

2010

Nowe podejście
do zamówień publicznych
– wyzwanie dla zamawiających
– szansa dla małych i średnich
przedsiębiorstw



KAPITAŁ LUDZKI
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI
FUNDUSZ SPOŁECZNY



Nowe podejście do zamówień publicznych

– wyzwanie dla zamawiających

– szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw

Publikacja została opracowana w ramach projektu systemowego
Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości:

„Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”

Projekt jest współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego
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”

Warszawa 2010

Nowe podejście do zamówień publicznych

– wyzwanie dla zamawiających – szansa dla Małych i Średnich Przedsiębiorstw

Autor tekstu: Dariusz Koba

Współpraca i konsultacje: Magdalena Olejarz

Opracowanie współfinansowane przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

© Copyright by Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2010

ISBN 978-83-7633-069-3

Wydawca:

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Pańska 81/83

00-834 Warszawa

www.parp.gov.pl

Nakład 5000 egz.

Opracowanie wydawnicze: Jacek Pacholec, Joanna Fundowicz



Wydawnictwo Naukowe Instytutu Technologii Eksploatacji – Państwowy Instytut Badawczy
26-600 Radom, ul. K. Pułaskiego 6/10
tel. centr. (+48) 36 442 41, fax (+48) 36 447 65
e-mail: instytut@itee.radom.pl <http://www.itee.radom.pl>

Spis treści

Informacje wprowadzające	5
A. Przedmiot zamówienia	10
1. Określenie zakresu zamówienia i podział zamówienia na części	10
2. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych	12
3. Wymagania przedmiotowe w zakresie oddziaływania na środowisko	12
4. Dialog techniczny	13
5. Wymagania społeczne	14
B. Tryb udzielenia zamówienia	15
1. Tryby negocjacyjne	15
2. Konkurs	16
3. Zamówienia przedkomercyjne	16
4. Aukcja i licytacja	17
5. Narzędzia elektroniczne	18
C. Warunki udziału w postępowaniu i sposób oceny ich spełnienia	19
1. Wiedza i doświadczenie wykonawcy	19
2. Warunki „środowiskowe”	20
3. Promocja zatrudnienia osób niepełnosprawnych	20
D. Kryteria oceny ofert	21
1. Kryterium cenowe	21
2. Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie	22
3. Kryteria podmiotowe	23
4. Oferty wariantowe	24
E. Istotne postanowienia umowy	25
1. Zarządzanie ryzykiem w umowach o zamówienie publiczne	25
2. Zaliczki	26
3. Płatności	27
F. Podsumowanie	28

Informacje wprowadzające

Sektor publiczny, zamawiając na wielką skalę różnorodne dostawy, usługi i roboty budowlane jest największym, a na niektórych rynkach niemal jedynym klientem. W roku 2009 udzielono w Polsce ponad 170 tys. zamówień o łącznej wartości przekraczającej 120 mld zł (wg sprawozdania z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2009 r. opracowanego przez Urząd Zamówień Publicznych).

Ustawa Prawo zamówień publicznych (Pzp), określając zasady i tryby udzielania zamówień publicznych, stoi na straży swobodnego i równego dostępu wszystkich podmiotów gospodarczych do tego rynku. Powinna być również narzędziem efektywnego gospodarowania środkami publicznymi oraz barierą dla zjawisk patologicznych. Prawo zamówień publicznych oparte jest na podstawowych zasadach: równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

Zarówno cele, jak i zasady prawa zamówień publicznych są stałe i powszechnie uznawane w Polsce (od 1994 roku) i w całym rozwiniętym świecie (czego wyrazem jest choćby zawarte w 1994 r. Porozumienie w sprawie zamówień rządowych – GPA). Tym niemniej, zarówno regulacje prawne, jak i praktyka w poszczególnych krajach różnią się w czasie (ewoluują) i w przestrzeni (nawet w ramach UE, gdzie minimalne standardy określa prawo europejskie, w szczególności dyrektywa 2004/18/WE, dyrektywa 2004/17/WE, dyrektywy odwoławcze: 92/13/EWG, 89/665EWG, 2007/66/WE oraz tzw. dyrektywa obronna 2009/81/WE, która powinna być implementowana przez państwa członkowskie do 21 sierpnia 2011 r.).

Najważniejszym trendem mającym miejsce w Polsce od 2006 r. jest stopniowe odchodzenie od formalizmu postępowań w kierunku **większej ich racjonalności**. W trakcie nowelizacji ustawy Pzp, które miały miejsce w tym okresie zlikwidowano większość wcześniej istniejących barier dla efektywnego wydatkowania środków publicznych. W szczególności:

- wprowadzono nowe procedury udzielania zamówień publicznych, w tym dialog konkurencyjny przewidziany dla zamówień o skomplikowanej strukturze, technicznej, prawnej lub finansowej,
- wprowadzono przepisy umożliwiające korzystanie z elektronicznych środków komunikacji,
- wprowadzono możliwość uzupełniania dokumentów potwierdzających wiarygodność wykonawcy ubiegającego się o zamówienia,
- dokonano koncentracji środków ochrony prawnej, mającej na celu ograniczenie zjawiska blokowania postępowań przy jednoczesnym zapewnieniu wykonawcom właściwego poziomu ochrony ich praw,
- ograniczono możliwość żądania wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu wyeliminowania sytuacji przedłużania terminu składania ofert w związku z koniecznością udzielania odpowiedzi na zapytania wpływające na krótko przed jego upływem, przy jednoczesnym zapewnieniu wykonawcom odpowiedniego czasu na uwzględnienie wyjaśnień przy formułowaniu treści oferty,
- rozszerzono możliwość poprawiania błędów w ofertach,
- uwzględniono w ustawie kwestie społeczne oraz kwestie związane z ochroną środowiska naturalnego.

