końcowy z wyników badań 2010/2011 przeprowadzonych w ramach projektu „Nowe podejście do zamówień publicznych” realizowanego dla Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości*, Warszawa 2011, s. 21-22.

²¹⁵ R. Zakrzewski, *Przedsiębiorcy na rynku zamówień publicznych – pożądane zmiany*, artykuł udostępniony przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości.

2. Przykłady rozwiązań praktycznych

2.1. Zastosowanie wielokryteriowej oceny oferty (kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie)

Jak wykazuje przygotowane przez Urząd Zamówień Publicznych *Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*²¹⁶, w 2012 r. zamawiający w aż 92% postępowań o udzielenie zamówienia o wartości poniżej progów unijnych zdecydowali się na zastosowanie tylko jednego kryterium – najniższej ceny. Predylekcja zamawiających do stosowania jednokryteriowego modelu oceny ofert umacnia się, ponieważ w 2010 r. oraz 2011 r. kryterium ceny występowało w 91% postępowań, w 2009 r. – 90% postępowań, w 2008 r. – 89%, a w 2007 r. w 87% postępowań. W zamówieniach o wartości powyżej progów unijnych odsetek postępowań, w których zastosowano tylko kryterium ceny wynosi 76%. Można więc zauważyć tu dość istotną dwupoziomowość, którą należy ocenić pozytywnie. Z ww. danych wynika bowiem, że w przypadku zamówień droższych (o wartości powyżej progów unijnych) zamawiający częściej decydują się na użycie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Mając na uwadze wspomniany już w niniejszej publikacji fakt przekładania się kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie na zapewnienie zasady *value for money*, większa liczba postępowań opartych o wielokryteriową ocenę ofert podwyższa również prawdopodobieństwo zagwarantowania większej efektywności udzielanych zamówień publicznych.

Warto w tym miejscu podkreślić, iż zamawiający częściej decydują się tylko na cenę w przypadku zamówień na roboty budowlane (95% postępowań poniżej progów unijnych, 91% postępowań o wartości powyżej progów unijnych), rzadziej w przypadku zamówień na dostawy (93% postępowań poniżej i 87% postępowań o wartości powyżej progów unijnych), a najrzadziej w przypadku zamówień na usługi odpowiednio 87% i 63% postępowań. Widzimy więc, że kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, a więc wielokryteriowa ocena ofert, cieszy się największym powodzeniem w przypadku zamówień na usługi.

Zakup samochodu osobowego

Ciekawym przykładem zastosowania wielokryteriowej oceny ofert w przypadku dostaw jest postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę samochodu osobowego, ogłoszone przez Urząd Zamówień Publicznych w 2012 r. Zastosowano w nim następujące kryteria oceny ofert:

- 1) cena – waga 45,
- 2) zużycie energii – waga 20,
- 3) emisja dwutlenku węgla (w jednostkach g/km) – waga 5,
- 4) emisja zanieczyszczeń (w jednostkach g/km) – waga 5,
- 5) częstotliwość przeglądów – waga 4,
- 6) wyposażenie dodatkowe – waga 5, w tym:
 - nawigacja (1),
 - żaluzje szyb w tylnych drzwiach (0,5),
 - żaluzja tylnej szyby (0,5),
 - trzecia strefa klimatyzacji – tył (1),
 - czujnik deszczu (0,5),
 - poduszka kolanowa kierowcy (0,5),
 - dodatkowy komplet kół z oponami zimowymi na felgach aluminiowych (1),

²¹⁶ *Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, op.cit., s. 30. Wszystkie dane użyte w niniejszym podrozdziale pochodzą z ww. sprawozdania.

- 7) rozstaw osi – waga 5,
- 8) gwarancja – waga 6,
- 9) moc silnika – waga 5.

W zamówieniu tym połączono kryterium cenowe, kryteria związane z ochroną środowiska, z serwisem, z funkcjonalnością, z aspektami technologicznymi oraz kryterium gwarancji.

Warto zwrócić uwagę na sposób przyznawania punktów w poszczególnych kryteriach. Maksymalna liczba punktów w każdym kryterium równa była określonej wadze kryterium w procentach. Ocena łączna stanowiła sumę punktów uzyskanych w ramach wszystkich kryteriów. Zużycie energii było obliczane jako iloczyn zużycia paliwa (l/km) w cyklu łącznym (wartość uśredniona) i wartości energetycznej paliwa. Wykonawca deklarował średnią ilość zużywanego paliwa na 100 km w cyklu mieszanym, przy czym ilość zużywanego paliwa musiała być zgodna z wielkością podaną w świadectwie homologacji pojazdu, podobnie zresztą jak deklarowana emisja dwutlenku węgla czy wielkość emisji zanieczyszczeń. Ciekawym rozwiązaniem było obliczanie punktów za rozstaw osi. Oferty wykonawców, którzy zaoferowali samochód o rozstawie osi mniejszym niż 2700 mm były odrzucane jako niezgodne z SIWZ. Oferty wykonawców, którzy zaoferowali samochód o rozstawie osi mieszczącym się w zamkniętym przedziale od 2700 mm do 2850 mm mogły uzyskać 0 punktów (jeśli oferta była najmniej korzystna) lub 5 punktów (w przypadku oferty najkorzystniejszej w tym względzie) w przedmiotowym kryterium. Natomiast wykonawcy, którzy zaoferowali samochód o rozstawie osi powyżej 2850 mm otrzymywali 5 punktów.

W przypadku kryterium gwarancji, oferty wykonawców, którzy zaoferowali samochód z gwarancją krótszą niż 24 miesiące były odrzucane jako niezgodne z SIWZ. Maksymalnie wykonawca mógł uzyskać 5 punktów w przedmiotowym kryterium. Działo się tak m.in. wtedy, gdy okres gwarancji przekraczał 60 miesięcy. Natomiast w przypadku kryterium mocy silnika, oferty wykonawców którzy zaoferowali moc mniejszą niż 110 kW były odrzucane jako niezgodne z SIWZ.

Dostawa oświetlenia przyjaznego dla środowiska

Zamówienie publiczne dotyczyło oświetlenia przyjaznego dla środowiska w Kolding (Dania)²¹⁷. W przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia na oświetlenie przyjazne dla środowiska w duńskim mieście Kolding zastosowano wielokryteriową ocenę ofert w sposób raczej niespotykany w Polsce. Udzielone zamówienie kwalifikuje się niewątpliwie do Zielonych Zamówień Publicznych, które w Polsce nie są, niestety, zbyt popularne. Przedmiotem zamówienia była dostawa innowacyjnych i oszczędnych energetycznie ledowych zamienników tradycyjnych żarówek do użytku w pomieszczeniach i na zewnątrz. Zastosowane kryteria oceny ofert to:

- 1) koszty związane z długowiecznością – waga 55%, w tym:
 - cena zakupu (35%),
 - długowieczność (35%),
 - koszty eksploatacji (30%),
- 2) skuteczność świetlna oświetlenia – 25%,
- 3) jakość oświetlenia (CRI²¹⁸) – 20%.

W omawianym zamówieniu publicznym połączono kryteria cenowe z kryteriami funkcjonalno-technicznymi. Na podkreślenie zasługuje fakt uwzględnienia nie tylko ceny zakupu oświetlenia ledowego, które zazwyczaj jest droższe niż oświetlenia tradycyjnego, lecz również koszty jego eksploatacji oraz długowieczność, z uwagi na fakt, iż oświetlenie ledowe może wygenerować duże oszczędności po stronie zamawiającego właśnie na etapie eksploatacji zrealizowanego już przedmiotu zamówienia.

²¹⁷ Na podstawie: Komisja Europejska, *GPP. Zielone Zamówienia Publiczne. Zbiór dobrych praktyk*, polskie tłumaczenie: Urząd Zamówień Publicznych 2013, www.uzp.gov.pl

²¹⁸ CRI – ang. *Colour Rendering Index*, czyli tzw. wskaźnik oddawania barw.

