

2012

Przewodnik po nowym podejściu do zamówień publicznych



KAPITAŁ LUDZKI
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI
FUNDUSZ SPOŁECZNY



**Przewodnik
po nowym podejściu
do zamówień publicznych**

Zagadnienia prawne
oraz
praktyka stosowania instrumentów nowego podejścia do zamówień publicznych

Warszawa 2012

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.

Opracowanie:

Jacek Jerka

Wydawca:

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Pańska 81/83

00-834 Warszawa

www.parp.gov.pl

© Copyright by Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2012

Opracowanie i druk współfinansowane przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

Publikacja bezpłatna

ISBN: 978-83-7633-208-6

Wydanie I

Nakład: 10 000 egz.

Przygotowanie do druku, druk i oprawa:



Wydawnictwo Naukowe Instytutu Technologii Eksploatacji – PIB

ul. K. Pułaskiego 6/10, 26-600 Radom, tel.: (48) 364-42-41, fax (48) 364-47-65

e-mail: instytut@itee.radom.pl <http://www.itee.radom.pl>

Wstęp

Szanowni Państwo,

Komisja Europejska od kilku lat monitoruje przebieg, tryb i jakość postępowań o udzielenie zamówień publicznych na poziomie unijnym oraz dokonuje analiz porównawczych. Działania te wynikają ze słusznego założenia, że odpowiednie kształtowanie tego obszaru, charakteryzującego się znaczącym potencjałem oraz wielkością zaangażowanych środków publicznych, może poprawić skuteczność realizacji wybranych polityk na poziomie unijnym oraz na poziomie krajów członkowskich. Przygotowywane są rekomendacje w tym zakresie, wskazujące dobre praktyki, aby zwrócić uwagę na to, że zamówienia publiczne mogą być bardziej przyjazne sektorowi MSP, sprzyjać nabywaniu produktów innowacyjnych lub ekologicznych oraz towarów i usług o wysokiej jakości. Ukierunkowanie systemu zamówień publicznych na osiąganie dodatkowych efektów w zakresie polityki gospodarczej i społecznej, wtórnych wobec celu podstawowego, jakim jest maksymalizacja korzyści ekonomicznych dla zamawiającego czy też podmiotów, dla których zamówienie jest realizowane, określone jest jako nowe podejście do zamówień publicznych.



Niniejsza publikacja ma na celu przybliżenie zagadnień prawnych oraz praktycznych aspektów związanych ze stosowaniem nowego podejścia do zamówień publicznych, które zmierza do:

- zwiększania potencjału małych i średnich przedsiębiorstw,
- podnoszenia stopnia innowacyjności produktów i kreowania powstawania nowych produktów i technologii,
- podnoszenia innowacyjności administracji publicznej poprzez stosowanie procedur elektronicznych (e-zamówienia),
- zwalczania bezrobocia, zwiększania zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

Wdrożenie powyższych założeń musi uwzględniać podstawowe zasady systemu zamówień publicznych dotyczące zapewnienia równego i niedyskryminacyjnego traktowania oraz zasady przejrzystości.

Jednakże właściwe zastosowanie tych założeń może przynieść wymierne korzyści zamawiającym, a w globalnej perspektywie wpłynąć na wzrost konkurencyjności gospodarki. Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości wspiera ten proces poprzez działania szkoleniowe, doradcze oraz informacyjne realizowane między innymi w projekcie systemowym „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”, w ramach którego została przygotowana ta publikacja.

Zachęcam do lektury z nadzieją, że informacje w niej zawarte będą pomocne w procesie kontraktowania środków publicznych.

Bożena Lublińska-Kasprzak
Prezes Polskiej Agencji
Rozwoju Przedsiębiorczości

Spis treści

Wstęp	3
Rozdział 1. Zamówienia publiczne przyjazne małym i średnim przedsiębiorcom	7
1.1. Zagadnienia ogólne	7
1.2. Określenie przedmiotu zamówienia oraz ustalenie wartości zamówienia	7
1.3. Dopuszczenie składania ofert częściowych	12
1.4. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu	14
1.5. Wspólne ubieganie się o zamówienie (konsorcjum) oraz poleganie na zasobach innych podmiotów	16
1.6. Potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu	18
1.7. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia	20
1.7.1. Opis przedmiotu zamówienia	21
1.7.2. Opis przedmiotu zamówienia a oferty równoważne	23
1.7.3. Opis przedmiotu zamówienia a oświadczenia i dokumenty przedmiotowe	24
1.7.4. Termin wykonania zamówienia	25
1.7.5. Wymagania dotyczące wadium	25
1.7.6. Opis sposobu obliczenia ceny	28
1.7.7. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert	28
1.7.8. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy	29
1.8. Ogłoszenie o zamówieniu	31
1.9. Ogłoszenie o wstępnie planowanych zamówieniach publicznych	34
1.10. Wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie	35
1.11. Podwykonawstwo	36
1.12. Zaliczki w systemie zamówień publicznych	39
1.13. Zalety działań zwiększających udział MSP w zamówieniach publicznych	39
1.14. Podsumowanie	40
Rozdział 2. Innowacyjne zamówienia publiczne	41
2.1. Innowacje – definicja	41
2.2. Cele promowania zamówień innowacyjnych	41
2.3. Bariery wdrażania zamówień innowacyjnych	42
2.4. Instrumenty wdrażania rozwiązań innowacyjnych w systemie zamówień publicznych ..	42
2.5. Przygotowywanie zamówienia z uwzględnieniem propozycji pochodzących od uczestników rynku poprzez doradztwo czy konsultacje (dialog techniczny)	43
2.5.1. Zagadnienia wstępne	43
2.5.2. Przygotowywanie zamówienia z uwzględnieniem propozycji pochodzących od uczestników rynku poprzez doradztwo czy konsultacje. Ogólne informacje dotyczące dialogu technicznego	44
2.6. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych	46
2.7. Dopuszczenie składania ofert wariantowych	49
2.8. Negocjacje z ogłoszeniem i dialog konkurencyjny	51
2.8.1. Tryb negocjacji z ogłoszeniem	51
2.8.2. Dialog konkurencyjny	53
2.9. Konkurs	63
2.10. Zaliczki w umowach w sprawie zamówienia publicznego	63

2.11. Zamówienia przedkomercyjne	64
2.12. Podsumowanie	66
Rozdział 3. Elektronizacja systemu zamówień publicznych	67
3.1. Zagadnienia ogólne	67
3.2. Ogłoszenia o zamówieniu	67
3.3. Zamieszczanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej ...	68
3.4. Sposób porozumiewania się zamawiającego i wykonawców	68
3.5. Tryb licytacji elektronicznej	68
3.6. Aukcja elektroniczna	70
3.7. Dynamiczny system zakupów	72
3.8. Podsumowanie	73
Rozdział 4. Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych	75
4.1. Zagadnienia ogólne	75
4.2. Wdrażanie kwestii społecznych na etapie przygotowania postępowania	76
4.2.1. Określenie i opis przedmiotu zamówienia	76
4.2.2. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych	83
4.2.3. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków jako instrument wprowadzania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych	85
4.2.4. Kryteria oceny ofert w kontekście wprowadzania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych	89
4.3. Kwestie społeczne w zamówieniach na usługi niepriorytetowe	90
4.3.1. Kwestie społeczne w opisie przedmiotu zamówienia na wybrane usługi niepriorytetowe	91
4.3.2. Kwestie społeczne, a określanie wymagań dodatkowych na wybrane usługi niepriorytetowe	92
4.3.3. Kwestie społeczne przy opisywaniu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału na wybrane usługi niepriorytetowe	92
4.3.4. Kryteria oceny ofert stosowane przy udzielaniu zamówień na usługi niepriorytetowe	93
4.3.5. Tryby udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe	94
4.4. Wybór wykonawcy na usługi niepriorytetowe	95
4.5. Umowa w sprawie zamówienia publicznego	95
4.6. Podsumowanie	97
Rozdział 5. Przepisy ustawy Pzp regulujące zagadnienia nowego podejścia	99
Rozdział 6. Regulacje dotyczące zamówień publicznych w państwach Unii Europejskiej	101
6.1. Dyrektywy zamówieniowe	101
6.2. Inne akty prawne (rozporządzenia i dyrektywy) stanowiące źródło prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej	103
6.3. GPA – Government Procurement Agreement	104
6.4. Tryby udzielania zamówień	104
6.5. Zamówienia o małej wartości	105
6.6. Kryteria kwalifikacji podmiotowej wykonawców	105
6.7. Kryteria oceny ofert	105
6.8. Procedury odwoławcze	105
6.9. Informacje na temat zamówień publicznych w innych krajach członkowskich Unii Europejskiej	106
Zakończenie	107

Rozdział 1.

Zamówienia publiczne przyjazne małym i średnim przedsiębiorcom

1.1. Zagadnienia ogólne

Dostrzegając istotny potencjał rynku zamówień publicznych w Planie Strategicznym Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości na lata 2010–2013, wskazano działania, które pozwolą wpływać na podnoszenie wiedzy MSP w zakresie zamówień publicznych, umożliwią identyfikowanie barier i formułowanie rekomendacji na rzecz upraszczania zasad udzielania zamówień publicznych i zwiększania **dostępu do rynku zamówień publicznych małych i średnich przedsiębiorstw**¹⁾.

Podstawową zasadą systemu zamówień publicznych wyrażoną w art. 2 Dyrektywy 2004/18 jest zapewnienie przez instytucję zamawiającą równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz działanie w sposób przejrzysty. Również ustawa Pzp w art. 7 zobowiązuje zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z jej przepisami.

Europejski, jak i Polski ustawodawca traktuje identycznie wszystkie podmioty, nie wprowadzając przepisów adresowanych wyłącznie do MSP. Z tego względu „ułatwienie” MSP ubiegania się o zamówienie publiczne musi odbywać się w ramach prawnych wyznaczonych obowiązującymi przepisami. W motywie 32 Dyrektywy 2004/18/UE zalecono uwzględnienie przepisów na temat podwykonawstwa jako zachęty dla MSP do udziału w rynku zamówień publicznych. Nie jest to jedyny instrument, który przyczynić się może do zwiększenia partycypacji MSP w tym rynku. Dlatego też zamawiający, który chce świadomie zwiększyć konkurencję w prowadzonych przez siebie postępowaniach, powinien korzystać z wielu narzędzi, dostępnych w ramach obowiązujących przepisów, które zachęcą MSP do udziału w procedurze zamówienia publicznego.

Reguły Nowego Podejścia, w odniesieniu do niwelowania barier udziału w postępowaniach MSP, opierają się na modelu funkcjonowania systemu zamówień publicznych, w którym w ramach istniejących rozwiązań prawnych przygotowuje i prowadzi się postępowania w sposób ograniczający do niezbędnego minimum formalności obciążające wykonawców, a z drugiej strony pozwala zamawiającym na wypełnienie obowiązków ustawowych. Przy racjonalnym stosowaniu niektórych uregulowań zamawiający może nie tylko rozszerzyć krąg zainteresowanych wykonawców, w tym o MSP, ale dzięki temu uzyskać większą liczbę korzystnych ekonomicznie ofert.

1.2. Określenie przedmiotu zamówienia oraz ustalenie wartości zamówienia

Jedną z istotniejszych barier dla MSP w dostępie do rynku zamówień publicznych jest bardzo zachowawcze i formalne podejście do regulacji dotyczących określania przedmiotu zamówienia i jego wartości. Zamawiający, ustalając wielkość i wartość zamówienia z reguły maksymalnie agreguje dostawy lub usługi, które zamierza nabyć. W nieco mniejszym zakresie praktyka ta odnosi się do przygotowywania postępowań na roboty budowlane, bowiem w tym przypadku wielkość zamówienia jest z reguły zdeterminowana rozmiarem prac niezbędnych do wykonania obiektu budowlanego. Wbrew temu, co wynika z codziennej praktyki udzielania zamówień publicznych, ustawodawca Polski, jak i europejski na etapie określenia przedmiotu zamówienia

¹⁾ B. Lublińska-Kasprzak – Nowe podejście do zamówień publicznych – wybrane zagadnienia. PARP i UZP. Warszawa 2011, s. 8.

i ustalenia wartości zamówienia przyznaje zamawiającym wiele uprawnień, pozwalających na możliwie elastyczne prowadzenie postępowań ułatwiających dostęp do zamówień MSP.

Określenie przedmiotu zamówienia jest uprawnieniem zamawiającego. Jak słusznie zauważył skład orzekający KIO w wyroku z 03.08.2009 r., *to zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć*²⁾. Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał jego potrzeby. Przy określaniu przedmiotu zamówienia zamawiający korzysta z dużej autonomii i w związku z tym jest w stanie tak sformułować swoje wymagania, aby umożliwić udział w postępowaniu także MSP.

Znacznie mniej swobody mają zamawiający przy ustalaniu wartości zamówienia. Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Uzupełnieniem tej zasady jest reguła, zgodnie z którą zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Z treści tych dwóch przepisów wynika generalna zasada, w myśl której podstawą ustalania wartości zamówienia jest wskazanie wynagrodzenia wykonawcy:

- całkowitego,
- szacunkowego,
- niezawierającego podatku od towarów i usług,
- ustalonego z należytą starannością,
- niepodzielonego na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy lub którego wartość nie została zaniżona w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

Podział zamówienia na części spowodowany na przykład względami organizacyjnymi, technologicznymi czy finansowymi sam w sobie nie jest zabroniony przez ustawodawcę, ale skutkiem tego podziału nie może być unikanie stosowania przepisów ustawy.

Zasadniczy problem, z jakim spotykają się zamawiający przy ustalaniu wartości zamówienia polega na tym, że **oprócz przepisów dotyczących zakazu dzielenia zamówienia na części w celu ominięcia stosowania przepisów ustawy** ustawodawca wprowadza wiele przepisów **nakazujących sumowanie ze sobą zamówień w określonych przypadkach**.

Przykładami takimi wymienionymi w polskim prawie są:

- a) nakaz sumowania wartości zamówienia podstawowego z wartością przewidywanych zamówień uzupełniających (art. 32 ust. 3 ustawy Pzp),
- b) nakaz sumowania zamówień udzielanych w częściach, z których każdy stanowi przedmiot odrębnego postępowania (art. 32 ust. 4 ustawy Pzp),
- c) nakaz uwzględniania w wartości zamówienia na roboty budowlane wartości tzw. dostaw inwestorskich (art. 33 ust. 2 ustawy Pzp),
- d) nakaz sumowania zamówień na dostawy lub usługi tego samego rodzaju powtarzające się okresowo (art. 34 ust. 1 ustawy Pzp).

Podobne regulacje przewiduje Dyrektywa 2004/18, która w art. 9 stanowi, że podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez zamawiającego. W obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia.

²⁾ KIO/UZP 951/09, LEX.

W przypadku, gdy instytucja zamawiająca przewiduje nagrody lub wynagrodzenia dla kandydatów lub oferentów, uwzględni ją przy obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia.

Ustawodawca unijny, podobnie jak polski stanowi, że żaden projekt budowlany ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania niniejszej dyrektywy. **W przypadku, gdy przewidywane zamówienie na realizację robót lub nabycie usług może zostać udzielone w postaci odrębnych części, uwzględnia się całkowitą szacunkową wartość wszystkich takich części.** Natomiast w przypadku, gdy łączna wartość części jest równa lub większa od wartości progowej, od której uzależniony jest obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dyrektywę stosuje się do udzielenia każdej z części zamówienia.

W odniesieniu do zamówień na dostawy lub usługi powtarzające się lub podlegające odnowieniu w oznaczonym czasie, podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia jest:

- a) rzeczywista łączna wartość kolejnych zamówień podobnego typu, udzielonych w ciągu poprzednich dwunastu miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, dostosowana, tam gdzie to możliwe, do zmian w ilości lub w wartości, które mogą się pojawić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia
- b) albo szacunkowa całkowita wartość zamówień udzielanych kolejno przez 12 miesięcy następujących po realizacji pierwszej dostawy lub przez rok budżetowy, jeżeli jest on dłuższy niż dwanaście miesięcy.

Niemniej jednak instytucje zamawiające mogą odstąpić od stosowania przepisów dyrektywy w odniesieniu do części, których szacunkowa wartość bez VAT wynosi mniej niż 80.000 euro dla usług lub 1 mln euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20 % całkowitej wartości wszystkich części.

Jeśli w przypadku zamiaru nabycia podobnych dostaw może dojść do zamówień udzielanych w tym samym czasie w różnych częściach, całkowita wartość szacunkowa wszystkich takich części jest uwzględniana przy stosowaniu art. 7 pkt a i b Dyrektywy 2004/18.

W przypadku, gdy łączna wartość części jest równa lub większa od wartości progowej określonej w art. 7, Dyrektywę 2004/18 stosuje się do udzielenia każdej z nich. Instytucje zamawiające mogą odstąpić od stosowania przepisów dyrektywy w odniesieniu do części, których szacunkowa wartość bez VAT wynosi mniej niż 80.000 euro, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20 % całkowitej wartości wszystkich części.

Wybór metody wykorzystywanej do obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego nie może być dokonywany z zamiarem wyłączenia tego zamówienia z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy.

Odpowiednikiem wyżej wymienionych uregulowań w ustawie Prawo Zamówień Publicznych są art. 32–35 i art. 6a ustawy Pzp.

Problem z interpretacją przepisów dotyczących ustalenia wartości zamówienia polega na tym, że ustawodawca nie doprecyzował kryteriów pozwalających zamawiającemu ustalić, które z przedmiotów zamówień powinny być ze sobą sumowane, a które mogą być traktowane osobno. Jest to o tyle istotne, że wartość zamówienia wyznacza zakres praw i obowiązków zamawiającego oraz wykonawcy w toku prowadzonego postępowania.

W myśl obowiązujących przepisów ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość w złotych nie przekracza równowartości 14.000 euro (art. 4 pkt 8). Natomiast w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wówczas znacząco zwiększa się ilość obowiązków nakładanych na wykonawców.

Generalnie rzecz ujmując, im większy zakres i wartość zamówienia, tym wzrasta konieczność zaangażowania większych zasobów wykonawcy oraz formalizm prowadzonego postępowanie. To w naturalny sposób ogranicza dostęp do zamówień MSP, których potencjał kadrowy, techniczny czy finansowy jest niewystarczający, żeby uzyskać zamówienie.

Stąd też ważne jest, aby przepisy dotyczące zakazu dzielenia zamówienia oraz nakazujące sumowanie zamówień stosować w sposób racjonalny, uwzględniając możliwości, jakie przewidują obowiązujące przepisy.

W doktrynie i orzecznictwie polskim, jak i europejskim trwają ożywione dyskusje, wg jakich kryteriów powinny być ze sobą sumowane zamówienia oraz jaki podział zamówienia należy zakwalifikować jako podział zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

W stanowisku zamieszczonym na stronach internetowych Urzędu Zamówień Publicznych³⁾ podjęto próbę scharakteryzowania czynności ustalenia wartości zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w tej opinii sens normatywny art. 32 ust. 1 i 2 ustawy Pzp sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżyć jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu czy też, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu. Innymi słowy nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

Opinia Urzędu Zamówień Publicznych

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, iż zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym wartością każdej z części zamówienia będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Takie działania zamawiającego nie narusza art. 32 ust. 2 ustawy Pzp. Dla ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak tożsamość przedmiotowa zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie, czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. zakup mebli i sprzętu komputerowego). W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy, należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Przy czym dla przyjęcia powyższej oceny nie ma istotnego znaczenia ustalenie źródeł finansowania danego zamówienia. Jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie tożsamego przedmiotowo zamówienia, które może być wykonane przez jednego

³⁾ Serwis informacyjny > Zagadnienia merytoryczne > Prawo krajowe > Opinie prawne > Dotyczące ustawy PZP > Szacowanie wartości i udzielanie zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej.

wykonawcę, mamy do czynienia z jednym zamówieniem, bez względu na fakt, czy jest ono finansowane przez zamawiającego z jednego czy też z kilku różnych źródeł (np. z wykorzystaniem środków pochodzących z programów finansowanych ze środków UE). Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32–35 ustawy Pzp. Dla ustalenia, iż w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, istotne są okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, przystępując zatem do szacowania wartości zamówienia powinien ustalić z należytą starannością planowaną liczbę usług, dostaw, czy też robót budowlanych tego samego rodzaju, które zamierza nabyć i oszacować ich łączną wartość, niezależnie od tego, czy zamierza je nabyć jednorazowo w ramach jednego postępowania czy też sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań. Jeżeli potrzeba udzielenia określonego zamówienia ujawni się dopiero po udzieleniu innego zamówienia tożsamego przedmiotowo, to w tym przypadku nie mamy do czynienia z nieuprawnionym dzieleniem zamówienia z uwagi na fakt, iż brak jest tożsamości czasowej takich zamówień. Jak już wskazano, nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej. Z udzielaniem zamówienia w częściach mamy do czynienia w sytuacji, gdy zamawiający z góry przewiduje zakres całego zamówienia i możliwe jest jego jednorazowe udzielenie, lecz ze względów organizacyjnych, technicznych, gospodarczych podejmuje decyzję o dokonywaniu zakupów sukcesywnie. Podjęcie decyzji o udzielaniu zamówienia w częściach jest zawsze wynikiem wcześniejszego planu zamawiającego. Jeżeli zatem określone zamówienia mają charakter nieprzewidywalny, każde następne zamówienie o tym samym przedmiocie należy potraktować jako zamówienie odrębne, a nie część zamówienia udzielonego wcześniej. Zamówienie udzielane w częściach przypomina świadczenia jednorazowe realizowane w ratach. Każda z tych części składa się bowiem na pewną, z góry określoną całość. Każdorazowy, pojedynczy zakup jest częścią całego zamówienia, dlatego ustalenie jego wartości powinno być dokonane z zastosowaniem art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. W tym przypadku wartości zamówienia udzielanego w ramach odrębnego **postępowania jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.**

Bardzo często zamawiający za podstawę sumowania zamówień publicznych udzielanych w okresie jednego roku przyjmują zamówienia oznaczone tym samym kodem CPV. Takie działanie nie wynika jednak z aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp ani także z Dyrektywy 2004/18, bowiem kody CPV są elementem opisu przedmiotu zamówienia (art. 30 ust. 7 ustawy Pzp), nie zaś normatywną podstawą ustalenia wartości zamówienia. Stąd też, nie kwestionując takiej praktyki, która w przypadku wielu zamówień będzie miała swoje uzasadnienie, w konkretnych przypadkach należy do tego sposobu ustalania wartości zamówienia podchodzić racjonalnie.

Generalnie rzecz ujmując, w przypadku gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwe jego nabycie u tego samego wykonawcy, będziemy mieli do czynienia z odrębnym przedmiotem zamówienia. Natomiast w sytuacji, gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

To agregowanie zamówień publicznych, jak wynika z niektórych przytoczonych wyżej postanowień Dyrektywy 2004/18 i ustawy Pzp, jest wyraźnie wymagane przez ustawodawcę europejskiego. Jak podnosi się w doktrynie, ustanawiając zakaz dzielenia zamówienia ustawodawca nie używa dokładnie słowa „zamówienia” tylko odnosi je do projektu budowlanego oraz planowanego nabycia pewnej ilości dostaw lub usług⁴⁾. W sytuacjach opisanych szczegółowo w art. 9 ust. 5, 6, 7, 9. **Dyrektywy 2004/18** zamawiający musi oceniać szacunkową wartość poprzez dodanie do siebie wartości pewnej liczby zamówień lub zamówień udzielanych

⁴⁾ Patrz A. Sołtyśńska – Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz. Zakamycze 2006, s. 152.

w pewnym okresie. Dopiero ta łączna wartość będzie brana pod uwagę przy decydowaniu, czy dane zamówienie będzie objęte dyrektywą czy też nie.

Co do zasady podział zamówienia, skutkujący podziałem wartości zamówienia i w konsekwencji uniknięciem stosowania wszystkich lub niektórych przepisów ustawy wymaga oceny każdego przypadku z osobna.

Mimo takiej konstrukcji obowiązujących przepisów, zamawiający mimo wszystko może zwiększyć dostęp do prowadzonych przez siebie zamówień MSP.

Z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp a contrario wynika, że podział zamówienia, którego celem jest na przykład zwiększenie konkurencji w prowadzonych postępowaniach i który to podział nie powoduje uniknięcia stosowania przepisów ustawy jest w pełni dopuszczalny.

Przykład

Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług utrzymania czystości i porządku wewnątrz 5 obiektów o powierzchni:

- obiekt pierwszy – o powierzchni 3000 m²,
- obiekt drugi – o powierzchni 4000 m²,
- obiekt trzeci – o powierzchni 2000 m²,
- obiekt czwarty – o powierzchni 35000 m²,
- obiekt piąty – o powierzchni 2500 m².

Choć zamawiający, przygotowując postępowanie, jest zobowiązany ustalić wartość zamówienia łączną na wszystkie obiekty, to może zgodnie z prawem bądź dopuścić składanie ofert częściowych lub udzielić zamówienia w osobnych postępowaniach na poszczególne obiekty. W konsekwencji zmniejszy to liczbę barier dla MSP w prowadzonych postępowaniach, w szczególności:

- obniży to warunki udziału w postępowaniu (odzwierciedlone w opisie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu) do poziomu umożliwiającego wykonawcom z grona MSP spełnienie ich w sposób opisany przez zamawiającego,
- obniży wysokość wadium określaną w stosunku do każdej części.

Zamawiający musi zapewnić wykonanie obowiązków wynikających z ustawy Pzp⁵⁾, przede wszystkim w zakresie ustalenia wartości łącznej zamówienia, w odpowiednim miejscu zamieścić ogłoszenie o zamówieniu, pouczyć o zakresie środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcy, zażądać oświadczeń i dokumentów dla wartości łącznej zamówienia, niemniej jednak przy dopuszczonym przez przepisy ustawy Pzp podziale zamówienia możliwe jest znaczące zwiększenie udziału MSP w prowadzonych postępowaniach.

1.3. Dopuszczenie składania ofert częściowych

W ścisłym związku z określaniem przedmiotu zamówienia i ustalaniem jego wartości pozostaje kwestia dopuszczenia składania ofert częściowych.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. W przypadku, o którym mowa w art. 83 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca⁶⁾.

⁵⁾ Z zastrzeżeniem przypadków wynikających np. z art. 6a ustawy Pzp.

⁶⁾ Art. 84 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Jak zwrócił uwagę skład orzekający KIO w jednym z wyroków, dopuszczone przez ustawodawcę na mocy art. 83 ust. 2 ustawy Pzp składanie ofert częściowych nie stanowi podziału zamówienia w rozumieniu art. 32 ust. 2. W przypadku opisanym w art. 83 ust. 2 ustawy Pzp mamy do czynienia z podziałem przedmiotu zamówienia na odrębne zadania w ramach jednego postępowania. Przy dopuszczeniu składania ofert częściowych złożona oferta co do każdej z części stanowi samodzielną ofertę w postępowaniu i niezależnie od tego, na ile części zamówienia wykonawca składa oferty, to każda z nich stanowi samodzielną całość i winna być sporządzona zgodnie z wymogami SIWZ. Oferta co do każdej z części podlega takiemu samemu trybowi: oceny, wyjaśniania niezgodności jej treści oraz poprawie omyłek, jak oferta obejmująca całe zamówienie⁷⁾.

Przy czym możliwość udzielenia zamówienia w częściach jest objęta uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Nie jest możliwe wywodzenie nakazu dopuszczenia składania ofert z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż gdyby wolą ustawodawcy było nałożenie na zamawiającego w określonych sytuacjach, np. zwiększenia konkurencyjności postępowania, obowiązku umożliwienia wykonawcom składania ofert częściowych, to taki obowiązek wynikałby wprost z przepisów ustawy⁸⁾.

Dopuszczenie składania ofert częściowych to jedno z podstawowych narzędzi umożliwiania wykonawcom z sektora MSP udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Dzięki tej instytucji mogą oni samodzielnie składać oferty na mniejsze części zamówienia, których wykonanie mieści się w ich możliwościach organizacyjnych, technicznych i finansowych. Realizacja mniejszego zamówienia (udzielanego w częściach czy też wyodrębnionego jako oferta częściowa) nie naraża MSP na ryzyko jego niewykonania, co może niekiedy spowodować zagrożenie dla dalszego funkcjonowania mniejszych podmiotów.

Przykład

Gdy przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług utrzymania czystości i porządku, wewnątrz 5 obiektów o powierzchni:

- obiekt pierwszy – o powierzchni 3000 m²,
- obiekt drugi – o powierzchni 4000 m²,
- obiekt trzeci – o powierzchni 2000 m²,
- obiekt czwarty – o powierzchni 35000 m²,
- obiekt piąty – o powierzchni 2500 m²,

zamawiający może dopuścić składanie ofert częściowych na każdy obiekt.

Dopuszczenie składania ofert częściowych jest działaniem niewątpliwie zwiększającym dostęp do zamówień publicznych dla MSP. Zamawiający – w przypadku umożliwienia składania wykonawcom ofert na poszczególne części zamówienia – może opisać sposób dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu osobno dla każdej części, zależnie od swoich zamierzeń i cech charakteryzujących każdą z części oddzielnie, gdyż żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a nawet zamawiający może do każdej z części zamówienia określić inne kryteria. Jednakże w przypadku zamawiających zaliczonych do sektora finansów publicznych istotne jest uwzględnienie zasad wydatkowania środków publicznych określonych w art. 44 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁹⁾.

⁷⁾ Wyrok KIO z dnia 02.08.2011 r. (KIO 1559/11).

⁸⁾ Wyrok KIO z dnia 06.04.2011 r. (KIO 617/11).

⁹⁾ Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 ze zmianami.

1.4. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Konsekwencją dopuszczalnego prawem „podzielenia zamówienia” jest znaczące zwiększenie szans MSP w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zbyt wysoko postawione warunki udziału w postępowaniu to drugi obok agregowania zamówień powód mniejszego udziału w postępowaniach MSP.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki wymienione w pkt 1–4. W każdym postępowaniu zamawiający konkretyzuje sposób wykazania spełnienia tych warunków. Służy temu opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, który zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji. Fundamentalną zasadą sporządzania opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków jest, aby był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Warunki udziału w postępowaniu są uzależnione od indywidualnych uwarunkowań danego zamówienia. Konkretyzacja warunków w każdym postępowaniu odbywa się poprzez sformułowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który to opis powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny. **Warunki udziału w postępowaniu pełnią tu szczególną rolę, bowiem to one określają krąg podmiotów, które mogą skutecznie ubiegać się o zamówienie.** Określenie warunków na wstępnym etapie postępowania ma na celu zapewnienie realizacji równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego¹⁰⁾.

Zamawiający jest uprawniony do tego, aby ustalić warunki udziału w postępowaniu na wysokim poziomie, o ile jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia. Ścisły związek pomiędzy przedmiotem zamówienia a opisem sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu sprawia, że im większy zakres zamówienia w tym także jego wartość, tym szanse MSP, że będą w stanie wykazać spełnienie warunków znacząco maleją.

Słusznie zwraca się uwagę, że ustawodawca przez opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu rozumie ich konkretyzację w ramach danego postępowania, nie zaś dokonanie przeniesienia treści art. 22 ust. 1 (...) do ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ. Za prawidłowo sprecyzowany warunek nie może być uznane ograniczenie się zamawiającego do przywołania wyżej wskazanej normy prawnej i założenia, iż wykonawcy samodzielnie dokonają ustalenia, w oparciu o obowiązujące przepisy prawa, zakresu uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności¹¹⁾.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór wykonawcy zdolnego do jego realizacji. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych oraz dokumentów warunkujących zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Aby skutek w postaci poprawnej weryfikacji mógł zostać osiągnięty, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków stawianych wykonawcom musi być skonkretyzowany.

Jeżeli na przykład zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, wówczas, zgodnie z regułą zawartą w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, powinien opis oceny spełnienia warunków powiązać z każdą częścią zamówienia.

¹⁰⁾ Wyrok KIO z dnia 14.03.2012 r. (KIO 411/12, LEX).

¹¹⁾ Wyrok KIO z dnia 13.04.2012 r. (KIO 624/12).

Przykład

Jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług utrzymania czystości i porządku wewnątrz 5 obiektów o powierzchni:

- obiekt pierwszy – o powierzchni 3000 m²,
- obiekt drugi – o powierzchni 4000 m²,
- obiekt trzeci – o powierzchni 2000 m²,
- obiekt czwarty – o powierzchni 35000 m²,
- obiekt piąty – o powierzchni 2500 m²,

wówczas opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku w zakresie wiedzy, doświadczenia czy dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia musi odnosić się do każdej części zamówienia z osobna. Zamawiający nie może żądać posiadania wiedzy w zakresie wykonywania usług utrzymania czystości i porządku w obiekcie lub obiektach o powierzchni stanowiącej sumę wszystkich części zamówienia.

Taki opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie będzie związany z przedmiotem zamówienia (każda z części jest mniejsza), a ponadto opis ten **nie będzie** proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Warunki udziału w postępowaniu wymienione w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia.

Opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być tak zredagowany, aby w oparciu o wymagane dokumenty móc w sposób pełny, obiektywny i bezstronny ocenić, czy dany wykonawca może w sposób prawidłowy i oczekiwany przez zamawiającego wykonać przedmiot zamówienia. Realizując ten postulat, zamawiający nie może naruszać zasad prowadzenia postępowań zapewniających równe traktowanie wykonawców z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Temu służy zasada proporcjonalności opisu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia.

Przykład

Jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych – na które składa się następująca po sobie przebudowa dwóch identycznych kondygnacji **w obiekcie budowlanym** – których wartość szacowana jest **na łączną kwotę** 300.000 PLN i zamawiający przewiduje zapłatę wykonawcy wynagrodzenia za wykonanie robót w dwóch równych transzach, to opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku finansowego zawierający wymóg posiadania zdolności kredytowej lub posiadania środków finansowych w wysokości wynikającej z całego zakresu zamówienia będzie nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Podobnie jak w przypadku wszystkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowaniu, ocena dopuszczalności podejmowania poszczególnych działań wymaga uwzględnienia okoliczności każdego przypadku.

1.5. Wspólne ubieganie się o zamówienie (konsorcjum) oraz poleganie na zasobach innych podmiotów

Co do zasady o udzielenie zamówienia może ubiegać się każdy wykonawca samodzielnie. Jednym z uprawnień wykonawców, w tym także MSP, jest możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego (art. 23 ustawy Pzp). Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawców (np. w ramach konsorcjum) ma na celu **połączenie potencjału osobowego, technicznego, ekonomicznego i finansowego**, by w wyniku zsumowania tegoż potencjału spełnić warunki udziału w postępowaniu.

Przepisy ustawy nie narzucają wykonawcom żadnej formy co do wspólnego złożenia oferty¹²⁾. Konsorcjum nie jest definiowane w polskim prawie. Konsorcjum nie musi posiadać oznaczonej struktury organizacyjnej (organów), nie musi też być wyposażone w majątek własny, wyodrębniony z majątków jego uczestników. Nie podlega też żadnemu obowiązkowi rejestrowemu, a jedynym dokumentem potwierdzającym fakt istnienia konsorcjum jest **umowa uczestników konsorcjum**. Ten brak formalizmu odnośnie do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia stanowi bardzo ważny element pozwalający MSP na zwiększenie swoich szans przy ubieganiu się o zamówienie publiczne.

Art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2–4, dopuszcza co do zasady wykazywanie ich spełnienia łącznie przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Taka wykładnia wynika z samej istoty wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, które ma na celu wspólną realizację zamówienia, za którą wszyscy wykonawcy odpowiadają solidarnie (art. 141 ustawy Pzp). Dlatego też potencjały wykonawców występujących w postępowaniu wspólnie podlegają sumowaniu¹³⁾.

Obok wspólnego ubiegania się o uzyskanie zamówienia wszystkim wykonawcom, w tym także MSP, przysługuje także uprawnienie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez poleganie na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych (w stosownych przypadkach) także ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z wykonawcą stosunków. Przy czym w takiej sytuacji wykonawca jest zobowiązany 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.

Posługiwanie się potencjałem podmiotu trzeciego stanowi **wyjątek** od generalnej zasady, że to wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca ma swobodę co do sposobu udowodnienia faktycznego dysponowania zasobami innego podmiotu. Przepis ten nie zawiera katalogu wymaganych form uczestnictwa podmiotu udostępniającego swoje zasoby w realizacji zamówienia. Tym samym czy dane udostępnienie zasobów jest rzeczywiste należy zawsze oceniać przez pryzmat okoliczności konkretnego zamówienia, biorąc pod uwagę w szczególności indywidualny jego charakter.

Najprostszym sposobem udostępnienia zasobów w robotach budowlanych może być udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia jako podwykonawcy, czyli przyjęcie na siebie wykonania pewnego zakresu robót, np. wybudowanie mostu w ciągu wykonywanej drogi. Innym sposobem udziału w postępowaniu w zakresie przekazania wiedzy i doświadczenia będzie udział podmiotu trzeciego, np. na zasadzie konsultanta,

¹²⁾ Wyrok KIO z dnia 10.04.2012 r. (KIO 588/12).

¹³⁾ Wyrok KIO z dnia 05.01.2012 r. (KIO 2765/11).

doradcy, koordynatora robót, względnie poprzez udostępnienie know-how. Istotne jest, że te formy nie są uznane za formę typowego podwykonawstwa¹⁴⁾.

Zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ma potwierdzić rzeczywistą możliwość dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem jego obowiązkiem jest również ocena treści zobowiązania podmiotu trzeciego, które wykonawca składa w celu wykazania spełniania tych warunków¹⁵⁾. Zamawiający ma uprawnienie, aby opisując sposób wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonać opisu wymagań w odniesieniu do udowodnienia dysponowania przez wykonawcę zasobami innego podmiotu, przykładowo wykazania przewidywanych zasad współpracy – sposobu wykonywania zobowiązania, zakresu udzielanego wsparcia.