Zmiany te po części polegały na wprowadzeniu do ustawy pojęć nieostrych, które z jednej strony umożliwiają zamawiającemu podejmowanie rozsądnych, ekonomicznie uzasadnionych decyzji, z drugiej stanowią trudność w praktycznym stosowaniu przepisów, jako że nie definiują wprost właściwych zachowań zamawiającego. Wydaje się, że takie elastyczne, niekazuistyczne formułowanie przepisów jest jedyną drogą do racjonalności systemu (choć skutkuje jednocześnie niepewnością co do słuszności podejmowanych decyzji).

Mimo zmiany przepisów oraz akcentów okazuje się, że większość zamawiających nie wykorzystuje wszystkich narzędzi, które przewiduje ustawa Pzp dla zwiększenia efektywności zamówień publicznych. Postępowanie zamawiających nie musi być schematyczne i nieelastyczne. Zamawiający mogą brać pod uwagę wszystkie aspekty zamówienia i dostosować wymagania do specyfiki zakupu. Wielokrotnie można jednak odnieść wrażenie, że celem zamawiającego jest jak najszybsze i „bezproblemowe” zawarcie umowy. Tymczasem procedura udzielania zamówienia nie służy szybkiemu zawieraniu umów (choć i ten aspekt nie jest bez znaczenia), lecz przede wszystkim zapewnieniu należytej realizacji zamówienia, maksymalnie efektywnemu zaspokojeniu potrzeb. Ustawa o finansach publicznych w art. 44 ust. 3 definiuje to w sposób następujący: „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”.

Zważywszy powyższe, istnieje potrzeba promowania **nowego, bardziej elastycznego i przemysłanego podejścia** zarówno do przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem od samego początku oraz na każdym etapie celu postępowania (w świetle zasad finansów publicznych).

Uzyskiwanie najlepszych efektów z danych nakładów oznacza przede wszystkim maksymalnie efektywne osiągnięcie celu zamówienia, czyli zaspokojenie konkretnej potrzeby będącej powodem wszczęcia postępowania. Jednak nowoczesny system zamówień publicznych może być wykorzystany również do osiągania celów dalszych, szerszych. Nie zapominając o efektywności konkretnego zamówienia, niejako przy okazji i bez ponoszenia większych kosztów, można dodatkowo wspierać inne wartości i cele realizowane przez sektor publiczny. Chodzi w szczególności o:

- **Wsparcie małych i średnich przedsiębiorstw (MSP).** MSP z racji mniejszego potencjału, jakim dysponują często nie są w stanie samodzielnie ubiegać się o zamówienie publiczne bądź też mają mniejsze szanse na jego uzyskanie. Napotykają również na pewne bariery w dostępie do zamówień publicznych, co powoduje, że nie są wystarczająco reprezentowane wśród zwycięzców postępowań. Podstawowym problemem jest wielkość zamówienia, a co za tym idzie jego wartość, powodujące podniesienie wymagań stawianych wykonawcom ubiegającym się o takie zamówienie.
- **Promowanie innowacji.** Wzrost innowacyjności gospodarki jest najprostszym i najskuteczniejszym środkiem zwiększania jej konkurencyjności. Zamówienia publiczne powinny stymulować innowacje poprzez tworzenie popytu na innowacyjne produkty, usługi i technologie. Może się to odbywać w szczególności poprzez wykorzystanie procedury dialogu konkurencyjnego, metody opisu przedmiotu zamówienia za pomocą wymagań funkcjonalnych, właściwego, opartego nie tylko na cenie doboru kryteriów oceny ofert lub też z wykorzystaniem tzw. „przedkomercyjnych zamówień publicznych”.
- **Promowanie rozwiązań przyjaznych środowisku („zielone zamówienia”).** W celu realizacji zasad zrównoważonego rozwoju należy zawsze brać pod uwagę aspekty środowiskowe. Należy w tym celu rozważać włączenie wymagań środowiskowych do opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert oraz warunków realizacji zamówienia.
- **Upowszechnianie stosowania narzędzi elektronicznych w zamówieniach publicznych.** W dobie społeczeństwa informacyjnego stosowanie narzędzi elektronicznych (e-mail, podpis elektroniczny, aukcja elektroniczna, licytacja elektroniczna, dynamiczny system zakupów) powinno stać się standardem. Nie tylko przyspiesza i ułatwia procedurę, ale i umożliwia osiągnięcie znacznych oszczędności.
- **Uwzględnianie kwestii społecznych w zamówieniach publicznych.** Biorąc pod uwagę przede wszystkim efektywność wydatkowania środków publicznych, należy dostrzegać fakt, iż takie wartości, jak promocja zatrudnienia osób niepełnosprawnych bądź bezrobotnych może w efekcie przynieść

państwu nie tylko bezpośrednie korzyści ekonomiczne (np. oszczędności w wydatkach na pomoc społeczną), ale i wymierne (choć trudno policzalne) efekty w postaci przeciwdziałania wykluczeniu, profilaktyki społecznej itd.