Dostawa elektronicznego programu informacji prawnej wraz z aktualizacjami

Zamówienia publiczne na dostawę programów informacji prawnej stanowią duże wyzwanie dla zamawiających. Urząd Zamówień Publicznych rekomenduje używanie wielokryteriowej oceny ofert przy udzielaniu takich zamówień, na którą, przykładowo, mogą składać się następujące kryteria²¹⁹:

- 1) cena brutto za realizację zamówienia – waga 60%,
- 2) wartość merytoryczna komentarzy zawartych w programie w zakresie wymaganym przez zamawiającego – waga 20%,
- 3) ilość orzeczeń z zakresu zamówień publicznych – waga 5%,
- 4) możliwość ustalenia brzmienia aktu prawnego w brzmieniu obowiązującym na dany dzień – waga 4%,
- 5) dostęp do zawartości bazy programu wyłącznie przez serwer umieszczony w siedzibie zamawiającego bez konieczności dostępu do sieci zewnętrznych (wszystkie programy zlokalizowane na lokalnym serwerze) lub w szczególnych przypadkach poprzez serwer wykonawcy – waga 3%,
- 6) dostęp do kompletnej bazy ujednoczonych aktów prawnych opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej seria L i C, począwszy od 1 maja 2004 r. – waga 5%,
- 7) dostęp do kompletnej bazy aktów prawnych opublikowanych w Dzienniku Ustaw od 1954 r. wraz z opisem zawierającym: identyfikator (miejsce publikacji, rok, numer, pozycja), tytuł i rodzaj aktu, autora, datę wydania, datę wejścia w życie oraz utraty mocy (jeśli miała miejsce), informacje o statusie aktu (obowiązujący, archiwalny, oczekujący) – waga 3%.

Analizując poszczególne kryteria najbardziej ciekawym wydaje się ocena wartości merytorycznej komentarzy zawartych w programie. UZP wskazał na możliwość badania nawiązań autora komentarza do poglądów przedstawicieli doktryny prawa czy też stopnia pogłębienia analizy prawnej. Warto jednak w tym miejscu podkreślić, iż bez posiadania fachowej wiedzy w tym zakresie przez zamawiającego, prawidłowa ocena tego kryterium nie jest możliwa.

2.2. Zastosowanie e-zamówień

Komisja Europejska definiuje e-zamówienia jako termin opisujący zastąpienie procedur papierowych systemem komunikacji i przetwarzania opartym na technologiach informacyjno-komunikacyjnych w całym cyklu udzielania zamówień, przy czym wprowadzanie procesów czy też instrumentów elektronicznych odbywa się na różnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: publikacji ogłoszeń, dostarczenia dokumentacji, składania ofert, oceny ofert, udzielenia zamówienia, dokonania zlecenia w trakcie jego realizacji, fakturowania i płatności²²⁰.

Komisja Europejska wylicza szereg korzyści, które przynosi szerokie stosowanie e-zamówień, zaliczając do nich²²¹:

- 1) **szansę zwiększenia dostępności i przejrzystości zamówień publicznych:** e-zamówienia powinny zwiększyć dostęp potencjalnych wykonawców do zamówień publicznych poprzez łatwiejszy i tańszy przepływ informacji, przekazywanych online. Dokumentacja przetargowa również powinna być dostępna w formie elektronicznej. Stosowanie e-zamówień spowoduje zatem większą otwartość rynku zamówień publicznych, a tym samym wpłynie korzystnie na konkurencyjność, z drugiej strony, pozytywnie oddziałując na poziom monitorowania udzielanych zamówień;

²¹⁹ Na podstawie: *Pozacenowe kryteria oceny ofert...*, op.cit., s. 60.

²²⁰ Szerzej: Komisja Europejska, *Zielona Księga w sprawie szerszego stosowania e-zamówień w UE*, COM(2010) 571 final, Bruksela 2010, s. 3.

²²¹ Na podstawie: Komisja Europejska, *Zielona Księga w sprawie szerszego...*, op.cit., s. 4-6.

- 2) **korzyści dla poszczególnych procedur:** e-zamówienia oznaczają mniejsze koszty administracyjne dla zamawiających oraz szybsze procedury, co nie jest bez znaczenia w sytuacji znacznego ograniczenia zasobów dostępnych dla zamawiającego. Oznacza to wspomnianą już efektywność kosztową osiąganą przez zamawiającego. Udzielenie zamówienia może generować oszczędności nie tylko poprzez uzyskanie niższych cen ofertowych, lecz również przez obniżenie kosztów prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Elektroniczne zamówienia publiczne przyczyniają się również do szybszej realizacji budżetów przeznaczonych na zamówienia;
- 3) **korzyści w zakresie bardziej skutecznego zarządzania zamówieniami:** procedury elektroniczne umożliwiają racjonalizację procesu udzielania zamówień publicznych. Korzyści w zarządzaniu zamówieniami za pomocą instrumentów e-zamówień będą szczególnie widoczne w przypadku centralnych zamawiających, ponieważ elektroniczne zamówienia publiczne mogą spowodować centralizację kosztownych funkcji związanych z obsługą udzielania zamówień, a także pozwolić na uzyskanie efektu skali w zarządzaniu zamówieniami;
- 4) **potencjał w zakresie integracji rynków zamówień Unii Europejskiej:** e-zamówienia mają ogromny potencjał do zwiększenia liczby zamówień publicznych udzielanych transgranicznie. Elektroniczanie postępowania, dostarczanie dokumentacji w formie cyfrowej, dostęp do wszystkich informacji online, a także możliwość przysyłania ofert w sieci mogą znacznie przyczynić się do zwiększenia liczby ewentualnych wykonawców, a zatem do zwiększenia konkurencji. Co prawda e-zamówienia nie zniwelują do końca kwestii odległości, lecz wygenerują oszczędności związane z samym udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia organizowanych w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej, niż państwo będące siedzibą zainteresowanego wykonawcy.

W pracach nad nowymi dyrektywami zamówieniowymi (tj. nową dyrektywą klasyczną, dyrektywą sektorową oraz zupełnie nową regulacją w postaci dyrektywy o udzielaniu koncesji), które trwają już od 2011 r., Komisja Europejska dała wyraźny sygnał do nadchodzącej pełnej elektronicznej zamówień publicznych. Wprowadzono m.in. obowiązek udostępniania pełnej dokumentacji przetargowej online²²². Używanie instrumentów elektronicznych przy udzielaniu zamówień praktycznie nie jest kwestionowane. Z drugiej strony, również w doktrynie prawa zamówień publicznych podkreśla się, że elektroniczne zamówienia mogą zwiększyć konkurencję, a także uprościć i zrationalizować wydatkowanie środków publicznych, jednocześnie zapewniając zamawiającym efektywność zarówno w znaczeniu krótszych procedur, jak i pod względem finansowym²²³.

W Polsce, niestety, używanie instrumentów elektronicznych nie cieszy się jeszcze dużym powodzeniem. Według opublikowanego przez Urząd Zamówień Publicznych *Sprawozdania o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, licytacja elektroniczna była stosowana przez zamawiających jedynie w 0,17% przypadków. Jak się okazuje, udzielanie zamówienia w trybie licytacji elektronicznej jest stosunkowo szybkie, ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia w tym trybie wynosi średnio 32 dni (roboty budowlane – 32 dni, dostawy – 31 dni, usługi – 34 dni).