Możliwość polegania na zasobach innych podmiotów, nieuczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, było przedmiotem także kilku orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości. W orzeczeniu z 14 kwietnia 1994 r. w sprawie C-389/92 (Ballast I) Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że przedsiębiorstwo holdingowe, które samo nie wykonuje robót nie może zostać wykluczone z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko dlatego, iż przedsiębiorstwo zależne wykonujące roboty jest oddzielną osobą prawną.

Dyrektywa 2004/18 w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 wprost przewiduje uprawnienie do polegania na zasobach innych podmiotów formalnie nieuczestniczących w postępowaniu o zamówienie publiczne. W odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów

MSP nie korzystają w tym zakresie z żadnych szczególnych przywilejów, bowiem prawo polegania na zasobach innych podmiotów przysługuje wszystkim wykonawcom. Realizacja tego prawa nakłada na wykonawców, w tym MSP dodatkowe obowiązki, jak w szczególności przedłożenie dowodu, że wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno być złożone zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w formie pisemnej, co (...) oznacza własnoręczny podpis na oświadczeniu złożonym przez osobę upoważnioną do występowania w imieniu podmiotu trzeciego.

Skoro więc ustawodawca w przepisie Pzp zastrzegł określoną formę dla dokumentu, powinna być ona dotrzymana dla udowodnienia dysponowania określonym potencjałem podmiotu trzeciego i tym samym dla udowodnienia spełniania (...) warunków udziału w postępowaniu¹⁶⁾. Pamiętać jednak należy, że katalog dokumentów, w oparciu o które można udowodnić poleganie na zasobach innych podmiotów jest katalogiem otwartym i **możliwe jest także wykazanie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w oparciu o inny dokument źródłowy.**

Generalnie rzecz ujmując, regulacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków chronią MSP na równi z innymi wykonawcami. Podejmowane w niektórych krajach unijnych próby objęcia szczególnymi preferencjami MSP lub podmiotów lokalnych z reguły kończyły się stwierdzeniem naruszenia prawa unijnego przez TSUE.

¹⁴⁾ Wyrok KIO z dnia 28.03.2012 r. (KIO 544/ 12).

¹⁵⁾ Wyrok KIO z dnia 28.03.2012 r. (KIO 544/ 12).

¹⁶⁾ Wyrok KIO z dnia 30.03.2012 r. (KIO 561/12).

W orzeczeniu z 11 lipca 1991 r. w sprawie C-351/88 (Laboratorio Bruneau) Trybunał stwierdził, że przepisy wówczas obowiązującego Traktatu EWG należy interpretować jako wykluczające stosowanie przepisów krajowych, na mocy których część publicznych zamówień na dostawy rezerwuje się dla przedsiębiorstw działających w określonych regionach państwa. Trybunał podkreślił to dodatkowo w orzeczeniu z 3 czerwca 1992 r. w sprawie C-360/89, stwierdzając, że Traktat zabrania nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na narodowość, lecz także ukrytych form dyskryminacji, które, choć oparte na innych kryteriach, prowadzą w rzeczywistości do tych samych rezultatów¹⁷⁾. W sprawie będącej przedmiotem uwagi Trybunału Sprawiedliwości rząd Włoch wyjaśnił, że przepisy Ustawy Nr 80/87 – której postanowienia podlegały ocenie Trybunału – miały na celu zrekomensować niekorzystną sytuację, w jakiej znalazły się małe i średnie przedsiębiorstwa na skutek wprowadzenia przez tę Ustawę systemu kompleksowych zamówień publicznych, w których różne prace są objęte jednym zamówieniem.

Podsumowując omówienie kwestii związanych ze zwiększeniem udziału MSP, stwierdzić należy, że **warunki udziału w postępowaniu muszą być: związane z przedmiotem zamówienia (w odniesieniu do każdej części zamówienia) i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, zostać opublikowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz innych dokumentach przetargowych i nie naruszać prawa.**

1.6. Potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Jedną z cech charakteryzujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jego formalizm. Polega on między innymi na tym, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.

Przy czym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Możliwość odformalizowania postępowania, a w konsekwencji ułatwienia udziału w postępowaniu wykonawcom – w tym MSP – jest możliwa tylko w odniesieniu do zamówień podprogowych. Dodatkowo ułatwienia takie wprowadzają przepisy dotyczące udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe¹⁸⁾.

W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że żądanie oświadczeń i dokumentów musi mieścić się w zakresie dopuszczonym obowiązującymi przepisami. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest procedurą sformalizowaną, nie powinno to jednak prowadzić do zbędnego zbiurokratyzowania tego procesu. Stąd zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę.

W wyroku WSA z 24 listopada 2010 r.¹⁹⁾ podkreślono, że zastrzeżenie złożenia dokumentów poświadczających sytuację finansową i ekonomiczną bez wskazania, jakie warunki muszą być spełnione, aby zama-

¹⁷⁾ Patrz w: M. Lemke (red.), Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi dostawy i roboty budowlane. Wyd. II, UZP 2001 r., s. 114).

¹⁸⁾ Art. 5 ustawy Pzp.

¹⁹⁾ V SA 1175/10 LEX.

wiający uznał, że oferent ma odpowiednie warunki do wykonania zamówienia należy potraktować jako niezastrzeżone.

Swoistym zabezpieczeniem wykonawców przed formułowaniem nadmiernych żądań złożenia oświadczeń i dokumentów jest określenie wykazu dokumentów, jakich może zażądać zamawiający od wykonawcy. W odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumenty podmiotowe) katalog żądanych przez zamawiającego dokumentów ma charakter zamknięty.

Natomiast w odniesieniu do oświadczeń i dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego (tzw. dokumenty przedmiotowe) jest to katalog otwarty. Zakres oświadczeń i dokumentów, jakich potencjalnie może żądać zamawiający określają przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane.

Rzadko podkreśla się znaczenie tego rozporządzenia dla zwiększenia szans udziału w postępowaniu MSP. Zwrócić jednak należy uwagę na fakt, że zestawienie przez ustawodawcę dokumentów, które mogą być żądane przez zamawiającego pozwala wykonawcom, w tym MSP, kompletować dokumenty potwierdzające spełnienie warunków.

Ograniczeniem formalizmu postępowań jest również dopuszczenie przez przepisy rozporządzenia składanie oświadczeń i dokumentów w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem. Pozwala to na wielokrotne wykorzystywanie jednego dokumentu w wielu postępowaniach. Poświadczenia złożonych oświadczeń i dokumentów może dokonać nie tylko wykonawca, ale w odniesieniu do dokumentów dotyczących podmiotów, które udostępniają swoje zasoby wykonawcom także ten podmiot.

W wyroku KIO z 8 maja 2012 r.²⁰⁾ podkreślono, że przepis § 6 ust. 2 ww. rozporządzenia (...) należy tak rozumieć, iż w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z zasobów podmiotów trzecich, to dokumenty pochodzące od osób trzecich poświadczą za zgodność z oryginałem albo wykonawca, albo podmiot udostępniający zasób.

Zamawiający jest związany na równi z wykonawcami warunkami przetargu, które ustanowił i na etapie oceny ofert nie może wprowadzać innych elementów tej oceny, tak w zakresie warunków udziału, jak i ustalonych sposobów ich weryfikacji w ofertach poszczególnych wykonawców. Gdyby jednak wykonawca nie złożył w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów (podmiotowych czy przedmiotowych), ma prawo oczekiwać, że zostanie wezwany do ich uzupełnienia. Obowiązek zamawiającego polegający na wezwaniu wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ma swoją podstawę w art. 26 ust. 3. Precyzyjne określenie żądania obciąża przy tym zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy.

Ułatwieniem udziału w postępowaniu dla wykonawców, w tym także dla MSP, jest możliwość składania kilku rodzajów dokumentów (w niektórych przypadkach). Na przykład dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia mogą być referencje lub inne dokumenty, np. protokoły odbioru, dowody dostawy, itp., jeżeli stanowią one poświadczenie należytej realizacji dostawy. Referencje ani inne dokumenty na potwierdzenie realizacji zamówień nie muszą podawać ich wartości ani nawet dokładnego opisu, ponieważ ich zadaniem jest udokumentowanie przez wykonawcę składającego ofertę należytego wywiązywania się z realizacji umów o zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia w przetargach, w których uczestniczył poprzednio lub przy realizacji takich zamówień na rzecz odbiorców niepodlegających przepisom ustawy Pzp. Pewną swobodę posiadają wykonawcy także przy wykazywaniu spełnienia warunku finansowego lub ekonomicznego. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących

²⁰⁾ KIO 797/12; KIO 802/12.

sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku (art. 26 ust. 2c ustawy Pzp).

1.7. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający, dokonując oceny złożonych ofert wg precyzyjnie określonych kryteriów oraz weryfikując, czy wykonawcy wykazali spełnianie warunków podmiotowych opisanych jednoznacznie przez zamawiającego²¹⁾.

Specyfikacja jest podstawowym dokumentem źródłowym, z którego wykonawcy, w tym MSP, czerpią informacje niezbędne do wzięcia udziału w postępowaniu. Wyodrębnić w niej można dwa zasadnicze typy postanowień:

- a) dotyczące samego sposobu prowadzenia postępowania,
- b) odnoszące się do szeroko pojętego zdefiniowania przedmiotu zamówienia.

Specyfikację istotnych warunków zamówienia sporządza się w sześciu spośród ośmiu trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym, negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym, negocjacjach bez ogłoszenia oraz zapytaniu o cenę.

Minimalny zakres informacji, jakie muszą być zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa między innymi art. 36 ustawy Pzp. Z punktu widzenia zwiększenia dostępu do zamówień MSP podstawowe znaczenie mają postanowienia dotyczące:

- 1) opisu przedmiotu zamówienia;
- 2) terminu wykonania zamówienia;
- 3) warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
- 4) wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 5) informacji o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami;
- 6) wadium;
- 7) opisu sposobu przygotowywania ofert;
- 8) miejsca oraz terminu składania i otwarcia ofert;
- 9) opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert;
- 10) wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 11) istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzorów umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach;
- 12) opisu części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych;
- 13) maksymalnej liczby wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, jeżeli zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej;

²¹⁾ Wyrok KIO z dnia 05.01.2012 r. (KIO 2765/11).

- 14) adresu poczty elektronicznej lub strony internetowej zamawiającego, jeżeli zamawiający dopuszcza porozumiewanie się drogą elektroniczną;
- 15) wysokości zwrotu kosztów udziału w postępowaniu, jeżeli zamawiający przewiduje ich zwrot;
- 16) żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom.

De facto wszystkie informacje zawarte w specyfikacji mają znaczenie dla skutecznego ubiegania się o zamówienie publiczne przez MSP, niemniej jednak katalog wyżej wymienionych informacji odgrywa istotną rolę w zwiększeniu dostępu tej grupy wykonawców do zamówień publicznych. Nie wszystkie wyżej wymienione informacje musi zawierać każda specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Wśród postanowień specyfikacji można bowiem wyróżnić te, które są wymagane obligatoryjnie z woli ustawodawcy i muszą być sformułowane w każdym postępowaniu bez względu na wartość zamówienia czy jego tryb: m.in. nazwa (firma) i adres zamawiającego, tryb udzielenia zamówienia, opis przedmiotu zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, opis sposobu obliczenia ceny oferty czy pouczenie o środkach ochrony prawnej, jak i te, które są formułowane tylko wówczas, gdy takie są wymagania zamawiającego w zależności od wartości zamówienia, trybu postępowania oraz woli zamawiającego, tj.: wymagania dotyczące wadium, wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia.

Oprócz informacji, które na podstawie art. 36 ustawy Pzp zawierać powinna specyfikacja, ustawodawca w innych przepisach wskazał specyfikację jako miejsce zamieszczania także innych postanowień. Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego zamawiający wskazuje w SIWZ. Także w specyfikacji należy przewidzieć możliwość dokonania zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego i określić warunki takiej zmiany (art. 144 ust. 1 ustawy Pzp), jak również przewidzieć możliwość udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia (art. 151a ust. 1 ustawy Pzp).

1.7.1. Opis przedmiotu zamówienia

Zasady opisywania przedmiotu zamówienia normują art. 29–31 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią motywu 29 Dyrektywy 2004/18 specyfikacje techniczne sporządzone przez publicznych nabywców muszą umożliwiać otwarcie procesu udzielania zamówień publicznych na konkurencję. W tym celu musi istnieć możliwość składania ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych. A zatem trzeba umożliwić sporządzanie specyfikacji technicznych na podstawie charakterystyki i wymagań funkcjonalnych, a w odniesieniu do normy europejskiej lub – w przypadku jej braku – do normy krajowej instytucje zamawiające muszą brać pod uwagę oferty oparte na równoważnych ustaleniach. W celu wykazania równoważności należy umożliwić oferentom przedstawienie dowodów w dowolnej formie. Instytucje zamawiające muszą być w stanie uzasadnić każdą decyzję, w której stwierdzają brak równoważności w danym przypadku.

Specyfikacje techniczne powinny być jasno sformułowane, aby wszyscy wykonawcy wiedzieli, jakie wymagania określone przez instytucje zamawiające należy spełnić. Przywołany wcześniej motyw Dyrektywy wskazuje na zasadę jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia polegającą na tym, aby każdy wykonawca bez podejmowania szczególnie uciążliwych i kosztownych działań mógł uzyskać pełną wiedzę o przedmiocie zamówienia tak, aby móc sporządzić ofertę.

Szeroki katalog wymagań zawartych w ustawie Pzp i przepisach dyrektyw, odnoszący się do standardów opisywania przedmiotu zamówienia nie oznacza, że wykonawcy mają nieograniczone prawo zaoferowania wszystkiego, co jest dostępne na rynku w danym asortymencie.

Chcąc pogodzić rozbieżne często interesy zamawiającego, żądającego dostaw, usług lub robót budowlanych o możliwie najkorzystniejszych parametrach technicznych i jakościowych, a jednocześnie interesy wykonawców chcących zaoferować posiadane przez siebie dobra, zamawiający może obniżyć wymagania wyjściowe, w zamian przyznając dodatkowe punkty w ramach kryterium oceny ofert za cechy techniczne czy jakościowe przewyższające minimalnie określone przez zamawiającego.

Obiektywizm opisu przedmiotu zamówienia, a przez to równe traktowanie wykonawców może zapewnić stosowanie przepisów dyrektyw dotyczących specyfikacji technicznych, które zabraniają pośredniego preferowania wykonawców krajowych przez przywoływanie w opisie zamówienia tylko norm krajowych, zamiast europejskich²²⁾.

W polskim systemie prawnym podstawowym dokumentem źródłowym zawierającym wszystkie istotne warunki zamówienia jest specyfikacja. Z prawnego punktu widzenia specyfikacja jest uzewnętrznieniem woli zamawiającego i wszystkie postanowienia w nim zawarte nie powinny być ze sobą sprzeczne, gdyż wprowadza to element niepewności dla wykonawcy, które z postanowień specyfikacji są wiążące i mogą stanowić dla wykonawcy miarodajne źródło informacji o wymaganiach zamawiającego.

Ten idealny wzorzec poprawnego sporządzania specyfikacji w praktyce dużych i skomplikowanych zamówień jest trudny do wdrożenia, gdyż w takich postępowaniach specyfikacja istotnych warunków zamówienia składa się z wielu opracowań, jak np. projektu budowlanego, projektów wykonawczych, przedmiarów, wzoru umowy.

W wyroku z 23 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1100/10) podkreślono, że zamawiający powinien zawrzeć w opisie przedmiotu zamówienia pełną informację o wszystkich czynnikach mających wpływ na ukształtowanie przez wykonawców swoich ofert, a wykonawcy mają prawo oczekiwać od zamawiającego zapewnienia im możliwości uzyskania z treści SIWZ wszystkich istotnych dla skonstruowania oferty informacji.

W przypadku opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wykonawcy uczestniczący w postępowaniach powinni uwzględniać fakt, że udostępniana im przez zamawiającego dokumentacja projektowa składa się z kilku opracowań i bardzo istotne są istniejące między nimi zależności²³⁾.

Tak opisany przedmiot zamówienia stanowi dla wykonawców podstawę uzyskania wiedzy o faktycznym zakresie przedmiotu zamówienia i podstawę sporządzenia oferty.

Zapoznając się z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji, wykonawca ma prawo oczekiwać, że jest to opis pełny i jednoznaczny. W wyroku z 9 kwietnia 2010 r.²⁴⁾ skład orzekający KIO stwierdził, że nieujawnione czy niewystarczająco jasno wyartykułowane intencje zamawiającego nie mogą w sposób negatywny wpływać na sytuację wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, odpowiadając za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, o czym stanowi art. 15 ust. 1 ustawy Pzp, jest zobowiązany z należytą starannością zdefiniować swoje potrzeby.

²²⁾ Patrz M. Lemke (red.) w: *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*. Wydanie II. UZP. Warszawa 2001, s. 22.

²³⁾ Patrz szerzej: D. Grochalska, Z. Leszczyński, E. Wiktorowska – *Zamówienia publiczne na roboty budowlane*. Presscom sp. z o.o. Wrocław 2010).

²⁴⁾ KIO/UZP 460/2010.

1.7.2. Opis przedmiotu zamówienia a oferty równoważne

Analizując opis przedmiotu zamówienia, MSP powinny pamiętać, o zakazie zawartym w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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”.

Jest to transpozycja do polskiego porządku prawnego – art. 36 ust. 8 Dyrektywy 2004/18, w myśl którego, jeżeli nie uzasadnia tego przedmiot zamówienia, specyfikacje techniczne nie mogą zawierać odniesienia do konkretnej marki, ani źródła ani też do żadnego szczególnego procesu, znaku handlowego, patentu, typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych przedsiębiorstw albo produktów. Odniesienie takie jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, gdy dostatecznie precyzyjny i zrozumiały opis przedmiotu zamówienia, zgodny z ust. 3 i 4, nie jest możliwy; odniesieniu takiemu towarzyszą słowa „lub równoważny”.

Unormowanie powyższe odnosi się w równej mierze do zapisów specyfikacji na dostawę, jak i na usługi i roboty budowlane. Artykuł 29 ust. 3 ustawy Pzp chroni MSP przed dyktatem zamawiającego w odniesieniu do żądania **konkretnych dóbr**, które mogą nie być **dostępne dla MSP**. Stąd też MSP mogą domagać się od zamawiającego opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą obiektywnych cech technicznych i jakościowych ewentualnie wymagań **funkcjonalnych**. Zamawiający musi określić przedmiot w sposób obiektywny, unikając stosowania nie tylko znaków towarowych, patentów czy oznaczeń – jeżeli jednocześnie nie dopuszcza przy tym rozwiązań równoważnych – ale także doboru parametrów przedmiotu zamówienia, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę, a tym samym eliminowałyby w sposób nieuzasadniony możliwość zaferowania przez MSP, jak i pozostałych wykonawców innych produktów, spełniających obiektywne i uzasadnione potrzeby zamawiającego. Gdyby jednak w opisie przedmiotu zamówienia użyto znaków towarowych, oznaczenie patentów lub wskazanie pochodzenia, to i tak wykonawcy, w tym MSP mają prawo złożyć oferty równoważne.

Mimo że w ustawie Pzp nie wyartykułowano wprost przepisu nakazującego zamawiającemu opisanie sposobu potwierdzania równoważności oferowanych rozwiązań, to jednak wobec obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia oraz dopuszczenia rozwiązań równoważnych (art. 29 ust. 1 i 3, art. 30 ust. 4 ustawy), opisanie sposobu przygotowania ofert, a także sposobu ich oceny (art. 36 ust. 1 pkt 10 i 13 ustawy) należy przyjąć, że zamawiający by mógł ocenić, czy oferowane rozwiązania równoważne spełniają wymóg równoważności, zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy, musi je odnieść do co najmniej minimalnych wymagań opisanych w SIWZ²⁵⁾.

Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych, technicznych lub jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry.

Przykład

W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych obejmujących swoim **zakresem przebudowę** istniejącego systemu klimatyzacji i wentylacji zainstalowanej w danym obiekcie budowlanym zamawiający będzie w niektórych przypadkach uprawniony opisać poszczególne elementy

²⁵⁾ Wyrok KIO z 05.01.2012 r. KIO 2734/11.

robót budowlanych poprzez użycie znaku towarowego odnoszącego się do poszczególnych części systemu, ale musi umożliwić wykonawcom składanie ofert równoważnych.

W takim przypadku ograniczenie się do wskazania w opisie przedmiotu zamówienia nazwy własnej wymienianego elementu instalacji będzie niewystarczające. Zamawiający musi wskazać parametry fizyczne, techniczne i jakościowe opisujące „rozwiązanie równoważne”. Zestawienie parametrów równoważnych nie może doprowadzić do sytuacji, w której tylko jedno rozwiązanie preferowane przez zamawiającego spełniać będzie wymagania zamawiającego.

Jednocześnie MSP, które uzyskały zamówienie na wykonanie np. usługi projektowej, muszą uwzględniać fakt, że zakazy i nakazy wynikające z przepisów art. 29–31 ustawy Pzp, obejmują ich w tym samym zakresie, co zamawiającego odpowiedzialnego za sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. Muszą więc, przygotowując na przykład specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, unikać w opisie przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów lub pochodzenia.

1.7.3. Opis przedmiotu zamówienia a oświadczenia i dokumenty przedmiotowe

Ostatnim elementem związanym z opisem przedmiotu zamówienia, na który warto zwrócić uwagę, przybliżając tę problematykę są uwarunkowania wynikające z treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z tą regulacją zamawiający w trakcie postępowania może żądać od wykonawcy m.in. oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (dalej zwanych także „dokumentami przedmiotowymi”), które mogą być wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Naturalnym miejscem wskazania wymaganych dokumentów przedmiotowych jest ten fragment specyfikacji, w którym zamawiający opisuje przedmiot zamówienia. Wynika to z istoty dokumentu przedmiotowego, który potwierdza określone cechy oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych opisanych w specyfikacji, nie zaś właściwości wykonawcy.

W przypadku złożenia dokumentu przedmiotowego po terminie lub niezłożenia go w ogóle lub złożenia takiego dokumentu zawierającego błędy ustawodawca nakazuje zamawiającemu wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2, zawierające błędy. Zamawiający jest zwolniony z obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu przedmiotowego tylko wówczas, gdy mimo jego złożenia oferta wykonawcy i tak podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. **MSP zwrócić powinni uwagę** na to, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Ponadto, uzupełniając dokumenty przedmiotowe, wykonawca musi pamiętać, że w żaden sposób nie może prowadzić do zmiany oferty. Uzupełnieniu podlegają bowiem tylko oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Oferowana dostawa, usługa lub robota budowlana jest niezmienna. Zgodnie z art. 46 ust. 4 ustawy Pzp niedopełnienie obowiązku uzupełnienia oświadczeń i dokumentów przedmiotowych skutkuje zatrzymaniem wadium. Jest to jedna z istotniejszych barier dla MSP w dostępie do rynku zamówień publicznych.

1.7.4. Termin wykonania zamówienia

Wyodrębnionym elementem specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest termin wykonania zamówienia.

Termin zamówienia wyznacza zamawiający, ale ograniczają go w swobodzie wyznaczania tego terminu przepisy ustawy Pzp oraz regulacje innych aktów prawnych. Generalna zasada wyrażona w art. 142 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu zawieranie umów na czas oznaczony.

W przypadku zamówień, których przedmiotem są świadczenia okresowe lub ciągle zamawiający może zawrzeć umowę na okres dłuższy niż 4 lata tylko wtedy, gdy wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty. Termin wykonania zamówienia zamawiający może oznaczyć w różny sposób, jak w szczególności poprzez określenie terminu, w trakcie którego zamówienie będzie realizowane w dniach, tygodniach, miesiącach, latach (60 dni od dnia zawarcia umowy) lub poprzez określenie przedziału czasu konkretnymi datami, w trakcie którego umowa będzie realizowana. Termin wykonania zamówienia może być też oznaczony określonym zdarzeniem. Co do zasady termin wykonania zamówienia musi być oznaczony jednoznacznie. Podanie przez zamawiającego w załącznikach do specyfikacji dwóch różnych terminów wykonania zamówienia stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp²⁶⁾. Ustawodawca dopuszcza możliwość podania terminu wykonania zamówienia jako terminu wymaganego lub dopuszcza możliwość wskazania terminu pożądanego. Możliwe jest też wskazanie nieprzekraczalnego terminu wykonania zamówienia, a jednocześnie zasygnalizowanie wykonawcom możliwości wcześniejszego wykonania zamówienia.

Zamawiający chcąc „zachęcić” wykonawców do wcześniejszego wykonania zamówienia z reguły termin wykonania zamówienia czyni kryterium oceny ofert. Praktyka taka jest stosunkowo powszechna, ale wymaga właściwego zredagowania zapisów specyfikacji dotyczących kryterium oceny ofert, ale także zapisów wzoru umowy, dotyczących kar umownych z tytułu niedochowania deklarowanego w ofercie terminu realizacji zamówienia. Może się, bowiem okazać, że propozycja wykonania zamówienia w terminie krótszym miała jedynie na celu uzyskanie dodatkowych punktów przy ocenie ofert, ale za tym nie stały żadne działania, które mogłyby uzasadniać, że skrócenie terminu wykonania zamówienia jest możliwe. Tego typu praktyki mogą utrudniać uzyskanie zamówienia MSP, gdyż dla tego typu wykonawców kary umowne za nieterminowe wykonanie zamówienia mogą zagrażać ich istnieniu.

1.7.5. Wymagania dotyczące wadium

Niezwykle istotną barierą udziału MSP w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest obowiązek wniesienia wadium. Zgodnie z art. 45 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, natomiast, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może, lecz nie musi żądać od wykonawców wniesienia wadium. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Kwotę wadium określa zamawiający w wysokości nie większej niż 3 % wartości zamówienia.

W związku z tym, że wartość zamówienia obliczona zgodnie z wymaganiami ustawy Pzp często daleko odbiega od kwoty wynagrodzenia wykonawcy, o której mowa w art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca nie chcąc obciążać zanadto wykonawców postanowił, że jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach określa kwotę wadium dla każdej z części oraz w przypadku, gdy

²⁶⁾ Uchwała KIO z 6 marca 2009 r. KIO/KD 4/09.

zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego.

Wykonawca może wnieść wadium w jednej z 5 wymienionych przez ustawodawcę form. Zamawiającemu nie wolno zabronić wykonawcy złożenia wadium w którejkolwiek z dopuszczalnych form wnoszenia wadium. W odniesieniu do wnoszenia wadium w formie pieniężnej ustawodawca przesądził, że wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.

Odnośnie do wysokości i formy złożenia wadium informacje w tym zakresie muszą być znane wszystkim wykonawcom, a treść specyfikacji w tej mierze nie może budzić ich wątpliwości. Niewniesienie wadium w sposób wymagany przepisami ustawy Pzp oraz zgodnie z postanowieniami specyfikacji ma niezwykle daleko idące konsekwencje prawne, gdyż w systemie zamówień publicznych jest to jedna z nielicznych czynności, której wadliwe wykonanie przez wykonawcę skutkuje sankcją wykluczenia bez możliwości jej zalegalizowania. Od wykonawcy wymaga się podjęcia takich działań, by wadium wpłynęło w formie i terminie właściwym.

W wyroku z 13 kwietnia 2010 r.²⁷⁾ skład orzekający KIO podniósł, że wadium w formie pieniężnej uznaje się wniesione z chwilą uznania kwoty wadium na rachunku Zamawiającego – i nie ma znaczenia „dowód” wniesienia wadium załączony do oferty, bowiem przy takiej formie wadium ma on charakter wyłącznie informacyjny (w tym zakresie wskazówki SIWZ nie wywołują żadnego skutku prawnego). „Dowód” wniesienia wadium załączony do oferty ułatwia Zamawiającemu odszukanie na liście przelewów otrzymanych właściwego przelewu w celu ustalenia, czy wadium było na koncie zamawiającego w chwili otwarcia ofert i tylko w tym celu jest składany. W praktyce prowadzenia postępowań wiele problemów pojawia się przy wnoszeniu wadium w innej formie niż pieniądź. Dotyczy to w szczególności wnoszenia wadium w formie gwarancji. W wyroku z 29 grudnia 2009 r.²⁸⁾ skład orzekający KIO stwierdził, że w przypadku gwarancji bankowej przez ustanowienie wadium rozumieć należy doprowadzenie przez wykonawcę do zobowiązania się banku do wypłaty beneficjentowi określonej kwoty w określonych okolicznościach w określonym okresie, czego potwierdzeniem jest list gwarancyjny (dokument gwarancji), zaś przez wniesienie wadium w takim przypadku należy rozumieć złożenie dokumentu zamawiającemu (abstrahując od tego, czy dokument winien być złożony w formie kopii czy oryginału).

Zarówno wysokość wadium, jak i niejasności dotyczące sposobu przygotowania wadium w innej formie niż pieniężna są jednymi z istotniejszych barier dla MSP w ubieganiu się o zamówienie publiczne.

Przykład

Sposobem ograniczenia barier w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego przez MSP jest określenie wysokości kwoty wadium w przedziale od 0,5 do 1% wartości, a nie w wysokości 3%. Wniesienie wadium powoduje zamrożenie kapitału wykonawcy przez kilka tygodni albo w przypadku wadium wniesionego w innej formie niż pieniężna generuje koszty dla wykonawców, mogące przekraczać nawet 5% kwoty wadium.

W przypadku wniesienia wadium przez wykonawcę w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej zamawiający powinien informować wykonawców, że: 1) gwarancja musi obowiązywać przez cały okres związania ofertą, 2) zobowiązanie pieniężne z gwarancji musi być w kwocie nie mniejszej niż kwota wadium, 3) gwarancja musi być wystawiona przez bank lub towarzystwo ubezpieczeniowe, 4) zobowiązanie z gwarancji musi obejmować wszystkie okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy.

²⁷⁾ KIO/UZP 482/2010 i KIO/UZP 497/2010 LEX.

²⁸⁾ KIO/UZP 1667/09.

Zasady zwrotu i zatrzymania wadium reguluje art. 46 ustawy Pzp. Zasada generalna jest taka, że zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a, zaś wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano.

Wykonawca ma prawo żądać zwrotu wadium wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, z tym że kwotę tę pomniejsza się o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizję bankową za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

Zatrzymanie wadium wraz z odsetkami następuje w przypadkach wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Rozbieżności budzi interpretacja art. 46 ust. 4a, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, że z uwagi na restrykcyjny charakter art. 46 ust. 4a przepis ten powinien być interpretowany w sposób ścisły. W tym przypadku chodzi o „fizyczny” brak dokumentu lub oświadczenia. Z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy mamy więc do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełnił dokumentów (oświadczeń, pełnomocnictw) – wyrok z 9 marca 2009 r.²⁹⁾. Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w kilku z wyroków nie jest w pełnym zakresie podzielane przez Urząd Zamówień Publicznych. Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych z sytuacją, w której niezłożenie dokumentów żądanych przez zamawiającego wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy mamy do czynienia – w świetle art. 46 ust. 4a ustawy Pzp – w przypadku, gdy niemożność przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu (...), wynika z faktu, iż obiektywnie wykonawca ten, jak i oferowane przez niego usługi, dostawy lub roboty budowlane, nie spełniają tych warunków lub wymagań. Tym samym obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie będzie dotyczył tych wykonawców, którzy złożyli oferty, pomimo że nie spełniali warunków udziału w postępowaniu (np. nie legitymowali się określonym doświadczeniem), jak też pomimo że oferowane przez nich usługi, dostawy lub roboty budowlane nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego.

Należy również podkreślić, iż zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp może nastąpić wyłącznie w sytuacji wcześniejszego prawidłowego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie ze stanowiskiem KIO brak precyzji po stronie zamawiającego nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla wezwanego wykonawcy, a w konsekwencji nie może stanowić podstawy do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Sankcja zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp jest jedną z większych barier udziału w postępowaniu o zamówienie nie tylko MSP, ale wszystkich wykonawców. Może się bowiem okazać, że wykonawca, zabiegając o zamówienie nie tylko nie uzyska zamówienia, ale może ponieść ogromne koszty związane z zatrzymaniem wadium.

W aktualnie obowiązującym stanie prawnym sposobem ograniczającym negatywne oddziaływanie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp na sytuację MSP, a także innych wykonawców, w toczącym się postępowaniu jest:

- 1) precyzyjne i jednoznaczne wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz pełnomocnictw, w tym wska-

²⁹⁾ KIO /UZP 19/09.

- zanie wprost tych postanowień opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które w złożonych oświadczeniach i dokumentach nie zostały wykazane,
- 2) wyznaczenie odpowiednio długiego terminu na uzupełnienia oświadczeń i dokumentów,
 - 3) poinformowanie o skutkach niezłożenia i w konsekwencji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym także w zakresie utraty wadium w przypadku wskazanym w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp,
 - 4) wszechstronnego wyjaśnienia przyczyn, które spowodowały nieuzupełnienie oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wskazane wyżej działania mogą zwiększyć udział MSP w systemie zamówień publicznych.

1.7.6. Opis sposobu obliczenia ceny

Poprawnie skalkulowana cena oferty uwzględniać musi cały zakres (przedmiot) zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 5 lipca 2001 r. o cenach³⁰⁾, cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Tak więc w systemie zamówień publicznych ofertą najkorzystniejszą jest zawsze oferta oceniana w zakresie całego zobowiązania finansowego.

Zgodnie z treścią art. 2 pkt 5 ustawy Pzp ilekroć w ustawie mowa jest o najkorzystniejszej ofercie, należy przez to rozumieć 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).

W przypadku ustalenia wynagrodzenia wykonawcy w umowach o dzieło czy umowach o roboty budowlane ważne jest wskazanie sposobu rozliczenia się stron. W zależności od tego, czy wynagrodzenie jest w formie ryczałtu czy też jest to rozliczenie kosztorysowe odmiennie są skutki finansowe dla każdej ze stron. Dla MSP może to stanowić poważne ryzyko przy ubieganiu się o uzyskanie zamówienia. Konsekwencje błędnego oszacowania wynagrodzenia przez MSP mogą być bowiem bardzo poważne, włącznie z zagrożeniem dla jego dalszego istnienia na rynku. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów prac.

1.7.7. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert

Generalna reguła oceny ofert wyrażona w art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Wyjątek od zakazu zawartego w art. 91 ust. 3 ustawy Pzp uczynił

³⁰⁾ Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zmianami.

ustawodawca wobec usług niepriorytetowych określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 2a ustawy Pzp. Wykaz, o którym mowa w ww. rozporządzeniu, uwzględnia postanowienia Dyrektywy 2004/18 oraz Dyrektywy 2004/17 Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Podstawą uchylenia zakazu oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy jest art. 5 ust. 1 ustawy Pzp. Stosowanie kryterium oceny ofert odnoszącego się do właściwości wykonawcy z reguły w gorszym położeniu sytuują MSP, gdyż co do zasady są to podmioty, które mają mniejsze doświadczenie i z reguły uczestniczą w realizacji zamówień o węższym zakresie i niższej wartości, a ponadto ich zasoby techniczne, potencjał ludzki, jak również zasoby finansowe i ekonomiczne są mniejsze niż innych wykonawców. Stąd też wskazane jest ograniczenie stosowania kryteriów odnoszące się do właściwości wykonawcy, w zakresie usług niepriorytetowych do tych obszarów, które nie dyskryminują MSP.

Jednoznacznie opisane kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej umożliwiają wszystkim wykonawcom, w tym także MSP, podjęcie decyzji dotyczącej ubiegania się o zamówienie publiczne.

W orzeczeniu z 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 (Bus Wallons) Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że wymóg zobowiązujący podmioty zamawiające, aby informowały w dokumentacji zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu o wszystkich kryteriach, jakie zamierzają stosować, w miarę możliwości w kolejności przyznanego im znaczenia ma właśnie na celu dokładne powiadomienie potencjalnych oferentów, jakie kryteria będą brane pod uwagę przy poszukiwaniu oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W ten sposób wszyscy oferenci znają kryteria wyboru, które spełnić muszą ich oferty oraz względne znaczenie tych kryteriów. W prawie UE kładzie się duży nacisk na rozdział etapu kwalifikacji wykonawców i oceny ofert³¹⁾.

Z punktu widzenia MSP jednym z utrudnień w ubieganiu się o zamówienie publiczne jest stosowanie niekiedy kryterium terminu płatności. W wyroku Sądu Okręgowego z 5 kwietnia 2007 r.³²⁾ podkreślono, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert. Wspomniany przepis w ust. 2 stanowi, że kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych technologii, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania. Z powyższego wynika, że kryterium obligatoryjnym jest cena. Natomiast pozostałe kryteria są wymienione przykładowo i nie jest to katalog zamknięty. Warunki płatności, do których odnosi się określone kryterium, mają duże znaczenie jako wyznacznik atrakcyjności oferty, szczególnie wtedy, gdy zamawiający mają problem z płynnością finansową.

Rozbieżne są w tej mierze oczekiwania zamawiających i wykonawców. Ze względu na silną ingerencję ustawodawcy w kwestie dotyczące terminów płatności oraz w celu zmniejszenia barier dla MSP wskazane jest wyeliminowanie tego kryterium z oceny ofert³³⁾. W ustawie o terminach zapłaty w transakcjach handlowych ustawodawca określił szczególne uprawnienia wierzyciela i obowiązki dłużnika w związku z terminami zapłaty w transakcjach handlowych.

1.7.8. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy

System zamówień publicznych przewiduje instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Przykładem takiej instytucji jest zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonaw-

³¹⁾ Patrz szerzej: A. Sołtysińska – Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz. Zakamycze 2006, s. 398.

³²⁾ Sygn. akt XIX Ga 120/07, LEX.