Osiągnięcie powyższych celów przy udzielaniu zamówień publicznych musi się odbywać w granicach prawa, z poszanowaniem zasad konkurencji, niedyskryminacji i równego traktowania, a także powinno być poprzedzone analizą długookresowych kosztów i korzyści z uwzględnieniem wszystkich efektów bezpośrednich i pośrednich podejmowanych działań. Dotychczas zbyt rzadko powyższe aspekty (głównie środowiskowe, społeczne i informatyczne) brane były pod uwagę. Dlatego ich uwzględnienie nazywamy **nowym podejściem do zamówień publicznych**.

Istotę i metody wdrażania nowego podejścia opisuje dokument rządowy: „Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój”, przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 8 kwietnia 2008 roku.

W celu uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów, a także osiągnięcia pozostałych wyżej wymienionych zadań stawianych przed systemem zamówień publicznych, zamawiający powinien uwzględniać te aspekty zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania, a także na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. W szczególności należy rozważyć przyjęcie nowego podejścia do następujących kwestii:

1) Opis przedmiotu zamówienia i przygotowanie postępowania

- a) Nie należy komasować zamówień, nie należy łączyć ze sobą dostaw (usług) niepodobnych, nieoferowanych przez zapewniającą konkurencję liczbę wykonawców (z sektora MSP), gdyż stanowi to najważniejszą barierę w ubieganiu się o zamówienia publiczne MSP. Należy, tam gdzie pozwala na to charakter zamówienia, brać pod uwagę możliwość udzielenia zamówienia w częściach lub dopuszczenia składania ofert częściowych. Ułatwi to ubieganie się o zamówienia również MSP, dla których wielkość zamówienia i związane z tym wymagania często stanowią barierę ograniczającą możliwość skutecznego ubiegania się o kontrakty.
- b) Należy jak najszerzej stosować opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych, gdyż w ten sposób promuje się (a co najmniej – dopuszcza) innowacyjne podejście do realizacji zamówienia, umożliwiając wykonawcom zaoferowanie nowych, niestandardowych rozwiązań.
- c) Należy wszędzie tam, gdzie ma to zastosowanie, stawiać odpowiednie wymagania przedmiotowe w zakresie oddziaływania na środowisko naturalne.
- d) W przypadku skomplikowanych zamówień można przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia korzystać z doradztwa ekspertów (określanego w dyrektywach mianem dialogu technicznego) w celu racjonalnego określenia warunków zamówienia.
- e) Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z jego realizacją, dotyczące zatrudnienia osób bezrobotnych, niepełnosprawnych lub młodocianych, ewentualnie utworzenia funduszu szkoleniowego (zgodnie z art. 29 ust. 4 Pzp) czy też jak najmniejszego negatywnego oddziaływania na środowisko.

2) Tryb udzielenia zamówienia

- a) 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 mogą być zlecane z pominięciem przepisów ustawy Pzp, jednak w celu zapewnienia optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, zamawiający może (powinien) prowadzić postępowania konkurencyjne, zwane przedkomercyjnymi zamówieniami.

- b) W przypadku skomplikowanych zamówień należy stosować tryby dialogu konkurencyjnego lub negocjacji z ogłoszeniem, gdyż jest to najlepszy sposób, aby ostatecznie, po rozmowach z wykonawcami, określić realne i najefektywniejsze warunki realizacji zamówienia.
- c) Tam, gdzie może to mieć zastosowanie, należy rozważyć zorganizowanie konkursu, zwłaszcza na opracowanie koncepcji nowatorskich rozwiązań.
- d) W przypadku standardowych zamówień należy częściej stosować aukcję elektroniczną oraz – w przypadku zamówień podprogowych – licytację elektroniczną, gdyż przynoszą one wyraźne oszczędności w stosunku do standardowego przetargu (bez aukcji) lub zapytania o cenę (poniżej progu).
- e) We wszystkich postępowaniach należy dopuszczać porozumiewanie się między zamawiającym a wykonawcami drogą elektroniczną, a także należy, w miarę możliwości, dopuszczać składanie ofert drogą elektroniczną.

3) Warunki udziału w postępowaniu

- a) Tam, gdzie ma to zastosowanie, należy stawiać wymagania podmiotowe w zakresie oddziaływania na środowisko, odwołując się w szczególności do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.
- b) W przypadku zamówień innowacyjnych należy z dużą ostrożnością formułować warunki dotyczące doświadczenia, tak, aby dopuścić do postępowania potencjalnych wykonawców chcących zaoferować rozwiązania nowatorskie.
- c) Tam, gdzie jest to uzasadnione, można zastrzec, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne.