W **Zielonej Księdze w sprawie szerszego stosowania e-zamówień**, Komisja Europejska wskazała kilka przykładów oszczędności i usprawnień, które niosą ze sobą elektroniczne zamówienia publiczne. W związku z tym, że e-zamówienia w Polsce są nadal w fazie *in statu nascendi*, warto przywołać w tym miejscu dobre praktyki pochodzące z innych państw członkowskich Unii Europejskiej:

²²² Szerzej na temat nowych dyrektyw zamówieniowych, a w szczególności nowej dyrektywy klasycznej: P. Nowicki, *Zmiany w dyrektywie*, *Przetargi Publiczne* 2013, nr 10, s. 53-55.

²²³ Zob.: C. Bovis, *Public Procurement in the European Union: A Critical Analysis of the New Regime*, *Legal Issues of Economic Integration* 2006, vol. 33(1), s. 38.

- 1) Agencja Intercent ER²²⁴ z włoskiego regionu Emilia-Romania oferuje usługi w zakresie e-zamówień, obejmujące e-giełdę, e-katalogi oraz e-aukcje, stanowiąc punkt referencyjny dla ok. 90% urzędów lokalnych. W 2008 r. obsłużyła transakcje o łącznej wartości ok. 419 mln euro, co pozwoliło na wygenerowanie korzyści w zakresie efektywności na poziomie 67,5 mln euro oraz oszczędności czasu na poziomie 45 osobo-lat;
- 2) W Austrii agencja federalna ds. zamówień centralizuje zakupy dla władz federalnych korzystając z e-zamówień, co w 2008 r. dało oszczędności rządu 178 mln euro przy zamówieniach o łącznej wartości 830 mln euro. Korzyści te ze znaczną nawiązką rekompensują roczne kwoty utrzymania wynoszące 5 mln euro;
- 3) W Portugalii porównano najlepsze oferty na roboty budowlane zlecone przez 50 publicznych szpitali w 2009 r. w systemie „papierowym” oraz w 2010 r. w systemie elektronicznych zamówień. Z badań wynikało, że w 2010 r. ograniczono koszty o 18% dzięki wzrostowi konkurencji osiągniętemu przez stosowanie e-zamówień²²⁵.

Ciekawym rozwiązaniem, propagującym udzielanie elektronicznych zamówień na szeroką skalę, jest uruchomiona w Norwegii Platforma Elektronicznych Zamówień (ang. *Electronic Procurement Platform*, nor. *Ehandelsplattformen*), która oferuje kompletny zestaw rozwiązań dla zamawiających i wykonawców, chcących korzystać z e-zamówień²²⁶. Za pomocą Platformy można realizować cały proces zamówień, przysyłać dokumentację przetargową, dokumenty dotyczące wykonawców, wystawiać e-faktury, uzyskiwać informacje o produktach i usługach z elektronicznych katalogów, a także promować swoje usługi i towary.

Innym interesującym przykładem rekomendowania e-zamówień jest Finlandia, gdzie zdecydowano się na promowanie korzystania w szerszym zakresie z aukcji elektronicznej i dynamicznego systemu zakupów poprzez uchwalenie ustawy z dnia 17 czerwca 2011 r. o aukcji elektronicznej i dynamicznym systemie zakupów²²⁷. Nowa ustawa w sposób kompleksowy reguluje korzystanie z aukcji elektronicznej i dynamicznego systemu zakupów, zastępując lakoniczne przepisy dotyczące tych instrumentów, zawarte w ustawie z dnia 30 marca 2007 r. o zamówieniach publicznych²²⁸.

Nieliczne, aczkolwiek coraz częstsze doświadczenia polskich zamawiających potwierdzają tezę o generowaniu oszczędności w drodze elektronizacji zamówień publicznych. Do kanonu dobrych praktyk i doświadczeń w zamówieniach publicznych należy bez wątpienia udzielanie zamówień w drodze aukcji elektronicznej. Dobrym przykładem może być chociażby praktyka przyjęta przez PGE Dystrybucja S.A., która to w 2012 r. rozszerzyła zakres stosowania aukcji elektronicznych w postępowaniach zakupowych i w konsekwencji już w pierwszym półroczu zaoszczędziła 35 mln złotych, taka bowiem była różnica pomiędzy sumą cen najkorzystniejszych ofert w postępowaniach bez zastosowania aukcji elektronicznej, a cenami ofert pochodzącymi z aukcji²²⁹.

W celu popularyzowania używania instrumentów elektronicznych w zamówieniach publicznych Urząd Zamówień Publicznych udostępnił w grudniu 2009 r. Platformę Aukcji Elektronicznych, dostępną pod

²²⁴ Agenzia regionale per lo sviluppo dei mercati telematici, zob.: www.intercent.it

²²⁵ Na podstawie: Komisja Europejska, *Zielona Księga w sprawie szerszego...*, op.cit., s. 5-6.

²²⁶ Szerzej: <http://anskaffelser.no/e-handel/ehandelsplattform>

²²⁷ *Laki sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä (nr 698/2011)*. Tekst w języku fińskim dostępny pod adresem: www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2011/20110698. Zob.: H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 46.

²²⁸ *Laki julkisista hankinnoista (nr 348/2007)*. Tekst w języku fińskim dostępny pod adresem: www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2007/20070348. Szerzej na temat systemu zamówień publicznych w Finlandii: H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia publiczne...*, op.cit., s. 46-50.

²²⁹ *Elektroniczne aukcje zakupowe przyniosły PGE Dystrybucja 35 mln złotych oszczędności*, http://www.pgedystrybucja.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=89&Itemid=65

adresem: **aukcje.uzp.gov.pl**. Korzystanie z platformy jest bezpłatne. Od momentu przeprowadzenia pierwszych aukcji za pomocą PAE (styczeń 2010 r.) można zauważyć tendencję wzrostową stosowania tego instrumentu. W ostatnim czasie licznie korzystały z niego m.in. Komendy Wojewódzkie Policji, czy Kompania Węglowa S.A. Coraz częściej korzystają z aukcji elektronicznej jednostki samorządu terytorialnego. W 2012 r. na Platformie Aukcji Elektronicznych przeprowadzono 867 aukcji, co stanowi wzrost o 33% w stosunku do aukcji przeprowadzonych w 2011 r., ale już o 244% w stosunku do liczby aukcji przeprowadzonych w 2010 r.²³⁰ Z instrumentu skorzystało jednak tylko 62 zamawiających, co jest, co prawda liczbą większą, niż ilość zamawiających korzystających z aukcji elektronicznej w 2011 r., jednakże nadal jest to mała ilość w stosunku do liczby zamawiających w skali kraju. Jak podało UZP w *Sprawozdaniu o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, dzięki zastosowaniu aukcji przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający uzyskali oferty w sumie o 228 543 365,20 zł tańsze od ofert pisemnych składanych w postępowaniach, przy czym największe oszczędności w aukcjach elektronicznych wynosiły ok. 15 mln zł, natomiast oferta najkorzystniejsza w tych postępowaniach była tańsza od oferty pisemnej o około 30%²³¹. Przeważającym kryterium oceny ofert jest cena.

Urząd Zamówień Publicznych udostępnił również bezpłatnie platformę elektroniczną do przeprowadzania licytacji elektronicznej, dostępną pod adresem: **licytacje.uzp.gov.pl**. Jak wynika z danych opublikowanych przez UZP²³², w 2012 r. na platformie licytacji elektronicznych zostało przeprowadzonych 359 licytacji, przy czym był to wzrost o 68% w stosunku do 2011 r. Suma oszczędności, liczonych w stosunku pierwszej oferty złożonej w postępowaniu do ceny oferty najkorzystniejszej, wyniosła 22 907 280,24 zł. Wygenerowanie największej oszczędności, bo aż kwoty 2 437 800,00 zł, odnotowano w postępowaniu na zakup wraz z dostawą papieru ciągłego.