³³⁾ Ustawa z 12 września 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2003 r. Nr 139, poz. 1329 ze zmianami).

cę. Zgodnie z art. 147–150 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. Wysokość zabezpieczenia ustala się w przedziale od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

W myśl art. 148 ustawy Pzp zabezpieczenie może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub w kilku następujących formach: pieniądzu, poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych i poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. W trakcie realizacji umowy wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp natomiast za zgodą zamawiającego wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 2 ustawy Pzp, przy czym zmiana formy zabezpieczenia jest dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszenia jego wysokości.

Dla MSP wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy niekiedy w wysokości 10% wartości oferty w momencie, gdy realizacja kontraktu dopiero się rozpoczyna i konieczne jest poniesienie innych wydatków mających na celu wykonanie zamówienia (np. wynagrodzenie dla podwykonawców i pracowników, płatności za materiały, usługi, sprzęt i inne dobra niezbędne do wykonania zamówienia) może być obciążeniem trudnym do udźwignięcia.

Dlatego też w ramach obowiązujących przepisów wskazane jest skorzystanie przez zamawiającego z wielu uprawnień, które mogą w zasadniczy sposób zmniejszyć bariery udziału MSP w ubieganiu się o zamówienia publiczne:

- 1) stosowanie zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia tylko tam, gdzie jest konieczne dla zabezpieczenia interesów zamawiającego. W przypadku dostaw, usług lub robót budowlanych o niewielkim zakresie zamówienia i niskiej wartości zamówienia lub w przypadku zamówień o niewielkiej ilości nabywanych dóbr lub usług, realizowanych w krótkim czasie, wskazane jest odstąpienie od żądania zabezpieczenia, natomiast tam, gdzie udzielenie zamówienia wymaga zabezpieczenia interesów zamawiającego, można zmniejszyć bariery udziału w postępowaniu dla MSP poprzez:
- 2) żądanie zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia w przedziale 2–4% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy,
- 3) dopuszczenie tworzenia zabezpieczenia przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane, z tym że dotyczy to zamówień realizowanych przez okres dłuższy niż rok, w dniu zawarcia umowy wykonawca obowiązany jest wnieść co najmniej 30% zabezpieczenia i wniesienie pełnej kwoty zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa,
- 4) dopuszczenie możliwości wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy także w formie przewidzianej w art. 148 ust. 2 ustawy Pzp, to jest ewentualnie w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub SKOK ewentualnie przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów.

Wskazane wyżej możliwości z jednej strony wciąż zapewniają ochronę słusznym interesów zamawiającego, z drugiej strony ograniczają liczbę barier dla MSP, związanych z uczestnictwem w systemie zamówień publicznych.

1.8. Ogłoszenie o zamówieniu

Podstawowym źródłem wiedzy o wszczynanych postępowaniach jest ogłoszenie zamieszczone we wskazanym przez ustawodawcę miejscu lub publikatorze, umożliwiającym wykonawcy nieskrępowany i tani dostęp do informacji tam zawartych.

Ogłoszenie o zamówieniu w systemie zamówień publicznych pełni dwie zasadnicze funkcje.

- 1) jest narzędziem realizacji zasady jawności prowadzenia postępowań o zamówienie publiczne, umożliwiającym wykonawcom pozyskiwanie informacji o woli udzielenia przez zamawiającego zamówienia na określoną dostawę, usługę lub robotę budowlaną,
- 2) jest instytucją prawną stanowiącą podstawę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Wszczęcie postępowania poprzez zamieszczenie (publikację) ogłoszenia o zamówieniu w określonym trybie implikuje skutki prawne wynikające z ustawy Pzp oraz wyznaczone samą treścią ogłoszenia o zamówieniu.

Nie są to jedyne funkcje, jakie pełni ogłoszenie o zamówieniu, lecz te dwie mają znaczenie podstawowe.

Dla MSP możliwość pozyskiwania informacji o wszczynanych postępowaniach z bezpłatnych i powszechnie dostępnych w BZP oraz DUUE ogłoszeń o zamówieniu jest podstawowym instrumentem zapewniającym przejrzystość postępowań o zamówienie publiczne oraz możliwość realnego ubiegania się o zamówienia. Jak to słusznie zauważył skład orzekający KIO w wyroku z 10.01.2008 r.³⁴⁾, zachowaniu uczciwej konkurencji służy wiele rozwiązań mających na celu dotarcie z informacją o wszczynanym postępowaniu do kręgu wykonawców mogących je wykonać, takich jak publikacja ogłoszeń o zamówieniu w określonych publikatorach. Zaś Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 22 czerwca 1993 r. w sprawie C-243/89 (Storebaelt) stwierdził, że umożliwiając wszystkim zainteresowanym wykonawcom równy dostęp w tym samym czasie do tych samych informacji o zamówieniu publicznym, realizuje się zasadę równego traktowania oferentów; jedną z podstawowych gwarancji jawności i przejrzystości systemu zamówień publicznych, zapewniającą zainteresowanym firmom nieskrępowany dostęp do zamówień³⁵⁾.

Nakaz zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu jest związany z trybem postępowania lub procedurą szczególną (np. konkursem) oraz wartością zamówienia.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy Pzp ogłoszenia, o których mowa w ustawie zamieszcza się:

- w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych (przy zamówieniach, których wartość jest mniejsza niż określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp)

albo

- publikuje w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jeżeli są przekazywane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (przy zamówieniach, których wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp).

Zamawiający może opublikować ogłoszenie o zamówieniu również w inny sposób, w szczególności w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim. Zamawiający może, po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazaniu ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publi-

³⁴⁾ KIO/UZP 47/07.

³⁵⁾ D. Piasta (red.), Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Część I. UZP 2000, s. 141–143).

kacji Unii Europejskiej, bezpośrednio poinformować o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą dostawy, usługi lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia.

Zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz jego przekazanie Urzędowi jest obligatoryjne w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz w licytacji elektronicznej.

Ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób:

1) nie może zostać zamieszczone lub opublikowane odpowiednio przed dniem jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przed dniem jego przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;

2) nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, innych niż przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;

3) zawiera informację o dniu jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, o dniu jego przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

W art. 11 ust. 4 i art. 12 ust. 4 ustawy Pzp wprost przyznano zamawiającym prawo zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Z tym że zamawiający, zmieniając ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych powinien zamieścić w Biuletynie ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, zawierające w szczególności datę zamieszczenia zmienianego ogłoszenia i jego numer. W przypadku zmiany ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający przekazuje Urzędowi ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie.

Ze względu na to, że Biuletyn oraz Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej zapewnia tani, szybki i nieskrępowany dostęp do informacji o wszczynanych przez zamawiających postępowaniach ustawodawca dopuszcza możliwość zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia, którego zamieszczenie w tym publikatorze ze względu na wartość zamówienia albo konkursu nie jest obowiązkowe (art. 11 ust. 5 ustawy Pzp).

Również w odniesieniu do ogłoszeń przekazywanych przez zamawiających Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej możliwa jest publikacja ogłoszenia, które ze względu na wartość zamówienia lub konkursu nie jest obowiązkowe (art. 12 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że zamawiający, chcąc zapewnić szerszy dostęp do zamówienia podmiotom z innych niż Polska krajów, może przekazać Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej do publikacji ogłoszenia, które ze względu na wartość podprogową nie wymagają publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wskazana zasada działa także w drugą stronę, umożliwiając zamawiającym zamieszczanie w Biuletynie ogłoszeń o zamówieniu, które zostały wcześniej przekazane Urzędowi. Wykonawcy, analizując treść ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zawsze powinni zwracać uwagę na to, czy zamieszczenie tego ogłoszenia w tym publikatorze było obowiązkowe. W ten sposób wykonawca może ustalić zakres przyznanych mu przez ustawodawcę praw i obowiązków w danym postępowaniu.

Możliwie pełne wcielenie zasady równego traktowania wykonawców, zasady niedyskryminacji żadnego z nich oraz zasady przejrzystości jest możliwe tylko w przypadku uprząstąpienia wykonawcom odpowiedniego zasobu informacji odnoszących się do prowadzonej procedury, jak i przedmiotu zamówienia. W tym też

celu ustawodawca określił minimalny zakres informacji, jakie powinny zawierać ogłoszenia o zamówieniu oraz inne przewidziane prawem ogłoszenia. W odniesieniu do zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, określono minimalny zakres informacji, jakie muszą zostać zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu przekazywanym Urzędowi. Zgodnie z art. 36 Dyrektywy 2004/18 ogłoszenia powinny zawierać informacje wymienione w załączniku VII A oraz, o ile ma to zastosowanie, wszelkie inne informacje, które instytucja zamawiająca uzna za przydatne, według formatu standardowych formularzy przyjętych przez Komisję, zgodnie z procedurą, o której mowa w art. 77 ust. 2 Dyrektywy 2004/18. W załączniku Nr VII do Dyrektywy 2004/18 określono minimalny zakres informacji, jakie powinno zawierać ogłoszenie o zamówieniu publicznym.

W art. 11 ust. 6 ustawy Pzp przyznano Prezesowi Rady Ministrów kompetencję do określenia, w drodze rozporządzenia, wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, mając na względzie rodzaje ogłoszeń oraz wartość zamówienia albo konkursu. Wykonując to uprawnienie i obowiązek, Prezes Rady Ministrów rozporządzeniem z 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych³⁶⁾ określił wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Przy czym wyraźnie zastrzeżono, że wzory, o których mowa w ww. rozporządzeniu dotyczą zamówień publicznych oraz konkursów o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Jak już wielokrotnie podkreślano, możliwie pełne wcielenie zasady równego traktowania wykonawców, zasady niedyskryminacji oraz zasady przejrzystości postępowań jest możliwe tylko w przypadku uprzystępnienia wykonawcom odpowiedniego zasobu informacji odnoszących się do prowadzonej procedury, jak i przedmiotu zamówienia.

Uchybienia w tym zakresie były bardzo często nie tylko podstawą formułowania zarzutów naruszenia ww. zasad, ale także podstawowych zasad traktatowych, jak w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług. W sprawie C-359/93 orzeczenie z 24 stycznia 1995 r. Komisja Wspólnot Europejskich V. Holandia, Reports of Cases 199537 Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że zostało naruszone prawo wspólnotowe poprzez zaniechanie umieszczenia pewnych informacji w ogłoszeniu o przetargu. W sprawie będącej przedmiotem zainteresowania TSUE instytucja zamawiająca nie podała w ogłoszeniu o zamówieniu danych dotyczących osoby upoważnionej do obecności podczas otwarcia ofert. Przekazanie takich informacji w wypadku przeprowadzenia przetargu otwartego jest jednym z koniecznych i bezwarunkowych wymogów przewidzianych przez dyrektywę dla zapewnienia potencjalnym dostawcom możliwości zapoznania się z propozycjami konkurentów oraz sprawdzenia, czy ich oferty spełniają wymienione w dokumentach przetargowych wymagania. W przypadku, gdy otwarcie ofert miałoby nastąpić publicznie brak informacji na ten temat sprawiał, że nie istniała żadna realna szansa uczestnictwa w tej czynności, skoro nie została podana ani data, ani miejsce otwarcia ofert.

Najdonioślejszym **uchybnieniem** w zakresie zapewnienia realizacji zasad traktatowych oraz praktycznie wszystkich zasad chronionych przepisami dyrektyw, jak również uniemożliwiających dostęp do zamówienia wszystkim wykonawcom **jest brak publikacji** ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Niewykonanie obowiązku publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców poprzez eliminację potencjalnych oferentów wynikającą z braku informacji o zamówieniu, a ponadto narusza zasady równego traktowania wykonawców poprzez nieprzeprowadzenie postępowania w jednym z trybów podstawowych.

³⁶⁾ Dz. U. z 28 stycznia 2010 r. Nr 12, poz. 69.

³⁷⁾ A. Sotysińska – Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz. Zakamycze 2006, s. 295.

W systemie zamówień publicznych funkcjonuje szereg ogłoszeń. Podstawowe znaczenie mają ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o konkursie, jak również wszelkie inne ogłoszenia, które wszczynają postępowanie lub inicjują ich początek. To z nich wykonawcy, w tym MSP, szybko i tanio mogą uzyskać wiedzę o przedmiocie zainteresowania wykonawcy.

1.9. Ogłoszenie o wstępnie planowanych zamówieniach publicznych

Należy zwrócić także uwagę na ogłoszenia dotyczące wstępnie planowanych zamówień publicznych. Ogłoszenie to nie uruchamia postępowania, lecz stanowi oznajmienie wykonawcom zamiaru wszczęcia w przyszłości określonego postępowania lub określonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jego publikacja nie może stanowić dla wykonawcy podstawy żądania wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 13 ustawy Pzp zamawiający po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego zgodnie z obowiązującymi zamawiającego przepisami, statutem lub umową, a w przypadku zamawiających, którzy nie sporządzają planu finansowego – raz w roku, może przekazać Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieścić na własnej stronie internetowej w miejscu wyodrębnionym dla zamówień, zwanym dalej „profilem nabywcy”, wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnych 12 miesięcy zamówieniach lub umowach ramowych o określonej wartości.

Przepisu art. 13 ust. 1 ustawy Pzp nie stosuje się do planowanych zamówień na usługi, o których mowa w art. 5 ust. 1 oraz planowanych zamówień udzielanych w trybie innym niż przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem lub dialog konkurencyjny. Ten brak obowiązku zamieszczenia ogłoszenia o wstępnie planowanych zamówieniach wyraźnie wynika także z treści art. 35 ust. 1 i art. 38 ust. 4 Dyrektywy 2004/18, jak również z orzecznictwa ETS.

W sprawie Komisja Wspólnot Europejskich v. Francja orzeczenie ETS z 26 września 2000 r. Trybunał wskazał jeszcze na gruncie poprzedniej Dyrektywy 93/37, że publikacja wstępnych ogłoszeń jest obowiązkowa tylko wówczas, gdy zamawiający zamierza skorzystać z możliwości skrócenia terminu składania ofert. Gdyby publikacja wstępnego ogłoszenia o planowanych zamówieniach była obowiązkowa w każdym postępowaniu, niezależnie od terminu składania ofert, wówczas przywołanie w art. 12 ust. 2 i art. 13 ust. 4 Dyrektywy 93/37/EWG tego ogłoszenia byłoby zbędne³⁸⁾.

Choć przekazywanie ogłoszeń o wstępnie planowanych zamówieniach publicznych nie jest obowiązkowe zarówno dla zamówień o wartościach równych lub przekraczających kwoty, o których mowa w art. 13 ustawy Pzp, to zakomunikowanie woli uruchomienia postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcom, w tym MSP, odpowiednio wcześniej umożliwiłoby im przygotowanie się do postępowania.

W ramach dobrej praktyki zalecane jest publikowanie ogłoszeń o wstępnie planowanych zamówieniach publicznych, bowiem umożliwia to MSP wcześniejsze powzięcie wiedzy na ich temat i przygotowanie się do postępowań obejmujących dostawę, usługi lub roboty budowlane znajdujące się w kręgu zainteresowania wykonawcy.

W takiej sytuacji znacząco zwiększa się szansa uzyskania odpowiedniej liczby ofert, a przy tym ofert starannie przygotowanych, szczególnie w przypadku MSP.

³⁸⁾ M. Lemke (red.), w: Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy lub roboty budowlane. Wydanie II. UZP. Warszawa 2001, s. 123.

W zakresie ułatwienia dostępu do zamówień publicznych MSP podstawowe znaczenie ma zawieranie jednoznacznych i precyzyjnych zapisów w treści ogłoszenia o zamówieniu. Dotyczy to nie tylko możliwe dokładnego określenia przedmiotu zamówienia, co jest wymagane wprost przez obowiązujące przepisy, ale również precyzyjnego opisywania przedmiotu zamówienia za pomocą nazw i kodów określonych w CPV.

Zasoby kadrowe MSP są znacząco mniejsze aniżeli wykonawców dużych, dlatego też tak ważne jest, aby mogli uzyskać możliwie wszechstronną i pełną informację o prowadzonej procedurze oraz o sposobie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i o przedmiocie zamówienia z treści darmowego ogłoszenia o zamówieniu zamieszczanego na stronie internetowej, w Biuletynie Zamówień Publicznych czy w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W praktyce trudno sobie wyobrazić MSP, który składa ofertę, opierając się tylko na treści ogłoszenia o zamówieniu, bez uzyskania dodatkowych i kompletnych informacji zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca nie powinien jednak o wszystkich istotnych elementach składających się na przedmiot zamówienia i związany z nim opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dowiadywać się z lektury szczegółowych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem MSP mają zbyt skromny potencjał osobowy, aby móc poświęcać czas na lekturę dokumentacji przetargowych w postępowaniach, które jak się później okazuje nie obejmują obszaru ich zainteresowania. Niezwykle ważne w tym zakresie znaczenie może mieć upowszechnienie wśród zamawiających praktyki publikacji wstępnych ogłoszeń informacyjnych o planowanych zamówieniach. Zamieszczanie takich ogłoszeń umożliwiłoby MSP zainteresowanym udziałem w postępowaniach o zamówienie publiczne:

- 1) podjęcie odpowiednich działań, mających na celu skompletowanie dokumentów składanych wraz z ofertą – dla MSP taka wiedza może być o tyle niezbędna, że czas na przygotowanie oferty w przypadku małych przedsiębiorców, którzy mają skromne zasoby ludzkie, aby przygotować ofertę może być niekiedy niewystarczający;
- 2) podjęcie odpowiednich działań, mających na celu zawiązanie współpracy z innymi wykonawcami, w celu wspólnego ubiegania się o uzyskanie zamówienia lub uzgodnienia ewentualnych warunków współpracy z innymi podmiotami, na zasobach których MSP będą mogły polegać, aby spełnić warunki udziału w postępowaniu i wykonać zamówienie.

Upowszechnienie wśród wykonawców informacji o wstępnie planowanych zamówieniach publicznych nie musi się ograniczać tylko do zamówień, których wartość przekracza próg unijny, bowiem same przepisy dyrektywy dopuszczają możliwość przekazywania ogłoszeń, których publikacja nie jest obowiązkowa, a ponadto zamawiający może zamieścić na własnej stronie internetowej w miejscu wyodrębnionym dla zamówień (tzw. profil nabywcy) wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnym 12 miesięcy zamówieniach lub umowach ramowych, których wartość będzie równa lub będzie przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Dla MSP wiedza o planowanych w następnym 12 miesiącach zamówieniach podprogowych niewątpliwie ułatwiłaby dostęp do zamówień publicznych. Szczególnie że minimalne terminy składania ofert w postępowaniach na zamówienia o wartości podprogowej są bardzo krótkie i np. w przetargu nieograniczonym wynoszą dla dostaw i usług 7 dni, zaś dla robót budowlanych 14 dni. Podejmując zabiegi mające na celu upowszechnienie praktyki publikacji ogłoszeń o wstępnie planowanych zamówieniach, należy pamiętać, że wykonawca po pierwsze nie ma prawa swoimi działaniami zobowiązać zamawiającego do publikacji tego rodzaju ogłoszeń, po drugie publikacja takiego ogłoszenia nie może stanowić dla wykonawcy podstawy prawnej do żądania od zamawiającego wszczęcia planowanego zamówienia.

1.10. Wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie

Ustawodawca nie wprowadza żadnych szczególnych unormowań dla MSP przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność ta jest zdeterminowana: warunkami udziału w postępowaniu, opisem spo-

sobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, określeniem przedmiotu zamówienia, wymagań dodatkowych dotyczących zamówienia oraz kryteriów oceny ofert.

Tak jak dla wszystkich wykonawców, tak i dla MSP ważne są unormowania dotyczące weryfikacji poprawności złożenia oferty. Dotyczy to zarówno składania wyjaśnień odnoszących się do oferty złożonej przez wykonawcę, jak i poprawiania omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy oraz składania wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 tego artykułu, dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści. Zakaz ten obejmuje również treść umowy zawieranej między zamawiającym i wykonawcą, jednakże tylko i wyłącznie w zakresie tych postanowień umownych, które były przedmiotem specyfikacji i oferty.

W wyroku KIO z 5 maja 2011 r.³⁹⁾ skład orzekający stwierdził, że procedura wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp powinna mieć zastosowanie w przypadku wątpliwości uzasadnionych, tj. wynikających z obiektywnych okoliczności. Za wystarczające uzasadnienie do wezwania należy uznać wątpliwości powstałe w wyniku porównania ceny danej oferty do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub średnich cen rynkowych dla danego przedmiotu zamówienia lub też do wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego. Szczególnie ważnym momentem dla wykonawcy, w tym MSP, na tym etapie postępowania jest:

- 1) wyrażenie zgody przez wykonawcę na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia);
- 2) złożenie wyjaśnień odnośnie do rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) uzupełnienie na wezwanie zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz pełnomocnictw.

Niepodjęcie działań przez wykonawcę w wyżej wymienionym zakresie może spowodować odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4,5 lub 6 ustawy Pzp, wykluczenie z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a nawet utratę wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Sposób działania zamawiającego jest zdeterminowany obowiązującymi przepisami, stąd też wykonawca musi ten fakt uwzględnić i odpowiednio reagować na wezwania lub zapytania zamawiającego.

Mechanizmem ułatwiającym wykonawcom wywiązywanie się z obowiązków wynikających z przepisów prawa lub działań zamawiającego jest racjonalne i realne wyznaczanie terminów na składanie wyjaśnień dotyczących ofert zawierających niskie ceny czy też wyznaczenie terminu na uzupełnienie pełnomocnictw, oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

1.11. Podwykonawstwo

MSP uczestniczą przy realizacji zamówień publicznych nie tylko jako ich wykonawcy, ale także jako podwykonawcy części, a niekiedy całości zamówienia. Status podwykonawcy sprawia, że MSP nie jest związany umową z zamawiającym, lecz z wykonawcą zamówienia wyłonionym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mimo pośredniego związania zamawiającego i MSP wykonującego zamówienia jako podwykonawca, instytucje zamawiające mogą wspierać uczestnictwo w systemie zamówień publicznych MSP poprzez instrumenty przewidziane przez system prawny. Podstawowe znaczenie w tym zakresie ma art. 36 ust. 4 i 5 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, przepisy ustawy z 28 czerwca 2012 r. w sprawie spłaty niezaspo-

³⁹⁾ KIO 860/11; KIO 865/11.

kojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. z 2012 r. poz. 891), jak również przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zmianami). Zgodnie z art. 36 ust. 4 i 5 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Jednocześnie w ust. 5 ustawodawca stanowi, że wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Z tego wynika, że zasadą jest dopuszczalność wykonania zamówienia publicznego przez podwykonawców, a wyjątkiem ograniczenie tego prawa w przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Jest to uregulowanie kierunkowo zgodne z generalną zasadą prawa cywilnego, że wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia⁴⁰. Uregulowania zawarte w ustawie Pzp są częściowym wdrożeniem przepisów Dyrektywy 2004/18. Otóż zgodnie z motywem 32 ustawodawca europejski w celu zachęcenia małych i średnich przedsiębiorstw do udziału w rynku zamówień publicznych zaleca uwzględnienie przepisów na temat podwykonawstwa. Znalazło to wyraz w art. 25 Dyrektywy 2004/18, w myśl którego w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców. Przy czym wskazanie takie pozostaje bez uszczerbku dla kwestii odpowiedzialności głównego wykonawcy. Z porównania obu regulacji wynika, że ustawodawca do 2012 r. wprost nie przewidywał uprawnienia dla zamawiającego do żądania informacji o proponowanych podwykonawcach, ograniczając prawo zamawiającego tylko do żądania wskazania części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Udział podwykonawców w wykonywaniu zamówień publicznych jest zjawiskiem rozpowszechnionym, dlatego zamawiający musi uwzględnić to, redagując postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i przede wszystkim postanowienia przyszłej umowy (art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.).

Zmniejszenie barier dla MSP przy realizacji zamówień publicznych powinno polegać przede wszystkim na tym, aby zamawiający ograniczyli do minimum zakaz zlecania prac podwykonawcom. Ograniczenie udziału podwykonawców powinno dotyczyć tylko przypadków, **gdymynika to z obowiązujących przepisów lub spełnienie świadczenia jest związane z przedmiotem zamówienia lub wynika z właściwości wykonawcy.**

Ograniczenie udziału podwykonawców przy wykonywaniu zamówienia rzutuje także na możliwość polegania wykonawców na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. **Z reguły MSP chcąc skutecznie ubiegać się o zamówienie publiczne polegają na zasobach innych podmiotów, dlatego też ograniczenie udziału podwykonawców przy realizacji zamówienia może zamykać MSP udział w postępowaniu.** W sposób specyficzny uregulowana jest kwestia odpowiedzialności zamawiającego przy wykonywaniu umów o roboty budowlane z tytułu niewywiązania się generalnego wykonawcy z zobowiązań wobec podwykonawców. Stosownie do treści art. 647¹ k.c. w umowie o roboty budowlane, zawartej między inwestorem (zamawiającym) a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na

⁴⁰ Art. 356 § 1 k.c.

piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Także do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. Wskazane wyżej umowy z podwykonawcami lub dalszymi podwykonawcami powinny być zawarte w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Ten stosunkowo duży formalizm wynika z tego, że zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

Przepisy k.c. zapewniają znaczną ochronę podwykonawcom przed **nieuczciwymi generalnymi wykonawcami**. Jest to istotny sygnał dla zamawiającego, aby w trakcie wykonywania umowy zabezpieczył prawa nie tylko swoje, ale także podwykonawców, wobec których za nienależyte działania generalnego wykonawcy będzie odpowiadał. Wskazane wyżej regulacje mają charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*) zarówno w stosunku do umów zawieranych w obrocie prywatnym, jak i w przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego. Dodatkową ochronę niektórym podwykonawcom zapewniają przepisy ustawy z 28 czerwca 2012 r. w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z udzielonych zamówień publicznych. Powyższa ustawa określa zasady spłaty przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad niezaspokojonych przez wykonawcę należności głównych przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, wyłącznie za zrealizowane i odebrane prace, **zwane w ustawie „należnościami”**. Przepisy ustawy nie mają zastosowania do należności, które mogą być zaspokojone na podstawie art. 647¹ ustawy k.c.

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad spłaca należności do wysokości równej kwocie zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 ustawy Pzp ze środków pochodzących z Krajowego Funduszu Drogowego. Przepisy ustawy stosuje się do zamówień publicznych w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, których przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. nr 243, poz. 1623, ze zmianami), co do których Generalny Dyrektor wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia lub udzielił zamówienia przed dniem wejścia w życie ustawy, o ile zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147 ustawy Pzp nie zostało zwrócone wykonawcy zgodnie z art. 151 tej ustawy. Przedsiębiorcy, w tym MSP, mogą zgłosić Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad należność, która przysługuje mu od wykonawcy. Ze względu na incydentalny charakter tej ustawy nie będzie ona bliżej omawiana.

Znacznie istotniejsze znaczenie dla systemu zamówień publicznych w kontekście ograniczenia barier MSP w uczestniczeniu przy realizacji zamówienia jako podwykonawca mogą mieć regulacje zawarte w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, która w daleko szerszym zakresie zmierza do uregulowania kwestii podwykonawstwa.

Wstępne propozycje zawarte w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych odnoszące się do podwykonawstwa

Projekt zmiany ustawy Pzp przewiduje:

- 1) wprowadzenie definicji umowy o podwykonawstwo, przez którą należy rozumieć pisemną umowę o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia, zawieraną pomiędzy wybranym przez zamawiającego wykonawcą a co najmniej jednym innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami;*
- 2) wprowadzenie dodatkowych informacji, zawieranych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących informacji o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowej części zamówienia, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 36a ust. 2;*

3) wprowadzenie w art. 36 ust. 2 pkt 10–13 odnośnie do wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, warunków dotyczących podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, której przedmiotem są roboty budowlane;

4) wprowadzenie uprawnienia dla wykonawcy do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy;

5) wprowadzenie uprawnienia dla zamawiającego do żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy lub podania przez wykonawcę nazw (firm) proponowanych podwykonawców;

6) wprowadzenie dodatkowych regulacji w Rozdziale IV Umowy w sprawach zamówień publicznych dotyczących umów o podwykonawstwo.

Zarówno istniejące unormowania w systemie zamówień publicznych, jak i w k.c. umożliwiają zamawiającemu wykorzystanie instytucji podwykonawstwa do aktywizowania MSP przy realizacji umów w sprawach zamówień publicznych.

1.12. Zaliczki w systemie zamówień publicznych

Jednym z najmniej wykorzystywanych instrumentów ograniczania barier udziału MSP w ubieganiu się o zamówienie publiczne jest zaliczka. Zgodnie z art. 151a ustawy Pzp zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z pewnymi zastrzeżeniami. Zaliczki mogą być udzielane, jeżeli:

- 1) zamówienie jest finansowane z udziałem: środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej, niepodlegających zwrotowi środków z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), niepodlegających zwrotowi środków innych niż wymienione w lit. a) i b), pochodzących ze źródeł zagranicznych lub
- 2) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

Ograniczenie powyższe nie dotyczy jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków oraz innych jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego. Zaliczek nie można udzielić przy udzielaniu zamówień poprzedzonych w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub z wolnej ręki. Zamawiającemu dozwolono udzielania kolejnych zaliczek pod warunkiem, że wykonawca wykaże, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielanych zaliczek.

Znaczenie zaliczek dla wykonawców, w tym dla MSP, wynika stąd, że wykonawcy mogą ograniczyć koszty finansowania wykonania zamówienia. W praktyce wykonawca, nim otrzyma wynagrodzenie od zamawiającego za wykonanie zamówienia lub za wykonanie części zamówienia, musi skorzystać z własnych środków finansowych lub pozyskanych od zewnętrznego podmiotu. Dla MSP w wielu zamówieniach może to być obciążenie ograniczające ich udział w postępowaniach o zamówienie publiczne. Możliwość skorzystania ze środków finansowych udostępnionych przez zamawiającego przed wykonaniem zamówienia w sposób znaczący może zachęcić MSP do udziału w postępowaniach o zamówienie publiczne.

1.13. Zalety działań zwiększających udział MSP w zamówieniach publicznych

Większość podmiotów funkcjonujących na rynku to MSP. Ograniczenie barier w systemie zamówień publicznych dla tej grupy podmiotów pozwoli na:

- 1) **zwiększenie konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie publiczne, co w konsekwencji może umożliwić zamawiającym oszczędne wydatkowanie środków finansowych;**

- 2) **zwiększenie liczby MSP wśród zwycięzców postępowań, a w konsekwencji umożliwi trwały rozwój tego segmentu rynku;**
- 3) **zwiększenie różnorodności świadczeń oferowanych zamawiającym, co w konsekwencji pozwoli zamawiającym zwiększyć różnorodność i innowacyjność dostępnych mu dóbr.**

1.14. Podsumowanie

Ze względu na znaczną liczbę przedsiębiorców zaliczonych do MSP ograniczenie barier utrudniających lub uniemożliwiających ich udział w postępowaniach o zamówienie publiczne jest działaniem niezbędnym dla zapewnienia trwałego i zrównoważonego rozwoju. Obecnie obowiązujące regulacje w tym zakresie zawarte w ustawie Pzp oraz aktach prawnych, do których odsyła ustawa Pzp, pozwalają znacząco zniwelować bariery utrudniające dostęp do zamówień publicznych MSP. W wielu przypadkach ograniczenia tkwią w utartej praktyce udzielania zamówień publicznych (np. sumowania różnorodnych zamówień i prowadzeniu jednego postępowania bez dopuszczenia składania ofert częściowych) lub w strachu przed podejmowaniem określonych działań (np. udzielanie zaliczek).

Rozdział 2. Innowacyjne zamówienia publiczne

2.1. Innowacje – definicje

W zakresie stymulowania popytu na rozwiązania innowacyjne można wykorzystać wiele instytucji uregulowanych w ustawie Pzp. Joseph Schumpeter w definicji innowacji⁴¹⁾ wskazuje, że jest to:

- 1) wprowadzenie do produkcji nowych wyrobów lub doskonalenie już istniejących,
- 2) udoskonalenie lub wdrożenie nowego procesu produkcji;
- 3) opracowanie nowego sposobu dystrybucji produktów;
- 4) otwarcie nowego procesu;
- 5) zastosowanie nowych materiałów, surowców do produkcji;
- 6) wprowadzenie nowej organizacji produkcji.

Wyróżnikiem dostawy, usługi lub roboty budowlanej mającej charakter innowacyjny jest jej nowatorski charakter, w uproszczeniu rozumiany jako wcześniej niewystępujący lub niestosowany. Ta cecha innowacji sprawia, że tryby zamówień publicznych oparte są na schemacie prowadzenia postępowania w ten sposób, że zamawiający jednoznacznie i wyczerpująco opisuje przedmiot zamówienia, odzwierciedlając w opisie przedmiotu zamówienia w mniejszym lub większym stopniu istniejące dobra, a wykonawca w odpowiedzi na wymagania zamawiającego składa ofertę definiującą tylko cenę za wykonanie zamówienia ewentualnie wybrane elementy świadczenia sprawia, że w tym modelu praktycznie nie ma miejsca na zaproponowanie rozwiązania innowacyjnego, nietypowego lub odmiennie zaspokajającego potrzeby zamawiającego.

2.2. Cele promowania zamówień innowacyjnych

Wspieranie innowacyjnych zamówień publicznych, jako jeden z elementów nowego podejścia, ma na celu stymulowanie zapotrzebowania na produkty, usługi i technologie nowatorskie, które pozwolą na zwiększenie konkurencyjności całej UE. Zamawiający powinni w szerszym zakresie uczestniczyć w kreowaniu rynku zaawansowanych dóbr, przyczyniając się do wzrostu gospodarczego i zwiększenia zatrudnienia. Przy czym wdrożenie innowacyjnych zamówień publicznych nie jest celem samy w sobie, lecz instrumentem prowadzącym do uzyskania określonych korzyści. Podstawowymi są:

- 1) optymalne wykorzystanie czynników produkcji, w szczególności nieodnawialnych dóbr naturalnych,
- 2) modernizacja procesów produkcji, czyniąc je bardziej efektywnymi,
- 3) redukcja kosztów eksploatacji w całym cyklu życia nabywanego produktu,
- 4) wzrost jakości nabywanych dostaw, usług czy robót budowlanych,
- 5) stymulowanie współpracy gospodarki z nauką,
- 6) obniżanie ryzyka prowadzenia nowych dóbr i usług na rynek,
- 7) tworzenie nowych miejsc pracy,
- 8) ochrona środowiska,
- 9) zwiększenie konkurencyjności gospodarki UE w stosunku do gospodarek pozaeuropejskich.

Osiągnięcie tych celów będzie możliwe, gdy zamawiający będzie „inteligentnym klientem” kreującym zapotrzebowanie na produkty i usługi innowacyjne, które później będą mogły być upowszechnione na rynku komercyjnym.

⁴¹⁾ A. Panasiuk, Z. Kłoda – Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom. PARP. Wyd. I, 2010, s. 7.

2.3. Bariery wdrażania zamówień innowacyjnych

Bariery w promowaniu innowacyjnych zamówień publicznych to między innymi⁴²⁾:

- 1) brak doświadczenia w zakresie stosowania innowacyjnych zamówień publicznych, w tym niska skłonność do ponoszenia ryzyka związanego z wykorzystaniem rozwiązań innowacyjnych w zamówieniach publicznych,
- 2) prowadzenie krótkookresowej polityki zamówień publicznych,
- 3) utrudniony dostęp MSP do zamówień innowacyjnych,
- 4) trudności w zdefiniowaniu obiektywnych kryteriów oceny przedmiotu zamówienia, którym jest innowacyjne rozwiązanie,
- 5) trudność w zdefiniowaniu cech lub funkcji, które powinien spełniać oferowany przedmiot innowacyjnego rozwiązania.

2.4. Instrumenty wdrażania rozwiązań innowacyjnych w systemie zamówień publicznych

Mimo istniejących barier utrudniających zamawianie rozwiązań innowacyjnych system zamówień publicznych dysponuje szeregiem instrumentów pozwalających zdynamizować proces popularyzacji innowacji. Komisja Europejska w Komunikacie z 12 października 2005 r. zatytułowanym: „Więcej badań i innowacji – inwestycje na rzecz wzrostu i zatrudnienia: Wspólne podejście”⁴³⁾ wskazała zamówienia publiczne jako instrument wspierający szeroko rozumiane innowacje.

Spośród wielu rozwiązań, składających się na system zamówień publicznych, wdrożeniu rozwiązań innowacyjnych służą z reguły te regulacje, które w postępowaniach o zamówienie publiczne na typowe dostawy, usługi lub roboty budowlane są rzadko wykorzystywane. Do podstawowych unormowań umożliwiających pozyskiwanie rozwiązań innowacyjnych zaliczamy:

- 1) przygotowywanie zamówienia z uwzględnieniem propozycji pochodzących od uczestników rynku poprzez doradztwo czy konsultacje (dialog techniczny),
- 2) opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych,
- 3) tryb negocjacji z ogłoszeniem,
- 4) tryb dialogu konkurencyjnego,
- 5) oferta wariantowa i oferta równoważna,
- 6) oferta najkorzystniejsza ekonomicznie,
- 7) kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 8) konkurs,
- 9) zaliczki.

W literaturze wskazuje się także na inne elementy wdrożenia innowacyjnych zamówień⁴⁴⁾, w tym: powołanie profesjonalnej komisji przetargowej, wstępne ogłoszenia informacyjne, SIWZ i opis przedmiotu zamówienia czy umowa w sprawie zamówienia publicznego.

W praktyce przeprowadzenie zgodnego z prawem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umożliwiającego także uzyskanie zamówienia innowacyjnego wymaga zaangażowania zamawiającego na etapie planowania zamówienia, przygotowania postępowania, prowadzenia postępowania do wyboru oferty najkorzystniejszej, a także na etapie wykonania umowy. Przy czym to zaangażowanie zamawiającego polega nie tylko na formalnej odpowiedzialności za jego przeprowadzenie, ale także na odpowiednim doborze pra-

⁴²⁾ Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój, dokument opracowany przez Ministerstwo Gospodarki i UZP, Warszawa 2008, s. 52–76.