4) Kryteria oceny ofert

- a) Dobierając kryteria oceny ofert, należy brać pod uwagę również inne czynniki związane z przedmiotem zamówienia, takie jak np. jego jakość, oddziaływanie na środowisko, funkcjonalność, uwzględniając przy tym cały cykl życia produktu, a więc m.in. takie czynniki, jak koszt eksploatacji i utylizacji. Należy zatem częściej wybierać oferty ekonomicznie najkorzystniejsze, nie najtańsze, zwłaszcza w przypadku nowatorskich technologii i specjalistycznych usług.
- b) Należy częściej dopuszczać składanie ofert wariantowych, gdyż w ten sposób dopuszcza się rozwiązania innowacyjne.
- c) W przypadku usług niepriorytetowych, w szczególności prawniczych, edukacyjnych i szkoleniowych, społecznych i zdrowotnych, rekreacyjnych, kulturalnych i sportowych), w celu optymalizacji wyboru najkorzystniejszej oferty należy stosować kryteria podmiotowe.

5) Istotne postanowienia umowy

- a) Relacje z wykonawcami należy określać raczej w kategoriach współpracy i dzielenia się odpowiedzialnością i ryzykiem, niż przerzucania wszystkich obowiązków na wykonawcę, bez współdziałania ze strony zamawiającego.
- b) Należy, w miarę możliwości prawnych i finansowych, udzielać wykonawcom zaliczek na poczet realizacji zamówienia, zwłaszcza w przypadku, gdy przedmiot zamówienia może być innowacyjny lub wykonawcą może być MSP.
- c) Należy maksymalnie skracać terminy płatności, gdyż stanowią one barierę (a przynajmniej utrudnienie) dla wykonawców chcących ubiegać się o zamówienie, zwłaszcza z sektora MSP.

W dalszej części zostaną szerzej omówione poszczególne aspekty nowego podejścia do zamówień publicznych. Nowego, gdyż uwzględniającego możliwie szeroki kontekst społeczno-gospodarczy konkretnego zamówienia.

Nowe podejście wymaga patrzenia szerzej i dalej, widzenia więcej. To wyzwanie zarówno dla zamawiających, jak i dla wykonawców.

A. Przedmiot zamówienia

Podstawowe zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia pozostają niezienne (art. 29–31 Pzp) i wynikają z zasad udzielania zamówień publicznych (równe traktowanie, uczciwa konkurencja, przejrzystość). Z jednej strony przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z drugiej strony przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, co oznacza przede wszystkim, że nie można, co do zasady, opisywać go przez wskazanie nazwy, modelu, numeru katalogowego, znaku towarowego, patentu ani w żaden inny, bezpośredni lub pośredni, sposób wskazywać na jego pochodzenie, producenta, dostawcę, wykonawcę, podwykonawcę itp. (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 równoważne”).

Nowe, pogłębione podejście do zamówień w zakresie przedmiotu zamówienia, zmierzające do implementacji nowych rozwiązań obejmuje następujące zagadnienia.

1. Określenie zakresu zamówienia i podział zamówienia na części

Podstawową barierą dla MSP w ubieganiu się o zamówienia jest wielkość zamówień i – co za tym idzie – wysokość wymagań dotyczących warunków udziału w postępowaniu. MSP trudniej jest ubiegać się o duże zamówienia, gdyż często przedsiębiorstwa te nie spełniają wymagań w zakresie potencjału technicznego i ekonomicznego. Z jednej strony można to skwitować stwierdzeniem, iż duże zamówienia są dla dużych firm, małe – dla małych. Jednak, z uwagi na rolę i znaczenie MSP dla gospodarki oraz w celu poszerzenia konkurencji – należy rozważać działania rozszerzające możliwości ubiegania się MSP o większe zamówienia.

Obniżanie wymagań podmiotowych w stosunku do przedmiotu zamówienia nie jest właściwym rozwiązaniem, gdyż skutkować może udzielaniem zamówień wykonawcom zbyt słabym, aby należycie je wykonać.

Jedną z możliwości radzenia sobie w przypadku ubiegania się o duże zamówienia jest **możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie** przez kilku wykonawców. Możliwość taka została zagwarantowana w ustawie Pzp (art. 23) i stanowi pewne rozwiązanie problemu (podobnie, jak możliwość polegania na potencjale i zdolnościach innych podmiotów (art. 26 ust. 2b)). Jednak, możliwość tę należy rozpatrywać raczej w kategorii praw wykonawców, nie ich obowiązków. Zamawiający musi dopuścić udział konsorcjów, lecz nie może wymuszać tworzenia sztucznych konsorcjów, czyli konsorcjów składających się z firm nie komplementarnych wobec siebie, lecz konkurujących ze sobą lub niemających ze sobą nic wspólnego (działających na odrębnych rynkach). Niestety, sytuacja taka występuje dość często i jest spowodowana agregowaniem zamówienia: włączaniem do przedmiotu jednego zamówienia różnych dostaw lub usług. Zamówienie takie (w sytuacji niedopuszczenia ofert częściowych) może uzyskać wyłącznie duża, wielobranżowa firma. Działanie takie (łączenie w ramach jednego postępowania dostaw lub usług niepodobnych) stanowi naruszenie swobody dostępu do zamówień publicznych, w sposób nieuzasadniony zawęża konkurencję, a argument o możliwości składania wspólnych ofert przez mniejsze firmy niczego w tym nie zmienia.

Nadmierne agregowanie zamówień spowodowane jest najczęściej obawami zamawiających przed zarzutem dzielenia zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy Pzp (art. 32 ust. 2). Warto w tym miejscu przytoczyć brzmienie odpowiednich przepisów prawa UE oraz ich interpretacji.