Pomimo ewidentnych korzyści wynikających z zastosowania aukcji elektronicznej, udział w polskim rynku zamówień publicznych postępowań, w których zastosowano ten instrument, jest znikomy. W celu zmiany istniejącego stanu rzeczy, trzeba więc podnosić poziom edukacji prawnej i informatycznej zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Postulat ten dotyczy nie tylko zastosowania aukcji elektronicznej, lecz generalnie elektronicznych instrumentów zamówień publicznych, w tym m.in. dynamicznego systemu zakupów oraz licytacji elektronicznej.

²³⁰ Na podstawie: *Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, op.cit., s. 61.

²³¹ *Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, op.cit., s. 61.

²³² *Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, op.cit., s. 61.

3. Niewykorzystane możliwości

Projekt „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo” był ukierunkowany na zwiększenie udziału małych i średnich przedsiębiorstw w systemie zamówień publicznych oraz rozpowszechnianie rozwiązań prawnych pozwalających uzyskać korzystnie ekonomicznie oraz innowacyjnie zamówienia. Jego efektem będzie jednak nie tylko większa różnorodność wykonawców na rynku zamówień publicznych, lecz przede wszystkim wzrost wiedzy na temat prawa zamówień publicznych zarówno po stronie zamawiających, jak i wykonawców.

Promowanie rozwiązań w zakresie kryteriów oceny ofert, trybów negocjacyjnych, innowacyjności, czy też instrumentów elektronicznych, przyczyni się do dynamicznego rozwoju rynku zamówień publicznych w Polsce. Można bowiem odnieść wrażenie, iż pewne ograniczenia i bariery istniejące na tym rynku wynikają nie tyle ze złej legislacji, co z niewiedzy i braku profesjonalizacji podmiotów w nim uczestniczących. W ostatnich latach dokonał się również znaczący postęp w obszarze regulacji prawnych sprzyjających **nowemu podejściu do zamówień publicznych**.

Podsumowując te zmiany w okresie od 2008 do 2013r. można wymienić kilka obszarów oddziaływania instrumentów prawnych, które były omówione również w treści tej publikacji.

Rozwiązania sprzyjające sektorowi MSP:

- możliwość prowadzenia przez zamawiającego, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, dialogu technicznego.
- wprowadzenie zasady dopuszczalności podwykonawstwa i dalsze zmiany mające m.in. na celu zagwarantowanie płatności podwykonawcom.
- możliwość powoływania się na potencjał podmiotów trzecich.
- odejście od kierowania się wyłącznie potencjałem w ramach kwalifikacji w procedurach wieloetapowych.
- w przypadku zamówień podzielonych na części umożliwienie (z pewnymi ograniczeniami) stosowania przepisów właściwych dla wartości danej części zamówienia – art. 6a.

Stymulowanie popytu na rozwiązania innowacyjne poprzez wprowadzenie dialogu konkurencyjnego i ww. dialogu technicznego.

Zaplanowane są również działania sprzyjające większemu **wykorzystaniu środków elektronicznych** w procesie udzielania zamówień, poza istniejącymi już bezpłatnymi systemami informatycznymi udostępnianymi przez UZP do prowadzenia aukcji i licytacji elektronicznych. Zgodnie z dokumentem przyjętym w dniu 19 grudnia 2012 r. przez Komitet Rady Ministrów do spraw Cyfryzacji, „Plan Informatyzacji Zamówień Publicznych w Polsce”, do 2016 r. zakłada się opracowanie systemu teleinformatycznego umożliwiającego udzielanie zamówień z wykorzystaniem narzędzi elektronicznych, a w konsekwencji pozwalającego na przeniesienie procedur przetargowych do środowiska teleinformatycznego.

Podmioty uczestniczące w rynku zamówień publicznych w Polsce, zarówno zamawiający, jak i wykonawcy, bardzo często wykorzystują tylko w niewielkim stopniu instrumentarium systemu zamówień publicznych. Z jednej strony, jest to konsekwencja pewnych przyzwyczajzeń do rozwiązań znanych i sprawdzonych. Z drugiej strony, taki stan rzeczy wynika również z niewiedzy i braku szerszego doświadczenia w dziedzinie prawa zamówień publicznych. Czynnikiem petryfikującym *status quo* jest kryzys gospodarczy i wynikająca z niego chęć oszczędzania na wszystkim, w tym również na profesjonalnej obsłudze zamówień publicznych. Nie można oczywiście robić zarzutu z faktu, że ktoś chce zaoszczędzić, jednakże w zamówieniach publicznych najczęściej tymi oszczędzonymi są zamawiający, a ich oszczędność odnosi się tylko do rezultatu „tu i teraz”, a więc możliwości realizacji zamówienia publicznego za jak najmniejsze pieniądze. A co z oszczędnościami, które mogą zostać wygenerowane przez

umiejętne korzystanie z prawa zamówień publicznych? Co z wartością dodaną możliwą do uzyskania poprzez zwiększenie efektywności zamówień publicznych w oparciu o instrumenty nowego podejścia?

Oszczędności uzyskiwane w odniesieniu do zamówień publicznych mogą mieć charakter bezpośredni, jak wspomniana najniższa cena realizacji przedmiotu zamówienia, bądź charakter pośredni.

Do oszczędności pośrednich możemy zaliczyć między innymi:

- **krótszy czas postępowania o udzielenie zamówienia** w przypadku odpowiedniego doboru trybu postępowania, precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie krótsze zaangażowanie pracowników zamawiającego w postępowanie o udzielenie zamówienia (pracownicy, którzy nie zajmują się zamówieniami publicznymi permanentnie, szybciej wrócą do swoich podstawowych obowiązków), co prowadzi do ograniczenia kosztów administracyjnych zamawiającego,
- **bardziej sprawną i bezkonfliktową realizację przedmiotu zamówienia**, co generuje oszczędności zarówno po stronie zamawiających (brak kosztów sądowych i zastępstwa procesowego), jak i wykonawców (brak kar umownych za niedotrzymanie terminu realizacji lub niską jakość świadczenia).

Niewykorzystane możliwości systemu zamówień publicznych, oprócz instrumentów, których ograniczone stosowanie zostało już przeanalizowane wcześniej, wiążą się przede wszystkim z:

- 1) **trybami udzielania zamówień,**
- 2) **kryteriami oceny ofert,**
- 3) **wykorzystaniem instrumentów elektronicznych.**

Od wielu lat najpopularniejszym trybem udzielania zamówień w Polsce jest przetarg nieograniczony. Przyczyny popularności przetargu nieograniczonego były opisane w rozdziale II, warto jednak podkreślić, że inne tryby przewidziane w ustawie Pzp są równie właściwe, jak tryby podstawowe, o ile są stosowane zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych. W szczególności należy zwrócić uwagę w tym miejscu na znaczenie trybów negocjacyjnych, które pozwalają zamawiającemu prawidłowo udzielić zamówienia w sytuacji, gdy nie jest w stanie doprecyzować bądź opisać przedmiot zamówienia, bądź też jest w stanie dokładnie go wycenić, lub gdy z istoty zamówienia wynikają ograniczenia dla stosowania trybów, których scenariusze nie dopuszczają negocjacji.

Zwiększenie liczby udzielanych zamówień w trybie przetargu nieograniczonego, przy jednoczesnym zmniejszeniu liczby zamówień udzielanych w takich trybach, jak przykładowo zamówienie z wolnej ręki, stanowi oczywiście pozytywny sygnał pochodzący z rynku zamówień publicznych, świadczący o większej transparentności udzielanych zamówień i ich większej konkurencyjności. Z drugiej strony, jak już wskazano wcześniej, wynika to nie tyle z dbałości zamawiających o transparentność, konkurencyjność i efekt ekonomiczny zamówienia publicznego, lecz z pewnego przyzwyczajenia i asekurantwa.