⁴³⁾ COM (2005) 488.

⁴⁴⁾ A. Panasiuk, Z. Kłoda – Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom. PARP. Wyd. I, 2010, s. 16.

owników posiadających odpowiednią wiedzę i doświadczenie oraz umiejętnym korzystaniu z wiedzy pozyskiwanej przez zamawiającego od konsultantów, doradców czy biegłych działających na rzecz zamawiającego, jak i samych wykonawców.

Działania zamawiającego ukierunkowane na zwiększenie innowacji w udzielanych przez niego zamówieniach muszą uwzględniać przywoływane już wyżej zasady funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Zwrócić także należy uwagę na to, że zamawiający jest jedną ze stron procesu innowacyjnego, który swoimi wymaganiami może kreować zapotrzebowanie na usługi, rzeczy lub inne dobra innowacyjne, ale wykonawcą i zarazem wytwórcą innowacyjnej usługi, rzeczy lub innego dobra jest druga strona umowy. Stąd podstawą sukcesu przy pozyskiwaniu rozwiązań innowacyjnych adekwatnych do oczekiwań i potrzeb zamawiającego jest właściwa komunikacja pomiędzy zamawiającym i rynkiem.

2.5. Przygotowywanie zamówienia z uwzględnieniem propozycji pochodzących od uczestników rynku poprzez doradztwo czy konsultacje (dialog techniczny)

2.5.1. Zagadnienia wstępne

Przepisy ustawy Pzp w obecnym stanie prawnym nie regulują trybu działań, jakie podejmowane są przez zamawiających na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tej fazy działań podejmowanych przez zamawiającego ustawodawca uregulował kwestię przekazywania do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia informacyjnego o wstępnie planowanych zamówieniach lub umowach ramowych. Nie oznacza to jednak, że zamawiający nie może podejmować czynności faktycznych umożliwiających mu wywiązanie się z obowiązków nałożonych na niego przez ustawodawcę. Do newralgicznych czynności na etapie przygotowania postępowania należą między innymi:

- 1) określenie przedmiotu (wielkości, zakresu) zamówienia,
- 2) ustalenie wartości zamówienia,
- 3) opis przedmiotu zamówienia,
- 4) przygotowanie postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 5) podział ryzyk pomiędzy stronami umowy,
- 6) sformułowanie postanowień przyszłej umowy.

Czynności te powinny być wykonane nie tylko zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami, np. w przypadku czynności opisanego przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem art. 29–31 ustawy Pzp i innych aktów prawnych odnoszących się do poszczególnych dostaw, usług lub robót budowlanych, ale powinny być niesprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i zasadą przejrzystości. Żeby móc wywiązać się z tych obowiązków, zamawiający na etapie przygotowania postępowania często musi korzystać z wiedzy i doświadczenia osób trzecich.

Najczęściej zamawiający pozyskują wiedzę od osób trzecich, dotyczącą konkretnego przedmiotu zamówienia, poprzez powierzenie przygotowania postępowania. Podstawą takiego działania są przepisy ustawy Pzp. Zgodnie z art. 15 ust. 2 zamawiający może powierzyć przygotowanie (...) postępowania o udzielenie zamówienia (...) osobie trzeciej. Ten sposób uzyskiwania informacji i pomysłów dotyczących opisanego przedmiotu zamówienia jest wykorzystywany na dużą skalę w postępowaniach na roboty budowlane.

Praktycznie zawsze powierzenie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane (dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych albo programu funkcjonalno-użytkowego) odbywa się odpłatnie i stanowi osobny przedmiot zamówienia. Jest to na tyle istotny element systemu zamówień publicznych, że w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów

publicznych⁴⁵⁾ osoba niebędąca pracownikiem jednostki sektora finansów publicznych, której na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych zamawiający powierzył przygotowanie (...) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, działająca jako pełnomocnik zamawiającego, podlega odpowiedzialności za to naruszenie, jeżeli zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych lub udzielane zamówienie publiczne jest finansowane ze środków publicznych.

Pewną barierą dla szerszego korzystania z wykonawców jako podmiotów przygotowujących postępowanie jest uregulowanie zawarte w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Artykułu 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2.

W odniesieniu do działań zamawiających nie ma żadnych podstaw prawnych, aby formułować zakaz jakichkolwiek kontaktów zamawiającego z innymi podmiotami w zakresie uzyskania wiedzy o funkcjonujących na rynku dobrach, których uzyskanie na rzecz zamawiającego byłoby celowe, oszczędne lub zapewniało efektywne zaspokojenie potrzeb zamawiającego.

2.5.2. Przygotowywanie zamówienia z uwzględnieniem propozycji pochodzących od uczestników rynku poprzez doradztwo czy konsultacje. Ogólne informacje dotyczące dialogu technicznego

Przybliżony wyżej mechanizm pozyskiwania przez zamawiającego informacji i rozwiązań nie jest wystarczający do tego, aby skutecznie i w sposób najefektywniejszy wdrożyć innowacyjne zamówienia. Optymalnym trybem konsultacji z uczestnikami rynku kwestii związanych z przedmiotem zamówienia na etapie jego określania i opisu jest dialog techniczny.

W Dyrektywie 2004/18 zasygnalizowano mechanizm zwany dialogiem technicznym. Zgodnie z motywem 8 dyrektywy 2004/18 przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia instytucje zamawiające mogą, z wykorzystaniem dialogu technicznego, poszukiwać lub korzystać z doradztwa, które może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowywania specyfikacji, pod warunkiem jednak, że takie doradztwo nie spowoduje ograniczenia konkurencji. Zaletą stosowania dialogu technicznego jest uzyskanie przez zamawiającego wiedzy o dostępnych na rynku rozwiązaniach w zakresie m.in.: 1) przedmiotu zamówienia czy 2) finansowych aspektów zamówienia. Wskazany mechanizm może niekiedy powodować zachwianie zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji.

W celu implementacji do polskiego porządku prawnego instytucji dialogu technicznego w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych i ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁴⁶⁾ przewiduje się dodanie art. 31a – 31c w ustawie Pzp.

Według tej propozycji zamawiający przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie mógł 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.

⁴⁵⁾ Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zmianami.

⁴⁶⁾ Druk Sejmowy 455.

Ze względu na brak formalizmu na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może w różny sposób pozyskiwać informacje o rozwiązaniach dostępnych na rynku dotyczących przedmiotu zainteresowania zamawiającego. Z uwagi na różnorodność dostępnych rozwiązań konieczne jest określenie cech i wskaźników pozwalających na ich ocenę z punktu widzenia potrzeb zamawiającego. Ocenę różnych rozwiązań zamawiający przeprowadzają poprzez porównanie charakterystycznych wskaźników jakościowych, wyrażonych ilościowo lub cech technicznych. Ten schemat oceny nie pozwala jednak na pozyskanie informacji o dostępnych na rynku rozwiązaniach innowacyjnych.

Opis przedmiotu zamówienia z zastosowaniem cech technicznych i jakościowych z reguły odnosimy do analogicznych parametrów innych dóbr, co sprawia, że otrzymujemy dobra (usługi) typowe, standardowe, już istniejące, charakteryzujące się identycznymi lub zbliżonymi parametrami.

Przy pozyskiwaniu rozwiązań innowacyjnych należy główny nacisk położyć na wymagania funkcjonalne, za pomocą których można opisać przedmiot zamówienia. W takim przypadku zamawiający powinien scharakteryzować przedmiot zamówienia poprzez takie wskaźniki, jak na przykład:

- 1) wskaźniki funkcjonalne, określające np. przeznaczenie czy przydatność,
- 2) wskaźniki niezawodności proponowanego rozwiązania, w tym zdolność do nieprzerwanej pracy w określonej jednostce czasu, trwałość techniczno-użytkową w całym okresie życia rozwiązania,
- 3) wskaźniki ergonomiczne, pozwalające ocenić dostosowanie rozwiązania do potrzeb zamawiającego,
- 4) wskaźniki ekologiczne,
- 5) wskaźniki dotyczące eksploatacji rozwiązania w zakładanym czasie.

Przykładowo wymienione wskaźniki powinny odzwierciedlać potrzeby zamawiającego i uwarunkowania faktyczne i prawne jego działania. Oznacza to, że niektóre rozwiązania, nawet najbardziej innowacyjne, mogą być niemożliwe do zastosowania u zamawiającego. Z tego też względu zamawiający powinien określić cechy lub wielkości graniczne.

Przykład

Budowa i eksploatacja inteligentnego systemu transportowego, którego celem będzie stworzenie systemu umożliwiającego skrócenie przeciętnej długości czasu podróży na terytorium aglomeracji miejskiej, poprawę bezpieczeństwa czy zwiększenie udziału transportu publicznego w liczbie przewożonych pasażerów wymaga kompleksowego określenia wielu elementów polityki transportowej na terytorium danej aglomeracji.

Dlatego też konieczne jest wcześniejsze uzyskanie informacji o istniejących lub kreowanych rozwiązaniach dotyczących:

- 1) systemów synchronizacji instalacji świetlnej regulujących ruch na drogach,
- 2) systemów znaków o zmiennej treści, poprawiających płynność ruchu,
- 3) uprzywilejowania transportu publicznego i systemów monitorujących ruch na wytyczonych trasach,
- 4) systemów ograniczających wjazd do określonych stref,
- 5) systemów informujących użytkowników dróg o zatorach drogowych, co pozwoli im wybrać inną drogę przejazdu.

Pozyskanie informacji oraz wskazówek od potencjalnych wykonawców stanowić będzie dla zamawiającego podstawę do określenia przedmiotu zamówienia i sporządzenia jego opisu.

W praktyce opisywania przedmiotu zamówienia potrzeba doradztwa czy uzyskania informacji o dostępnych na rynku rozwiązaniach w tym rozwiązaniach innowacyjnych z reguły dotyczyć będzie określonych

elementów przedmiotu zamówienia na przykład materiałów, technologii wykonania, organizacji procesu lub surowców użytych do wykonania roboty budowlanej, dostawy lub usługi.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Oznacza to, że zamawiający, który w trakcie przygotowywania postępowania uzyskał informacje o obecności na rynku np. trzech technologii umożliwiających osiągnięcie celów, które są przedmiotem jego zainteresowania, powinien tak sformułować opis przedmiotu zamówienia, żeby możliwe jak najwięcej rozwiązań mogło z sobą konkurować. Jest możliwe, że niektóre rozwiązania nie będą mogły być zastosowane u zamawiającego z przyczyn o obiektywnym charakterze. Poza jednak takimi szczególnymi sytuacjami zamawiający powinien co do zasady umożliwiać wykonawcom jak najszerszy dostęp do zamówienia i nie przesądzać o zastosowaniu tylko jednego z rozwiązań.

2.6. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych

Definicja innowacji jako wdrożenie nowego lub znacząco udoskonalonego **towaru, procesu lub usługi, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej** w praktyce gospodarczej organizacji miejsca pracy lub stosunkach z otoczeniem⁴⁷⁾ akcentuje element nowości. Sprawia to, że zamawiający, opisując przedmiot zamówienia powinien stosować wymagania funkcjonalne. Przedmiot zamówienia innowacyjnego z reguły wymaga dopiero opracowania i wdrożenia, dlatego też posługiwanie się opisem cech technicznych nieznanego jeszcze świadczenia jest niemożliwe.

Zgodnie z art. 30 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy, a w przypadku ich braku innych wzorów odniesień (art. 30 ust. 2–3 ustawy Pzp) poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych, jeżeli zapewni to dokładny opis przedmiotu zamówienia. Stosowanie norm europejskich lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy oraz aprobat, specyfikacji, norm i systemów w powiązaniu z użyciem w opisie przedmiotu zamówienia szczegółowych cech technicznych w praktyce eliminuje możliwość zaferowania zamawiającemu rozwiązania nowego lub udoskonalonego w stosunku do funkcjonujących na rynku propozycji.

Normy, aprobaty i podobne odniesienia określają standard przedmiotu zamówienia. Nie ma w takim przypadku z reguły miejsca na proponowanie odmiennych rozwiązań, bowiem ze względu na ich częściową niezgodność z wzorcem określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia będą podlegały odrzuceniu.

Opis przedmiotu zamówienia oparty o wymagania funkcjonalne zwiększa swobodę wykonawców odnośnie do proponowania innych sposobów realizacji przedmiotu zamówienia niż typowe obecne na rynku. Z reguły stałe są potrzeby zamawiającego i określone wymagania, natomiast dobór środków do ich zaspokojenia może być różny.

Także Dyrektywa 2004/18 wskazuje na opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający otwarcie procesu udzielania zamówień publicznych na konkurencję. W motywie 29 Dyrektywy wprost wskazano, że w celu zwiększenia konkurencji specyfikacje techniczne muszą zapewniać możliwość składania ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych. Zatem trzeba umożliwić sporządzanie specyfikacji technicznych na podstawie charakterystyki i wymagań funkcjonalnych, a w przypadku odniesienia do normy

⁴⁷⁾ Podręcznik OSLO. Zasady gromadzenia i interpretacji danych dotyczących innowacji, wydanie trzecie, wspólna publikacja OECD i Eurostatu, s. 51.

europejskiej lub – w przypadku jej braku – do normy krajowej instytucje zamawiające muszą brać pod uwagę oferty oparte na równoważnych ustaleniach.

W celu wykazania równoważności należy umożliwić oferentom przedstawienie dowodów w dowolnej formie. Instytucje zamawiające muszą być w stanie uzasadnić każdą decyzję, w której stwierdzają brak równoważności w danym przypadku. Znalazło to odzwierciedlenie w art. 23 ust. 3 pkt b–d Dyrektywy, w którym ustawodawca europejski dopuszcza sporządzanie specyfikacji technicznych określanych poprzez:

- 1) kategorie charakterystyki lub wymagania w zakresie funkcjonalności,
- 2) kategorie charakterystyki lub wymagania w zakresie funkcjonalności, odnoszące się do norm, aprobat, wspólnych specyfikacji technicznych lub innych systemów referencji rozumianych jako środek domniemanej zgodności z tymi charakterystykami lub wymogami;
- 3) kategorie charakterystyki lub wymagania w zakresie funkcjonalności oraz normy, aprobaty, wspólne specyfikacje techniczne lub inne systemy referencji.

Zastosowanie wymagań funkcjonalnych jako podstawy opisu przedmiotu zamówienia jest jednym z głównych instrumentów osiągnięcia kilku istotnych celów Nowego Podejścia do zamówień publicznych:

- stymulowania popytu na rozwiązania innowacyjne,
- umożliwienia włączenia do systemu zamówień publicznych wymagań środowiskowych.

Najczęściej stosowanym modelem opisu przedmiotu zamówienia jest uwzględnianie i wymagań funkcjonalnych, i cech technicznych oraz jakościowych odnoszonych do odpowiednich norm, aprobat lub innych referencji technicznych.

Przykład

Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia na dostawę infrastruktury serwerów baz danych, mieszczących się w dwóch lokalizacjach zamiast szczegółowego opisu wszystkich cech technicznych i jakościowych infrastruktury może określić podstawowe wymagania funkcjonalne oraz wybrane cechy techniczne, np.:

Serwery umieszczone w dwóch lokalizacjach odległych od siebie o 20 km (po światłowodzie) muszą zamieniać się rolami oraz przejmować całkowicie swoje role. Zaproponowana infrastruktura powinna umożliwiać przejście całości przetwarzania do jednej lokalizacji w razie awarii drugiej lokalizacji lub całkowitej niedostępności jednej z lokalizacji bez utraty danych. Wymagany gwarantowany czas przejścia całości przetwarzania do jednej lokalizacji nie może przekraczać C godzin.

Zaproponowana infrastruktura powinna umożliwiać rozbudowę zaoferowanych serwerów przynajmniej w zakresie dwukrotnego powiększania pamięci operacyjnej wraz ze zharmonizowaną rozbudową podsystemu wejścia/wyjścia.

Zaproponowana infrastruktura powinna zapewniać niezawodność rozwiązania na poziomie 99,99% czasu dostępności w ciągu roku. Okres niedostępności, równy 1 godzinie w ciągu roku, ma obejmować zarówno sytuacje awaryjne, jak i przestoje planowe.

Proponowana infrastruktura powinna zapewnić możliwość skalowania wydajności związaną z X-krotnym wzrostem liczby operacji na dzień oraz przyrostem rocznym danych – A.

Wskazany wyżej zestaw przykładowych wymagań funkcjonalnych w powiązaniu z cechami technicznymi umożliwia wykonawcom zaproponowanie różnorodnych rozwiązań, które w różny sposób będą spełniać podstawowe wymagania funkcjonalne.

Zapewnienie efektywnej konkurencji oraz dążenie do otwarcia zamówienia dla możliwie szerokiego kręgu wykonawców może wymagać niekiedy specyficznego określenia jednego z elementów przedmiotu zamówienia.

Przykład

Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia wymagał „zapewnienia” usług zdrowotnych dla swoich pracowników i kandydatów na pracowników zamawiającego. Następnie wskazał, że zapewnienie usług zdrowotnych obejmuje:

- 1) medycynę pracy,
- 2) konsultacje lekarskie podstawowe,
- 3) konsultacje specjalistycznej opieki lekarskiej,
- 4) zabiegi ambulatoryjne,
- 5) badania laboratoryjne,
- 6) badania diagnostyczne.

Następnie doprecyzowano zakres usług zdrowotnych poprzez przedstawienie ich charakterystyki.

Odstąpienie przez zamawiającego od wymogu świadczenia usług zdrowotnych bezpośrednio przez wykonawcę umożliwiło udział w postępowaniu nie tylko operatorom usług medycznych, ale także wykonawcom z rynku usług ubezpieczeniowych, którzy zaoferowali zamawiającemu pakiety ubezpieczeń zdrowotnych.

Zamawiający, który chce zdefiniować wymagania dotyczące ochrony środowiska w ramach specyfikacji technicznej danego zamówienia, może określić aspekty środowiskowe, obejmujące na przykład metody produkcji lub specyficzny wpływ grupy produktów lub usług na środowisko. Zamawiający może opisać przedmiot zamówienia poprzez uwzględnienie zarówno wymagań funkcjonalnych, jak i wymagań dotyczących ochrony środowiska.

Przykład

Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie instalacji umożliwiającej przetwarzanie odpadów z sektora komunalnego lub ewentualnie innych sektorów w celu poddania ich procesom odzysku, może wymagać, aby zaproponowane rozwiązanie umożliwiło przetwarzanie odpadów z sektora komunalnego w celu poddania ich procesom odzysku w sposób gwarantujący redukcję masy składowanych odpadów o co najmniej 50% w stosunku do masy przyjmowanych odpadów.

W zakresie dopuszczonym bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa zamawiający umożliwi wykonawcom zaproponowanie rozwiązania, które w najszerszym możliwym zakresie umożliwi osiągnięcie założonych celów.

Korzystając z uprawnienia do opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą wymagań funkcjonalnych, zamawiający musi wziąć pod uwagę konsekwencje tego działania dla innych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności musi tak skonkretyzować warunki udziału w postępowaniu, aby wykonawcy mogli wykazać doświadczenie w realizacji zamówienia odzwierciedlającego metodę lub produkt oferowany zamawiającemu.

Przykład

Jeżeli zamawiający, opisując przedmiot zamówienia wymaga „zapewnienia” usług zdrowotnych dla swoich pracowników i kandydatów na pracowników zamawiającego, to w opisie sposobu dokonywania

oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może w warunku dotyczącym wiedzy i doświadczenia żądać od wykonawców wykazania się „osobistym świadczeniem usług zdrowotnych”, bowiem towarzystwa ubezpieczeniowe oferujące usługi ubezpieczeniowe nie świadczą osobiście usług zdrowotnych.

Opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych musi czynić zadość pozostałym przepisom dotyczącym opisywania przedmiotu zamówienia, a ponadto odnosi się do niego wiele uwarunkowań, o których należy pamiętać, opisując przedmiot zamówienia zgodnie z art. 30 ust. 6 ustawy PZP⁴⁸⁾.

Po pierwsze charakterystyki lub wymagania w zakresie funkcjonalności muszą być dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającym udzielenie zamówienia.

Po drugie, opisując przedmiot zamówienia poprzez określenie charakterystyki i wymagań w zakresie funkcjonalności zamawiający nie może odrzucić oferty na roboty budowlane, dostawy lub usługi, jeżeli oferty te są zgodne:

- z normą krajową przenoszącą normę europejską,
- z europejską aprobatę techniczną,
- ze wspólną specyfikacją techniczną,
- z normą międzynarodową,
- z systemem referencji technicznych opracowanych przez europejską instytucję normalizacyjną, jeżeli specyfikacje te odpowiadają charakterystyce i wymaganiom w zakresie funkcjonalności określonej przez tę instytucję.

Właściwym środkiem dowodowym może być dossier techniczne producenta lub raport z testów sporządzony przez tę instytucję.

Opis wymagań funkcjonalnych ze swej istoty nie może zawierać odniesienia do konkretnej marki ani źródła, ani też szczególnego procesu, znaku handlowego, patentu, typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych przedsiębiorstw albo produktów. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który dyskryminuje jakikolwiek produkt stanowiący element składowy zamówienia bez uzasadnionej przyczyny przeczy zasadom określonym w art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Określenie parametrów granicznych na takim poziomie, iż mogą one być spełnione przez określone rozwiązania nie będzie naruszać zasady uczciwej konkurencji, jeżeli wynika to z potrzeb zamawiającego.

2.7. Dopuszczenie składania ofert wariantowych

Dopuszczenie przez zamawiającego składanie ofert wariantowych jest drugim, obok opisu przedmiotu zamówienia publicznego za pomocą wymagań funkcjonalnych, instrumentem wdrożenia innowacji w systemie zamówień publicznych. Jak już wcześniej podkreślono, zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty wariantowej, jeżeli cena nie jest jedynym kryterium wyboru.

Osiągnięcie celów zamówienia jest możliwe dzięki zastosowaniu różnych alternatywnych rozwiązań. Temu służy przewidziane przez art. 83 ust. 1 ustawy Pzp dopuszczenie możliwości złożenia oferty wariantowej. Zastrzeżono jednak, że działanie takie jest uprawnione, gdy cena nie jest jedynym kryterium wyboru.

Analogiczne uregulowanie zawiera art. 36 Dyrektywy 2004/17 i art. 24 Dyrektywy 2004/18, który stanowi, że w przypadku, gdy kryterium udzielenia zamówienia jest oferta najkorzystniejsza ekonomicznie, instytucje zamawiające mogą zezwolić oferentom na składanie ofert wariantowych. Zamawiający jest zobowiązany do

⁴⁸⁾ Zielone zamówienia publiczne. UZP. Warszawa 2009, s. 11–12.

zaznaczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, czy dozwolone jest składanie ofert wariantowych, gdyż bez takiej wzmianki składanie ofert wariantowych nie jest dopuszczalne⁴⁹⁾. Zamawiający, dopuszczając składanie ofert wariantowych określa w dokumentach zamówienia minimalne wymagania, które muszą spełniać warianty oraz wszelkie szczególne wymagania ich składania. Rozpatrywane są jedynie oferty wariantowe spełniające minimalne wymagania, określone przez instytucje zamawiające. Umożliwienie składania ofert wariantowych sprawia, że zamawiający, który dopuścił składanie ofert wariantowych, nie może ich odrzucić wyłącznie na podstawie tego, że prowadziłyby to do udzielenia zamówienia na usługi, zamiast na dostawy lub zamówienia na dostawy zamiast na usługi.

W wyroku KIO z 16 czerwca 2010 r.⁵⁰⁾ stwierdzono, że dyspozycja art. 83 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do możliwości dopuszczenia przez zamawiającego składania ofert stanowiących zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia w odmienny sposób niż opisany przez zamawiającego, w granicach dopuszczonych przez SIWZ.

Propozycje wariantowe przedkładane przez wykonawców muszą spełniać minimalne oczekiwania zamawiającego określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z tym, że rozwiązania alternatywne mogą powodować wiele dodatkowych skutków dla zamawiającego, w tym także skutków finansowych, dlatego też konieczne jest przeprowadzenie przez zamawiającego wnikliwej analizy dopuszczenia składania ofert wariantowych na etapie przygotowywania postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Trudno oczekiwać od zamawiającego, aby dopuszczając alternatywne, bliżej mu nieznane rozwiązania przyjmował na siebie wszystkie konsekwencje ich zastosowania.

Dopuszczenie składania ofert wariantowych jest związane z wieloma dodatkowymi obowiązkami, często ignorowanymi przez wykonawców. W wyroku Zespołu Arbitrów z 12 lipca 2007 r.⁵¹⁾ zwrócono uwagę, że jeżeli zamawiający w SIWZ wskazał, że dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej, a jednocześnie nie określił kryteriów, według których będzie oceniać warianty złożonych ofert, gdyż jedynym kryterium oceny ofert była cena, to złożone oferty nie są porównywalne, a co najważniejsze – zamawiający nie ma instrumentów do oceny przedłożonych ofert. W uzasadnieniu wyroku podkreślono, że wymóg, aby wykonawca zatrudniał osoby zamieszkujące w danej miejscowości narusza zasadę uczciwej konkurencji i równości wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne, albowiem wprowadza preferencje lokalne w zakresie geograficznym i w zakresie formy współpracy z osobami wykonującymi zamówienie w imieniu wykonawcy. Wobec powyższego należy uznać, że naruszono art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Pzp (w brzmieniu wówczas obowiązującym).

Tak jak w przypadku stosowania wymagań funkcjonalnych, również w razie dopuszczenia składania ofert wariantowych zamawiający, zgodnie z art. 29 ustawy Pzp, ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający winien unikać wszelkich sformułowań i parametrów, które by wskazywały na konkretne urządzenie lub konkretnego producenta.

Podstawowym narzędziem przy opisywaniu zamówień publicznych typowych jest używanie cech technicznych. W przypadku zamawiającego, który chce nabyć rozwiązania innowacyjne tego typu praktyka de facto uniemożliwia przedstawienie wykonawcom propozycji, która pozwala zaspokoić potrzeby zamawiającego, jednakże są niezgodne z „wzorcem” świadczenia opisanym w SIWZ. Ponieważ wskazany wzorec może nie

⁴⁹⁾ Art. 24 ust. 2 Dyrektywy 2004/18.

⁵⁰⁾ KIO/UZP 1041/10 LEX.

⁵¹⁾ UZP/ZO/0-824/07.

być jedynym sposobem zaspokojenia potrzeb zamawiającego, może on dopuścić alternatywny sposób wykonania zamówienia, którego rezultat będzie pokrywał się z potrzebami zamawiającego.

Możliwość uzyskania efektu założonego przez zamawiającego za pomocą innych wariantowych rozwiązań technicznych otwiera zamówienie publiczne na większą konkurencję.

Przy czym możliwość dopuszczenia składania ofert wariantowych jest objęta uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Nie jest możliwe wywodzenie nakazu dopuszczenia składania ofert wariantowych z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dopuszczając składania ofert wariantowych, zamawiający zaliczony do sektora finansów publicznych powinien uwzględniać zasady wydatkowania środków publicznych określonych w art. 44 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

2.8. Negocjacje z ogłoszeniem i dialog konkurencyjny

Trybami, które w największym stopniu umożliwiają pozyskanie w trakcie trwania postępowania rozwiązań innowacyjnych są tryb negocjacji z ogłoszeniem i tryb dialogu konkurencyjnego.

Nie oznacza to, że tryby przetargu nieograniczonego i ograniczonego uniemożliwiają wdrożenie rozwiązań innowacyjnych. Jednak pewne wbudowane mechanizmy charakterystyczne dla tych trybów ograniczają znacząco możliwość nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych charakteryzujących się innowacyjnością.

Większość podstaw prawnych zastosowania tych trybów wyraźnie opiera się na braku możliwości zdefiniowania większości lub niektórych elementów zamówienia. To zaś otwiera drogę do tego, żeby umożliwić wykonawcom samodzielne zaproponowanie m.in. rozwiązań:

- 1) dotyczących szczegółowych cech jakościowych czy propozycji funkcjonalnych o charakterze innowacyjnym, które powinna posiadać zamawiana dostawa, usługa lub robota budowlana;
- 2) w zakresie badawczym, doświadczalnym lub rozwojowym, które określonym dostawom, usługom lub robotom budowlanym nadawałyby przymiot innowacyjny;
- 3) w zakresie inżynierii finansowej.

2.8.1. Tryb negocjacji z ogłoszeniem

Pierwszym trybem pozwalającym w szerszym zakresie na dopuszczenie innowacji w zamówieniach publicznych jest tryb **negocjacji z ogłoszeniem**.

Jest 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.

Przesłanki stosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem

Zamawiający może udzielić zamówienia w tym trybie, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności wskazanych w art. 55 ustawy Pzp:

- 1) wyjątkowa sytuacja, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny;
- 2) nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego;

- 3) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju;
- 4) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W odniesieniu do zamówień innowacyjnych podstawowe znaczenie mają przesłanki wskazane w pkt 2–4.

Wdrożenie innowacji w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem wymaga od zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia bądź poprzez wskazanie cech użytkowych, bądź wymagań funkcjonalnych, które pozwolą wykonawcy złożyć ofertę bez narażania się na sankcję odrzucenia oferty wstępnej z powodu jej niezgodności ze specyfikacją.

Wykonawca, analizując opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert musi mieć wyznaczony pewien obszar swobody umożliwiający zaproponowanie takiego skonfigurowania świadczenia, aby mogło uzyskać status dobra lub usługi innowacyjnej. Opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych, opartych na standardowym rozwiązaniu stosowanym w obrocie gospodarczym, uniemożliwi złożenie oferty wstępnej **zawierającej nowatorskie rozwiązanie**.

W tym miejscu należy zastrzec, że trudno oczekiwać od wykonawców, że na potrzeby każdego prowadzonego postępowania będą masowo proponować zupełnie nowe, nieistniejące dobra lub usługi. Wystarczy jednak, że zaproponowany produkt będzie zawierał pewne rozwiązania użytkowe lub zapewniał nowe funkcjonalności niedostępne dotychczas, aby w ramach systemu zamówień publicznych osiągnięty został cel wdrożenia rozwiązania innowacyjnego.

Pomocne w tym zakresie będzie przede wszystkim skorzystanie przez zamawiającego z uprawnień do:

- 1) opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą wymagań funkcjonalnych⁵²⁾,
- 2) dopuszczenia możliwości złożenia oferty wariantowej, jeżeli cena nie jest jedynym kryterium wyboru.

Zamawiający może dopuścić także możliwość składania ofert wstępnych częściowych, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Do upływu terminu na składanie ofert wstępnych wykonawca może zmienić lub wycofać ofertę. Oferty wstępne złożone po terminie podlegają zwrotowi. Zamawiający odrzuci ofertę wstępną, jeżeli jest niezgodna z ustawą Pzp, nie odpowiada treści specyfikacji, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, została złożona przez wykluczonego wykonawcę lub jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Negocjacje z wykonawcami

Zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, wskazując termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający prowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający na tym etapie postępowania już dokonał pierwszej weryfikacji złożonych ofert wstępnych, w wyniku której wykonawcy zostali zakwalifikowani do negocjacji. Przy założeniu, że opis przedmiotu zamówienia był sformułowany za pomocą wymagań funkcjonalnych lub dopuszczono składanie ofert wariantowych, zamawiający może przystąpić do negocjacji, mając oferty proponujące bardzo różnorodny sposób realizacji potrzeb zamawiającego. Na tym etapie zamawiający może uzyskać od wykonawców szczegółowe informacje o proponowanych dobrach, usługach, procesach lub metodach organizacji. Może także uzyskać

⁵²⁾ Art. 30 ust. 6 ustawy Pzp.

dodatkowe informacje o możliwych do uzyskania na rynku innowacjach stanowiących nowe lub udoskonalone wersje oferowanych zamawiającemu świadczeń.

Prowadzone negocjacje mają charakter poufny. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami.

Wszelkie wymagania, wyjaśnienia i informacje, a także dokumenty związane z negocjacjami są przekazywane wykonawcom na równych zasadach.

Przygotowanie zaproszenia do składania ofert w negocjacjach z ogłoszeniem

Po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji. Doprecyzowując lub uzupełniając specyfikację, zamawiający musi uwzględnić zastrzeżenie ustawodawcy, że zmiany te nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia. Jest to wyraźny sygnał dla zamawiającego, że główny punkt ciężkości w pozyskaniu rozwiązań innowacyjnych spoczywa na funkcjonalnym opisie przedmiotu zamówienia zawartym w pierwotnych postanowieniach specyfikacji.

Zaproszenie do składania ofert

Zamawiający zaprasza wykonawców, z którymi prowadził negocjacje, do składania ofert. Zaproszenie do składania ofert zawierać powinno co najmniej informacje o miejscu i terminie składania oraz otwarcia ofert, obowiązku wniesienia wadium, terminie związania ofertą. Zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. W przypadku gdy zamawiający dokonał zmian, o których mowa w art. 59 ust. 1, wraz z zaproszeniem do składania ofert przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia lub zamieszcza ją na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja jest udostępniana na tej stronie.

2.8.2. Dialog konkurencyjny

Trybem postępowania umożliwiającym w najszerszym zakresie wdrożenie w systemie zamówień publicznych rozwiązań innowacyjnych jest tryb dialogu konkurencyjnego.

W motywie 31 Dyrektywy 2004/18 wypuklono, że w przypadku instytucji zamawiających, które realizują szczególnie złożone projekty, zdefiniowanie sposobów zaspokojenia ich potrzeb lub dokonania oceny tego, co rynek może im zaoferować w kategoriach rozwiązań technicznych lub rozwiązań finansowych albo prawnych, może okazać się obiektywnie niemożliwe, o ile nie ponoszą one wówczas żadnej winy z tego tytułu.

W zakresie, w jakim zastosowanie procedur otwartych lub ograniczonych nie pozwala na udzielanie takich zamówień należy przewidzieć elastyczną procedurę, która chroniła będzie z jednej strony konkurencję pomiędzy podmiotami gospodarczymi, a z drugiej stwarzała dla instytucji zamawiających możliwość omówienia wszystkich aspektów danego zamówienia z każdym kandydatem. Niemniej jednak procedury tej nie wolno stosować w sposób ograniczający lub zakłócający konkurencję, zwłaszcza przez zmianę podstawowych elementów ofert, nałożenie nowych, istotnych wymagań na oferenta, którego oferta została wybrana lub poprzez zaangażowanie jakiegokolwiek innego oferenta niż ten, który złożył ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie.

Mając na względzie powyższe uwarunkowania, ustawodawca europejski w art. 29 Dyrektywy 2004/18 uregulował zasady prowadzenia dialogu konkurencyjnego.

Dialog konkurencyjny w Dyrektywie 2004/18

Art. 1 ust. 11 pkt c.

„Dialog konkurencyjny” oznacza procedurę, w której o udział ubiegać się może każdy wykonawca oraz w ramach której instytucja zamawiająca prowadzi dialog z dopuszczonymi do udziału kandydatami w celu wypracowania jednego lub większej liczby odpowiednich rozwiązań, spełniających jej wymogi, a na ich podstawie wybrani kandydaci są następnie zapraszani do składania ofert.

W celu skorzystania z procedury wymienionej w akapicie pierwszym zamówienie publiczne uważa się za „szczególnie złożone”, w przypadku gdy instytucje zamawiające:

- nie mogą obiektywnie określić środków technicznych, zgodnie z art. 23 ust. 3 lit. b), c) lub d), umożliwiających zaspokojenie ich potrzeb lub realizację celów, lub
- nie mogą obiektywnie określić struktury prawnej lub finansowej projektu.

Art. 29.1. W przypadku szczególnie złożonych zamówień państwa członkowskie mogą przewidzieć, iż jeżeli instytucje zamawiające uznają, że zastosowanie procedury otwartej lub ograniczonej nie pozwoli na udzielenie zamówienia, instytucje te mogą zgodnie z niniejszym artykułem skorzystać z procedury dialogu konkurencyjnego. Zamówienia publiczne udziela się wyłącznie na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

2. Instytucje zamawiające publikują ogłoszenie o zamówieniu, określając swoje potrzeby i wymagania, które powinny zostać zdefiniowane w tym ogłoszeniu lub w dokumencie opisowym.

3. Po dokonaniu wyboru kandydatów w sposób zgodny z odpowiednimi przepisami art. 44–52 instytucje zamawiające rozpoczynają dialog, którego celem jest określenie i zdefiniowanie środków, które najlepiej zaspokoją ich potrzeby. W ramach dialogu mogą one omówić wszystkie aspekty zamówienia z wybranymi kandydatami. Podczas prowadzenia dialogu konkurencyjnego instytucje zamawiające zapewniają wszystkim oferentom równe traktowanie. W szczególności nie mogą one udzielać informacji w sposób dyskryminacyjny, który pozwalałby niektórym spośród oferentów na uzyskanie przewagi nad pozostałymi.

Instytucje zamawiające nie mogą ujawniać innym uczestnikom proponowanych rozwiązań ani innych informacji poufnych udzielanych przez kandydata biorącego udział w dialogu bez jego zgody.

4. Aby ograniczyć liczbę rozwiązań omawianych na etapie dialogu, instytucje zamawiające mogą przewidzieć, że procedura toczyć się będzie w następujących po sobie etapach, stosując kryteria udzielania zamówienia wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym. Możliwość skorzystania z takiego rozwiązania instytucja zamawiająca wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym.

5. Instytucja zamawiająca prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić w wyniku porównania, jeśli okaże się ono konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania, które mogą zaspokoić jej potrzeby.

6. Po oświadczeniu, iż dialog dobiegł końca oraz poinformowaniu o tym fakcie jego uczestników instytucje zamawiające zapraszają uczestników do składania ostatecznych ofert, opierających się na rozwiązaniu lub rozwiązaniach przedstawionych i określonych podczas dialogu. Oferty te zawierają wszystkie elementy wymagane i niezbędne do realizacji projektu.