Jeśli chodzi o zakres przedmiotowy zamówienia, czyli problem łączenia (lub nie) różnych dostaw w jedno zamówienie, to regulacja Dyrektywy klasycznej – Dyrektywa (2004/18/WE) jest następująca: 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 szacowaniu wartości zamówienia (art. 9 ust. 5 pkt b). Zamówienie na dostawę winno więc obejmować **wszystkie:**

1) planowane do zakupienia

2) w krótkim okresie czasu

3) produkty podobne, czyli

a) normalnie (w standardowej ofercie) **dostępne u zapewniającej konkurencję liczby wykonawców i**

b) przeznaczone do tego samego celu.

Jeśli chodzi o usługi, to Dyrektywa nie zawiera pojęcia usług podobnych, lecz odnosi się do zamawiania usług w częściach. Nie ma więc powodu łączenia kilku usług, nawet jeśli są podobne, należy zaś łączyć odrębnie zamawiane ich części. W przypadku robót budowlanych natomiast zakres przedmiotowy zamówienia jest związany z pojęciem obiektu budowlanego (należy agregować wszystkie roboty budowlane planowane do wykonania obiektu).

Jeśli zaś chodzi o zakres ilościowy lub horyzont czasowy, który należy uwzględniać przy szacowaniu wartości zamówienia, należy przywołać art. 9 ust. 3 Dyrektywy: „**Żaden projekt budowlany ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania niniejszej dyrektywy**”. Przepis zabrania celowego dzielenia zamówienia na części, nie wyklucza jednak dokonywania podziału podyktowanego względami ekonomicznymi (nie można zawrzeć długoterminowej umowy np. z uwagi na taką niestabilność cen, której nie są w stanie ująć jakiegokolwiek obiektywne wskaźniki), organizacyjnymi (np. nie można przewidzieć przyszłego zapotrzebowania) lub innymi (np. technicznymi).

Powyższe zasady **zapobiegają sztucznej agregacji produktów i usług** oraz zamykaniu MSP drogi do zamówień. Mając na uwadze, że MSP stanowią 99,8% podmiotów w UE – twierdzenie, iż postępowanie jest prowadzone w warunkach prawdziwej konkurencji w sytuacji, gdy przedsiębiorcy z sektora MSP (co najmniej ich liczba zapewniająca konkurencję) nie są w stanie (samodzielnie) spełnić jego warunków wydaje się błędne, sprzeczne z samą istotą konkurencji. (Zapewne trochę inaczej jest w przypadku robót budowlanych, gdy wymagania stawiane wykonawcom są pochodną wielkości i stopnia złożoności obiektu budowlanego, które to cechy wprost wynikają z jego funkcji, a nie przeświadczenia zamawiającego o konieczności łączenia zakresów prac).

Prawo europejskie (a za nim polskie) zawiera również rozwiązania dalej idące: **zamawiający może zdecydować o udzieleniu zamówienia w częściach**. Może się to odbyć albo poprzez dopuszczenie składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania, albo udzielanie zamówienia w odrębnych postępowaniach, których przedmiot obejmuje jedynie część zamówienia (np. część dostaw podobnych). Takie działanie w jeszcze większym stopniu wspiera MSP, które – ubiegając się jedynie o część zamówienia – muszą wykazać spełnianie warunków adekwatnych jedynie do tej części. Procedury te są mocno zalecane w niektórych przepisach krajowych (np. w Niemczech i we Francji). Należy jednak pamiętać, że dzieląc zamówienie na części zamawiający zobowiązany jest szacować wartość zamówienia z uwzględnieniem wartości wszystkich jego części i stosować do każdej z tych części procedury/przepisy właściwe ze względu na wartość zamówienia. Ukłonem w kierunku MSP jest w tym wypadku derogacja od tej zasady przewidziana w ustawie Pzp, zgodnie z którą do poszczególnych części zamówienia można stosować przepisy właściwe ze względu na wartość tej części zamówienia, jeśli jej wartość jest mniejsza niż wyrażo-

na w złotych równowartość 80 000 euro dla dostaw i usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% zamówienia.

Innym sposobem szerszego dopuszczenia MSP do zamówień jest **zawieranie umów ramowych z kilkoma wykonawcami**. Zawarcie takiej umowy ramowej otwiera przed MSP możliwość sukcesywnego uzyskiwania zamówień częściowych składających się łącznie na zamówienie większej wartości.

2. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych

Przedmiot zamówienia może zostać określony różnorodnie, jednak zwykle można ten opis przyporządkować do jednej z dwóch metod (ewentualną trzecią metodą, chociaż dopuszczaną jedynie w ściśle określonych okolicznościach, jest użycie sformułowania: „to lub równoważne”):

- 1) Opis techniczny, technologiczny, projektowy. Zamawiający definiuje przedmiot zamówienia poprzez opis cech technicznych i jakościowych.
- 2) Opis funkcjonalny, czyli określenie efektów, jakie mają zostać osiągnięte, funkcji, jakie ma spełniać przedmiot zamówienia, potrzeb, jakie mają zostać zaspokojone. Ważne są rezultaty, sposób ich osiągnięcia pozostawiany jest do wyboru wykonawcy.
- 3) Obie metody różnią się zasadniczo, i to w wielu wymiarach:

Opis techniczny	Opis funkcjonalny
Zamawiający zajmuje się doбором właściwych środków zaspokojenia potrzeb, co wymaga zwykle dłuższego czasu, nakładu pracy własnej lub poniesienia kosztów zewnętrznych za zatrudnienie eksperta	Zamawiający komunikuje jedynie swoje potrzeby, cele do spełnienia, oczekiwane efekty
Wykonawca zobowiązany jest określić cenę realizacji zamówienia w sposób narzucony przez zamawiającego	Wykonawca ma dużą swobodę co do sposobu obliczenia ceny
Wykonawca zobowiązany jest realizować zamówienie zgodnie z wymaganiami technicznymi narzucenymi przez zamawiającego	Wykonawca może dobrać samodzielnie metodę realizacji zamówienia
Zamawiający zobowiązany jest nadzorować w trybie ciągłym realizację zamówienia i egzekwować narzucony przez siebie sposób wykonania	Zamawiający nie ingeruje w realizację zamówienia, a zwłaszcza w przyjęte przez wykonawcę metody
Wykonawca (w uproszczeniu) odpowiedzialny jest za działanie z należytą starannością, co do zasady nie ponosi odpowiedzialności za efekt końcowy, gdyż zależy on również od działań zamawiającego	Wykonawca odpowiada, co do zasady, za efekt, za osiągnięcie określonych celów, rezultatów

Najważniejszy z punktu widzenia nowego podejścia jest jednak wymiar **innowacji**. W przypadku opisu technicznego, co do zasady, nie ma miejsca na innowacje. Nowatorskie rozwiązania mogą powstać (i być zaoferowane) przy funkcjonalnym opisie przedmiotu zamówienia. Opis taki nie ogranicza inwencji wykonawców, którzy – dzięki zastosowaniu nowatorskich rozwiązań – mogą zdobyć przewagę konkurencyjną i uzyskać zamówienie.

3. Wymagania przedmiotowe w zakresie oddziaływania na środowisko

Wszędzie tam, gdzie może to mieć zastosowanie, należy w opisie przedmiotu zamówienia pamiętać o wymaganiach z zakresu ochrony środowiska czy też kwestiach społecznych, takich jak np. dostępność

przedmiotu zamówienia dla osób niepełnosprawnych. Możliwość stawiania tego typu wymagań w odniesieniu do przedmiotu zamówienia daje omawiany w poprzednim punkcie przepis dotyczący formułowania wymagań funkcjonalnych: Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów ust. 1–3 (w oparciu o normy), jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Wymagania te mogą obejmować m.in. opis oddziaływania na środowisko (art. 30 ust. 6 Pzp). Nie oznacza to jednak, że w przypadku powoływania norm nie należy formułować wymagań odnoszących się do środowiska naturalnego.

Z uwagi na różnorodność zamówień mogą być stosowane bardzo różne wymagania środowiskowe. W przypadku zielonych zamówień publicznych, opisując przedmiot zamówienia, można np.:

- wskazać rodzaj materiału, z którego ma być wykonany produkt,
- podać informację, że żaden ze stosowanych materiałów nie może zawierać substancji szkodliwych dla środowiska,
- wskazać minimalny procentowy udział ponownie przetworzonego składnika,
- określić parametry techniczne mogące mieć wpływ na środowisko (zużycie energii, wody, emisja hałasu),
- włączyć wymagania dotyczące zastosowanych metod produkcji danego wyrobu lub usługi, mających wpływ na jego charakterystykę.

Należy jednak pamiętać, że ww. wymagania muszą mieć związek z przedmiotem zamówienia i nie można narzucać wymagań środowiskowych niezwiązanych z zamawianym produktem czy usługą, np. w przypadku zakupu mebli nie można domagać się, aby producent stosował w swoich biurach papier z makulatury.

W celu ułatwienia identyfikacji ekologicznych produktów rozwijane są systemy znakowania (m.in. na podstawie dyrektywy w sprawie etykiet efektywności energetycznej, rozporządzenia w sprawie Energy Star, rozporządzenia w sprawie znakowania Ecolabel). Na razie, z uwagi na dobrowolność większości oznaczeń oraz ich różnorodność, co do zasady, nie można wymagać oznakowania produktu konkretną etykietą (spełnienie wymagań środowiskowych może zostać udowodnione także w inny sposób – inna, równoważna etykieta, ekspertyza itd.). Można natomiast:

- 1) Włączyć kryteria opracowane dla różnych grup produktów służące do przyznawania im etykiet ekologicznych,
- 2) Sprawdzając zgodność z określonymi wymaganiami przyjąć, że posiadanie przez określony produkt etykiety ekologicznej stanowić będzie wystarczający dowód zgodności z określonymi wymaganiami (produkty nieposiadające etykiety muszą zostać opatrzone dowodami potwierdzającymi spełnianie wymagań).