Podobne przesłanki przekładają się na niewykorzystane możliwości w zakresie **kryteriów oceny ofert**. Zamawiający stawiają na kryterium ceny, licząc przede wszystkim na oszczędności przy udzielaniu zamówień publicznych. Wykonawcy, działający w warunkach zwiększonej konkurencji oraz presji kryzysu gospodarczego, prowadzą ze sobą ostrą konkurencję cenową, co skutkuje systematycznym zaniżaniem cen ofert w przetargach, w których jedynym kryterium oceny ofert jest najniższa cena. Zamawiający wykorzystują tę sytuację, i podpisują z wykonawcami umowy opiewające na nierealne kwoty, często będące *de facto* cenami rażąco niskimi.

Problem polega na tym, że do dzisiejszego dnia **pojęcie rażąco niskiej ceny** (w prawie UE ang. *abnormally low tender*) nie doczekało się jednolitej legalnej definicji.

W orzecnictwie przyjmuje się, że rażąco niska cena to cena nierealistyczna, zaoferowana poniżej kosztów świadczenia usługi, uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu zamówienia²³³. Przyjmuje się również, że Zamawiający może skorzystać z uprawnienia zawartego w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pozwalającego mu na zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jeśli powziął co najmniej wątpliwość, że cena oferty jest nierealna, i nie można za nią wykonać zamówienia²³⁴.

Praktyka jednak pokazuje, że wielu zamawiających niechętnie korzysta z możliwości badania rażąco niskiej ceny, bądź, w przypadku użycia tego instrumentu, przyjmuje dość skąpe tłumaczenie wykonawcy za udowadniające, że cena jest ceną realną, pomimo faktu, iż zwykły rozsądek podpowiada im, że tak nie jest. Zamawiający osiągają oszczędność przy udzieleniu zamówienia, będąc często zmuszonymi do ponoszenia dodatkowych kosztów na etapie jego realizacji, np. poprzez zastosowanie zamówień dodatkowych. Użycie wielokryteriowej oceny ofert, czyli wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, pozwoliłby chociażby na równoważenie chęci uzyskania oszczędności „tu i teraz” z niskimi kosztami eksploatacji przedmiotu zamówienia, bądź zapewniłby **odpowiedni stosunek ceny do jakości**. Nie oznacza to bynajmniej całkowitej rezygnacji z kryterium najniższej ceny, lecz postulat postrzegania kryteriów oceny ofert w szerszej perspektywie.

Odnosząc się do niewykorzystanych możliwości związanych ze stosowaniem **instrumentów elektronicznych**, wskazać należy na istnienie wielu barier związanych z udzielaniem e-zamówień²³⁵. Jednakże prawo zamówień publicznych, jak to zostało wskazane w rozdziale II, oferuje rozwiązania, które są w zasięgu możliwości zamawiających, mogące usprawnić udzielanie zamówień publicznych i zapobiec podniesieniu poziomu efektywności udzielanych zamówień. Wydaje się więc, że niewykorzystane możliwości e-zamówień związane są w większej mierze z czynnikiem behawioralnym, odnoszącym się do pewnych uprzedzeń zamawiających, czasem wręcz niechęci do nowoczesnych rozwiązań. Jak wskazuje M. Stachowiak, system zamówień publicznych opierający się na tradycyjnej formie dokumentu nie przekroczył dotychczas bariery rezygnacji z formy papierowej, co może być związane ze złudnym wrażeniem, że dokumentacja w formie papierowej jest bardziej wiarygodna²³⁶. W obszarze barier pozaprawnych w stosowaniu elektronicznych zamówień publicznych warto również zidentyfikować kwestie związane z obawami o bezpieczeństwo przekazywanych danych w ramach procedur prowadzonych online, a także obawy o jakość lub wykonywanie umowy, związane ze znaczącym obniżaniem cen przez wykonawców uczestniczących w aukcji lub licytacji elektronicznej²³⁷.

²³³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 240/13.

²³⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 148/13.

²³⁵ Szerzej: M. Stachowiak, [w:] *Elektroniczne zamówienia publiczne w Polsce – ekspertyza*, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, s. 58-64.

²³⁶ Ibidem, s. 61.

²³⁷ Ibidem.

Zakończenie

Jak wielokrotnie podkreślano w niniejszej publikacji, efektywne zamówienia publiczne są w zakresie możliwości każdego zamawiającego oraz każdego wykonawcy. W wyłącznej gestii zamawiających leży decyzja, w jak szerokim zakresie będą w stanie zapewnić efektywność zamówień publicznych, używając instrumentów nowego do nich podejścia. Nowe podejście do zamówień publicznych oferuje zamawiającym instrumenty, które są w stanie znacząco poprawić jakość i efektywność udzielanych zamówień publicznych, zgodnie z zasadą *best value for money*. Czynniki, które powinny przekonać zamawiających do zintensyfikowania działań w tym zakresie, są: niższe ceny ofert, innowacyjne rozwiązania, szybsze postępowania oraz ograniczenia kosztów administracyjnych. Potrzebna jest zmiana myślenia zamawiających oraz sposobu postrzegania przez nich systemu zamówień publicznych: nie tylko jako instrumentu prawnego, w postaci procedury wydatkowania środków publicznych, lecz przede wszystkim jako instrumentu ekonomicznego, kształtującego ich pozycję gospodarczą, a także instrumentu społecznego, wywierającego duży wpływ na życie społeczności, w których zamawiający i przedsiębiorcy działają, mającego przełożenie na obraz instytucji publicznych w opiniach obywateli.

Natomiast tylko i wyłącznie od woli wykonawców zależy w jak szerokim zakresie będą chcieli skorzystać z możliwości oferowanych im przez zamawiających. Wykonawcy, w szczególności mikroprzedsiębiorcy oraz mali i średni przedsiębiorcy, powinni również szerzej niż do tej pory współpracować ze sobą w celu uzyskania zamówienia publicznego, czy to w postaci konsorcjum, czy też w drodze podwykonawstwa, czy to w końcu poprzez udostępnianie sobie zasobów. Niską ocenę efektywności ekonomicznej systemu zamówień publicznych, w porównaniu z rynkiem komercyjnym, powinni równoważyć stabilnością kontraktów zawieranych z sektorem publicznym, związanych chociażby z jego wypłacalnością, traktując zamówienia publiczne nawet jako panaceum na trudności wynikające z kryzysu gospodarczego.

W dalszym ciągu należy jednak prowadzić działania informujące o instrumentach nowego podejścia. Wyniki badań nader często wskazują brak wiedzy o rynku zamówień publicznych i dostępnych na nim instrumentach jako główną przyczynę niskiego zainteresowania wykonawców zamówieniami publicznymi, a ze strony zamawiających – przywiązanie do mało elastycznych i często nieefektywnych ekonomicznie rozwiązań, w postaci dominującego przetargu nieograniczonego, czy kryterium najniższej ceny. Należy zwiększać skalę innowacyjnych zamówień publicznych, elektronicznej systemy zamówień publicznych, zamówień uwzględniających aspekty społeczne i środowiskowe oraz przyjazne małym i średnim przedsiębiorcom, w duchu transparentności systemu i większej konkurencyjności. Im wyższy będzie poziom ogólnospołecznej efektywności systemu zamówień publicznych w skali kraju, jak i Unii Europejskiej, tym istotniejsze pozytywne bodźce *public procurement system* będzie generował zarówno do gospodarki, jak i do społeczeństwa. To wszystko możemy osiągnąć stosując nowe podejście do zamówień publicznych.