Oferty te mogą być wyjaśniane, precyzowane i dopracowywane na żądanie instytucji zamawiającej. Jednakże takie wyjaśnienie, sprecyzowanie, dopracowanie lub dodatkowe informacje nie mogą pociągać za sobą zmiany podstawowych właściwości oferty ani zaproszenia do składania ofert, co mogłoby spowodować zakłócenie konkurencji lub mogłoby mieć charakter dyskryminacyjny.

7. Instytucje zamawiające oceniają otrzymane oferty na podstawie kryteriów udzielania zamówień określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym, a następnie zgodnie z art. 53 wybierają ofertę najbardziej korzystną ekonomicznie. Na żądanie instytucji zamawiającej oferent wyłoniony jako ten, który złożył ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, może zostać poproszony o udzielenie wyjaśnień dotyczących pewnych jej aspektów lub o potwierdzenie zobowiązań sformułowanych w ofercie, o ile działanie takie nie

spowoduje modyfikacji zasadniczych aspektów oferty lub zaproszenia do składania ofert i nie niesie ryzyka zakłócenia konkurencji ani nie ma charakteru dyskryminacyjnego.

8. Instytucje zamawiające mogą przewidzieć nagrody lub płatności dla uczestników dialogu.

W ustawie Pzp w Oddziale 3a uregulowano prowadzenie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego. Zgodnie z art. 60a ustawy Pzp dialog konkurencyjny 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.

Podobnie jak w Dyrektywie 2004/18, tak również i polskim prawie tryb ten może być stosowany tylko w przypadku, gdy podstawą wyboru jest oferta najkorzystniejsza ekonomicznie. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, gdy zachodzą łącznie dwie okoliczności:

- 1) nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia;
- 2) cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przykłady takich zamówień wskazał ustawodawca europejski w cytowanym już wyżej motywie 31 Dyrektywy 2004/18, gdzie wskazano na zamówienia związane z wdrażaniem istotnych, zintegrowanych projektów w zakresie infrastruktury transportowej, dużych sieci komputerowych lub projektów obejmujących złożone procesy finansowania o skomplikowanej strukturze, których postaci finansowej ani prawnej nie można z góry zdefiniować. Tryb dialogu konkurencyjnego jest trybem „podstawowym” także dla zamówień na usługi niepriorytetowe, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a ustawy Pzp.

Wszczęcie postępowania

Wszczęcie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego następuje poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Do zamieszczenia lub publikacji ogłoszenia o zamówieniu stosuje się odpowiednio art. 40 ust. 5 i 6 ustawy Pzp.

Dodatkowo ogłoszenie o zamówieniu w trybie dialogu konkurencyjnego powinno zawierać również:

- 1) opis potrzeb i wymagań zamawiającego określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu lub informację o sposobie uzyskania tego opisu;
- 2) informację o wysokości nagród dla wykonawców, którzy podczas dialogu przedstawili rozwiązania stanowiące podstawę do składania ofert, jeżeli zamawiający przewiduje nagrody.

Dopuszczenie przez ustawodawcę na tym etapie postępowania zdefiniowania przedmiotu zamówienia poprzez opis potrzeb i wymagań zamawiającego umożliwia wykonawcom zaproponowanie różnorodnych rozwiązań pozwalających zaspokoić potrzeby i wymagania zamawiającego. Jest to podstawowy instrument efektywnego zamawiania usług, dostaw lub robót budowlanych innowacyjnych.

Przykład

Zamawiający, określając potrzeby i wymagania związane z budową i eksploatacją inteligentnego systemu transportowego, nie opisuje precyzyjnie cech technicznych takiego systemu, lecz wskazuje na rezultat, który zamierza osiągnąć poprzez wdrożenie wskazanego rozwiązania. Potrzeby zamawiającego mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zwiększenia liczby pasażerów przewożonych transportem publicznym,
- 2) skrócenia czasu podróży pojazdami samochodowymi,

- 3) skrócenia czasu przejazdu pojazdów samochodowych transportu publicznego,
- 4) wprowadzenia płatnego dostępu do określonych rejonów aglomeracji miejskiej,
- 5) uprzywilejowania transportu publicznego,
- 6) udostępnienia informacji o utrudnieniach w ruchu użytkownikom dróg.

W odpowiedzi na te potrzeby wykonawcy będą mogli zaproponować system obejmujący elastyczne zarządzanie ruchem pojazdów dostosowane do natężenia ruchu (w tym inteligentny system zmiany sygnalizacji świetlnej, stworzenie systemu znaków o zmiennej treści informujących o sytuacji na drogach, wprowadzenie stref płatnego wjazdu do określonych obszarów aglomeracji miejskiej, wytyczenie pasów ruchu dla komunikacji miejskiej, monitoring sieci dróg itp.).

Przykład

Zamawiający, określając potrzeby i wymagania związane z wykonaniem robót budowlanych dotyczących budowy zakładu odzysku odpadów komunalnych może oczekiwać, aby wykonawcy zaproponowali rozwiązania umożliwiające ograniczenie masy składowanych odpadów ulegających biologicznemu rozkładowi do określonego poziomu. Celem zamówienia jest pozyskanie technologii, która pozwala maksymalnie zredukować ilość odpadów, które są przekazywane na składowisko odpadów.

W odpowiedzi na te potrzeby wykonawcy będą mogli zaproponować różne rozwiązania pozwalające na:

- 1) osiągnięcie minimalnych wymagań zakładanych przez zamawiającego dotyczących odzysku odpadów spełniających kryterium dopuszczenia odpadów do składowania na składowisku odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne,
- 2) zwiększenie masy odpadów niż minimalnie wymaganej, które będą mogły być powtórnie wykorzystane (np. recykling) lub przetworzone na inny produkt (suszenie odpadów komunalnych w celu wykorzystania ich jako materiał opałowy),
- 3) wydłużenie okresu zapewniania składowiska odpadów, poprzez większy odzysk różnego rodzaju odpady (np. szkło, papier, drewno, metale, osuszenie odpadów biologicznych).

Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu

W dialogu konkurencyjnym, podobnie jak w trybie negocjacji z ogłoszeniem po złożeniu wniosków przez wykonawców oraz po ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o wynikach oceny i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.

Zaproszenie wykonawców do dialogu

Zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie mniejszej niż 5. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wszystkich wykonawców spełniających te warunki.

Zaproszenie do dialogu zawiera co najmniej informację o terminie i miejscu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, opis potrzeb i wymagań zamawiającego określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu lub informację o sposobie uzyskania tego opisu, informację o miejscu i terminie rozpoczęcia dialogu. Wszelkie wymagania, wyjaśnienia i informacje, a także dokumenty związane z dialogiem są przekazywane wykonawcom na równych zasadach.

Dialog z wykonawcami

W trakcie bezpośrednich rozmów z wykonawcami zamawiający może uzyskać informacje o proponowanych i dostępnych technologiach, metodach czy procesach. Także dane dotyczące uwarunkowań prawnych, faktycznych czy finansowych wdrożenia poszczególnych propozycji. Podejmując wysiłek wdrożenia rozwiązania zapewniającego kompleksowe zaspokojenie określonych potrzeb zamawiającego, może także z wykonawcami określić zasadnicze ryzyka związane z realizacją usług, dostaw lub robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia.

Jest to niezwykle istotne z punktu widzenia zamawiającego, dla którego efekt końcowy powinien być postrzegany z perspektywy cyklu życia produktu. Są to poszczególne fazy istnienia nabywanego dobra począwszy od jego zaprojektowania, poprzez produkcję, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie, logistykę, szkolenie i testowanie, a na wycofaniu i usunięciu kończąc. Wszystkie te etapy cyklu życia produktu wpływają na wysokość całkowitych kosztów, jakie poniesie i później będzie ponosił zamawiający z tytułu korzystania z nabywanej dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Z tego względu konieczne jest zweryfikowanie czy bilans proponowanych cech technicznych, użytkowych bądź jakości proponowanego rozwiązania i przewidywana cena nabycia dostawy, usługi lub roboty budowlanej nie wygenerują na dalszym etapie eksploatacji oferowanych rozwiązań niewspółmiernie wysokich kosztów. W trakcie dialogu zamawiający powinien tak prowadzić negocjacje, aby móc ustalić konsekwencje wdrożenia każdego z rozwiązań w całym cyklu życia przedmiotu zamówienia.

Przykład

Zamawiający, który prowadzi dialog na budowę systemu informatycznego umożliwiającego zarządzanie wszystkimi procesami uczelni wyższej musi dokonać analizy systemu nie tylko z punktu widzenia zaprojektowania systemu, jego instalacji na posiadanych przez zamawiającego elementach infrastruktury, funkcji zapewnianych przez system, ale także musi uwzględnić nakłady konieczne na utrzymanie i serwis posprzedażny, umożliwiające bezawaryjne działanie całej aplikacji.

Dialog prowadzony jest do momentu, gdy zamawiający jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje uczestniczących w nim wykonawców.

Przygotowanie zaproszenia do składania ofert w dialogu konkurencyjnym

Zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu. Po przeprowadzonych negocjacjach z wykonawcami zamawiający weryfikuje poszczególne propozycje z punktu widzenia swoich potrzeb i wymagań. Ponadto w tej fazie procedury musi dokonać porównania poszczególnych propozycji między sobą. Może się okazać, że przedstawione propozycje spełniają jego wymagania i potrzeby, ale cele zamówienia w sposób optymalny pozwala osiągnąć jedno lub kilka wybranych rozwiązań. W takim przypadku konieczne jest wskazanie rozwiązania najbardziej spełniającego potrzeby i wymagania zamawiającego.

Zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu. Warz z zaproszeniem przekazuje specyfikację istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie. Kryteria oceny ofert

Ważnym elementem systemu zamówień publicznych pozwalającym na wdrożenie innowacji jest stosowanie kryteriów oceny dotyczących przedmiotu zamówienia.

Kryteria oceny ofert to zestaw tych elementów świadczenia, które dla zamawiającego są szczególnie istotne. Wyznaczają one preferencje zamawiającego. W zakresie kryteriów oceny ofert innowacje wspierają mogą przede wszystkim kryteria pozacenowe. Ustawodawca polski w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp oraz europejski w art. 53 ust. 1 Dyrektywy 2004/18 wymienił różne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia publicznego, jak na przykład jakość, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny i pomoc techniczna, termin dostarczenia albo czas dostarczenia lub realizacji.

W zależności od tego, czy zamawiający ma na celu pozyskanie innowacyjnych dostaw, usług lub robót budowlanych zastosowanie będą miały inne elementy przedmiotu zamówienia. Przy czym każde z kryteriów przykładowo wymienionych przez ustawodawcę może wspierać innowacje. Podstawowe znaczenie w tym zakresie ma jakość, wartość techniczna, właściwości funkcjonalne, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna. Odnoszą się one do tych obszarów zamówień, które są najbardziej podatne na wprowadzanie nowych rozwiązań produktowych, innowacyjnych zmian w już dostępnych dobrach czy osiągnięcia nowych funkcjonalności.

Przykład⁵³⁾

Niemieckie Miasto Hamburg przy udzielaniu zamówienia dotyczącego zakupu energooszczędnego systemu oświetlenia zastosowało oprócz kryterium ceny także kryteria odnoszące się do zalet technicznych, serwisu posprzedażnego oraz kosztów eksploatacyjnych. Koszty zostały skalkulowane do całego cyklu życia produktu i obejmowały cenę początkową zaprojektowania i wykonania systemu oświetlenia wraz z kosztami instalacji, utrzymania, a oszczędności obliczane były na podstawie oszczędności w energii elektrycznej. Ze względu na to, że cena energii elektrycznej w początkowym okresie realizacji inwestycji była stosunkowo niska zamawiający analizował i wykazał wzrost efektywności ekonomicznej innowacyjnego rozwiązania także w wariancie spadku cen energii.

Także kryteria odnoszące się do estetyki czy wyglądu dóbr mogą przekształcać otaczającą nas rzeczywistość. W coraz większym stopniu zmiana wyglądu (design) pozwala wprowadzić na rynek, przyjazny dla użytkownika i atrakcyjny produkt wysokiej jakości. W odniesieniu do usług, systemów i organizacji zorientowanych na użytkownika design jest głównym motorem innowacji, innowacji organizacji oraz innych form innowacji nietechnologicznych.

⁵³⁾ Przykład omawiany w: J. Sadowy (red.), Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady zastosowanie. UZP. 2011, s. 64, także I. Skubisza-Kalinowska, M. Kulesza – Innowacyjne zamówienia publiczne w Polsce – ekspertyza. PARP. 2011, s. 90–91.

Przykład

W przypadku zamówienia na dostawę pomocy dydaktycznych dla dzieci w wieku przedszkolnym zamawiający może ocenić w ramach kryterium oceny ofert właściwości estetyczne oferowanych rzeczy. Ocenie podlegać mogą te właściwości proponowanych pomocy dydaktycznych, które odnoszą się do kolorów, kształtów, obsługi poszczególnych pomocy dydaktycznych, które wzbudzają zaniepokojenie dzieci lub wpływają na rozwój manualny lub intelektualny dzieci, na potrzeby których pomoce są nabywane.

Obowiązkiem instytucji zamawiających jest określenie kryteriów udzielania zamówień wraz z przypisaną poszczególnym kryteriom wagą, w odpowiednim czasie umożliwiającą oferentom wzięcie ich pod uwagę podczas sporządzania ofert.

Polski system zamówień publicznych jak dotychczas nie dozwala na to, aby zamawiający na etapie ogłoszenia o zamówieniu nie określał wag kryteriów oceny ofert, pozostawiając to do decyzji zamawiającego po zebraniu od wykonawców propozycji rozwiązań. To uprawnienie przyznane zamawiającym na gruncie dyrektyw umożliwia wykonawcom zwiększenie inwencji wykonawców w proponowaniu rozwiązania nietypowego, pozwalającego w innowacyjny sposób zaspokoić potrzeby zamawiającego.

Jak już wcześniej wskazano, art. 91 ustawy Pzp pozwala zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Posłużenie się przez zamawiającego wyłącznie kryterium ceny nie pozwala mu na wskazanie cech, właściwości lub funkcji, jakich oczekuje od oferowanych mu rozwiązań innowacyjnych. Z tego względu tylko stosując kryterium wyboru „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie”, umożliwiającą zastosowanie kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakości, funkcjonalności, parametrów technicznych, zastosowania najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, kosztów eksploatacji, serwisu lub podobnymi, zachęci wykonawców do składania ofert zawierających rozwiązania innowacyjne.

Ustawodawca europejski w art. 53 Dyrektywy 2004/18 oraz w art. 55 Dyrektywy 2004/17 do kryteriów udzielenia zamówienia w przypadku „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie” zalicza oprócz ceny przykładowo jakość, wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny, pomoc techniczną. Natomiast art. 47 Dyrektywy 2009/81⁵⁴⁾ przewiduje także kryteria dotyczące kosztów cyklu życia, bezpieczeństwa dostaw, interoperacyjności oraz właściwości operacyjnych. Katalog tych kryteriów nie jest zamknięty i zamawiający w odniesieniu do przedmiotu zamówienia może stosować inne kryteria. Uwzględnienie rozwiązań innowacyjnych przy formułowaniu kryteriów oceny ofert jest możliwe tylko przy stosowaniu kryterium „ofert najkorzystniejszej ekonomicznie”, gdzie można uwzględnić oprócz ceny także inne elementy świadczenia.

Przykład

W przypadku zamówienia na budowę, wdrożenie i utrzymanie systemu e-Podatki oprócz kryterium ceny wprowadzono także kryterium:

- 1) koncepcji architektury rozwiązania,
 - 2) wykonalności koncepcji architektury rozwiązania,
- uzupełniając ocenę ofert w ramach wyżej wymienionych kryteriów o wiele podkryteriów.

⁵⁴⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE 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 i 2004/18 (Dz. U. L216, 20/08/2009 P. 0076-013).

Zasadą podstawową jest, aby kryteria oceny ofert odnosiły się do przedmiotu zamówienia. Z definicji oferty najkorzystniejszej⁵⁵⁾ wynika, że ilekroć w ustawie Pzp mowa jest o najkorzystniejszej ofercie należy przez to rozumieć 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, formułując kryteria oceny ofert w każdym postępowaniu powinien zadbać, aby zestawienie kryteriów (zarówno odnoszących się do korzyści ekonomicznych, jak i cech jakościowych, technicznych czy funkcjonalnych) zapewniało wybór oferty najkorzystniejszej.

Przykład

Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dotyczących zaprojektowania i wykonania instalacji zapewniającej ograniczenie masy składowanych odpadów ulegających biologicznemu rozkładowi może przyznać dodatkowe punkty za zaproponowanie rozwiązania umożliwiającego redukcję masy składowanych odpadów w większym stopniu niż minimalnie wymaganym przez zamawiającego.

Nie każde kryterium musi przynosić konkretną korzyść ekonomiczną, ważne jest jednak, aby bilans wszystkich kryteriów oceny ofert pozwalał na wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Nie przytaczając ponownie regulacji ustawy Pzp oraz Dyrektywy 2004/18, przypomnieć należy, że warunkiem koniecznym skutecznego udzielenia zamówienia publicznego umożliwiającego wdrożenie rozwiązań innowacyjnych jest przestrzeganie podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, w tym:

- 1) powiązanie kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia,
- 2) wyeliminowanie arbitralności zamawiającego na etapie oceny ofert (opis kryterium wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz opis sposobu oceny ofert musi być jasny),
- 3) wyraźne wymienienie w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentacji przetargowej (specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaproszeniu do negocjacji) kryteriów oceny ofert,
- 4) sformułowanie kryteriów oceny ofert zgodnych z podstawowymi zasadami prawa UE i prawa polskiego,
- 5) niezmiennosc kryteriów oceny ofert po upływie terminu na składanie ofert.

Obowiązkiem zamawiającego jest określenie kryteriów udzielania zamówień wraz z przypisaną poszczególnym kryteriom wagą w odpowiednim czasie umożliwiającą oferentom wzięcie ich pod uwagę podczas sporządzania ofert.

Przestrzeganie tych reguł jest warunkiem koniecznym poprawnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stosunkowo wiele jest orzeczeń TSUE, w których Trybunał odnosił się do różnego rodzaju praktyk związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

W orzeczeniu z 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94⁵⁶⁾ Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że działania zamawiającego (SRWT), które polegały na uwzględnieniu zmian do oferty, nadesłanych przez oferenta EMI po terminie otwarcia ofert i po ich wstępnym rozpatrzeniu, naruszyły przepisy prawa wspólnotowego. W efekcie zaakceptowania późniejszych zmian zamawiający SWRT przyznał zamówienie wykonawcy EMI, mimo iż tak zmieniona oferta nie była zgodna z warunkami przewidzianymi w stosownych dokumentach przetargowych. W stanie faktycznym analizowanym przez Trybunał Sprawiedliwości zamawiający SRWT ogłosił otwarty przetarg na dostawę pewnej liczby pojazdów autobusowych. Zamówienie miało być przyznane oferentowi zgod-

⁵⁵⁾ Art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

⁵⁶⁾ A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz. Zakamycze.2006, Komentarz do art. 53.

nie z kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Dokumenty przetargowe zawierały wymogi odnoszące się do ceny oraz określonych warunków technicznych nabywanych pojazdów. Trybunał stwierdził, że kryteria, zgodnie z którymi oferty mają być oceniane, stanowią źródło informacji dla potencjalnych oferentów, którzy kierują się nimi przy formułowaniu własnych propozycji. Przyznanie zamówienia oferentowi, którego oferta nie spełniała warunków przewidzianych jako obligatoryjne dla wszystkich biorących udział w przetargu, stanowi naruszenie zasady równego traktowania i zasady przyznawania zamówienia na podstawie z góry przyjętych kryteriów wyboru⁵⁷⁾.

Ważne jest, aby o kryteriach oceny ofert, które stanowią będą podstawę udzielenia zamówienia wszyscy wykonawcy zostali odpowiednio poinformowani. W orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości z 20 września 1988 r. w sprawie C-31/88 (Beentjes) podkreślono, że jeśli chodzi o kryterium „najbardziej odpowiedniej oferty”, należy stwierdzić, że nawet gdyby kryterium takie pozostawało w zgodzie z dyrektywą, to z jej brzmienia jasno wynika, że tam, gdzie zamawiający nie przyjmują najniższej ceny jako jedynego kryterium udzielenia zamówienia, ale biorą pod uwagę różne kryteria, pragnąc udzielić zamówienia wykonawcy składającemu ofertę najbardziej korzystną pod względem ekonomicznym, muszą oni wymienić te kryteria w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentacji przetargowej. Tak więc ogólne odwołanie do przepisu krajowego nie może spełniać wymogu podania do publicznej wiadomości. Jak zauważył Trybunał, kryterium tylko wtedy jest zgodne z dyrektywą, jeżeli **odzwierciedla swobodę** działania zamawiających przy porównywaniu różnych ofert oraz wybór najbardziej korzystnej oferty na podstawie obiektywnych kryteriów, a tym samym nie zawiera elementu arbitralnego wyboru. Tam, gdzie zamawiający nie przyjmuje najniższej ceny jako jedynego kryterium udzielenia zamówienia, ale bierze pod uwagę różne kryteria, udzielając zamówienia oferentowi składającemu ofertę najbardziej korzystną pod względem ekonomicznym, muszą oni wymienić te kryteria w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentacji przetargowej.

Odzwierciedlone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zaproszeniu do negocjacji) kryteria oceny ofert muszą być powiązane z przedmiotem zamówienia. W orzeczeniu C-448/01 (Wienstrom) zarzut wobec zamawiającego dotyczył tego, że kryterium oceny ofert odnosiło się do ilości energii wyprodukowanej ze źródeł odnawialnych, przekraczającej zużycie energii planowanej przez zamawiającego. Aby można było wprowadzić kryterium ilości energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych, należałoby powiązać to kryterium z ilością energii faktycznie dostarczonej zamawiającemu.

Przykładem prawidłowego stosowania Dyrektywy 2004/18 i jednocześnie umiejętnego nabywania proekologicznych (także innowacyjnych) rozwiązań jest zamówienie udzielone przez gminę Helsinki. W orzeczeniu z 17 września 2002 r., sprawa C-513/99 (Concordia Bus Finland), Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że nie każde kryterium musi mieć czysto ekonomiczną naturę. Nie można bowiem wykluczyć, że pewne czynniki o innym charakterze mogą też – z punktu widzenia zamawiającego – wpływać na wartość oferty. Trybunał powołał się tutaj m.in. na kryterium wyglądu estetycznego wymienione w obowiązujących wówczas dyrektywach oraz na art. 6 TWE dotyczący ochrony środowiska. Podkreślił jednak, że takie kryteria muszą mieć bezpośredni związek z przedmiotem zamówienia. Nie do końca jest jednak jasne, czy podmiot zamawiający może uwzględnić jedynie bezpośrednią korzyść ekonomiczną oferty dla danego zamówienia, czy też może wziąć pod uwagę korzyści dla całej gospodarki, regionu czy państwa⁵⁸⁾.

W orzeczeniu Concordia Bus Finland Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie stwierdził, że przepisy dyrektywy koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych nie zabraniają ustanawiania kryteriów wyboru oferty, które dotyczyłyby kwestii ochrony środowiska i ekologii. W omawianej sprawie Trybunał wyjaśnił, że zamawiający, który zdecydował się przyznać zamówienie temu oferentowi, który przedłoży ofertę ekonomicz-

⁵⁷⁾ A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz. Zakamycze.2006, Komentarz do art. 53.

⁵⁸⁾ Tamże.

nie najkorzystniejszą, może wziąć pod rozwagę kryteria ekologiczne, takie jak na przykład poziom zanieczyszczeń emitowanych do atmosfery lub poziom hałasu, jaki wiąże się z użytkowaniem autobusów. Dopuszczalność stosowania takich kryteriów wynika już z brzmienia przepisów dyrektywy – kryteria, jakie mogą być użyte w przypadku określenia oferty za ekonomicznie najkorzystniejszą nie mają charakteru katalogu zamkniętego, o czym świadczy użycie słów: „na przykład”. Ponadto przepisy dyrektywy dotyczące kryteriów oceny ofert nie mogą być interpretowane w sposób nakazujący podmiotom zamawiającym stosowanie jedynie kryteriów o charakterze stricte ekonomicznym⁵⁹⁾.

W tym samym orzeczeniu Trybunał zaznaczył, że zasada równego traktowania wszystkich uczestników postępowania nie wyklucza możliwości brania pod uwagę kryteriów związanych z ochroną środowiska, nawet jeśli przedsiębiorstwo związane z zamawiającym jest jednym z niewielu oferentów, którzy są w stanie przedłożyć oferty spełniające te kryteria. Takie sformułowanie musi być uznane za słuszne – skoro kryteria mają charakter obiektywny, zostały prawidłowo podane do wiadomości wszystkich uczestników, a ponadto istnieje jeszcze kilka innych przedsiębiorstw na rynku, które są w stanie przedstawić oferty z uwzględnieniem tych kryteriów, to nie może być mowy o naruszeniu zasady równego traktowania. Należy przy tym zaznaczyć, że przy uznaniu danej oferty za ekonomicznie najkorzystniejszą bierze się pod uwagę wiele różnych kryteriów o charakterze ekonomicznym i pozaekonomicznym, zatem fakt, że tylko kilku przedsiębiorców będzie w stanie przedstawić oferty satysfakcjonujące zamawiającego, na przykład w zakresie poziomu emisji spalin do atmosfery, nie oznacza dyskryminacji pozostałych, którzy mogą przedstawić oferty korzystniejsze w zakresie spełnienia pozostałych kryteriów. Zatem fakt, że jedno z przyjętych kryteriów dotyczących oferty ekonomicznie najkorzystniejszej może być spełnione przez niewielką liczbę oferentów, wśród których jest przedsiębiorstwo należące do zamawiającego sam w sobie nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania.

Ze względu na szeroki zakres zamówień, w których mogą być wykorzystane rozwiązania innowacyjne należy zwrócić uwagę na kilka głównych obszarów. Kryteria innowacyjne powinny być stosowane w tych obszarach aktywności zamawiającego, które:

- 1) pozwolą zwiększyć **efektywność** wykorzystania nabywanego produktu (usługi, technologii),
- 2) pozwolą zwiększyć **wydajność** oferowanego produktu (usługi, technologii),
- 3) pozwolą zwiększyć **dostępność** oferowanego produktu (usługi, technologii),
- 4) ograniczą **koszty eksploatacji** (korzystania) oferowanego produktu (usługi, technologii).

Kryteria oceny ofert muszą mieć obiektywny charakter, weryfikowalny za pomocą cech mierzalnych. Cechy mierzalne nie zawsze oznaczają wyrażenia ich tylko w określonych jednostkach układu miary (np. kg, tony, metry, m³). Niemniej jednak nie mogą być zupełnie dowolne i arbitralne, to znaczy zależne tylko od oceniającego. Elementem zapobiegającym arbitralności jest sprowadzenie badania cech trudno mierzalnych do wielkości liczbowych przez ustalenie odpowiedniej skali ocen punktowych tak dobranych, aby poszczególne stopnie skali odpowiadały innemu, wyraźnie rozróżnialnemu poziomowi odniesienia (funkcji, cech użytkowych itp.).

Tak skonstruowane kryteria oceny ofert będą podstawą zabiegów ze strony wykonawców dla zaofiarowania rozwiązania umożliwiającego uzyskanie jak najwyższej liczby punktów w ramach innych niż cena kryteriów oceny ofert.

Odnosnie do zmian w zakresie ważenia i znaczenia poszczególnych kryteriów wyboru oferty Trybunał Sprawiedliwości w sprawie ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc (C-331/04, orzeczenie z 24 listopada 2005 r.) orzekł, że przepisy prawa wspólnotowego nie stoją na przeszkodzie temu, by komisja przetargowa przypisała konkretną wagę ustalonym wcześniej poszczególnym podpunktom kryterium oceny, rozdzielając pomiędzy nimi

⁵⁹⁾ A. Sotysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz. Zakamycze.2006, Komentarz do art. 53.

nieokreśloną przez zamawiającego w specyfikacji lub ogłoszeniu liczbę punktów dla tego kryterium, pod warunkiem, że decyzja taka:

- nie zmienia określonych w specyfikacji technicznej lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielania zamówienia,
- nie zawiera informacji, które, jeśli byłyby znane na etapie przygotowywania ofert, mogłyby mieć wpływ na ich treść,
- nie została wydana z uwzględnieniem okoliczności, które mogłyby skutkować dyskryminacją jednego z oferentów.

2.9. Konkurs

Konkurs jest szczególną procedurą regulowaną przez ustawodawcę w art. 110–127 ustawy Pzp. Znaczenie konkursu jako instrumentu wdrażania do systemu zamówień publicznych innowacji polega na tym, że co do zasady jest dedykowany rozwiązaniom nietypowym, z reguły o charakterze twórczym.

Konkurs jest przyrzeczeniem publicznym, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyręka 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.

Uczestnikom konkursu mogą być przyznane nagrody. Wśród nagród najważniejsze znaczenie z punktu widzenia wdrożenia rozwiązań innowacyjnych ma zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych lub zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej, w celu szczegółowego opracowania pracy konkursowej. Z reguły jest to ten element procedury konkursu, który pozwala na kreowanie innowacyjnych rozwiązań.

Nagroda pieniężna lub rzeczowa stanowić ma zachętę, a po części ekwiwalent za podjęcie wysiłku przygotowania pracy konkursowej.

2.10. Zaliczki w umowach w sprawie zamówienia publicznego

Chociaż zaliczki w systemie zamówień publicznych pełnią przede wszystkim funkcję zapewnienia bieżącego finansowania wykonania zamówienia, to jednak instytucja ta może mieć istotne znaczenie dla wdrażania rozwiązań innowacyjnych. Zaliczka przede wszystkim pozwala wykonawcom ograniczyć koszty wykonania zamówienia, a w konsekwencji obniżyć cenę oferty, którą za wykonania zamówienia uiszcza zamawiający. Finansowanie przedmiotu zamówienia poprzez zaliczki z reguły jest korzystne dla zamawiającego, bo ogranicza wydatki za wykonane zamówienie i dla wykonawcy, bo ułatwia mu wywiązanie się z zobowiązania poprzez ograniczenie ryzyka związanego z brakiem środków na prefinansowanie zamówienia. Znaczenie zaliczki w przypadku zamówień na rozwiązania innowacyjne polega na tym, że rezultat, jaki ma osiągnąć wykonawca w chwili zawierania umowy jest w fazie koncepcyjnej. Innowacyjne zamówienie to zamówienie nowatorskie w stosunku do rozwiązań dostępnych w danym czasie na rynku. Z tego względu w pierwszym okresie realizacji zamówienia wykonawca ponosi zasadniczą część wydatków na zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie w praktyce. W wielu przypadkach wymaga to dużego zaangażowania kapitałowego, które dla wykonawcy może być nie do udźwignięcia. Stąd też bardzo skutecznym narzędziem zachęcającym wykonawcę do proponowania rozwiązania innowacyjnego jest przewidzenie w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia.

2.11. Zamówienia przedkomercyjne

Przyjęło się utożsamiać innowację z posunięciami w zakresie stymulowania działań prorozwojowych, tj. badań i rozwoju (B+R), jak również stymulowania edukacji, infrastruktury społeczeństwa informacyjnego oraz metod ich skutecznego wykorzystania dla celów gospodarczych. Jest to też podstawa poglądu, że innowacja stanowi dla krajów członkowskich UE podstawę trwałego wzrostu gospodarczego oraz poprawę warunków ekonomicznych i społecznych. Przyjmuje się, że polityka pomocy państwa w sferze badań i innowacji może się przyczynić do zwiększenia innowacyjności gospodarki nie tylko przez ochronę konkurencyjności rynkowej produktów, jako stymulatora innowacyjności, ale również przez ustanowienie ram ułatwiających państwu członkowskim opracowanie skutecznych form pomocy na rzecz innowacji.

System zamówień publicznych wyłącza spod zakresu swoich unormowań zamówienia w zakresie badań i rozwoju. Na mocy art. 4 pkt 3 ppkt e ustawy Pzp wyłączono z zakresu stosowania tej regulacji usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności. Ustawodawca nie zdefiniował pojęć „badanie naukowe”, „prace rozwojowe” czy „świadczenie usług badawczych”. W tym przypadku należy się posilkować definicjami tych zwrotów, zawartymi w ustawie z 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki⁶⁰.

Przez badania naukowe należy rozumieć: a) badania podstawowe – oryginalne prace badawcze eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobywania nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie praktyczne zastosowanie lub użytkowanie, b) badania stosowane – prace badawcze podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy, zorientowane przede wszystkim na zastosowanie w praktyce, c) badania przemysłowe – badania mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności w celu opracowywania nowych produktów, procesów i usług lub wprowadzania znaczących ulepszeń do istniejących produktów, procesów i usług; badania te obejmują tworzenie elementów składowych systemów złożonych, szczególnie do oceny przydatności technologii rodzajowych, z wyjątkiem prototypów objętych zakresem prac rozwojowych. W wymienionej wyżej ustawie w art. 2 pkt 4 zdefiniowano także pojęcie prace rozwojowe, przez które należy rozumieć nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej obecnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i działalności gospodarczej oraz innej wiedzy i umiejętności do planowania produkcji oraz tworzenia i projektowania nowych, zmienionych lub ulepszonych produktów, procesów i usług, w szczególności:

- a) tworzenie projektów, rysunków, planów oraz innej dokumentacji do tworzenia nowych produktów, procesów i usług, pod warunkiem, że nie są one przeznaczone do celów komercyjnych,
- b) opracowywanie prototypów o potencjalnym wykorzystaniu komercyjnym oraz projektów pilotażowych, w przypadkach, gdy prototyp stanowi końcowy produkt komercyjny, a jego produkcja wyłącznie do celów demonstracyjnych i walidacyjnych jest zbyt kosztowna; w przypadku gdy projekty pilotażowe lub demonstracyjne mają być następnie wykorzystywane do celów komercyjnych, wszelkie przychody uzyskane z tego tytułu należy odjąć od kwoty kosztów kwalifikowanych pomocy publicznej,
- c) działalność związana z produkcją eksperymentalną oraz testowaniem produktów, procesów i usług, pod warunkiem że nie są one wykorzystywane komercyjnie,

Prace rozwojowe nie obejmują rutynowych i okresowych zmian wprowadzanych do produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, istniejących usług oraz innych operacji w toku, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń.

⁶⁰ Dz. U. Nr 96, poz. 615 ze zmianami.

Ustawa z 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki nie definiuje zwrotu świadczenie usług badawczych ze względu na swój charakter opisowy. Świadczenie usług badawczych jest bowiem typem aktywności ukierunkowanej na osiągnięcie celu, jakim jest pozyskanie nowej wiedzy wykorzystywanej praktycznie do wytworzenia nowych produktów, procesów i usług lub mającej tylko charakter poznawczy.

Wyłączenie zamówień w zakresie badania i rozwoju spod reżimu ustawy Pzp ma swoje źródło w tym, że zamiar, jaki przyświeca stronom zawierającym kontrakt może nie zostać osiągnięty. Brak jest pewności, że konstytutywny element pojęcia zamówienia publicznego, jakim jest dostawa, usługa lub robota budowlana może się nie zmaterializować i nie wynika to z braku należytej staranności wykonawcy, lecz ma swoje źródło w uwarunkowaniach obiektywnych.

Mimo to zamówienia przedkomercyjne stanowią element szeroko pojętego systemu zamówień publicznych. Reguły udzielania zamówień przedkomercyjnych wyznaczają zasady, na których opiera się funkcjonowanie Unii Europejskiej to jest zasady swobody przepływu towarów, swobody **przedsiębiorczości** oraz swobody świadczenia usług, a także zasady, które się z nich wywodzą, takie jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.

Dlatego też udzielenie zamówienia w zakresie B+R wymaga odpowiedniego upublicznienia.

Ze względu na potencjalne korzyści, jakie może przynieść odpowiednio ukierunkowanie działanie w zakresie B+R, ale także ogromne ryzyko niepowodzenia zamierzenia, zamawiający musi:

- 1) zdefiniować potencjalne ryzyka przedsięwzięcia,
- 2) dokonać podziału ryzyk pomiędzy stronami umowy.

Taki schemat działania implikuje konieczność uregulowania takich kwestii jak określenie wkładu każdej ze stron umowy. W typowym przypadku po stronie zamawiającego będzie to wkład finansowy, określenie celów, udostępnienie niektórych zasobów (ekspertów, sprzęt, materiały). Po stronie wykonawcy będą to z reguły świadczenia składające się na pojęcie badania naukowego czy pracy rozwojowej, to jest:

- prace badawcze, eksperymentalne lub teoretyczne o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów, oryginalne i ukierunkowane na określone cele,
- udostępnienie sprzętu, materiałów lub innych dóbr i usług niezbędnych dla wykonania prac,
- wszelkie inne świadczenia dostępne wykonawcy i konieczne dla osiągnięcia rezultatu.

Zamówienia przedkomercyjne ze względu na ich przedmiot muszą być tak określone, żeby wyznaczyć ścieżkę działania przed wykonawcą lub zamawiającym, ale przy tym zapewnić szeroki poziom swobody wykonawcy, który dla osiągnięcia wspólnego celu może być zobligowany do podjęcia działań zupełnie nieplanowanych na etapie zawierania umowy.

Przykład

Ogłaszając nabór wniosków o dofinansowanie działalności innowacyjnej, należy określić rodzaj działalności podlegającej wsparciu, np. realizacja inwestycji technologicznej polegającej na opracowaniu nowej technologii, wdrożeniu jej w praktyce i uruchomieniu na jej podstawie produkcji nowych bądź ulepszonych towarów lub usług.