4. Dialog techniczny

Biorąc pod uwagę, że racjonalne dokonywanie zamówień, a zwłaszcza uwzględnienie wielu nowych wymiarów wymaga nowej, często specjalistycznej wiedzy, powstaje problem jej pozyskania przez zamawiającego. Dotychczas wskazywano na jeden z dwóch sposobów:

- 1) zatrudnienie eksperta na etapie przygotowania postępowania, powierzając mu opracowanie co najmniej opisu przedmiotu zamówienia, często również formularza cenowego i umowy albo
- 2) wybór, tam gdzie jest to dopuszczane ustawą Pzp, trybu postępowania umożliwiającego negocjacje z wykonawcami (dialog konkurencyjny lub negocjacje z ogłoszeniem) zmierzające do wspólnego ustalenia warunków zamówienia (o tym szerzej w kolejnym rozdziale).

Oprócz ww. możliwości filozofia nowego podejścia zachęca do konsultowania rynku przed wszczęciem postępowania, zwanego w Dyrektywie **dialogiem technicznym**: „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” (pkt 8 Preambuły).

Dialog techniczny to możliwość zbadania opinii rynku i istniejących na nim rozwiązań zanim zacznie się proces przetargowy, w celu identyfikacji rozwiązań, które w największym stopniu spełniają potrzeby zamawiającego i które mogą znaleźć odzwierciedlenie w specyfikacji warunków zamówienia. Rozmowy z potencjalnymi wykonawcami, firmami konsultingowymi, ekspertami czy naukowcami nie mogą, oczywiście, mieć skutku ograniczenia konkurencji, a zatem nie powinny dawać potencjalnemu wykonawcy konkurencyjnej przewagi, na przykład przez ustalenie specyfikacji technicznych przez odniesienie do takich specyfikacji, które spełnia jeden wykonawca, krajowy lub inny.

Dialog techniczny powinien przyczynić się do korygowania nieścisłości w formułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Ustawa Pzp nie przewiduje wprost możliwości zorganizowania dialogu technicznego, jednak również nie wyklucza możliwości korzystania z doradztwa na etapie poprzedzającym wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej strony należy pamiętać w takim wypadku o istnieniu przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust 2 pkt 1, zgodnie z którym wykonawca podlega wykluczeniu w sytuacji, kiedy wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami, które uczestniczyły w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

5. Wymagania społeczne

Ustawa Pzp jednoznacznie dopuszcza rozszerzenie opisu przedmiotu zamówienia o 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;
- 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.

Formułując tego typu wymagania, należy brać pod uwagę wszystkie: krótko- i długookresowe, bezpośrednie i pośrednie skutki działań. Tego typu wymagania mogą przyczynić się do zmniejszenia (nawet trwałego) bezrobocia (zwłaszcza lokalnie). Jednak upowszechnienie się takich wymagań może również przynieść skutek negatywny: przedsiębiorcy, widząc, że w przypadku każdego nowego zamówienia muszą zatrudnić lokalnych bezrobotnych – zwolnią tych pracowników, których pracę sezonowo wykonują bezrobotni.

B. Tryb udzielenia zamówienia

Podstawowymi trybami udzielania zamówień są tryby przetargowe: przetarg nieograniczony i ograniczony. Zastosowanie tych trybów nie wymaga żadnego formalnego uzasadnienia (co nie oznacza, że bez znaczenia jest, który z tych trybów zostanie w konkretnym przypadku zastosowany). Co do zasady, są to tryby w największym stopniu gwarantujące osiągnięcie celów ustawy Pzp: zapewnienie wykonawcom swobody dostępu do zamówień publicznych, przy jednoczesnym zapewnieniu efektywności systemu i przeciwdziałaniu zjawiskom patologicznym. Oba tryby przetargowe są najczęściej stosowanymi trybami udzielania zamówień publicznych. Jest to słuszne i właściwe.

Tym niemniej nowe podejście do zamówień polega na **rozszerzeniu palety trybów stosowanych przez zamawiających**. Fakt, iż przetargi są i powinny być stosowane w większości przypadków nie oznacza, że w określonych okolicznościach nie można skorzystać z innych trybów, które będą właściwsze w przypadku bardziej skomplikowanych zamówień.

W przypadku skomplikowanych (w szczególności nowatorskich czy proekologicznych) zamówień, stanowiących może niewielki procent ogółu, ale z pewnością niemarginalnych, stosowanie trybów przetargowych może nie zapewniać w wystarczającym stopniu szeroko rozumianej efektywności wydatkowania środków publicznych poprzez niedostosowanie tych procedur do potrzeb zamówień, w których zamawiający na etapie przygotowania postępowania może nie być w stanie wystarczająco precyzyjnie określić w specyfikacji rozwiązań, które w najlepszym stopniu spełniają jego potrzeby. W takim przypadku należy rozważyć zastosowanie trybów umożliwiających negocjacje z potencjalnymi wykonawcami: dialog konkurencyjny i negocjacje z ogłoszeniem, a nawet konkursu.

Z drugiej strony, zwłaszcza w przypadku standardowych dostaw i usług, zbyt rzadko wykorzystywane są możliwości licytacyjne, jakie daje ustawa Pzp, a w przypadku wszystkich zamówień zamawiający zbyt rzadko posługują się środkami elektronicznymi w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

1. Tryby negocjacyjne

Nie kwestionując priorytetu trybów przetargowych, należy podkreślić, że nie w każdej sytuacji ogłoszenie przetargu jest uzasadnione. Tryb przetargowy może być zastosowany wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający potrafi (samodzielnie lub zatrudniając eksperta, ewentualnie poprzedzając postępowanie dialogiem technicznym) określić potrzeby oraz warunki przetargu.