Bibliografia

Monografie, dzieła zwarte, komentarze

- 1) S. Arrowsmith (red.), *EU Public Procurement Law: an Introduction*, University of Nottingham 2011.
- 2) M. Castells, *Władza komunikacji*, Warszawa 2013, Wydawnictwo Naukowe PWN.
- 3) R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, wyd. 2, Warszawa 2011, C.H. Beck.
- 4) F. Fukuyama, *Zaufanie. Kapitał społeczny a droga do dobrobytu*, Warszawa-Wrocław 1997, PWN.
- 5) J. Jerka, *Przewodnik po nowym podejściu do zamówień publicznych*, Warszawa 2012, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 6) R. Jędrzejewski, *Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 7) D. Koba, *Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających – szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 8) B. Korbus (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Poradnik*, Warszawa 2010, Urząd Zamówień Publicznych.
- 9) A. Kowalewska, J. Szut, *Nowe podejście do zamówień publicznych. Raport z badań 2012*, Warszawa 2012, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 10) U. Lisiecka, P. Lisiecki, M. Michałowska, *Stosowanie trybów negocjacyjnych udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 11) H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 12) H. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2010, wyd. LexisNexis.
- 13) A. Panasiuk, Z. Kłoda, *Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom*, Warszawa 2010, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 14) J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, 11 wydanie, Warszawa 2012, Wyd. C. H. Beck.
- 15) J. Sadowy (red.), *Wyniki przeprowadzonych w 2012 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, Urząd Zamówień Publicznych.
- 16) J. Sadowy (red.), *Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie*, Warszawa 2011, Urząd Zamówień Publicznych.
- 17) I. Skubiszak-Kalinowska, M. Kulesza, *Innowacyjne zamówienia publiczne w Polsce – ekspertyza*, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 18) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz Lex*, 5 wydanie, Warszawa 2012, Wolters Kluwer Polska.
- 19) K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 5, Warszawa 2009, LexisNexis.
- 20) M. Szymczak, *Instrumenty elektroniczne w procesie udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2010, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 21) M. Szymczak, *Aukcja elektroniczna. Praktyczny poradnik dla użytkowników Platformy Aukcji Elektronicznej UZP*, Warszawa 2009, Urząd Zamówień Publicznych.

- 22) K. V. Thai (red.), *International Handbook of Public Procurement*, 2009, Taylor & Francis Group, LLC.
- 23) M. Wieloński, *Europejskie prawo zamówień publicznych jako narzędzie polityki społeczno-gospodarczej Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, Wydawnictwo Poltext.

Artykuły

- 1) R. D. Anderson, W. E. Kovacic, *Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets*, *Public Procurement Law Review* 2009, issue 2.
- 2) B. Andruczyk, *Aspekty praktycznego wykorzystania narzędzi elektronicznych w procesie udzielania zamówień publicznych*, [w:] B. Uliasz (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych*, Warszawa 2010, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 3) A. Arcuri, *Eclecticism in Law and Economics*, *Erasmus Law Review* 2008, vol. 1, issue 3.
- 4) T. M. Arnáiz, *EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts*, [w:] K. V. Thai (red.), *International Handbook of Public Procurement*, 2009, Taylor & Francis Group, LLC.
- 5) S. Arrowsmith, *EC Regime on Public Procurement*, [w:] K. V. Thai (red.), *International Handbook of Public Procurement*, 2009, Taylor & Francis Group, LLC.
- 6) W. Bajda, *Dialog techniczny jako instrument służący identyfikacji potrzeb zamawiającego*, [w:] *Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy*, pod redakcją J. Sadowego i B. Bańko, Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych.
- 7) J. Beli, *Zmiany w ustawie Pzp służące m.in. zapewnieniu szerszego dostępu małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych*, [w:] *Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy*, pod redakcją J. Sadowego i B. Bańko, Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych.
- 8) A. Borowicz, *Nowe unormowania prawa zamówień publicznych jako potencjalny przedmiot kontroli*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, pod redakcją T. Kocowskiego i J. Sadowego, Wrocław-Warszawa 2013, Urząd Zamówień Publicznych.
- 9) A. Borowicz, Z. Trojanowska-Ledzion, *Przetargi na wycenę nieruchomości – dlaczego tylko cena?*, *Nieruchomość* 2013, nr 2.
- 10) C. Bovis, *Public Procurement in the European Union: A Critical Analysis of the New Regime*, *Legal Issues of Economic Integration* 2006, vol. 33(1).
- 11) Z. Gordon, *Kara umowna jako instrument stymulujący realne wykonanie zobowiązań w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, pod redakcją T. Kocowskiego i J. Sadowego, Wrocław-Warszawa 2013, Urząd Zamówień Publicznych.
- 12) K. Horubski, T. Kocowski, *Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, Część I, pod redakcją: J. Niczyporuka, J. Sadowego, M. Urbanka, Warszawa 2011, Urząd Zamówień Publicznych.
- 13) D. Koba, *Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających, szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 14) B. Kobza, *Korzyści wynikające z wprowadzenia nowego podejścia do zamówień publicznych (korzyści społeczne, finansowe, ekonomiczne – w tym popytowe, prawne, ekologiczne)*, [w:] B. Uliasz (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych*, Warszawa 2010, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.

- 15) T. Kocowski, *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych, a efektywność wykorzystania środków publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, pod redakcją E. Adamowicz i J. Sadowego, wyd. 2. Rozszerzone, Gdańsk-Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych.
- 16) R. B. Korobkin, T. S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, *California Law Review* 2000, vol. 88, issue 4.
- 17) A. Kowalewska, J. Szut, *Raport końcowy z wyników badań 2010/2011 przeprowadzonych w ramach projektu „Nowe podejście do zamówień publicznych” realizowanego dla Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości*, Warszawa 2011.
- 18) K. Kula, *Stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert przetargowych stymulatorem innowacyjności technicznej*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne. Część II*, pod redakcją: J. Niczyporuka, J. Sadowego, M. Urbanka, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 19) M. Lamch-Rejowska, *Kiedy koncesja, kiedy PPP*, *Przetargi Publiczne* 2012, nr 8.
- 20) G. Moens, J. Trone, *Commercial Law of the European Union*, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 4, Springer Science+Business Media B.V. 2010.
- 21) J. Niczyporuk, *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, pod redakcją E. Adamowicz i J. Sadowego, wyd. 2. Rozszerzone, Gdańsk – Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych.
- 22) H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, pod redakcją H. Nowickiego i J. Sadowego, Toruń-Warszawa 2009, Urząd Zamówień Publicznych.
- 23) H. Nowicki, *Sądowa kontrola części systemu prawnej kontroli zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, pod redakcją T. Kocowskiego i J. Sadowego, Wrocław-Warszawa 2013, Urząd Zamówień Publicznych.
- 24) H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia „in house” i ich dopuszczalność w ustawie Prawo zamówień publicznych z perspektywy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, pod redakcją A. Borowicza, M. Królikowskiej-Olczak, J. Sadowego, W. Starzyńskiej, Warszawa 2010, Urząd Zamówień Publicznych.
- 25) P. Nowicki, *Zmiany w dyrektywie*, *Przetargi Publiczne* 2013, nr 10.
- 26) P. Nowicki, *Partnerstwo Publiczno-Prywatne jako sposób realizacji inwestycji publicznych – zarys problematyki*, [w:] *Państwo a gospodarka*, pod redakcją A. Brzezińskiej-Rawy i H. Nowickiego, Toruń 2012.
- 27) P. Nowicki, *Zamówienia publiczne jako instrument gwarantujący efektywność wydatków w realizacji projektów unijnych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, pod redakcją E. Adamowicz, J. Sadowego, wyd. 2. Rozszerzone, Gdańsk-Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych.
- 28) J. Orłowska, *Współpraca MSP na rynku zamówień publicznych. Wyniki badań Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości*, artykuł udostępniony przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 29) A. Panasiuk, *Czy kontrola może szkodzić?*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, pod redakcją T. Kocowskiego i J. Sadowego, Wrocław-Warszawa 2013, Urząd Zamówień Publicznych.
- 30) A. Panasiuk, *Wpływ zmian koncepcji administracji publicznej na zakres i rolę wykorzystywanych instrumentów zamówień publicznych*, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, pod redakcją: A. Borowicza, M. Królikowskiej-Olczak, J. Sadowego, W. Starzyńskiej, Warszawa 2010, Urząd Zamówień Publicznych.
- 31) J. C. Pauw, J. S. Wolvaardt, *Multi-criteria decision analysis in public procurement – a plan from the South*, *Politeia* 2009, Vol. 28, No. 1.