Wykonawca opracowujący nowatorską technologię oddziałującą na szerokie grupy społeczne może być zobligowany do przeprowadzenia badań opinii publicznej w ramach zamówienia przedkomercyjnego. Z tego względu konieczne jest zredagowanie szerokich uprawnień dla wykonawcy odnośnie do dopuszczalnego zakresu czynności, jakie może podjąć w celu osiągnięcia zamierzonego rezultatu. Z tym że działania te muszą być zgodne z prawem.

Równie istotnym elementem umowy jest także podział korzyści, jakie ewentualnie skuteczne zrealizowanie przedsięwzięcia może przynieść. W tym zakresie zalecane jest przyznanie wykonawcom uprawnienia do wykorzystania rezultatu zamówienia dla innych klientów. **Zastrzeganie wyników badań na wyłączność zamawiającego – poza nielicznymi wyjątkami – wydaje się działaniem znacząco ograniczającym możliwości upowszechnienia zamówień przedkomercyjnych i stworzenia z nich istotnego elementu innowacji.**

2.12. Podsumowanie

Wdrożenie innowacyjnych zamówień publicznych jest postrzegane jako jeden z filarów rozwoju krajów Unii Europejskiej. Skuteczne korzystanie z tego instrumentu wymaga jednak zupełnie innego podejścia do ryzyka związanego z osiągnięciem zamierzonych celów. W związku z tym, że zamówieniom innowacyjnym towarzyszy znaczący element niepewności co do osiągnięcia zakładanego rezultatu, zamawiający z sektora publicznego będą musieli zmienić podejście do zagadnień **efektywności wydatkowania środków publicznych** i ponoszenia przez sektor publicznych części ryzyk z tytułu nieosiągnięcia zamierzonych celów. Pamiętać jednak trzeba, że zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Rozdział 3. Elektroniczacja systemu zamówień publicznych

3.1. Zagadnienia ogólne

Jednym z elementów nowego podejścia do zamówień publicznych jest zwiększenie zastosowania instrumentów elektronicznych w systemie zamówień publicznych. Co do zasady wskazany postulat odnosić się będzie do tych aspektów systemu, które są związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Rozwój technologiczny oraz potrzeba zwiększania konkurencyjności gospodarki UE wymaga poszukiwania rozwiązań umożliwiających szybkie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a przy tym ograniczenie formalizmu procedur do niezbędnego minimum. Z tego względu Unia Europejska zmierza do podniesienia liczby zamówień publicznych, które są udzielane drogą elektroniczną. Ten postulat pozwala zwiększyć dostępność i przejrzystość systemu zamówień publicznych, ograniczyć koszty administracyjne prowadzonych postępowań, przyspieszyć procedury, zwiększyć integrację rynku wewnętrznego Unii Europejskiej poprzez ułatwienie dostępu do informacji o udzielanych zamówieniach publicznych na terenie Wspólnoty.

Zwiększenie odsetka zamówień publicznych prowadzonych lub udzielanych z zastosowaniem narzędzi elektronicznych jest możliwe o ile zamawiający w szerszym zakresie skorzystają z tych instrumentów, które system zamówień publicznych już udostępnia.

3.2. Ogłoszenia o zamówieniu

Obowiązkiem zamawiającego jest wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez między innymi zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu:

- 1) na stronie internetowej,
- 2) w Biuletynie Zamówień Publicznych,
- 3) w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Wyżej wymienione miejsca zamieszczania lub publikacji ogłoszeń o zamówieniu mają fundamentalne znaczenie dla zwiększenia dostępu do zamówień publicznych wszystkich zainteresowanych wykonawców. Wynika to z dostępności ogłoszenia o zamówieniu praktycznie z każdego miejsca na terytorium RP czy Unii Europejskiej.

Ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych zamieszcza się drogą elektroniczną za pomocą formularzy umieszczonych na stronach portalu internetowego Urzędu pod adresem www.portal.uzp.gov.pl Ogłoszenia są wprowadzane do systemu w trybie bezpośredniego połączenia internetowego za pośrednictwem wykorzystywanej przez użytkowników przeglądarki internetowej. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszcza zamawiający po wyborze odpowiedniego polecenia na formularzu elektronicznym i bezpośrednio po tej czynności treść ogłoszenia jest dostępna dla wykonawców. Dla wykonawców zostały stworzone narzędzia umożliwiające poszukiwanie interesujących ich ogłoszeń po wprowadzeniu w wyszukiwarce określonych elementów.

Niezwykle ważnym dla wykonawców ułatwieniem w uzyskiwaniu informacji dotyczących ogłoszeń o zamówieniu jest usługa powiadamiania wykonawców o publikacji ogłoszeń według określonych przez nich kryteriów. Ogranicza to konieczność czasochłonnego poszukiwania interesujących wykonawcę ogłoszeń oraz eliminuje koszty zlecenia tego typu usług innym podmiotom w odniesieniu do zamówień podprogowych.

Natomiast ogłoszenia przewidziane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej przekazuje się drogą elektroniczną jako jednym z kilku dostępnych środków komunikacji. Przekazanie drogą elektroniczną odbywa się zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do Dyrektywy 2004/18 albo w ust. 3 załącznika XX do Dyrektywy 2004/17. Ogłoszenia o zamówieniu oraz inne ogłoszenia są zamieszczane na stronie internetowej <http://simap.europa.pl> lub poprzez formularze on-line dostępne w ramach e-Notice.

Zamieszczanie ogłoszeń na stronie internetowej i w Biuletynie Zamówień Publicznych odbywa się drogą elektroniczną z mocy prawa. Zamawiający ogłoszenia o zamówieniu przewidziane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej powinni przekazywać drogą elektroniczną, bowiem przyspiesza to moment ich publikacji, a ponadto pozwala zamawiającemu na skrócenie terminu składania ofert. Dostępne w tym zakresie dane za 2011 r. pokazują, że 98% wszystkich ogłoszeń przekazywanych do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej przez polskich zamawiających było przekazywane za pomocą formularzy elektronicznych.

3.3. Zamieszczanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej

Zwiększeniu stopnia wykorzystania narzędzi elektronicznych w systemie zamówień publicznych znacznie pomogłoby zamieszczanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej w takich trybach, jak:

- 1) przetarg ograniczony,
- 2) negocjacje z ogłoszeniem.

Zgodnie z art. 42 ust. 1 ustawy Pzp specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert.

3.4. Sposób porozumiewania się zamawiającego i wykonawców

W myśl art. 27 ust. 1 ustawy Pzp oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują sobie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z wyborem zamawiającego. Jedną z dopuszczalnych metod porozumiewania się jest droga elektroniczna. Upowszechnienie elektronicznych dróg porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami może się odbywać poprzez dopuszczenie tej drogi komunikacji jako drogi podstawowej. Zastrzec należy tylko, że nie każda czynność może być wykonana drogą elektroniczną. W odniesieniu bowiem do czynności złożenia oferty lub zawarcia umowy konieczna jest forma pisemna pod sankcją nieważności. W przypadku składania oferty ustawodawca na równi z formą pisemną **dopuszcza jednak złożenie** oferty w postaci elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Przy czym w tym przypadku konieczna jest zgoda zamawiającego. Biorąc pod uwagę fakt, że wielu zamawiających ma techniczne możliwości odbioru i odczytania oferty w postaci elektronicznej, zalecane jest korzystanie z tego uprawnienia.

3.5. Tryb licytacji elektronicznej

Tryb licytacji elektronicznej jest trybem, którego zastosowanie do udzielenia zamówienia publicznego wymaga spełnienia wskazanych przez ustawodawcę okoliczności.

Licytacja elektroniczna to tryb udzielenia zamówienia, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połą-

czenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji.

Tryb licytacji elektronicznej nie jest jak dotychczas przewidziany przez ustawodawcę europejskiego jako odrębny tryb udzielania zamówień. Z tego względu jest to tryb obecnie stosowany tylko w odniesieniu do zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Poza tym kryterium ustawodawca wprost nie wprowadza żadnych innych ograniczeń odnośnie do stosowania trybu licytacji elektronicznej i pozwala ją stosować zarówno na dostawy, usługi, jak i roboty budowlane. Tryb licytacji elektronicznej jest trybem otwartym dla wszystkich zainteresowanych wykonawców bez względu na kraj pochodzenia.

W związku z tym, że składanie ofert odbywa się za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej istotnym elementem ogłoszenia o zamówieniu zamieszczanego w Biuletynie Zamówień Publicznych, na swojej stronie internetowej oraz stronie, na której będzie prowadzona licytacja jest wskazanie informacji dotyczących:

- 1) wymagań związanych z rejestracją i identyfikacją wykonawców, w tym wymagań technicznych urządzeń informatycznych;
- 2) sposobu postępowania w toku licytacji elektronicznej, w szczególności określenie minimalnych wysokości postąpień;
- 3) liczby etapów licytacji elektronicznej i czasu ich trwania;
- 4) terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej;
- 5) terminu otwarcia oraz terminu i warunków zamknięcia licytacji elektronicznej;
- 6) adresu strony internetowej, na której będzie prowadzona licytacja elektroniczna.

Zamawiający dopuszcza do udziału w licytacji elektronicznej i zaprasza do składania ofert wszystkich wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, określając w zaproszeniu termin związania ofertą wykonawcy, który zaoferuje najniższą cenę. Odmienność trybu licytacji elektronicznej od innych trybów polega m.in. na tym, że w tym trybie wykonawcy mogą składać kilka ofert. Z tego względu nie mają tu zastosowania regulacje dotyczące składania czy otwarcia ofert, poprawiania omyłek itp. W art. 76 ust. 3 ustawy Pzp przyznano zamawiającemu uprawnienie do żądania wniesienia wadium nie później niż przed upływem terminu otwarcia licytacji elektronicznej. Reguły dotyczące wyznaczania kwoty wadium, formy wniesienia wadium oraz zwrotu i zatrzymania wadium stosuje się analogicznie jak w przypadku innych trybów.

Zamawiający otwiera licytację elektroniczną w terminie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 5 dni od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert. Zarówno zamawiający, jak i wykonawcy od momentu otwarcia do momentu zamknięcia licytacji przekazują wnioski, oświadczenia i inne informacje drogą elektroniczną. Także ofertę składa się w postaci elektronicznej. Oferty składane przez wykonawców podlegają automatycznej klasyfikacji na podstawie ceny. Oferta złożona w toku licytacji przestaje wiązać, gdy inny wykonawca złożył ofertę korzystniejszą.

Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu uzyskują na równych warunkach informację o cenach zaoferowanych przez konkurentów i mogą na bieżąco poprawiać warunki swojej oferty. W związku z tym, że zamówienia w trybie licytacji elektronicznej udziela się wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę, możliwość poprawienia oferty odnosi się tylko do ceny. Licytacja elektroniczna może być jednoetapowa albo wieloetapowa. Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu, że po zakończeniu każdego etapu licytacji elektronicznej nie zakwalifikuje do następnego etapu licytacji elektronicznej tych wykonawców, którzy nie złożyli nowych postąpień, informując ich o tym niezwłocznie. Wymusza to na wykonawcach aktywny udział w licytacji. W toku każdego etapu licytacji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje wszystkim wykonawcom informacje o pozycji złożonych przez nich ofert, liczbie wykonawców biorących udział w każdym z etapów licytacji elek-

tronicznej, a także o cenach złożonych przez nich ofert, z tym że do momentu zamknięcia licytacji elektronicznej nie ujawnia informacji umożliwiających identyfikację wykonawców.

Tak określony sposób przebiegu postępowania sprawia, że w trybie licytacji elektronicznej zamawiający może uzyskać znacznie niższe ceny ofert niż to ma miejsce w postępowaniach prowadzonych w innych trybach. Jest to też tryb niezwykle przejrzysty, bowiem wszystkie informacje od otwarcia licytacji elektronicznej są niezwłocznie udostępniane wszystkim wykonawcom na równych zasadach.

Zamawiający zamyka licytację elektroniczną w terminie określonym w ogłoszeniu, jeżeli w ustalonym w ogłoszeniu okresie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia lub po zakończeniu ostatniego, ustalonego w ogłoszeniu etapu. Bezpośrednio po zamknięciu licytacji elektronicznej zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano.

Mimo tych niewątpliwych zalet trybu licytacji elektronicznej jest to tryb, który w 2010 r. został zastosowany tylko w 0,16% wszystkich prowadzonych postępowań, zaś w 2011 r. w zaledwie 0,15% wszystkich prowadzonych postępowań.

Podstawową platformą, na której zamawiający prowadzą licytacje elektroniczne jest Platforma Licytacji Elektronicznych Urzędu Zamówień Publicznych zlokalizowana na portalu <http://licytacje.uzp.gov.pl>, na której w 2010 r. przeprowadzono 290 licytacji elektronicznych, zaś w 2011 r. 280 licytacji.

3.6. Aukcja elektroniczna

Ustawodawca w art. 91a–91c ustawy Pzp wprowadził do systemu instytucję aukcji elektronicznej rozumianej, jako „dogrywkę” na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Dotyczy to postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zastosowanie aukcji elektronicznej musi być poprzedzone zamieszczeniem informacji o przewidywanej aukcji elektronicznej w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp). W specyfikacji należy w takim przypadku podać:

- a) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej,
- b) wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń informatycznych,
- c) informację, które spośród kryteriów oceny ofert będą stosowane w toku aukcji elektronicznej.

Warunkiem koniecznym przeprowadzenia aukcji jest złożenie co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu i do udziału w aukcji zaprasza się drogą elektroniczną wyłącznie wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej. W zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej informuje się wykonawców o pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji, minimalnych wartościach postąpień składanych w toku aukcji elektronicznej, terminie otwarcia aukcji elektronicznej, terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej oraz sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej powinien obejmować przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej.

Wykonawcy powinni mieć co najmniej 2 dni robocze na przygotowanie się do aukcji liczone od dnia przekazania zaproszenia drogą elektroniczną. Aukcja jest procedurą jednoetapową.

Składanie ofert w toku aukcji elektronicznej odbywa się za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną.

Czynność oceny ofert w toku aukcji elektronicznej następuje automatycznie bez ingerencji zamawiającego. Aukcja elektroniczna, analogicznie jak czynność składania ofert, obejmuje czynności wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Istota aukcji polega na tym, że wykonawcy składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Na tym opiera się główna zaleta aukcji elektronicznej, która pozwala zamawiającemu uzyskać korzystniejsze warunki wykonania zamówienia (np. w zakresie ceny, terminu realizacji, warunków gwarancji) w stosunku do pierwotnych warunków zaproponowanych przez wykonawców w ofercie. W trakcie aukcji elektronicznej wykonawcy mają prawo uzyskiwać na bieżąco informacje o pozycji złożonej przez siebie oferty, otrzymanej punktacji i punktacji najkorzystniejszej oferty. Umożliwia im to podejmowanie decyzji odnośnie do składania kolejnych, korzystniejszych propozycji zrealizowania zamówienia. Warunkiem koniecznym złożenia ważnej oferty w toku aukcji elektronicznej jest jej opatrzenie bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Ze względu na automatyzm przeliczania punktów w toku składania kolejnych ofert możliwe jest składanie postąpień w odniesieniu do tych elementów świadczenia, które pozwalają się kwantyfikować. Choć jest to pewien mankament tej procedury, nie zmienia to jednak pozytywnej oceny tej instytucji dla zamawiających.

Aukcja elektroniczna pozwala znacząco obniżyć wysokość zobowiązań finansowych zamawiających z tytułu wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, a także pozwala poprawić propozycje zawarte w ofertach w odniesieniu do innych niż wynagrodzenie elementów.

Obniżenie ceny oferty w toku aukcji elektronicznej podlega weryfikacji pod względem tego, czy nie jest to oferta rażąco niska. W wyroku KIO z 7 lutego 2012 r.⁶¹⁾ podkreślono, że prowadzenie aukcji elektronicznej nie stoi na przeszkodzie zweryfikowaniu ofert pod kątem rażąco niskiej ceny ofert złożonych w trakcie aukcji, a w dalszej konsekwencji ewentualnemu ich odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wyłączenie w art. 91c ust. 1 ustawy Pzp w stosowania przepisu między innymi art. 89 p.z.p. dotyczy jedynie toku aukcji, kiedy składane są postąpienia, podlegające automatycznej ocenie według ustalonego w zaproszeniu sposobu przeliczania postąpień na punktową ocenę oferty. W toku aukcji zamawiający nie ma praktycznie żadnej możliwości weryfikowania ofert, co jednak nie oznacza, iż został pozbawiony możliwości odrzucenia ofert złożonych w trakcie aukcji po jej zamknięciu. Zamknięcie aukcji nie oznacza automatycznie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a jedynie wskazuje na koniec procesu składania postąpień.

Zalety aukcji elektronicznej znalazły odzwierciedlenie w znacząco szerszym stosowaniu tej instytucji niż trybu licytacji elektronicznej. W roku 2010 r. zostały w Biuletynie Zamówień Publicznych zamieszczone 562 ogłoszenia o postępowaniach, w których została przewidziana aukcja elektroniczna. Natomiast w roku 2011 w BZP zamieszczono 807 ogłoszeń dotyczących postępowań kończących się aukcją elektroniczną.

Stosowanie aukcji elektronicznej może przynieść znaczące oszczędności zamawiającym, bowiem podobnie jak w przypadku licytacji elektronicznej wykonawcy uczestniczący w postępowaniu uzyskują na równych warunkach informację o cenach zaoferowanych przez konkurentów i mogą na bieżąco poprawiać wa-

⁶¹⁾ KIO 138/12.

runki swojej oferty. Z dostępnych danych wynika, że obniżenie zaofertowanych przez wykonawców cen może wynosić ok. 10–20%.

3.7. Dynamiczny system zakupów

Przepisy Dyrektywy 2004/18 umożliwiają stosowanie dynamicznych systemów zakupów. Zgodnie z art. 33 ww. Dyrektywy w celu utworzenia dynamicznego systemu zakupów instytucje zamawiające przestrzegają zasad procedury otwartej na wszystkich etapach aż do udzielenia zamówień w ramach tego systemu. Wszyscy oferenci, którzy spełniają kryteria kwalifikacji i przedstawili ofertę orientacyjną zgodną ze specyfikacją i wszelkie dokumenty dodatkowe, dopuszczani są do udziału w systemie. Oferty orientacyjne mogą być ulepszone w dowolnym momencie, pod warunkiem że pozostają zgodne ze specyfikacją.

Na potrzeby utworzenia systemu oraz udzielania zamówień w ramach systemu instytucje zamawiające korzystają wyłącznie ze środków elektronicznych. Wybrane środki komunikacji muszą być ogólnie dostępne i nie mogą ograniczać dostępu wykonawców do procedury. Komunikacja, wymiana i przechowywanie informacji muszą odbywać się w sposób zapewniający integralność danych oraz poufność ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału, jak również to, że instytucje zamawiające zapoznają się z treścią ofert i wniosków jedynie po upływie terminu przeznaczanego na ich składanie. Narzędzia wykorzystywane do celów komunikacji za pośrednictwem środków elektronicznych, jak również ich właściwości techniczne muszą mieć charakter niedyskryminacyjny, ogólnodostępny i kompatybilny z technologiami informatycznymi i komunikacyjnymi będącymi w powszechnym użyciu.

Wskazane wyżej uregulowania wiążą także zamawiającego, który w oparciu o regulacje zawarte w art. 102–109 ustawy Pzp ustanawia dynamiczny system zakupów.

Dynamiczny system zakupów jest procedurą szczególną pozwalającą udzielać zamówień publicznych zgodnie z wyżej wymienionymi przepisami i z uwzględnieniem regulacji dotyczących przetargu nieograniczonego. System ten może być ustanawiany co do zasady na okres do 4 lat, przy czym w razie zaistnienia szczególnego interesu zamawiającego system ten może być stosowany na okres dłuższy. Wymaga to jednak zawiadomienia Prezesa UZP.

Zgodnie z art. 103 ustawy Pzp w postępowaniu prowadzonym w celu ustanowienia dynamicznego systemu zakupów oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów zamawiający i wykonawcy przekazują oświadczenia, dokumenty, wnioski, zawiadomienia, zaproszenia i inne informacje drogą elektroniczną. Także oferty pod sankcją nieważności składa się w postaci elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Wykonawcy przystępują do dynamicznego systemu zakupów poprzez złożenie oferty orientacyjnej. Mogą to uczynić przez cały okres trwania systemu. Wraz z ofertą orientacyjną wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, również te dokumenty.

W odróżnieniu od ofert składanych w „zwykłych postępowaniach” oferta orientacyjna może być w każdym czasie uaktualniona poprzez złożenie nowej oferty orientacyjnej. Oferta orientacyjna podlega ocenie przez zamawiającego w terminie nie dłuższym niż 15 dni od dnia jej otrzymania. Po ocenie oferty orientacyjnej zamawiający dopuszcza ją do udziału w dynamicznym systemie zakupów albo odmawia dopuszczenia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów poprzedza ogłoszenie zamieszczone na stronie internetowej oznaczone jako uproszczone ogłoszenie o zamówieniu. Uproszczone ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej: termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego ustanowienia dynamicznego systemu zakupów, nazwę (firmę) zamawiającego, określenie przedmiotu zamówienia oraz wielkość lub zakres zamówienia, adres strony internetowej, na której jest udostępniona specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz informacje wymagane przepisami ustawy Pzp, a także termin składania ofert orientacyjnych. W odpowiedzi na uproszczone ogłoszenie o zamówieniu wykonawca, który dotychczas nie był dopuszczony do udziału w dynamicznym systemie zakupów, składa ofertę orientacyjną w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, nie krótszym niż 15 dni od dnia zamieszczenia tego ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Niezwłocznie po zakończeniu oceny ofert orientacyjnych zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów, zapraszając do składania ofert wszystkich wykonawców dopuszczonych do tego systemu. Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. Oferty składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów ocenia się wyłącznie na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W 2010 r. zostało ustanowionych tylko 16 dynamicznych systemów zakupów, a w 2011 r. jedynie 15. Co więcej dynamiczny system zakupów jest także rzadko stosowany przez zamawiających z innych państw członkowskich Unii Europejskiej. Podstawową barierą stosowania tej procedury przy udzielaniu zamówień publicznych jest jej stosunkowo duża czasochłonność i złożoność procedury.

3.8. Podsumowanie

Zwiększenie instrumentów elektronicznych w procesie udzielania zamówień publicznych pozwala:

- 1) ograniczyć koszty administracyjne przygotowania i prowadzenia postępowań po stronie zamawiającego,
- 2) przyspieszyć i uprościć postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 3) ograniczyć wymagania i koszty związane z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego,
- 4) zwiększyć przejrzystość i konkurencyjność procedur,
- 5) zapewnić szerszy dostęp wykonawców do rynku zamówień publicznych bez względu na jego położenie szczególnie w przypadku MSP,
- 6) stymulować rozwój technologii elektronicznych.

W konsekwencji upowszechnienie instrumentów elektronicznych umożliwi zwiększenie efektywności prowadzonych postępowań poprzez uzyskanie lepszych warunków wykonania umowy (np. ceny, terminu realizacji, długości i warunków gwarancji) w stosunku do postępowań niezawierających elementu konkurencji w toku bezpośredniej konfrontacji zmieniających „na żywo” ofert (np. licytacja, aukcja, dynamiczny system zakupów),

Zdynamizowanie procesu komunikacji między zamawiającym a wykonawcami w zasadniczy sposób umożliwi przyspieszenie przebiegu postępowania (np. przekazywanie ogłoszeń o zamówieniu drogą elektroniczną w trybie przetargu nieograniczonego, przekazywanie zawiadomień, informacji, oświadczeń drogą elektroniczną).

Wdrożenie tych instrumentów pozwoli zwiększyć skuteczność i konkurencję prowadzonych postępowań oraz umożliwi zwiększenie dostępu do zamówień dla większej liczby wykonawców.

Rozdział 4. Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych

4.1. Zagadnienia ogólne

Przez „społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne” (dalej SOZP) rozumie się zamówienia, w których ramach bierze się pod uwagę co najmniej jeden z następujących aspektów:

- możliwość zatrudnienia,
- godną pracę,
- zgodność z prawami społecznymi i przepisami prawa pracy,
- integrację społeczną, w tym integrację osób niepełnosprawnych,
- równość szans,
- dostępność, projektowanie dla wszystkich,
- uwzględnianie kryteriów zrównoważonego rozwoju oraz szerszego dobrowolnego przestrzegania zasad społecznej odpowiedzialności biznesu (corporate social responsibility – CSR)⁶²⁾.

Uwzględnienie wyżej wymienionych aspektów, jak również zasad ujętych w Traktacie Unii Europejskiej i dyrektywach dotyczących zamówień publicznych ma umożliwić trwałą, zaawansowaną i zrównoważoną rozwój, a przy tym osiągnięcie także aspektów społecznych UE. Wiele wskazuje na to, że wdrażanie SOZP w systemie zamówień publicznych zawiera komunikat interpretacyjny Komisji Europejskiej z 15 października 2001 r., w którym określono zapewniane przez prawo wspólnotowe możliwości wbudowania kwestii społecznych w procedury udzielania zamówień publicznych⁶³⁾.

Uwzględnianie aspektów społecznych w zamówieniach publicznych jest możliwe tylko w ograniczonym zakresie i pod warunkiem ustanawiania przez zamawiających kryteriów udzielania zamówień związanych z przedmiotem zamówienia, nieprzynajmniej zamawiającym nieograniczonej swobody wyboru, wyraźnie określonych i zgodnych z zasadami, o których mowa w motywie 2 Dyrektywy 2004/18. Fundamentalnymi zasadami Traktatu są zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasady, które się z nich wywodzą, takie jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Wszystkie przepisy dyrektywy służące koordynacji procedur muszą być interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami Traktatu.

Stąd też wdrożenie kwestii społecznych w zamówieniach publicznych możliwe jest tylko w ograniczonym zakresie i pod warunkiem, że nie narusza to podstawowych zasad systemu zamówień publicznych. Trybunał w orzeczeniu z 20.03.1990 r. w sprawie C-21/88 (Du Pont) dotyczącym wspierania rozwoju regionalnego poprzez zamówienia publiczne polegającym na zlecaniu części zamówienia wykonawcom lokalnym z użyciem surowców i produktów lokalnych, stwierdził, że system zamówień publicznych, który faworyzuje towary wytworzone w określonym regionie państwa członkowskiego, skutkuje dyskryminacją produktów z innych państw członkowskich, co narusza normalny handel w obrębie Wspólnoty i jest sprzeczny z przepisami Traktatu gwarantującymi swobodny przepływ towarów. Zdaniem Trybunału nawet realizacja celów

⁶²⁾ Patrz: Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych. Unia Europejska. 2011, s. 7.

⁶³⁾ Komunikat interpretacyjny Komisji w sprawie prawa wspólnotowego odnoszącego się do zamówień publicznych oraz możliwości uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych, KOM (2001) 566. Wersja z 15.10.2001 r.

usprawiedliwionych Traktatem (wspieranie regionu słabiej rozwiniętego) nie może pozbawić skuteczności podstawowej zasady swobody przepływu towarów i ograniczać dostępu do zamówień⁶⁴.

Z kolei w orzeczeniu z 03.06.1992 r. w sprawie C-360/89 Trybunał stwierdził, że preferowanie przy udzieleniu zamówień publicznych firm mających siedzibę w regionie objętym preferencjami jest dyskryminacją firm z innych krajów członkowskich i stanowi naruszenie zasady swobody świadczenia usług⁶⁵.

Choć obydwa orzeczenia odnosiły się do dyrektyw, których postanowienia zostały zmodyfikowane przez unormowania Dyrektywy 2004/18, niemniej jednak podstawowe tezy zabraniające zamawiającym wdrażanie aspektów społecznych w zamówieniach publicznych z naruszeniem podstawowych zasad traktatowych i zasad udzielania zamówień publicznych zachowały w pełni swoją aktualność.

4.2. Wdrażanie kwestii społecznych na etapie przygotowania postępowania

Ze względu na stosunkowo szeroki katalog aspektów społecznych, które mogą być uwzględnione w postępowaniach o zamówienie publiczne zamawiający musi każdorazowo indywidualnie ocenić możliwość ich zastosowania, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, uwarunkowania prawne i faktyczne jego realizacji oraz cel udzielenia zamówienia. W wyroku z 9 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2758/11, LEX) skład orzekający KIO podkreślił, że należy przyznać zamawiającemu uprawnienie do takiego ukształtowania postępowania, które będzie czynić zadość jego uzasadnionym potrzebom. Etapem postępowaniu, w którym poszczególne kwestie społeczne mogą być uwzględniane w najszerszym zakresie jest przygotowanie postępowania. Co więcej niektóre aspekty społeczne mogą być skutecznie i wiążąco określone tylko na tym etapie postępowania.

Przykład

Nalożenie na wykonawcę wymagania zatrudnienia osób niepełnosprawnych jest możliwe w opisie przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wprowadzenie tego obowiązku w trakcie wykonywania umowy jest działaniem naruszającym zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców.

Faza przygotowania postępowania to kluczowy moment podjęcia decyzji dotyczącej wprowadzenia poszczególnych instrumentów **SOZP do zamówienia publicznego**. Rozstrzygnięcia zamawiającego podjęte na tym etapie postępowania implikują dalsze konsekwencje na etapie prowadzenia postępowania, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, badania i oceny ofert, a ostatecznie rzutują na wybór oferty najkorzystniejszej i umowę w sprawie zamówienia publicznego.

4.2.1. Określenie i opis przedmiotu zamówienia

Dopuszczalność ujęcia kwestii społecznych przy formułowaniu przedmiotu zamówienia została wprost wskazana w przepisach Dyrektywy 2004/18. Zamawiający, określając i opisując przedmiot zamówienia, jak również precyzując wymagania dodatkowe musi brać pod uwagę specyfikę poszczególnych aspektów społecznych.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 Dyrektywy 2004/18 specyfikacje techniczne, o których mowa w pkt 1 załącznika VI, zamieszczane są w dokumentacji zamówienia obejmującej ogłoszenia o zamówieniu, dokumenty zamówienia lub dokumenty dodatkowe. O ile jest to możliwe, specyfikację tę należy definiować z uwzględnieniem kryteriów dostępności dla osób niepełnosprawnych lub przeznaczenia dla wszystkich użytkowników.

⁶⁴ Patrz w: D. Piasta (red.), *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Część II, UZP 2000, s. 93–94.

⁶⁵ Tamże, s. 135–136.

W ustawie Pzp wprost nie nałożono na zamawiających obowiązku uwzględniania wymagań dotyczących dostępności przedmiotu zamówienia dla osób niepełnosprawnych lub przeznaczenia dla wszystkich użytkowników. Wynika to jednak z generalnej zasady wyrażonej w art. 15 ust. 1 ustawy Pzp, który przyznaje zamawiającemu uprawnienie do przygotowania lub przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego mieści się też kompetencja do opisanego przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wyżej wymienionych wymagań.

Przykład

Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na wykonanie robót budowlanych za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, a jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

Opis przedmiotu zamówienia uwzględniać musi nie tylko regulacje wynikające z przepisów ustawy Pzp, w tym art. 7 oraz art. 29–30 ustawy Pzp, ale także unormowania Prawa budowlanego i aktów wykonawczych do tej ustawy. Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane obiekt budowlany wraz ze związanymi z nim urządzeniami budowlanymi należy, biorąc pod uwagę przewidywany okres użytkowania, projektować i budować w sposób określony w przepisach, w tym techniczno-budowlanych oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, zapewniając niezbędne warunki do korzystania z obiektów użyteczności publicznej i mieszkaniowego budownictwa wielorodzinnego przez osoby niepełnosprawne, w szczególności poruszające się na wózkach inwalidzkich. Ogólna reguła przytoczona powyżej znajduje swoje uszczegółowienie w przepisach wykonawczych, wśród których należy wskazać między innymi rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690 ze zmianami). Przepisy tego aktu prawnego w zakresie rozwiązań uwzględniających potrzeby osób niepełnosprawnych doprecyzowują niektóre wymogi. Do regulacji rozporządzenia odnoszących się do tej kwestii należy zaliczyć zagadnienia dotyczące: 1) dojść do budynków, 2) wejść do budynków, 3) miejsc postojowych dla samochodów osobowych oraz garażów, 4) ogrodzeń, 5) urządzeń dźwigowych, 6) schodów i pochylni czy 7) pomieszczeń higieniczno-sanitarnych.

Dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz program funkcjonalno-użytkowy powinny umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do informacji o zamówieniu i nie mogą powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Znaczna liczba przepisów regulujących sposób wykonania robót budowlanych sprawia, że uwzględnienie aspektów społecznych, w szczególności dotyczących dostępności obiektów budowlanych dla osób niepełnosprawnych odbywa się z woli ustawodawcy. W odniesieniu do zamówień na dostawy lub usługi poziom interwencji prawodawcy jest znacząco mniejszy. Co nie oznacza, że promowanie produktów czy usług dostępnych dla tej kategorii obywateli jest niemożliwe.

Przykład dopuszczalnych działań

Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia na zapewnienie usług transportu publicznego może żądać zapewnienia transportu umożliwiającego dostęp do usługi osobom niepełnosprawnym ruchowo.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp 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. Jednocześnie zakazane jest opisanie przedmiotu zamówienia

w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazane regulacje odnoszą się do wszystkich opracowań składających się na dokumentację zamówienia. Na gruncie Dyrektywy 2004/18 w ramach dokumentacji zamówienia wyodrębnia się różne opracowania, w tym między innymi „specyfikacje techniczne”, ogłoszenie o zamówieniu czy dokumenty dodatkowe. Ma to istotne znaczenie, gdyż niektóre wymagania składające się na aspekty społeczne będą raczej uwzględniane w opisie cech technicznych czy jakościowych przedmiotu zamówienia (zgodnie z terminologią Dyrektywy 2004/18 w „specyfikacji technicznej”), inne zaś będą ujęte w wymaganiach dotyczących sposobu wykonania zamówienia (tzw. klauzule dotyczące wykonania zamówienia). Ustawodawca europejski wyraźnie podkreśla to w motywie 30 Dyrektywy 2004/18, wskazując, że zgodnie ze zwyczajem panującym w państwach członkowskich informacje dodatkowe dotyczące zamówień muszą zostać ujęte w dokumentacji każdego zamówienia lub w innym, równoważnym dokumencie.

Przykład

Kwestie społeczne dotyczące np.:

- 1) utworzenia funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, w którym wpłaty pracodawców stanowić będą określoną krotność (np. co najmniej trzykrotności) najniższej wpłaty określonej w tych przepisach lub
- 2) zwiększenia wpłat pracodawców na rzecz funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, do wysokości, określonej krotności (np. co najmniej trzykrotności) najniższej wpłaty
– należy umieszczać w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odzwierciedlać we wzorze umowy albo ogólnych warunkach umowy, albo istotnych postanowieniach, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy, stanowiących element składowy specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast wymagania dotyczące np. dostępności obiektu budowlanego dla osób niepełnosprawnych ruchowo powinny znaleźć odzwierciedlenie w dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych albo w programie funkcjonalno-użytkowym.

Opisując przedmiot zamówienia, w którym zamawiający zamierza uwzględnić kwestie społeczne, zamawiający musi zadbać, aby były powiązane z dostawami, usługami lub robotami budowlanymi stanowiącymi przedmiot zamówienia. Jednocześnie obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie, aby opis przedmiotu zamówienia nie utrudniał lub nie ograniczał dostępu do rynku zamówień publicznych.

W orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości z 05.10.2000 r. w sprawie C-16/98⁶⁶⁾ podkreślono, że zasada niedyskryminacji obowiązuje na wszystkich etapach postępowania przetargowego, a nie tylko od momentu, gdy wykonawca składa ofertę. (...) celem dyrektywy jest otwarcie zamówień publicznych (...) na konkurencję wspólnotową. Ten cel byłby zagrożony, gdyby zamawiający mógł prowadzić procedurę przetargową w taki sposób, że wykonawcy z innych państw członkowskich byłiby zniechęceni do udziału w tym postępowaniu.

W kontekście uwzględniania aspektów społecznych w prowadzonych postępowaniach o zamówienie publiczne i związanych z tym ograniczeń istotne znaczenie mają konkluzje Trybunału Sprawiedliwości poczynione w orzeczeniu z 04.12.2003 r. w sprawie C-448/01 (Wienstrom)⁶⁷⁾. Choć orzeczenie odnosiło się do środowiskowych kryteriów udzielania zamówień publicznych, to tezy wyroku mają w pełni zastosowanie także do

⁶⁶⁾ Patrz w: M. Lemke (red.), *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi dostawy i roboty budowlane*. Wyd. II, UZP 2001, s. 117).

⁶⁷⁾ Patrz w: „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” grudzień 2003, także: *Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych*. Unia Europejska 2011. s. 39–40.

społecznych kryteriów udzielenia zamówienia⁶⁸). W sprawie Wienstrom TSUE orzekł, że w przetargu na dostawy energii kryterium odnoszące się jedynie do ilości energii wyprodukowanej ze źródeł odnawialnych przekraczającej oczekiwane zużycie energii przez instytucję zamawiającą (co było przedmiotem zamówienia) nie mogło być uznane za powiązane z przedmiotem zamówienia. Aby wprowadzić takie powiązanie z przedmiotem zamówienia, kryterium odnoszące się do zużycia energii wyprodukowanej ze źródeł odnawialnych powinno odnosić się tylko do energii faktycznie dostarczonej instytucji zamawiającej.

Zamawiający jest zobowiązany zapewnić wykonawcom równe szanse. Kryteria udzielenia zamówienia muszą być sformułowane w taki sposób, aby wszyscy dobrze poinformowani oferenci interpretowali wymagania zamawiającego w taki sam sposób. Jak zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości, jasność i wymierność kryteriów udzielania zamówienia sprowadza się do tego, że instytucja zamawiająca może formułować jedynie takie kryteria, które będą mogły posłużyć za faktyczną podstawę do weryfikacji informacji dostarczonych przez wykonawców.

Przykład działań niedopuszczalnych

W przypadku zamówienia na roboty budowlane, którego przedmiotem było zbudowanie szkoły, kryterium udzielenia zamówienia oparte na tym, ile pieniędzy wykonawca przekaże społeczności lokalnej poza zamówieniem jest prawnie niedopuszczalne, gdyż nie jest powiązane z przedmiotem zamówienia.

Każdorazowo opis wymagań uwzględniający aspekty społeczne w danym zamówieniu publicznym musi jasno zdefiniować potrzeby zamawiającego czy też przyszłych użytkowników przedmiotu zamówienia.

Przykład dopuszczalnych działań

Przy określaniu wymagań dotyczących dostawy pojazdów pasażerskiego transportu publicznego zamawiający może zażądać, aby wykonawca dostarczył pojazdy umożliwiające osobom niepełnosprawnym ruchowo: a) wejście do środka transportu, w którym ma być dokonywany przewóz, b) jazdę środkiem transportu w sposób zapewniający ochronę zdrowia oraz życia, c) odpowiednią wygodę osobom z niepełnosprawnością, d) wyjście ze środka transportu.

Można także zażądać, aby w dostarczonych pojazdach były zastosowane środki techniczne, które umożliwiają osobie głuchej lub niewidomej łatwe uzyskanie informacji odnośnie do przebiegu odbywanego przewozu, bez potrzeby skorzystania z pomocy innych pasażerów.

Wskazane wyżej rozważania są istotne z punktu widzenia prawidłowej praktyki przy korzystaniu przez zamawiającego z uprawnień wynikających z treści art. 29 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia dotyczące:

- 1) zatrudnienia osób:
 - a) bezrobotnych lub młodocianych w celu przygotowania zawodowego, o których mowa w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
 - b) niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,
 - c) innych niż określone w lit. a lub b, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym

– lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego;

⁶⁸) Patrz: Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych. Unia Europejska 2011. s. 39–40.

- 2) utworzenia funduszu szkoleniowego w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, w którym wpłaty pracodawców stanowić będą co najmniej czterokrotność najniższej wpłaty określonej w tych przepisach;
- 3) zwiększenia wpłat pracodawców na rzecz funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, do wysokości określonej w pkt 2.

Z treści art. 29 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że zamawiający „może” skorzystać z uprawnienia, o którym mowa w tym przepisie, ale nie jest do tego zobowiązany.

Wymagania dotyczące np. zatrudnienia osób bezrobotnych powinny być powiązane z dostawą, usługą lub robotą budowlaną, stanowiącą przedmiot zamówienia. Muszą być sformułowane jasno i wyraźnie tak, aby były interpretowane identycznie przez wszystkich wykonawców.

Określenie przez zamawiającego oczekiwań, o których mowa w art. 29 ust. 4 ustawy Pzp nie może naruszać podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców, zasady uczciwej konkurencji czy zasady przejrzystości.

Artykuł 26 Dyrektywy 2004/18 umożliwia zamawiającym określenie wymagań szczególnych, w tym dotyczących względów społecznych, związanych z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z przepisami prawnymi Wspólnoty oraz zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach.

Jak podkreślono w Zaleceniach Ministra Rozwoju Regionalnego oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących stosowania „klauzul społecznych” w zamówieniach publicznych, art. 29 ust. 4 ustawy Pzp wprowadza do polskiego porządku prawnego możliwość stosowania „klauzul społecznych przewidzianych prawem wspólnotowym”⁶⁹⁾. Uregulowania zawarte w wyżej wymienionym przepisie odnoszą się do:

- 1) osób bezrobotnych – co oznacza osoby spełniające przesłanki z art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415 ze zmianami); Potwierdzeniem tego faktu jest rejestracja we właściwym powiatowym urzędzie pracy;
- 2) osób młodocianych w celu przygotowania zawodowego – co oznacza pracowników, którzy ukończyli 16 lat, a nie przekroczyli 18 lat i nie posiadają kwalifikacji zawodowych; Zgodnie z przepisami rozporządzeń⁷⁰⁾ zatrudnienie młodocianego w celu przygotowania zawodowego odbywa się na podstawie umowy o pracę w celu przygotowania zawodowego;
- 3) osób niepełnosprawnych – co oznacza osoby spełniające przesłanki statusu niepełnosprawności określone ustawą z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych⁷¹⁾; Status niepełnosprawnego określony jest posiadaniem orzeczeniem o niepełnosprawności orzeczonym przez zespół do spraw orzekania o niepełnosprawności lub orzeczeniem o całkowitej lub częściowej niezdolności do pracy przez lekarza orzecznika ZUS;
- 4) osób, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym – co oznacza osoby niebędące bezrobotnymi lub niepełnosprawnymi, a wymienione w art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym⁷²⁾, do których zaliczamy:
 - osoby bezdomne realizujące indywidualny program wychodzenia z bezdomności w rozumieniu przepisów o pomocy społecznej;

⁶⁹⁾ www.uzp.gov.pl.

⁷⁰⁾ Rozporządzenie Rady Ministrów z 28.05.1996 r. w sprawie przygotowania zawodowego młodocianych i ich wynagrodzenia (Dz. U. z 1996 r. Nr 60, poz. 278) oraz rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 05.12.2002 r. w sprawie przypadków, w których wyjątkowo jest dopuszczalne zatrudnianie młodocianych, którzy nie ukończyli gimnazjum, osób niemających 16 lat, które ukończyły gimnazjum (Dz. U. z 2002 r. Nr 14, poz. 1808).

⁷¹⁾ Dz. U. z 2008 r. Nr 14, poz. 92 ze zmianami.

⁷²⁾ Dz. U. z 2003 r. Nr 122, poz. 1143 ze zmianami).

- osoby uzależnione od alkoholu, po zakończeniu programu psychoterapii w zakładzie leczenia odwykowego;
- osoby uzależnione od narkotyków lub innych środków odurzających, po zakończeniu programu terapeutycznego w zakładzie opieki zdrowotnej;
- osoby chore psychicznie w rozumieniu przepisów o ochronie zdrowia psychicznego;
- osoby zwalniane z zakładów karnych, mających trudności w integracji ze środowiskiem w rozumieniu przepisów o pomocy społecznej;
- uchodźców realizujących indywidualny program integracji w rozumieniu przepisów o pomocy społecznej.

Status osób, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym nie wymaga, aby osoby te posiadały przymiot osób bezrobotnych czy też osób niepełnosprawnych.

Skorzystanie przez zamawiającego z uprawnienia do określenia dodatkowych wymagań, mających swoją podstawę w art. 29 ust. 4 ustawy Pzp jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy zatrudnienie wyżej wymienionych kategorii osób jest związane z realizacją konkretnego zamówienia, nie zaś z zatrudnieniem tych osób w ogóle⁷³⁾.

Przykład dopuszczalnych działań⁷⁴⁾

Wymaganiem związanym z realizacją zamówienia może być wymóg zatrudnienia przez wykonawcę przy jego realizacji np. co najmniej 50% pracowników, którzy zostali zatrudnieni spośród osób o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym lub analogicznych przepisach państwa członkowskiego UE, w którym wykonawca ma zamieszkanie lub siedzibę.

W orzeczeniu z 20.09.1988 r. w sprawie C-31-87 (Beentjes), którego tezy zachowują aktualność także w obecnym stanie prawnym, Trybunał Sprawiedliwości rozstrzygnął, że warunek dotyczący zatrudnienia osób pozostających długi czas bez pracy jest zgodny z dyrektywą, jeżeli nie wynika z niego bezpośrednia ani pośrednia dyskryminacja oferentów z innych krajów członkowskich Wspólnoty. Dodatkowe szczegółowe wymagania tego rodzaju muszą być wspomniane w ogłoszeniu o zamówieniu.

Przykłady działań niedopuszczalnych

Będzie naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia wymogu zatrudnienia osób bezrobotnych lub młodocianych w celu przygotowania zawodowego, o których mowa w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, w liczbie większej niż konieczna do wykonania zamówienia.

Wymagania związane z realizacją zamówienia odnosić się mogą także do utworzenia lub zwiększenia wpłat na fundusz szkoleniowy przez wykonawcę.

Zgodnie z art. 67 ustawy z 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i rynku pracy⁷⁵⁾ zakładowy fundusz szkoleniowy tworzą pracodawcy w ramach posiadanych środków⁷⁶⁾. Fundusz ten jest przeznaczony na finansowanie lub współfinansowanie kosztów kształcenia ustawicznego pracowników i pracodawców. Art. 68 ust. 1 pkt 1 ustawy z 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy zobowiązuje pracodawcę decydują-

⁷³⁾ Patrz: Zalecenie Ministra Rozwoju Regionalnego oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących stosowania „klausul społecznych” w zamówieniach publicznych, s. 3.

⁷⁴⁾ Tamże.

⁷⁵⁾ Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415 ze zmianami).

⁷⁶⁾ Patrz: Zalecenie Ministra Rozwoju Regionalnego oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących stosowania „klausul społecznych” w zamówieniach publicznych, s. 3.

cego się na utworzenie funduszu szkoleniowego do zadeklarowania wpłaty na fundusz w wysokości nie niższej niż 0,25% funduszu płać. Oznacza to, że wymóg podwyższenia limitu wpłat na fundusz szkoleniowy może zwiększyć jego wysokość do 1% funduszu płać wykonawcy.

Formułowanie wymagania, o którym mowa w art. 29 ust. 4 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, musi uwzględniać fakt, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy zagraniczni, u których z racji uwarunkowań prawnych nieprzewidziana jest instytucja funduszu szkoleniowego. Z tego względu zamawiający winien dopuścić sytuację polegającą na przeznaczeniu przez wykonawcę zagranicznego na szkolenia pracowników kwoty równej wysokości wpłat na fundusz szkoleniowych, jakie byłby obowiązany ponieść, stosując przepisy polskie⁷⁷⁾. Zamawiający powinien wskazać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w jaki sposób wykonawcy powinni obliczyć wysokość tych wpłat, np. poprzez wskazanie procentowo kwoty w stosunku do kwot przeznaczonych na całość prac dla pracowników tak, aby wymóg ten nie utrudniał im udziału w postępowaniu oraz nie uniemożliwiał realizacji tego zobowiązania. Należy przy tym pamiętać, aby przy sporządzaniu specyfikacji unikać pojęć nieznanymi innym porządkom prawnym⁷⁸⁾.

Wskazane wyżej zalecenie odnosi się w zasadzie do wszystkich aspektów społecznych, wprowadzanych do systemu zamówień publicznych. Przykładem może być określenie osoby bezrobotnej lub niepełnosprawnej, które powinno być jednoznaczne zarówno dla wykonawców mających miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium RP, jak i wykonawców zagranicznych. Z tego względu w Zaleceniach Ministra Rozwoju Regionalnego oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących stosowania „klausul społecznych” w zamówieniach publicznych proponuje się stosowanie terminologii przyjętej w aktach prawa europejskiego. Na przykład można odwołać się do pojęcia „pracownika znajdującego się w niekorzystnej sytuacji” lub „pracownika niepełnosprawnego” w rozumieniu rozporządzenia Komisji (WE) Nr 800/2008 z 6 sierpnia 2008 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu (ogólne rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych)⁷⁹⁾.

Podstawą skutecznego i zgodnego z prawem wprowadzenia aspektów społecznych wskazanych w art. 29 ust. 4 ustawy Pzp jest odpowiednie ich odzwierciedlenie w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W myśl art. 36 ust. 2 pkt 9 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 4, specyfikacja istotnych warunków zamówienia określa w szczególności:

- a) liczbę osób, o których mowa w art. 29 ust. 4 pkt 1 i okresu wymaganego zatrudnienia tych osób,
- b) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 4 pkt 1 lub utworzenia albo zwiększenia funduszu szkoleniowego,
- c) uprawnień zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 4 oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.

W praktyce formułowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia konieczne jest powiązanie przez zamawiającego wyżej wymienionych wymagań z podstawowym zakresem przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

⁷⁷⁾ Tamże, s. 3.

⁷⁸⁾ Tamże, s. 4.

⁷⁹⁾ Dz. U. UE L 214 s. 3 z 09.08.2008.

Przykład⁸⁰⁾

Zamawiający, przygotowując specyfikację istotnych warunków zamówienia wprowadza dodatkowy rozdział:

Dodatkowe wymagania związane z realizacją przedmiotu zamówienia

1. Realizacja zamówienia powinna przewidywać zatrudnienie przy wykonywaniu zamówienia, co najmniej 5 osób bezrobotnych na podstawie skierowania powiatowego urzędu pracy zgodnie z ustawą z 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415 ze zmianami) lub na podstawie właściwego dokumentu kierującego bezrobotnego do pracodawcy wystawionego przez organ zajmujący się realizacją zadań z zakresu rynku pracy określony w analogicznych przepisach państwa członkowskiego UE, w którym wykonawca ma miejsce zamieszkania albo siedzibę;
2. Zatrudnienie przy realizacji zamówienia powinno trwać do końca upływu terminu realizacji zamówienia; w przypadku rozwiązania stosunku pracy przez bezrobotnego lub przez pracodawcę przed zakończeniem tego okresu wykonawca będzie zobowiązany do zatrudnienia na to miejsce innego bezrobotnego;
3. Wykonawca na etapie wykonywania zamówienia przedstawia zamawiającemu zgłoszenie oferty pracy przedstawione powiatowemu urzędowi pracy; odpis skierowania bezrobotnych przez powiatowy urząd pracy do pracodawcy oraz umowę o pracę;
4. Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, zamiast dokumentów, o których mowa w ust. 3 przedstawia: zgłoszenie oferty pracy przedstawione odpowiedniemu organowi zajmującemu się realizacją zadań z zakresu rynku pracy w kraju pochodzenia wykonawcy lub w kraju, w którym wykonawca ma swoją siedzibę: odpis wystawionego przez ten organ dokumentu kierującego bezrobotnych do pracodawcy oraz umowę o pracę (spółdzielcza umowa o pracę);
5. Zamawiający ma prawo w każdym okresie realizacji zamówienia zwrócić się do wykonawcy o przedstawienie dokumentacji zatrudnienia skierowanych bezrobotnych, zaś wykonawca ma obowiązek przedstawić ją niezwłocznie zamawiającemu;
6. W przypadku niezatrudnienia przy realizacji zamówienia wymaganej przez zamawiającego liczby osób bezrobotnych wykonawca będzie zobowiązany do zapłacenia kary umownej zamawiającemu w wysokości iloczynu kwoty najniższego wynagrodzenia wraz z należnymi składkami na ubezpieczenie społeczne oraz liczby miesięcy w okresie realizacji zamówienia – za każdego niezatrudnionego bezrobotnego poniżej liczby wymaganej przez zamawiającego, chyba że wykonawca wykaże, że przedstawił zgłoszenie oferty powiatowemu urzędowi pracy albo odpowiedniemu organowi zajmującemu się realizacją zadań z zakresu rynku pracy w państwie, w którym wykonawca ma miejsce zamieszkania lub siedzibę, a niezatrudnienie osób bezrobotnych nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie.

4.2.2. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych

Skutecznym narzędziem wspomagającym stosowanie aspektów społecznych w zamówieniach publicznych jest opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą wymagań funkcjonalnych. W myśl art. 30 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów ust. 1–3, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Jest to metoda opisanie dostawy, usługi lub roboty budowlanej poprzez określenie celów, jakie mają być osiągnięte. Podejście oparte na opisie świadczenia stanowiącego „przedmiot” zainteresowania zamawiającego

⁸⁰⁾ Patrz przykład zaprezentowany w: Zalecenie Ministra Rozwoju Regionalnego oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczący stosowania „klauzul społecznych” w zamówieniach publicznych, s. 6–7.

poprzez zdefiniowanie wymagań funkcjonalnych umożliwiła wykonawcom większą elastyczność w proponowaniu różnych rozwiązań, w tym także odnoszących się do kwestii społecznych.

W wyroku KIO 54/12 z 24 stycznia 2012 r. skład orzekający stwierdził, że zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza to, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Uprawnieniem zamawiającego jest prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne.

W art. 23 Dyrektywy 2004/18 podkreślono, że specyfikacja techniczna powinna umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.

W przypadku, gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia poprzez określenie charakterystyki i wymagań w zakresie funkcjonalności nie może odrzucić oferty na roboty budowlane, produkty lub usługi zgodne z normą krajową przenoszącą normę europejską, z europejską aprobatą techniczną, wspólną specyfikacją techniczną, normą międzynarodową lub systemem referencji technicznych opracowanym przez europejską instytucję normalizacyjną, jeżeli specyfikacje te odpowiadają charakterystyce i wymaganiom w zakresie funkcjonalności określonym przez tę instytucję.

Przykład

Przy określaniu wymagań dotyczących sposobu świadczenia usługi pasażerskiego transportu publicznego zamawiający może oczekiwać od przewoźnika drogowego, aby w przypadku osób z niepełnosprawnością ruchową w sytuacji, w której rozmiar wejścia do środka transportu drogowego oraz rozmiar środka transportu zbiorowego uniemożliwiają wjechanie, prowadzenie lub podróż osobie z niepełnosprawnością posługującą się wózkem inwalidzkim, przewoźnik drogowy obowiązany był do zaproponowania tej osobie możliwego do zaakceptowania, w danych okolicznościach, rozwiązania alternatywnego.

Zamawiający może także wymagać, aby wykonawca szczegółowe informacje dotyczące wykonywanej usługi transportu upublicznił nie tylko w tradycyjnej formie (np. rozkład jazdy wywieszony na przystankach), ale także w formie dostępnej dla osób z niepełnosprawnością obejmującej w szczególności informacje o prowadzonej działalności: 1) na tablicy informacyjnej należącej do przewoźnika drogowego – w alfabecie Braille'a albo w czcionce o takiej wielkości, która umożliwia odczytanie tych wiadomości przez osoby niedowidzące; 2) na stronie internetowej należącej do przewoźnika drogowego – z wykorzystaniem standardów, które umożliwiają odczytanie tej strony, przy użyciu dodatkowych środków technicznych, również przez osoby niewidome lub niedowidzące.

4.2.3. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków jako instrument wprowadzania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych

Możliwość uwzględnienia aspektów społecznych w warunkach udziału w postępowaniu oraz w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków wynika wyraźnie z treści postanowień ustawy Pzp i Dyrektywy 2004/18. W motywie 28 podkreślono, że zatrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa.

Ustawodawca europejski wskazał na zakłady pracy chronionej oraz programy pracy chronionej jako narzędzia przyczyniające się skutecznie do integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych na rynku pracy. Zakłady takie ze względu na specyficzne uwarunkowania działania, jak i wyższe koszty działania z reguły nie są zdolne do uzyskania zamówień w normalnych warunkach konkurencji, dlatego też ustawodawca europejski dopuszcza możliwość zastrzeżenia prawa takich zakładów do udziału w procedurach udzielania zamówień lub zagwarantowania im realizacji zamówień w ramach programów pracy chronionej.

Znalazło to wyraz w treści art. 19 Dyrektywy 2004/18, który stanowi, że państwa członkowskie mogą zastrzec prawo udziału w procedurach udzielania zamówień publicznym zakładom pracy chronionej lub przewidzieć możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów pracy chronionej, w których większość zaangażowanych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne, które ze względu na charakter lub stopień swojej niepełnosprawności nie mogą wykonywać swojej pracy w normalnych warunkach. Ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać odniesienie do tego przepisu.

Korzystając z tego dozwolenia, w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp przyznano zamawiającym kompetencję do zastrzeżenia 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 niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Jest to jeden z najczęściej przywoływanych przykładów wdrożenia w systemie zamówień publicznych aspektów społecznych.

Ze względu jednak na daleko idący zakres ograniczeń dostępu do zamówień publicznych innym podmiotom niż zakłady pracy chronionej musi być stosowany rozważnie. Sprowadza się to do ustalenia, w jakim zakresie możliwe cele polityki społecznej są zgodne z wymaganiami podstawowymi dotyczącymi wykonania tego zamówienia publicznego, w którym taki warunek jest formułowany.

Ponadto konieczne jest zweryfikowanie zdolności technicznych (**np. doświadczenia**) wykonawcy, a także przeanalizowanie możliwości finansowych zamawiającego w odniesieniu do rozwiązań oferowanych przez wykonawców, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Pamiętać należy, że słuszny postulat integracji czy reintegracji osób niepełnosprawnych może zwiększyć koszty finansowe zamówienia dla zamawiającego, doprowadzając niekiedy do unieważnienia postępowania (np. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Ograniczenie rynku wykonawców, poprzez skorzystanie z możliwości przyznanych zamawiającemu w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, powinno być poprzedzone oceną wpływu skutków tego działania na wartość zamówienia i kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający powinien także zadbać, aby zamówienie uzyskał wykonawca dający rękojmię wykonania zamówienia. Oznacza to, że możliwe jest także przywołanie warunków, dotyczących np.:

- 1) posiadania wiedzy i doświadczenia,
- 2) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:
 - w zakresie, w jakim jest to niezbędne do wykonania zamówienia i opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków w sposób związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, w tym także zakłady pracy chronionej, winny posiadać odpowiednią wiedzę i doświadczenie, a także dysponować potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, aby móc należycie je zrealizować.

Przykład

O udzielenie zamówienia:

1. Mogą się ubiegać Wykonawcy spełniający warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia:
Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku:
Wykonawca jest zobowiązany wykazać należyte wykonanie lub należyte wykonywanie w okresie ostatnich 3 lat przed dniem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie usług sprzątnięcia powierzchni biurowej nie mniejszej niż X m²,
2. Mogą się ubiegać wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Skuteczne ubieganie się przez wykonawców o udzielenie zamówienia obwarowane jest także obowiązkiem wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie warunków podmiotowych rozważano możliwość określenia warunku zawierającego wymóg zatrudnienia osób długotrwale bezrobotnych. W orzeczeniu z 20 września 1988 r. w sprawie C-31/87 („Beentjes”) Trybunał Sprawiedliwości stwierdził:

„28. Jeżeli chodzi o wykluczenie oferenta z tego powodu, że nie jest on w stanie zatrudniać osób długo pozostających bez pracy, należy zauważyć przede wszystkim, że warunek taki nie ma związku z weryfikacją tego, czy wykonawca jest odpowiednim kandydatem na podstawie jego sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i możliwości technicznych ani też z kryteriami udzielania zamówienia, o których mowa w art. 29 dyrektywy” (wówczas obowiązującej Dyrektywy 71/315).

TSUE wyraźnie zaakcentował, że warunek zatrudniania osób długotrwale bezrobotnych nie mieści się w katalogu warunków podmiotowych. Wyjaśnił swoje stanowisko w motywie 30 orzeczenia C-31/87 (Beentjes), podkreślając, że:

„30. Obowiązek zatrudniania osób długo pozostających bez pracy mógł między innymi naruszać zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość określony w art. 7 ust. 2 Traktatu, jeżeli stałoby się jasne, że warunek taki może zostać spełniony wyłącznie przez oferentów z tego właśnie kraju lub że w rzeczywistości oferenci z innych krajów członkowskich mogliby mieć trudności z jego spełnieniem. W gestii sądu krajowego leży okre-

ślenie przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności, czy narzucenie takiego warunku jest w sposób bezpośredni lub pośredni dyskryminujące”.

Jednakże Trybunał Sprawiedliwości nie zanegował możliwości określania wymogu np. zatrudniania osób bezrobotnych, lecz wyodrębnił go do innej kategorii wymagań. Stwierdził, że:

„36. Warunek taki jak zatrudnienie osób długo pozostających bez pracy jest dodatkowym, specjalnym warunkiem i dlatego też musi zostać wymieniony w ogłoszeniu, aby oferenci byli świadomi jego istnienia”.

Stąd też zamawiający, formułując wymagania np. w zakresie zatrudniania osób długotrwale bezrobotnych, powinien kwalifikować je jako element opisu przedmiotu zamówienia (wymagania specjalne), nie zaś jako warunki podmiotowe udziału w postępowaniu. Wyraźnie przesądził to sam ustawodawca, normując kwestie społeczne związane m.in. z zatrudnianiem osób bezrobotnych czy niepełnosprawnych w art. 29 ust. 4 ustawy Pzp dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia.

Na niektóre aspekty społeczne wskazują przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania są okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 3–8 oraz pkt 10 i 11 ustawy Pzp. Zgodnie z tymi uregulowaniami zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z postępowania:

- wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków, gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- osoby fizyczne, które prawomocnie skazano za (...) przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku (...);
- spółki jawne, których wspólnika prawomocnie skazano za (...) przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku (...);
- spółki partnerskie, których partnera lub członka zarządu prawomocnie skazano za (...) przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku (...);
- spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za (...) przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku (...);
- osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za (...) przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku (...);
- osoby fizyczne, które prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku (art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp), a także
- spółkę jawną, spółkę partnerską, spółkę komandytową, spółkę komandytowo-akcyjną lub osobę prawną, w których odpowiednio wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku (art. 24 ust. 1 pkt 11 Pzp).

Wykonawca jest zobowiązany wykazać brak podstaw do wykluczenia z przyczyn wyżej wskazanych.

W przypadku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może żądać oświadczenia wykonawcy o zatrudnieniu ponad 50% osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodo-

wej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego – jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w tych państwach⁸¹⁾.

Dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać następujących dokumentów:

- 1) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia;
- 2) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- 3) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. W przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5–8 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5–8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r., wykonawca składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Ze względu na bezwzględnie obowiązujący charakter norm prawnych dotyczących podstaw wykluczenia wykonawców z postępowania wdrażanie kwestii społecznych dotyczących m.in. eliminowania z postępowań wykonawców niewywiązujących się z zobowiązań publiczno-prawnych w zakresie uiszczania składek na ubezpieczenie społeczne odbywa się z woli ustawodawcy.

Warunki udziału w postępowaniu, w tym także te określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, stanowią ważne narzędzie dla wdrażania społecznie odpowiedzialnych zamówień publicznych szczególnie w odniesieniu do zamawiania usług niepriorytetowych. Zostanie to jednak omówione w kolejnym rozdziale.

⁸¹⁾ § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817).

4.2.4. Kryteria oceny ofert w kontekście wprowadzania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych

Kolejnym instrumentem umożliwiającym uwzględnienie kwestii społecznych w zamówieniach publicznych jest etap formułowania kryteriów oceny ofert wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Jak zwrócił uwagę skład orzekający KIO w wyroku z 12 lipca 2010 r.⁸²⁾ wskazany w ustawie Pzp katalog kryteriów oceny ofert ma charakter przykładowy. Można więc zastosować także inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia.

Ustawodawca tylko jako przykład wskazuje niektóre kryteria oceny ofert, umożliwiając zamawiającemu określenie także innych kryteriów, pod warunkiem, że nie narusza to zasad udzielania zamówień publicznych. Można stosować społeczne kryteria oceny ofert tylko przy założeniu, że:

- 1) są one powiązane z przedmiotem zamówienia,
- 2) nie dają instytucji nieograniczonej swobody wyboru,
- 3) są wyraźnie wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentacji przetargowej,
- 4) są zgodne z podstawowymi zasadami prawa UE.

Uwzględnienie aspektów społecznych przy formułowaniu kryteriów oceny ofert jest możliwe tylko przy stosowaniu kryterium „ofert najkorzystniejszej ekonomicznie”, gdzie można uwzględnić oprócz ceny także inne elementy świadczenia.

Zasadą podstawową jest, aby kryteria oceny ofert odnosiły się do przedmiotu zamówienia.

Z definicji oferty najkorzystniejszej⁸³⁾ wynika, że ilekroć w ustawie Pzp mowa jest o najkorzystniejszej ofercie należy przez to rozumieć 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.

W praktyce oznacza to, że nie jest konieczne, aby każde kryterium udzielania zamówienia zapewniało zamawiającemu korzyść ekonomiczną, ale wszystkie kryteria wzięte razem (zarówno ekonomiczne, jak i społeczne) muszą umożliwić zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej⁸⁴⁾.

Przykład⁸⁵⁾

Zamawiający może przyznać dodatkowe punkty w zamówieniu publicznym na dostawę sprzętu informatycznego wraz z oprogramowaniem za dostępność lub specyficzne cechy dostępności zaproponowane dla różnych grup osób niepełnosprawnych. Wykonawcy mogliby otrzymywać dodatkowe punkty za: 1) dostępność sprzętu informatycznego wraz z oprogramowaniem dla osób niedowidzących, 2) dostępność sprzętu informatycznego wraz z oprogramowaniem dla osób niewidomych, 3) dostępność sprzętu informatycznego wraz z oprogramowaniem dla osób niedosłyszących, 4) dostępność sprzętu informatycznego wraz z oprogramowaniem dla osób głuchych.

⁸²⁾ KIO/UZP 1274/10.

⁸³⁾ Art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

⁸⁴⁾ Patrz: Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych. Unia Europejska. 2011, s. 38.

⁸⁵⁾ Tamże.

Przykład
Zamawiający może przyznać dodatkowe punkty w zamówieniu publicznym na świadczenie usług gastronomicznych ⁸⁶⁾ za propozycje dań dla wybranych grup odbiorców, np. diabetyków, osób niespożywających mięsa wieprzowego, osób o diecie bezglutenowej.
Przykład kryteriów niedopuszczalnych⁸⁷⁾
Zamawiający nie może przyznać dodatkowych punktów wykonawcy robót budowlanych, np. budowy szkoły, który dodatkowo zadeklaruje wpłatę na rzecz społeczności szkolnej określonej kwoty.

Każde zamówienie wymaga indywidualnej oceny odnośnie do dopuszczalności stosowania kryteriów społecznych. Z tego względu nie ma jednolitego wzorca, który mógłby być stosowany uniwersalnie do wszystkich możliwych postępowań.

Przykład
Kryterium oceny ofert może dotyczyć zatrudnienia przez wykonawcę przy realizacji zamówienia:
<ol style="list-style-type: none"> 1) osób, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym lub analogicznych przepisach państwa członkowskiego UE lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego, 2) bezrobotnych lub młodocianych w celu przygotowania zawodowego, o których mowa w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy utworzenia funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy lub analogicznych przepisach państwa członkowskiego UE lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego, 3) niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych lub analogicznych przepisach państwa członkowskiego UE lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Kryteria oceny ofert muszą być jednoznaczne i wyczerpujące tak, aby dla każdego wykonawcy było jasne, jakie elementy oferowanego świadczenia będą podlegały ocenie i będą stanowić podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej.

4.3. Kwestie społeczne w zamówieniach na usługi niepriorytetowe

Zamówieniami, w których zastosowanie społecznych aspektów jest możliwe w stosunkowo szerokim zakresie są usługi niepriorytetowe.

Do usług niepriorytetowych zaliczamy m.in. usługi hotelarskie i restauracyjne, usługi transportu kolejowego, usługi prawnicze, usługi rekrutacji i pozyskiwania personelu, usługi edukacyjne i szkoleniowe, usługi społeczne i zdrowotne, usługi rekreacyjne, kulturalne i sportowe oraz inne usługi.

W Dyrektywie 2004/18, jak i Dyrektywie 2004/17 wyodrębnione zostały usługi, co do których stosuje się przepisy dyrektyw w pełnym zakresie – wymienione w załączniku IIA dyrektywy klasycznej i załączniku XVIIIA dyrektywy sektorowej i takie, co do których obowiązują tylko niektóre regulacje.

W odniesieniu do usług niepriorytetowych objętych reżimem dyrektywy klasycznej zastosowanie będą miały tylko przepisy dotyczące specyfikacji technicznych – art. 23 Dyrektywy 2004/18 i ogłoszenia o wyniku

⁸⁶⁾ Usługa niepriorytetowa kat. 17 wymieniona w Załączniku Nr 2 do rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. z 2010 r. Nr 12, poz. 68).

⁸⁷⁾ Przykład wskazany w: Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych. Unia Europejska, 2011.

postępowania – art. 35 ust. 4 dyrektywy klasycznej – wymienione odpowiednio w załączniku IIB dyrektywy klasycznej i XVIIIB dyrektywy sektorowej.

Do polskiego systemu prawnego podział na usługi priorytetowe i niepriorytetowe został wprowadzony przez wydanie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. z 2010 r. Nr 12, poz. 68), do którego załącznikami są wykaz usług priorytetowych oraz wykaz usług niepriorytetowych.

Możliwość szerszego uwzględnienia kwestii społecznych przy udzielaniu zamówień na wyżej wymienione usługi wynika z ich przedmiotu oraz znacznego odformalizowania procedur. Część usług niepriorytetowych ze względu na swój przedmiot odnosi się do kwestii społecznych. Na przykład pojęcie usług socjalnych obejmuje między innymi usługi, które realizowane są przez organy administracji rządowej i samorządowej jako zadania z zakresu pomocy społecznej.

Odformalizowanie procedur dla usług niepriorytetowych wynika natomiast z art. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących: 1) terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, 2) obowiązku żądania wadium, 3) obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, 4) zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz 5) przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej. Także w szerszym zakresie możliwe jest stosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia czy trybu zamówienia z wolnej ręki.

Z tego względu znacząco wzrasta liczba instrumentów, które mogą być brane pod uwagę przy wdrażaniu zamówień odpowiedzialnych społecznie.

Nie oznacza to jednak pełnej dowolności zamawiającego przy zawieraniu umów na wskazane usługi. Podział na usługi priorytetowe i niepriorytetowe został dokonany w oparciu o kryterium zainteresowania wykonawców ich transgranicznym świadczeniem. Stąd też te usługi – w ocenie ustawodawcy europejskiego – które są bardziej interesujące dla wykonawców z innych niż zamawiający państw członkowskich, a przez to potencjalnie mają większy wpływ na handel w UE poddane zostały bardziej sformalizowanym i czasochłonnym regułom niż te usługi, które takiego zainteresowania nie wzbudzają. Nawet jeżeli wymagania Dyrektywy 2004/18 czy też polskiego ustawodawcy w odniesieniu do postępowań dotyczących tych usług są znacząco mniejsze, to i tak zamawiający musi przestrzegać wszystkich zasad traktatowych jak zasada swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.

4.3.1. Kwestie społeczne w opisie przedmiotu zamówienia na wybrane usługi niepriorytetowe

Do kategorii usług niepriorytetowych zaliczamy m.in. usługi gastronomiczne, socjalne lub zdrowotne, które co do zasady stanowią jeden z elementów realizacji określonych polityk społecznych **przez organy władzy publicznej**, w tym zamawiających. Stąd też samo udzielenie zamówienia na usługę rekrutacji i pozyskiwania personelu, usługę społeczną i zdrowotną, usługę edukacyjną czy szkoleniową, może stanowić element SOZP. Przykładem może być zamówienie na szkolenie osób długotrwale bezrobotnych.

Ze względu na znaczące odformalizowanie prowadzonych postępowań na wskazane wyżej usługi zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia może formułować wiele wymagań skutkujących zwiększeniem standardów społecznych w zamówieniach publicznych. Zamawiający przy określaniu przedmiotu zamówienia

może oczekiwać od wykonawcy, aby ten dostosował swoje usługi do potrzeb poszczególnych użytkowników, jak na przykład osoby starsze, osoby niepełnosprawne czy osoby bezdomne.

Przykład

Zamawiający może w opisie przedmiotu zamówienia na świadczenie usług gastronomicznych wprowadzić wymóg zapewnienia infrastruktury zapewniającej dostęp do usługi osobom niepełnosprawnym.

Przy udzielaniu zamówień publicznych na usługi niepriorytetowe można także promować kwestie równości.

Przykład⁸⁸⁾

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na świadczenie usług rekrutacji pracowników dla sektora publicznego może określić wymagania związane z zaprojektowaniem testów i usług rekrutacyjnych w sposób zapewniający równe szanse wszystkim uczestnikom niezależnie od płci, wieku, pochodzenia etnicznego czy przekonań religijnych.

4.3.2. Kwestie społeczne, a określanie wymagań dodatkowych na wybrane usługi niepriorytetowe

Co do zasady odbiorcami usług socjalnych, usług szkoleniowych (np. aktywizujących bezrobotnych), zajęć edukacyjnych dla dzieci i młodzieży czy organizowania wycieczek dzieci i młodzieży z określonych środowisk są inne podmioty niż sam zamawiający.

Z tego względu wskazane będzie uzyskanie oceny wykonania usługi przez użytkowników przedmiotu zamówienia. Opinie odbiorców końcowych dotyczące jakości wykonywania usługi umożliwią zamawiającemu efektywniejsze zarządzanie wykonaniem kontraktu. Pamiętać należy, że te dodatkowe wymagania w żaden sposób nie mogą naruszać zasad systemu zamówień publicznych ani nie mogą ograniczać dostępu do rynku zamówień publicznych.

Przykład

Przy formułowaniu dodatkowych wymagań związanych z wykonaniem usług szkoleniowych dla osób bezrobotnych zamawiający może nałożyć na wykonawcę obowiązek przeprowadzenia badania ankietowego oceniającego przydatność, efektywność, przystępność przeprowadzonego szkolenia z punktu widzenia nabycia praktycznych umiejętności zwiększających szansę znalezienia pracy.

4.3.3. Kwestie społeczne przy opisywaniu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału na wybrane usługi niepriorytetowe

Przedmiot zamówienia implikuje opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wynika to wprost z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, który opis spełnienia warunku każe powiązać z przedmiotem zamówienia. W przypadku zamówień na usługi gastronomiczne, socjalne lub zdrowotne naturalne będzie takie skonkretyzowanie opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, aby wybór wykonawcy dawał rękojmię należytego wykonania umowy. Spośród warunków udziału w postępowaniu, których spełnienie w sposób opisany przez zamawiającego będzie miało istotne znaczenie dla uwzględnienia kwestii społecznych w za-

⁸⁸⁾ Przykład wskazany w: Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych. Unia Europejska, 2011.

mówieniu szczególne znaczenie ma warunek posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Przykład

Zamawiający powinni co do zasady dopuszczać do udziału w postępowaniu na świadczenie usług opieki nad osobami starszymi te podmioty, które:

- 1) posiadają doświadczenie w realizacji tego typu usług lub mają do dyspozycji zasoby innych podmiotów posiadających doświadczenie i wiedzę w tym zakresie,
- 2) dysponują odpowiednią liczbą osób posiadających wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje zawodowe konieczne do wykonania usługi.