- 32) J. Pavel, R. Kubik, *Impact of E-Auctions on Public Procurement Effectiveness*, International Proceedings of Economics Development and Research 2011, vol. 14.
- 33) J. Pavel, E. Sičáková-Beblavá, *Do E-Auctions Really Improve the Efficiency of Public Procurement? The Case of the Slovak Municipalities*, Prague Economic Papers 2013, vol. 1.
- 34) J. J. Rachlinski, *The Psychological Foundations of Behavioral Law and Economics*, University of Illinois Law Review 2011, No. 5.
- 35) S. De Schrijver, J. Van Acker, *New Models of Public Procurement: E-Auction and Competitive Dialogue*, [w:] *IT Law – The Global Future: Achievements, Plans and Ambitions*, pod redakcją: A. R. Lodder, A. Meijboom, D. T. L. Oosterbaan, Elsevier 2006.
- 36) P. Szustakiewicz, *Czy istnieje system kontroli zamówień publicznych?*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, pod redakcją T. Kocowskiego i J. Sadowego, Wrocław-Warszawa 2013, Urząd Zamówień Publicznych.
- 37) K. V. Thai, *International Public Procurement: Concepts and Practices*, [w:] K. V. Thai (red.), *International Handbook of Public Procurement*, 2009, Taylor & Francis Group, LLC.
- 38) P. Wiśniewski, *Wykorzystanie narzędzi elektronicznych w obszarze zamówień publicznych jako sposób przeciwdziałania zjawisku korupcji w Polsce*, Analizy i Opinie nr 57, styczeń 2006, Instytut Spraw Publicznych.
- 39) R. Zakrzewski, *Przedsiębiorcy na rynku zamówień publicznych – pożądane zmiany*, artykuł udostępniony przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości.

Inne dokumenty

- 1) *Dynamic Purchasing Systems. OGC Guidance on Dynamic Purchasing Systems in the Procurement Regulations*, Office of Government Commerce 2008.
- 2) The World Bank: *Bank-Financed Procurement Manual. Procurement Policy and Services Group Operations Policy and Country Services VPU*, 2003.
- 3) *Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych oraz prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji*, 2006/2043(INI), z dnia 26 października 2006 r.
- 4) Komisja Europejska, *Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions*, COM 2004/0327.
- 5) Komisja Europejska, *GPP. Zielone Zamówienia Publiczne. Zbiór dobrych praktyk*, polskie tłumaczenie: Urząd Zamówień Publicznych 2013.
- 6) Komisja Europejska, *Evaluation of SMEs' Access to Public Procurement Markets in the EU*, raport z 2010 r. przygotowany przez GHK.
- 7) Komisja Europejska, *Zielona Księga w sprawie szerszego stosowania e-zamówień w UE*, COM(2010) 571 final, Bruksela 2010.
- 8) Komunikat Komisji Europejskiej, *EUROPA 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*, KOM(2010) 2020 final.
- 9) OECD, *Transparency in Government Procurement: The Benefits of Efficient Governance* (TD/TC/WP/(2002)31/Rev2/14 April 2003).
- 10) *Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo*, opis projektu, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 11) *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę*, dokument przyjęty 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów, Warszawa 2010, Urząd Zamówień Publicznych.
- 12) *Raport końcowy z wyników badań 2013 przeprowadzonych w ramach projektu „Nowe podejście do zamówień publicznych” realizowanego dla Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości*, Warszawa 2013.

Opinie i opracowania Urzędu Zamówień Publicznych

- 1) Opinia Urzędu Zamówień Publicznych nt. *Szacowanie wartości i udzielanie zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej*, www.uzp.gov.pl.
- 2) Opinia Urzędu Zamówień Publicznych nt. *Zamówienia publiczne na roboty budowlane realizowane w ramach jednego projektu infrastrukturalnego a zakaz dzielenia zamówienia na części w prawie krajowym i unijnym*, www.uzp.gov.pl.
- 3) Opinia Urzędu Zamówień Publicznych nt. *Niedopuszczalność nabywania oprogramowania w trybie zapytania o cenę*, www.uzp.gov.pl
- 4) Urząd Zamówień Publicznych, *Pozacenowe kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2011, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości.
- 5) *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.*, Warszawa 2013, Urząd Zamówień Publicznych.
- 6) *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 r.*, Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych.
- 7) *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2010 r.*, Warszawa 2011, Urząd Zamówień Publicznych.
- 8) *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2009 r.*, Warszawa 2010, Urząd Zamówień Publicznych.
- 9) *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2008 r.*, Warszawa 2009, Urząd Zamówień Publicznych.

Strony internetowe

- 1) www.uzp.gov.pl – strona Urzędu Zamówień Publicznych
- 2) www.curia.eu – strona Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej
- 3) *Elektroniczne aukcje zakupowe przyniosły PGE Dystrybucja 35 mln złotych oszczędności*, http://www.pge-dystrybucja.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=89&Itemid=65

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wyroki Trybunału

- 1) Wyrok Trybunału z dnia 2 sierpnia 1993 r. w sprawie C-107/92 *Komisja Europejska przeciwko Republice Włoskiej*.
- 2) Wyrok Trybunału z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/09 *The Queen przeciwko H.M. Treasury, ex parte University of Cambridge*.
- 3) Wyrok Trybunału z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 *SIAC Construction Ltd przeciwko County Council of the County of Mayo*.
- 4) Wyrok Trybunału z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland*.
- 5) Wyrok Trybunału z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-351/01 *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) przeciwko Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*.
- 6) Wyrok Trybunału z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 *EVN i Wienstrom*.
- 7) Wyrok Trybunału z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 *CAS Succhi di Frutta SpA*.
- 8) Wyrok Trybunału z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 *Jean Aroux i inni przeciwko Commune de Roanne przy udziale Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*.

- 9) Wyrok Trybunału z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon, Nikolaos Vlachopoulos przeciwko Dimos Alexandroupolis, Planitiki AE, Aikaterini Georgouli, Dimitriosowi Vasiosowi, N. Loukatos kai Synergates AE Meleton, Eratosthenis Meletitiki AE, A. Pantazis-Pan. Kyriopoulou kai syn/tes os „Filon” OE, Nikolaosowi Siderisowi.*
- 10) Wyrok Trybunału z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki AE przeciwko Ethniko Symbolio Radioteleorasis, Ypourgos Epikrateias.*
- 11) Wyrok Trybunału z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 *Komisja przeciwko Grecji.*
- 12) Wyrok Trybunału z dnia 18 listopada 2010 r. w sprawie C-226/09 *Komisja Europejska przeciwko Irlandii.*
- 13) Wyrok Trybunału z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 *Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów.*

Wyroki Sądu I Instancji

- 1) Wyrok Sądu (I Instancji) z dnia 20 września 2011 r. w sprawie T-461/08 *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE przeciwko Europejskiemu Bankowi Inwestycyjnemu.*

Opinie Rzeczników Generalnych

- 1) Opinia Rzecznika Generalnego J. Mázaka z dnia 3 września 2009 r. w sprawie C-305/08 *CoNISMa (Consortio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare) przeciwko Region Marche.*

Orzecznictwo sądów powszechnych

- 1) Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2006 r., sygn.: V Ca 2164/06.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej

Wyroki

- 1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 327/08, KIO/UZP 328/08.
- 2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1434/08; KIO/UZP 1451/08.
- 3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 628/09.
- 4) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2009 r., sygn. akt: KIO 1088/09.
- 5) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1547/09.
- 6) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1930/09.
- 7) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. KIO/UZP 1122/10.
- 8) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1369/10.
- 9) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 października 2010 r., sygn. akt: KIO/2019/10.
- 10) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO/28/11.
- 11) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 51/11.
- 12) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11.
- 13) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 211/11.
- 14) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO 1455/11.
- 15) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1559/11.
- 16) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2011 r., sygn. akt: KIO 1798/11.
- 17) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2206/11, KIO 2217/11, KIO 2218/11.