Warunek oraz stanowiący jego konkretyzację w danym postępowaniu opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia⁸⁹⁾. Natomiast w trybie negocjacji bez ogłoszenia informacje o warunkach udziału w postępowaniu oraz opis jego weryfikacji zamieszcza się w zaproszeniu do negocjacji⁹⁰⁾.

4.3.4. Kryteria oceny ofert stosowane przy udzielaniu zamówień na usługi niepriorytetowe

Jednym z uproszczeń prowadzenia postępowań o zamówienie publiczne na usługi niepriorytetowe jest możliwość ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Oznacza to, że oprócz kryteriów dotyczących ceny oferty, jakości wykonania usługi, zamawiający może przyznawać punkty za właściwości wykonawcy. Zamawiający jest zobowiązany w:

- ogłoszeniu o zamówieniu,
 - specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 - zaproszeniu do negocjacji
- zamieścić informacje o kryteriach oceny ofert i ich znaczeniu.

Zamawiający, formułując kryteria oceny ofert przy zamawianiu usług niepriorytetowych, w tym także kryteriów odnoszących się do właściwości wykonawcy nie może naruszać zasad wyrażonych w art. 7 ustawy Pzp, zasad wynikających z dyrektyw czy zasad traktatowych.

Przykład niedozwolonych praktyk

Zamawiającemu nie wolno formułować kryteriów oceny ofert przyznających preferencje dla:

- 1) wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania np. na terytorium RP,
- 2) wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w określonej miejscowości,
- 3) wykonawców działających np. w formie spółki akcyjnej,
- 4) osób fizycznych uiszczających podatki lokalne na rzecz gminy organizującej przetarg.

Dopuszczalne kryteria oceny ofert w przypadku usług niepriorytetowych to kryteria:

- 1) zgodne z obowiązującymi przepisami, w tym przepisami ustawy Pzp i Dyrektywy 2004/18,
- 2) powiązane z przedmiotem zamówienia,
- 3) zamieszczone odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo zaproszeniu do negocjacji,
- 4) zapewniające wybór oferty najkorzystniejszej.

⁸⁹⁾ Art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 41 pkt 7, art. 48 ust. 2 pkt 6 w związku z art. 56 ust. 1 i art. 60c ust. 1 ustawy Pzp.

⁹⁰⁾ Art. 63 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Przykład dozwolonych praktyk

- Zamawiający oprócz kryteriów oceny ofert wymienionych w art. 91 ustawy Pzp może także oceniać:
- 1) doświadczenie wykonawcy związane z należyтым wykonaniem usług będących przedmiotem zamówienia zrealizowanych w określonym czasie i określonego rodzaju, np. doświadczenie w organizacji wypoczynku dla dzieci lub młodzieży,
 - 2) potencjał osobowy wykonawcy, w tym osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje niezbędne do wykonania usługi lub doświadczenie związane z wykonaniem usług będących przedmiotem zamówienia.

Przy dokonywaniu wyboru wykonawcy świadczącego usługi niepriorytetowe zawsze dopuszczalne jest stosowanie kryteriów przedmiotowych.

4.3.5. Tryby udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe

Uproszczenie procedur związanych z udzielaniem usług niepriorytetowych objawia się w możliwości nie stosowania przepisów ustawy Pzp dotyczących przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej.

Pozwala to zamawiającemu na zastosowanie trybów, które w toku negocjacji z wykonawcami (dialog konkurencyjny, negocjacje z ogłoszeniem) i pozyskanie dodatkowych informacji odnośnie do możliwych sposobów wykonania zamówienia, a także pozwala na ustalenie uwarunkowań faktycznych związanych z uwzględnianiem aspektów społecznych. To uprawnienie jest o tyle istotne, że sposoby osiągnięcia poszczególnych celów społecznych mogą być bardzo różne. Dlatego też stosowania trybów pozwalających na omówienie z wykonawcami poszczególnych rozwiązań może przyczynić się do większej efektywności prowadzonego postępowania i udzielenia zamówienia w sposób pozwalający na osiągnięcie „największych efektów z danych nakładów”. Promowanie możliwości zatrudnienia różnych grup osób, wspieranie włączenia społecznego, promowanie standardów zatrudnienia i wspieranie innych kwestii społecznych może być skuteczniejsze w trybach pozwalających na weryfikację z wykonawcami zamierzeń zamawiającego jeszcze przed wyznaczeniem terminu na składanie ofert.

Podstawą zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej w przypadku usług niepriorytetowych jest art. 5 ustawy Pzp.

Przykład

Zamawiający, uzasadniając wybór trybu dialogu konkurencyjnego przy udzielaniu zamówienia na organizację i przeprowadzenie szkolenia dla osób bezrobotnych, w protokole z postępowania powinien wskazać okoliczności prawne i faktyczne zastosowania tego trybu i okoliczności faktyczne. Podstawę prawną udzielenia zamówienia na usługę szkoleniową w trybie dialogu konkurencyjnego stanowi art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z **postanowieniami** rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wydanymi w oparciu o art. 2a ustawy Pzp, natomiast okolicznością faktyczną jest konkretny przedmiot zamówienia (usługa szkoleniowa) opisany między innymi właściwą kategorią usługi (kategoria 24) i właściwym kodem CPV.

Zamówienia na usługi niepriorytetowe, w ramach których zamawiający zamierza uwzględnić aspekty społeczne co do zasady nie powinny być udzielane w trybie negocjacji bez ogłoszenia czy w trybie zamówienia z wolnej ręki. Choć ustawodawca w przypadkach wskazanych w art. 5 ust. 1a ustawy Pzp rozszerza katalog przesłanek stosowania ww. trybów przy zamawianiu usług niepriorytetowych, to jednak nadużywanie tego uprawnienia może negatywnie oddziaływać na upowszechnianie kwestii społecznych w systemie zamówień publicznych. Przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i negocjacji bez ogłoszenia,

wymienione w art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, kładą nacisk na celowość, oszczędność i efektywność wydatków, ich terminowość **czy też terminowość realizacji zadań i powstania ewentualnej szkody w mieniu publicznym**. W tym zatem tylko kontekście można traktować otwartość katalogu przesłanek uzasadniających stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Jeśliby bowiem ustawodawca zezwalał w tym zakresie na zupełną dowolność stosowania zasad udzielania zamówienia z wolnej ręki do usług o charakterze niepriorytetowym, nie określałby w sposób na tyle szczegółowy okoliczności związanych z możliwością zastosowania tego trybu⁹¹⁾.

4.4. Wybór wykonawcy na usługi niepriorytetowe

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zarówno tych, które uwzględniają kwestie społeczne, jak i w pozostałych zamówieniach wybór oferty najkorzystniejszej jest pochodną wcześniej określonych: warunków udziału w postępowaniu, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, określenia przedmiotu zamówienia, wymagań dodatkowych dotyczących zamówienia oraz kryteriów oceny ofert.

Na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający weryfikuje spełnienie wszystkich wymagań przedmiotowych wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wymagań dotyczących kwestii społecznych. To na tym etapie zamawiający weryfikuje ofertę pod względem zatrudnienia:

- 1) osób bezrobotnych;
- 2) osób młodocianych w celu przygotowania zawodowego;
- 3) osób niepełnosprawnych;
- 4) osób, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym.

Sposób spełnienia tego wymagania powinien być – zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 9 ustawy Pzp – wyraźnie przez zamawiającego wskazany, tak aby przy weryfikowaniu tych informacji nie było wątpliwości. Jak podkreśla się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców polega m.in. na tym, aby wszystkie oferty były zweryfikowane z wymaganiami zamawiającego, zaś na wykonawcach ciąży obowiązek starannego sporządzania swoich ofert⁹²⁾.

4.5. Umowa w sprawie zamówienia publicznego

Realizacja zamówienia jest zdeterminowana postanowieniami dokumentacji przetargowej przygotowanej przez zamawiającego i złożoną przez wybranego wykonawcę ofertą, która uszczegóławia przedmiot świadczenia określony przez zamawiającego. Wykonanie umowy jest podstawowym **narzędziem faktycznego wdrożenia aspektów** społecznych w systemie zamówień publicznych. **Wynika to stąd, że cele społeczne, które zamawiający chce osiągnąć przy realizacji zamówienia materializują się przede wszystkim na etapie wykonania umowy**. Wśród takich korzyści wymienia się między innymi⁹³⁾:

1. Promowanie możliwości zatrudnienia, w tym promowanie zatrudnienia młodzieży, promowanie równości płci w ubieganiu się o zatrudnienie, promowanie zatrudnienia osób długotrwale bezrobotnych, promowanie zatrudnienia osób niepełnosprawnych,
2. Promowanie godnej pracy rozumianej jako prawo do zatrudnienia w warunkach wolności, bezpieczeństwa i poszanowania godności ludzkiej (np. zatrudnienie zgodne z podstawowymi standardami zatrudnienia

⁹¹⁾ Wyrok KIO z 26.04.2012 r. (KIO 711/12).

⁹²⁾ Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 08.05.1996 r. w sprawie T-19/95 (Adia Interim).

⁹³⁾ Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych. Unia Europejska, 2011.

(zakaz zatrudnienia dzieci, zakaz pracy przymusowej), godna płaca, bezpieczeństwo i higiena pracy, dialog społeczny, dostęp do szkoleń, dostęp do podstawowej ochrony socjalnej),

3. Promowanie zgodności z prawami społecznymi i prawem do pracy,
4. Wspieranie włączenia społecznego.

W związku z tym, że znaczna część powyższych aspektów społecznych dotyczących w szczególności warunków pracy osób zatrudnionych przez wykonawców czy podwykonawców czy kwestii równości płci jest regulowana w przepisach prawa pracy, dlatego też szczegółowe ich przytaczanie w postanowieniach umowy nie jest wymagane. Nakaz przestrzegania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa dotyczy wszystkich uczestników systemu zamówień publicznych.

Pewne jednak aspekty powinny być uregulowane w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Pamiętać należy, że zamieszczenie wymogów społecznych w umowie musi być powiązane z możliwością monitorowania działań wykonawcy pod względem ich zgodności z tymi wymogami. W motywie 34 Dyrektywy 2004/18 wyraźnie podkreślono, że ustawy, rozporządzenia i układy zbiorowe zarówno na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym obowiązujące w zakresie warunków zatrudnienia oraz bezpieczeństwa pracy stosowane są podczas realizacji zamówień publicznych, pod warunkiem że zarówno przepisy te, jak i ich stosowanie zgodne są z prawem wspólnotowym. W sytuacjach transgranicznych, gdy pracownicy jednego państwa członkowskiego świadczą usługi w innym państwie członkowskim w celu realizacji zamówienia, dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług określa warunki minimalne, które muszą być spełnione przez kraj goszczący w stosunku do takich oddelegowanych pracowników.

W praktyce wykonywania umów kwestie te mogą budzić wątpliwości. Przykładem może być przypadek rozstrzygany przez Trybunał Sprawiedliwości⁹⁴⁾. W sprawie C-246/06 TSUE95 wyrokował w następującym stanie faktycznym i prawnym. Przedmiotem postępowania była kwestia zgodności z prawem wspólnotowym przepisów ustawy dolnosaksońskiej pozwalającej udzielać zamówień publicznych na roboty budowlane tylko takim przedsiębiorcom, którzy zobowiążą się do zapłaty swoim pracownikom, co najmniej wynagrodzenie wynikające z obowiązującego układu zbiorowego w miejscu realizacji zamówienia. Spór przed sądem niemieckim dotyczył odpowiedzialności polskiej spółki Pracownie Konserwacji Zabytków, która jako podwykonawca robót budowlanych nie dochowała zobowiązań wynikających z lokalnego układu zbiorowego. Sąd niemiecki, biorąc pod uwagę wątpliwość co do zgodności przedmiotowych przepisów z zapisaną w Traktacie swobodą świadczenia usług skierował pytanie prejudycjalne do TSUE.

Z wyjątkiem Polski i KE wszyscy uczestnicy postępowania bronili zgodności wskazanych przepisów, uzasadniając to celem ochrony pracowników.

TSUE orzekł w wyroku, że regulacje krajowe, jakich dotyczył stan faktyczny są niezgodne z przepisami Dyrektywy 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług w związku z art. 49 TWE, gdyż odnośne przepisy, na podstawie których układ zbiorowy „Budynki i roboty publiczne” nabierał mocy wiążącej, miały zastosowanie jedynie wobec zamówień publicznych, a nie umów prywatnych (PKZ był podwykonawcą przy realizacji zamówienia). W związku z tym minimalne wynagrodzenie za pracę przewidziane w tym konkretnym układzie zbiorowym nie zostały określone zgodnie z jedną z procedur sformułowanych w art. 3 Dyrektywy 96/71/EC dotyczącej delegowania pracowników.

⁹⁴⁾ Orzeczenie TSUE z 03.04.2008 r. sprawie C-346/06 (Dirk Ruffert).

⁹⁵⁾ Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych. Unia Europejska, 2011.

Wskazane rozstrzygnięcie stanowi wyraźną wskazówkę dla zamawiających, że kwestie społeczne uwzględniane być mogą w systemie zamówień publicznych, o ile nie narusza to podstawowych zasad funkcjonowania Unii Europejskiej.

4.6. Podsumowanie

Uwzględnienie w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego aspektów społecznych pozwala na:

- 1) promowanie zatrudnienia osób bezrobotnych, młodocianych, niepełnosprawnych czy osób, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym,
- 2) wspieranie włączenia społecznego osób niepełnosprawnych,
- 3) zwiększenie dostępności infrastruktury publicznej dla wielu grup społecznych.

Wdrożenie do system zamówień publicznych aspektów społecznych wspomaga skuteczność działania **szeroko pojętego państwa** w realizacji poszczególnych polityk społecznych za pomocą instrumentów ekonomicznych.

Rozdział 5. Przepisy ustawy Pzp regulujące zagadnienia nowego podejścia

Lp.	Zagadnienia nowego podejścia	Instytucja prawna	Przepisy ustawy Pzp
1	Aspekty społeczne	Korzystanie z uproszczeń przewidzianych przez przepisy dla usług niepriorytetowych	Art. 2a Art. 5
		Uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań dodatkowych	Art. 29 ust. 4
		Opisywanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań funkcjonalnych	Art. 30 ust. 6
		Odnoszenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków do aspektów społecznych związanych z przedmiotem zamówienia	Art. 22 ust. 2 Art. 24 ust. 1 pkt 3–8 i 10–11 Art. 25
		Uwzględnianie w SIWZ wszystkich informacji odnoszących się do aspektów społecznych związanych z przedmiotem zamówienia	Art. 36 ust. 2 pkt 9
		Dopuszczenie składania ofert wariantowych	Art. 2 pkt 7 Art. 36 ust. 2 pkt 4 Art. 83 ust. 1
		Dokonywanie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie	Art. 2 pkt 5 Art. 91 ust. 2
		Uwzględnienia w postanowieniach umowy aspektów społecznych	Art. 139–151a
2	Ograniczanie barier dla MSP	Jednoznaczne formułowanie postanowień zawieranych w ogłoszeniu o zamówienie	Art. 11–12 Art. 40 Art. 41
		Przekazywanie lub zamieszczanie ogłoszeń o wstępnie planowanych zamówieniach publicznych	Art. 13
		Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków nie powinny być nadmiarowe i nie powinny ograniczać uczciwej konkurencji	Art. 22 ust. 1 Art. 22 ust. 3–4
		MSP mogą polegać na zasobach innych podmiotów, wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu	Art. 26 ust. 2b
		MSP mogą wspólnie ubiegać się o zamówienie publiczne	Art. 23
		MSP mogą potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu także dokumentami dotyczącymi innych podmiotów oraz mają prawo żądać wezwania ich do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów	Art. 25 Art. 26 ust. 2b Art. 23 ust. 3
		Opis przedmiotu zamówienia powinien być jednoznaczny, wyczerpujący, dokładny uwzględniający okoliczności istotne dla sporządzenia oferty	Art. 29 ust. 1–3 Art. 30
		Niesumowanie z sobą zamówień o innym przeznaczeniu i niedostępnych u tych samych wykonawców	Art. 32 ust. 1, ust. 4 Art. 6a
		Sporządzanie SIWZ z uwzględnieniem ofert częściowych i stosownie do tego formułowanie dalszych postanowień, np. kwoty wadium, wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Udzielanie odpowiedzi na pytania do SIWZ stosowanie do art. 38 ust. 1a ustawy Pzp	Art. 36 Art. 37 Art. 38
		Ograniczenie do niezbędnego minimum ograniczeń w dopuszczalności podwykonawstwa	Art. 36 ust. 4–5
		Korzystanie z trybu przetargu nieograniczonego	Art. 39–46
		Ograniczenie kwoty wadium do wysokości 1% Jednoznaczne określanie żądań kierowanych do wyko-	Art. 45–46

		nawców w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, aby zminimalizować ryzyko zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp	
		Możliwie szerokie dopuszczenie składania ofert częściowych w przypadkach dozwolonych prawem	Art. 2 pkt 6 Art. 36 ust. 2 pkt 1 Art. 83 ust. 2–3
		Jawne otwieranie ofert	Art. 86 ust. 3–4
		Dokonywanie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie	Art. 91 ust. 2 i 3 Art. 2 pkt 5
		Ograniczenie wysokości żądania zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia	Art. 147–152
3	Instrumenty wspierania innowacji w zamówieniach publicznych	Opis przedmiotu zamówienia powinien być jednoznaczny, wyczerpujący, dokładny uwzględniający okoliczności istotne dla sporządzenia oferty	Art. 29 ust. 1–3 Art. 30 ust. 6
		Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków powinien uwzględniać różnorodność proponowanych rozwiązań	Art. 22 ust. 1 i ust. 4
		Dopuszczenie składania ofert wariantowych	Art. 2 pkt 7 Art. 36 ust. 2 pkt 4 Art. 83 ust. 1
		Dialog techniczny	Ogólne uprawnienia do przygotowania postępowania w sposób nie naruszający uczciwej konkurencji (Propozycje uzupełnienia przepisów ustawy Pzp o art. 31a–31c)
		Udzielanie zamówień w trybie negocjacji z ogłoszeniem	Art. 54–60
		Udzielanie zamówień w trybie dialogu konkurencyjnego	Art. 60a–60e Art. 87 ust. 1a
		Dokonywanie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie	Art. 91 ust. 2 i 3 Art. 87 ust. 1a Art. 2 pkt 5
		Poprzedzanie udzielenia zamówienia postępowaniem konkursowym	Art. 110–127
		Dopuszczanie możliwości udzielania zaliczek	Art. 151a
4	Elektronizacja zamówień publicznych	Przesyłanie ogłoszenia o zamówieniu do DzUUE drogą elektroniczną	Art. 12 ust. 2
		Zamieszczanie SIWZ na stronie internetowej we wszystkich trybach, w których jest to dopuszczalne prawnie	Art. 37 ust. 2
		Dopuszczenie porozumiewania się zamawiającego i wykonawców w trakcie postępowania drogą elektroniczną we wszystkich przypadkach, gdzie jest to dopuszczalne prawnie i możliwe technicznie	Art. 27 Art. 82 ust. 2
		Udzielanie zamówień w trybie licytacji elektronicznej	Art. 74–81
		Przewidywanie aukcji elektronicznej w przypadkach dopuszczonych prawem	Art. 91a–91c
		Ustanowienie dynamicznego systemu zakupów	Art. 102–109

Rozdział 6. Regulacje dotyczące zamówień publicznych w państwach Unii Europejskiej⁹⁶⁾

System zamówień publicznych w Unii Europejskiej regulowany jest na dwóch płaszczyznach: prawa Unii Europejskiej oraz prawa krajowego poszczególnych państw członkowskich.

Na poziomie UE przepisy odnoszące się do zamówień publicznych zawarte są w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Podstawowe zasady, które należy stosować, udzielając zamówienia publicznego, zostały umieszczone w przepisach dotyczących:

- 1) swobodnego przepływu towarów (art. 28–37 TFUE),
- 2) swobody prowadzenia działalności gospodarczej (art. 49–55 TFUE),
- 3) swobody świadczenia usług (art. 56–62 TFUE),
- 4) zakazu dyskryminacji (przede wszystkim art. 18 TFUE).

6.1. Dyrektywy zamówieniowe

Przepisy Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej zostały rozwinięte w grupie tzw. dyrektyw zamówieniowych, do których zaliczamy:

- 1) Dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi (tzw. **dyrektywa klasyczna**).

Dyrektywa zawiera przepisy koordynujące procedury udzielania zamówień w sektorze publicznym, w tym przepisy określające:

- podstawowe pojęcia z zakresu prawa zamówień publicznych,
- zasady prowadzenia postępowań przetargowych i udzielania zamówień,
- warunki dotyczące porozumień zawartych w ramach Światowej Organizacji Handlu,
- kwoty progowe dla zamówień publicznych,
- wyłączenia stosowania dyrektywy,
- zasady udzielania zamówień na tzw. usługi priorytetowe oraz niepriorytetowe,
- zasady dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i dokumentacji przetargowej,
- procedury udzielania zamówień,
- reguły dotyczące publikacji ogłoszeń,
- terminy w procedurach przetargowych,
- sposoby przysyłania informacji oraz komunikacji między stronami postępowania,
- sposób weryfikacji ewentualnych wykonawców,
- kryteria udzielania zamówień,
- sposoby postępowania z ofertą zawierającą rażąco niską cenę,
- możliwość zastosowania aukcji elektronicznych,
- reguły dotyczące koncesji na roboty budowlane,
- reguły dotyczące konkursów,
- obowiązki statystyczne.

Dyrektywa klasyczna została implementowana do krajowego porządku prawnego *ustawą z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych*.

⁹⁶⁾ Szerzej H. Nowicki, P. Nowicki: Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej. PARP, 2011.

- 2) Dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (tzw. **dyrektywa sektorowa**).

Dyrektywa zawiera przepisy określające:

- podstawowe pojęcia i definicje z zakresu zamówień sektorowych,
- ogólne zasady udzielania zamówień sektorowych,
- warunki dotyczące porozumień zawartych w ramach Światowej Organizacji Handlu,
- kwoty progowe dla zamówień publicznych,
- wyłączenia stosowania dyrektywy,
- zamówienia i koncesje oraz zamówienia podlegające specjalnym postanowieniom,
- procedury udzielania zamówień sektorowych,
- zasady publikacji ogłoszeń, obliczania terminów oraz komunikacji między stronami postępowania,
- systemy kwalifikowania,
- kryteria udzielania zamówień,
- sposoby postępowania z ofertami z państw trzecich,
- reguły dotyczące konkursów na usługi,
- obowiązki statystyczne.

W Polsce przepisy dyrektywy sektorowej zostały wprowadzone ustawą z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i zawarte są w Dziale III (przepisy szczególne) ustawy, rozdziale 5 dotyczącym zamówień sektorowych.

- 3) Dyrektywę Rady z 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane; Dyrektywę Rady 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji oraz Dyrektywę 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 r. zmieniającą Dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (tzw. **dyrektywy odwoławcze**).

- 4) Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 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 zmieniającą Dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (tzw. **dyrektywa obronna**).

Dyrektywa obronna zawiera przepisy regulujące:

- podstawowe pojęcia i definicje z zakresu zamówień w sektorze obronności i bezpieczeństwa,
- zobowiązania w zakresie poufności i ochrony informacji niejawnych,
- kwoty progowe,
- zasady dotyczące dokumentacji zamówień,
- procedury udzielania zamówień,
- zasady dotyczące publikacji ogłoszeń, terminów oraz przekazywania informacji,
- zasady dotyczące komunikacji i sprawozdań,
- kryteria kwalifikacji podmiotowej,
- kryteria udzielania zamówień,
- zasady podwykonawstwa,

- kwestie procedur odwoławczych i kontrolnych,
- obowiązki statystyczne.

Należy nadmienić, że dyrektywa jest źródłem tzw. prawa wtórnego Unii Europejskiej. Wiąże państwo członkowskie co do celu, jaki ma osiągnąć, zostawiając mu możliwość wyboru środków i odpowiednich form realizacji dyrektywy. Dyrektywa jest implementowana do krajowego porządku prawnego (np. za pomocą ustawy).

Poszczególne państwa członkowskie implementowały do swoich porządków prawnych przepisy ww. dyrektyw.

6.2. Inne akty prawne (rozporządzenia i dyrektywy) stanowiące źródła prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej

Należą do nich:

- 1) **Dyrektywa** Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/33/WE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego, opublikowana 15 maja 2009 r. w Dzienniku Urzędowym UE,
- 2) **Dyrektywa** Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/32/WE z 5 kwietnia 2006 r. w sprawie efektywności końcowego wykorzystania energii i usług energetycznych oraz uchylająca Dyrektywę Rady 93/79/EWG,
- 3) **Dyrektywa** Rady 92/75/EWG z 22 września 1992 r. w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcie, zużycia energii oraz innych zasobów przez urządzenia gospodarstwa domowego,
- 4) **Rozporządzenie** Komisji (WE) nr 213/2008 z 28 listopada 2007 r. zmieniające Rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz Dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV,
- 5) **Rozporządzenie** Komisji (WE) nr 842/2011 z 19 sierpnia 2011 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające Rozporządzenie (WE) nr 1564/2005,
- 6) **Rozporządzenie** Komisji (WE) nr 1150/2009 z 10 listopada 2009 r. zmieniające Rozporządzenie (WE) nr 1564/2005 w odniesieniu do standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z Dyrektywami Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG, opublikowane 28 listopada 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
- 7) **Rozporządzenie** Komisji (WE) nr 1251/2011 z 30 listopada 2011 r. zmieniające Dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień,
- 8) **Rozporządzenie** (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające Rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i 1107/70,
- 9) **Rozporządzenie** Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 106/2008 z 15 stycznia 2008 r. w sprawie wspólnotowego programu znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych (Energy Star),
- 10) **Rozporządzenie** Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 66/2010 z 25 listopada 2009 r. w sprawie oznakowania ekologicznego UE (nowe rozporządzenie Ecolabel),
- 11) **Rozporządzenie** Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekzarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS), uchylające Rozporządzenie nr 761/2001 (nowe rozporządzenie EMAS),

- 12) **Dyrektywa** Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/30/UE z 19 maja 2010 r. w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcie, zużycia energii oraz innych zasobów przez produkty związane z energią,
- 13) **Dyrektywa** Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/31/UE z 19 maja 2010 r. w sprawie charakterystyki energetycznej budynków.

6.3. GPA – Government Procurement Agreement

GPA, czyli tzw. Porozumienie w sprawie Zakupów Rządowych, stanowi wielostronną (bilateralną) umowę zawartą w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO – World Trade Organization), regulującą procedury udzielania zamówień przez rządy tych państw, które w ramach swojego członkostwa w WTO zdecydowały się być stroną GPA. Oznacza to, że nie wszystkie państwa członkowskie Światowej Organizacji Handlu są zobowiązane do przestrzegania GPA.

W chwili obecnej stronami Porozumienia jest czterdzieści jeden państw, w tym wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej: Austria, Belgia, Bułgaria, Cypr, Czechy, Dania, Estonia, Finlandia, Francja, Niemcy, Grecja, Węgry, Irlandia, Włochy, Łotwa, Litwa, Luksemburg, Malta, Holandia, Polska, Portugalia, Rumunia, Słowacja, Słowenia, Hiszpania, Szwecja, Zjednoczone Królestwo, Armenia, Aruba, Kanada, Hong Kong, Islandia, Izrael, Japonia, Korea Płd., Liechtenstein, Norwegia, Singapur, Szwajcaria, Taipei, Stany Zjednoczone Ameryki.

GPA, podpisane 15 kwietnia 1994 r., jest najważniejszym porozumieniem międzynarodowym z zakresu zamówień publicznych. Cele GPA różnią się od tych, które stawiają sobie dyrektywy zamówieniowe UE. Jak wynika z preambuły GPA, jako cele Porozumienia możemy zidentyfikować:

- 1) stworzenie wielostronnych ram praw i zobowiązań z poszanowaniem ustaw i przepisów, procedur i praktyk związanych z zamówieniami publicznymi, ze względu na osiągnięcie większego stopnia liberalizacji i wzrostu światowego handlu oraz ulepszenie międzynarodowych ram dla zasad prowadzenia handlu światowego,
- 2) zapewnienie przejrzystości ustaw, przepisów, procedur i praktyk w zakresie zamówień publicznych,
- 3) ustanowienie procedur międzynarodowych zawiadamiania, konsultacji, nadzoru i rozstrzygania sporów w celu zapewnienia sprawiedliwego, szybkiego i skutecznego egzekwowania postanowień międzynarodowych dotyczących zamówień publicznych oraz utrzymania równowagi praw i obowiązków na możliwie jak najwyższym poziomie.

Prawo zamówień publicznych Unii Europejskiej jest w pełni zgodne z postanowieniami GPA.

6.4. Tryby udzielania zamówień

W zamówieniach o wartości równej lub większej niż tzw. progi unijne zamawiający stosują progi przewidziane w dyrektywie klasycznej. Są nimi:

- 1) procedura otwarta,
- 2) procedura ograniczona,
- 3) procedury negocjacyjne (z uprzednią publikacją ogłoszenia oraz bez uprzedniej publikacji ogłoszenia),
- 4) dialog konkurencyjny.

Dyrektywa klasyczna przewiduje również pewne procedury szczególne:

- 1) dynamiczny system zakupów,
- 2) aukcje elektroniczne,
- 3) konkurs,
- 4) umowę ramową.

6.5. Zamówienia o małej wartości

W praktycznie każdym państwie członkowskim Unii Europejskiej istnieją przepisy dotyczące zamówień o tzw. małej wartości, a także tzw. progi krajowe (np. tak, jak w Polsce – zamówienia o wartości poniżej 14 tys. euro).

Zazwyczaj zamówienia o małej wartości są traktowane bardzo elastycznie, natomiast dopiero przekroczenie konkretnego progu krajowego powoduje sformalizowanie postępowania przetargowego i większe obowiązki po stronie zamawiającego.

6.6. Kryteria kwalifikacji podmiotowej wykonawców

Państwa członkowskie, zarówno w przypadku zamówień ponadprogowych, jak i podprogowych, bazują na odpowiednich przepisach dyrektywy klasycznej, tzn.:

- 1) art. 45 – dot. podmiotowej sytuacji kandydata lub oferenta,
- 2) art. 46 – dot. predyspozycji do prowadzenia działalności gospodarczej,
- 3) art. 47 – dot. sytuacji ekonomicznej i finansowej,
- 4) art. 48 – dot. kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych.

6.7. Kryteria oceny ofert

Wszystkie państwa członkowskie dopuszczają wybór oferty z najniższą ceną bądź oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (tzw. MEAT – *Most Economically Advantageous Tender*). Tak więc kryteria oceny ofert nie różnią się niczym od polskiego systemu zamówień publicznych zarówno w zakresie zamówień poniżej, jak i powyżej progów unijnych. Można jednak w UE zaobserwować tendencję do szerszego używania wielokryteriowej oceny ofert niż w Polsce. Jeśli zamawiający stosuje takie kryteria oceny, to oczywiście musi określić, jakie wagi odpowiadają poszczególnym kryteriom.

6.8. Procedury odwoławcze

W państwach członkowskich Unii Europejskiej nie istnieje jeden wzorzec, jeśli chodzi o procedury odwoławcze czy też – generalnie – środki ochrony prawnej. Istnieje tu duże zróżnicowanie i zamówienia publiczne mogą być domeną tylko sądów administracyjnych lub sądów cywilnych. Zazwyczaj spotyka się rozwiązania, gdzie dopuszczalna jest droga zarówno sądowo-administracyjna, jak i cywilna – czasami jest to uzależnione od rodzaju zamawiającego (Hiszpania). W takich państwach najczęściej nie występują specjalne organy quasi-sądowe do rozpatrywania odwołań od decyzji zamawiającego.

Są jednak państwa (np. Dania), które podobnie jak Polska takie organy powołały. W niektórych (np. Grecja), utrzymano również pewną samokontrolę zamawiającego, który rozpatruje protesty jako pierwsze z możliwych instrumentów odwoławczych, stosowanych przez wykonawców. Zdarzają się również przypadki (np. w Szwecji), gdzie uprawnionymi organami do kontroli zamówień publicznych są instytucje zajmujące się ochroną konkurencji.

Możemy również spotkać różnicowanie środków odwoławczych w zależności od wartości przedmiotu zamówienia (np. Łotwa). Najczęściej jednak system odwoławczy jest taki sam dla zamówień o wartości powyżej, jak i poniżej progów unijnych.

6.9. Informacje na temat zamówień publicznych w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej

Wykonawcy mają możliwość uczestniczenia w przetargach organizowanych przez zamawiających w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej. Wymaga to jednakże znajomości przepisów krajowych, gdyż, jak wspomniano wcześniej, poza przepisami ogólnie obowiązującymi w Unii Europejskiej istnieje prawo poszczególnych państw członkowskich regulujące system zamówień publicznych.

W pierwszym rzędzie istotna jest możliwość dotarcia do informacji o przetargach. W przypadku zamówień ponadprogowych źródłem informacji jest Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej.

Informacji o przetargach o wartości przedmiotu zamówienia poniżej progów unijnych należy szukać już na stronach internetowych odpowiednich urzędów krajowych.

Przeszkodą dla firm rozpoczynających poszukiwanie możliwości uczestnictwa w przetargach w Unii Europejskiej jest często brak wiedzy o tym, jakie przepisy regulują pozycję wykonawcy w przetargu w danym kraju. Co prawda praktycznie każde państwo udostępnia, w taki czy inny sposób, wersje elektroniczne powszechnie obowiązującego prawa w zakresie zamówień publicznych – jednakże często barierą jest język, gdyż nie ma obowiązku tłumaczenia tych dokumentów.

Należy także pamiętać, iż nawet mając dostęp do podstawowych aktów prawnych, należy zwrócić uwagę na istotne różnice, które występują między państwami członkowskimi w zakresie regulacji zamówień poniżej kwot progowych.

W poniższej tabeli wskazano strony internetowe, na których można znaleźć informacje o systemie zamówień publicznych:

Austria	www.lieferanzeiger.at www.wienerzeitung.at www.portal.wko.at (sekcja: Wirtschafts- und Gewerberecht, podsekcja: Verwaltungs- und Vergabeverfahren)
Belgia	www.ejustice.just.fgov.be/bul/bulf.htm
Czechy	www.isvus.cz
Dania	www.kfst.dk
Estonia	www.riigihanked.riik.ee
Finlandia	www.hankintailmoitukset.fi/fi
Francja	brak
Grecja	www.investingreece.gov.gr www.infosoc.gr
Hiszpania	www.boe.es
Holandia	www.aanbestedingskalender.nl www.tenderned.nl
Irlandia	www.etenders.gov.ie
Litwa	https://pirkimai.eviesiejipirkimai.lt , www.valstybes-zinios.lt/vpp3/lt/Users.anonProcurementsShow
Luksemburg	https://saturn.etat.lu/simap/public www.cdm.imprimerie-centrale.com/pls/CDM/GetRub?Ing=FR&rub=0&n=2
Łotwa	www.fm.gov.lv/?lat , www.eiepirkumi.gov.lv/PMB
Niemcy	www.e-vergabe.de
Portugalia	www.base.gov.pt/Paginas/Default.aspx
Słowacja	www.uvo.gov.sk
Słowenia	www.enarocanje.si/default.asp?podrocje=portal
Szwecja	www.verksamst.se
Węgry	www.mhk.hu/kozbesz/index.php
Wielka Brytania	www.cabinetoffice.gov.uk
Włochy	https://www.servizioccontrattipubblici.it/informazioni/bp_link_regioni.aspx , www.itaca.org/index.asp

Zakończenie

System zamówień publicznych oprócz realizacji podstawowego celu, jakim jest maksymalizacja korzyści ekonomicznych dla zamawiającego przy zachowaniu zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości może i powinien zmierzać do:

- 1) zwiększania udziału małych i średnich przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych;
- 2) zwiększania popytu na innowacyjne produkty i usługi poprzez zamówienia publiczne;
- 3) wykorzystywania w większym stopniu przyjaznych środowisku produktów i usług zamawianych w systemie zamówień publicznych;
- 4) upowszechnienia stopnia wykorzystania środków elektronicznych w procesie udzielania zamówień publicznych;
- 5) uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych⁹⁷⁾.

Ustawodawca przewidział wiele instrumentów, których zastosowanie przez zamawiających w codziennej praktyce udzielania zamówień publicznych umożliwia osiągnięcie celów nowego podejścia do systemu zamówień publicznych.

Zamawiający nie zawsze korzystają z wszystkich możliwości, jakie niesie ustawa Prawo zamówień publicznych. Ryzyko komplikacji, przedłużania procedury czy fiaska postępowania mogło zniechęcać do stosowania nowoczesnych rozwiązań. Jednak odformalizowanie procedur otwartych, które dokonało się w ostatnim okresie niesie szansę szerszego otwarcia się zamawiających na nowe podejście do zamówień publicznych i wykorzystania znacznego potencjału instrumentów w zakresie udzielania zamówień.

Przybliżone w niniejszym opracowaniu poszczególne instrumenty wdrażania celów nowego podejścia są z reguły rozwiązaniami, których stosowanie jest zależne od woli zamawiającego oraz wymaga współdziałania ze strony wykonawców.

⁹⁷⁾ Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój, dokument opracowany przez Ministerstwo Gospodarki i UZP, Warszawa 2008.