- 18) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2293/11.
- 19) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 41/12.
- 20) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 54/12.
- 21) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 102/12.
- 22) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 136/12.
- 23) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 115/12.
- 24) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 381/12.
- 25) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 524/21.
- 26) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 710/12.
- 27) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2012 r., sygn. akt: KIO/UZP 1866/12, 1878/12.
- 28) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2923/12.
- 29) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 148/13.
- 30) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 240/13.

Postanowienia

- 1) Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 271/12;
- 2) Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 299/12.

Uchwały

- 1) Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO/KD 38/10.
- 2) Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO/KU 54/11.

Orzecznictwo Zespołu Arbitrów

- 1) Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 marca 2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-861/06.

Decyzje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

- 1) Decyzja RLU Nr 38/2012 z dnia 31 grudnia 2012 r., www.uokik.gov.pl

Akty prawne

Akty prawa Unii Europejskiej

- 1) Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.
- 2) Traktat o Unii Europejskiej.
- 3) Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (tzw. dyrektywa klasyczna).
- 4) Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (tzw. dyrektywa sektorowa).
- 5) Dyrektywa 2009/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego (Dz.U. UE L 120).
- 6) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub

podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (tzw. dyrektywa obronna).

Akty prawa krajowego

- 1) Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (tekst jednolity: Dz.U. z 2011 r., Nr 127, poz. 721 ze zmianami).
- 2) Ustawa z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010 r., Nr 48, poz. 284 ze zmianami).
- 3) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 907).
- 4) Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 672 ze zmianami).
- 5) Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zmianami).
- 6) Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100 ze zmianami).
- 7) Ustawa z dnia stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U.);
- 8) Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 157, poz. 1240 ze zmianami).
- 9) Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 24 października 2005 r. w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep (Dz.U. z 2006 r., Nr 238, poz. 2010 ze zmianami).
- 10) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz.U. Nr 12, poz. 68).
- 11) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz.U. Nr 96, poz. 559).
- 12) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz.U. poz. 1361).
- 13) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. poz. 231).

Informacja o autorze

Dr Paweł Nowicki – radca prawny, adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Członek *European Commission Stakeholder Expert Group on Public Procurement* – dwudziestoosobowej Grupy Ekspertów Zainteresowanych Stron ds. Zamówień Publicznych przy Komisji Europejskiej. Autor wielu publikacji z zakresu prawa zamówień publicznych oraz trener w tej dziedzinie. Specjalizuje się w tematyce prawa gospodarczego i polityk gospodarczych Unii Europejskiej, w szczególności prawa zamówień publicznych, pomocy publicznej oraz funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności. Prowadzi badania naukowe na temat systemu zamówień publicznych w Unii Europejskiej oraz Polsce, z uwzględnieniem partnerstwa publiczno-prywatnego oraz koncesji na usługi i roboty budowlane.

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP) jest rządową agencją wykonawczą, która od 2000 roku wspiera przedsiębiorców. Celem działania PARP jest rozwój małych i średnich firm w Polsce – powstawanie nowych podmiotów, podnoszenie kwalifikacji i wzrost potencjału, wzmocnienie pozycji konkurencyjnej w oparciu o innowacyjność i nowoczesne technologie, kształtowanie przyjaznego otoczenia biznesowego, tworzenie warunków do prowadzenia działalności gospodarczej. Realizując działania wspierające przedsiębiorców (a także: instytucje otoczenia biznesu, jednostki samorządu terytorialnego, uczelnie), PARP korzysta ze środków budżetu państwa oraz funduszy europejskich. Zarówno w okresie przedakcesyjnym, jak i po wejściu przez Polskę do Unii Europejskiej, PARP oferowała przedsiębiorcom wsparcie finansowe i szkoleniowo-doradcze. W latach 2007–2015 Agencja jest odpowiedzialna za realizację działań w ramach trzech ogólnopolskich programów operacyjnych: **Innowacyjna Gospodarka**, **Kapitał Ludzki** oraz **Rozwój Polski Wschodniej** a także aktywnie uczestniczy w opracowaniu założeń programów pomocowych w perspektywie finansowej 2014–2020.

Aby ułatwić przedsiębiorcom dostęp do informacji, PARP zainicjowała utworzenie **Krajowego Systemu Usług dla MSP (KSU)**, który pomaga w zakładaniu i rozwijaniu działalności gospodarczej. PARP jest ponadto koordynatorem i członkiem jednego z 4 obecnych w Polsce konsorcjów sieci **Enterprise Europe Network**, w skład którego wchodzi ośrodki oferujące przedsiębiorcom nieodpłatne, kompleksowe usługi informacyjne, szkoleniowe i doradcze z zakresu prowadzenia działalności gospodarczej, organizacji udziału w misjach i targach oraz świadczące pomoc w znalezieniu partnerów do współpracy gospodarczej i w transferze technologii.

Zaangażowanie PARP w międzynarodowe fora i organizacje zajmujące się wspieraniem przedsiębiorczości i innowacyjności (członkostwo w **TAFIE** Europejska Sieć Agencji Innowacyjnych oraz **IASP** Międzynarodowe Stowarzyszenie Parków Naukowo-Technologicznych i Stref Innowacji) przekłada się na jakość oferowanych usług i ich zbieżność ze światowymi tendencjami.

Agencja dysponuje 25 **specjalistycznymi portalami internetowymi i społecznościowymi**, oferującymi szkolenia e-learningowe, e-booki, transmisje ze spotkań szkoleniowych i konferencji, informacje nt. możliwości ubiegania się o wsparcie, bazy wiedzy, publikacje, wyniki badań.

Osoby zainteresowane uzyskaniem dostępnych w PARP informacji na temat programów wsparcia dla przedsiębiorców oraz instytucji otoczenia biznesu, mogą skorzystać z infolinii prowadzonej w ramach **Informatorium PARP**. Konsultanci udzielają informacji telefonicznie i mailowo oraz biorą udział w spotkaniach z zainteresowanymi wnioskodawcami.

Urząd Zamówień Publicznych (UZP) jest jednostką budżetową zapewniającą obsługę Prezesa Urzędu, który jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych. Urząd powstał w 1995 r. w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Głównym celem działania jest nadzór nad systemem zamówień publicznych w Polsce oraz dbałość o prawidłowe jego funkcjonowanie.

Najważniejszymi zadaniami Urzędu są:

- 1) opracowywanie aktów normatywnych w zakresie systemu zamówień publicznych i dostosowanie tych regulacji do norm prawa europejskiego,
- 2) zapewnienie sprawnego funkcjonowania środków ochrony prawnej,
- 3) czuwanie nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień poprzez kontrolę konkretnych postępowań,
- 4) upowszechnianie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów i Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego zamówień publicznych,
- 5) analizowanie funkcjonowania systemu zamówień,
- 6) wydawanie w formie elektronicznej Biuletynu Zamówień Publicznych.

Urząd Zamówień Publicznych prowadzi również działalność informacyjno-edukacyjną adresowaną do uczestników rynku zamówień publicznych. W ramach tej działalności realizuje szkolenia, konferencje i seminaria oraz przygotowuje publikacje.

PARP

ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa

tel.: + 48 22 432 80 80

faks: + 48 22 432 86 20

biuro@parp.gov.pl

www.parp.gov.pl

Punkt informacyjny PARP

tel.: + 48 22 432 89 91-93

0 801 332 202

info@parp.gov.pl

ISBN 978-83-7633-260-4

Urząd Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

tel.: + 48 22 458 77 77

faks: + 48 22 458 77 00

www.uzp.gov.pl