W przypadku zamówień nowatorskich, intelektualnych, proekologicznych, skomplikowanych czy to pod względem technologicznym, czy też finansowym lub prawnym itp., właściwe określenie warunków przetargu wymaga wiedzy specjalistycznej, której zamawiającemu może brakować. W takiej sytuacji zamawiający ma do dyspozycji dwie ścieżki postępowania (a może też wykorzystać obie możliwości):

- pozyskać niezbędną wiedzę przed wszczęciem postępowania, zatrudniając eksperta lub prowadząc dialog techniczny (por. poprzedni rozdział) i/lub
- wybrać tryb postępowania umożliwiający negocjacje z wykonawcami.

Dwa spośród trybów ustawowych mogą mieć zastosowanie w tym drugim przypadku, oczywiście pod warunkiem spełnienia przesłanek określonych w ustawie Pzp:

- negocjacje z ogłoszeniem i
- dialog konkurencyjny.

Pozostałe tryby umożliwiające prowadzenie negocjacji: negocjacje bez ogłoszenia oraz zamówienie z wolnej ręki są trybami „awaryjnymi”, używanymi jedynie w wyjątkowych, z reguły nieplanowanych, okolicznościach.

2. Konkurs

Konkursy, o których mowa w ustawie Pzp (art. 110–127) najczęściej przybierają postać konkursów architektonicznych. Tym niemniej konkurs może służyć również do dokonywania innych nowatorskich zamówień. Sama definicja konkursu kładzie nacisk na nagrodę dla najlepszej pracy konkursowej, nie określając zakresu przedmiotowego stosowania tej procedury. Wymieniono, co prawda, kilka przykładowych zakresów konkursu, lecz, po pierwsze lista ta wymienia również „przetwarzanie danych”, po drugie nie jest ona zamknięta. Procedura ta może być stosowana do różnych rodzajów usług.

Konkurs może stanowić doskonałą metodę opracowywania i testowania nowych pomysłów, rozwiązań, technologii. Warunki konkursu winny dawać wykonawcy maksymalną swobodę w doborze sposobu podejścia, wizji, rozwiązań, środków realizacji itp., a więc w maksymalnym stopniu promować kreatywność wykonawców. Z natury rzeczy kryteria stosowane do wyboru najlepszej pracy konkursowej w niewielkim tylko zakresie (o ile w ogóle) poddają się algorytmizacji, choć – w miarę możliwości – zamawiający powinien konkretyzować sposób oceny prac, nie poprzestając jedynie na wskazaniu nazw kryteriów i ich wag (znaczenia).

Aby zapewnić sprawne zawarcie umowy, należy określić w regulaminie konkursu maksymalne wynagrodzenie, jakie zamawiający przewiduje dla autora najlepszej pracy za jej szczegółowe opracowanie. Natomiast, aby zapobiec „projektowaniu na półkę”, warunki konkursu powinny określać również budżet projektu, czyli maksymalny koszt wykonania prac na podstawie pracy konkursowej. Określenie tych ram jest konieczne, a jednak pozostawia wykonawcom maksymalne pole dla proponowania rozwiązań innowacyjnych.

3. Zamówienia przedkomercyjne

Rozwinięte państwa, w mniejszym lub większym stopniu, stymulują badania naukowe, prace rozwojowe i różnorodne usługi badawcze, zwłaszcza w obszarach, którymi nie jest zainteresowany przemysł ani inwestorzy prywatni. W szczególności polega to na finansowaniu jednostek badawczych, przyznawaniu dotacji, grantów, pomocy publicznej itp. Sektor publiczny zleca również prowadzenie badań w ramach umów o świadczenie usług.

Większość środków jest przekazywana z pominięciem ustawy Pzp. Poza bezpośrednim finansowaniem jednostek badawczych z budżetu państwa (co, oczywiście, nie podlega procedurom Pzp) zastosowanie mają przede wszystkim dwa wyłączenia:

- ustawy nie stosuje się do przyznawania dotacji ze środków publicznych, jeżeli dotacje te przyznawane są na podstawie ustaw (art. 4 pkt 7),
- ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są 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 (art. 4 pkt 3 ppkt e), co oznacza, że przepisom Pzp podlegają wyłącznie te usługi, które zarazem są w całości opłacane przez zamawiającego oraz służą tylko jemu.

Wyłączenie stosowania przepisów Pzp nie oznacza, że środki te są wydatkowane bez stosowania jakichkolwiek zasad konkurencyjnych. Po części przynajmniej stosowane są procedury konkursowe.

Finansowanie nauki w tradycyjny sposób będzie nadal miało miejsce, podobnie jak udzielanie pomocy publicznej na dotychczasowych zasadach. W pewnym zakresie jednak można i należy zmienić to podejście. Niektóre nowatorskie projekty nie potrzebują dotacji „na projekt”, lecz szansy na rozwój. Mimo że są obiecujące, we wstępnych fazach obciążone są dużym ryzykiem, co skutkuje niechęcią sektora

prywatnego do ich finansowania. W takiej sytuacji projekty te nie mają szansy na finansowanie na normalnych, rynkowych warunkach. Mogą jednak zostać sfinansowane przez sektor publiczny.

Zamówienia przedkomercyjne to zamówienia na badania naukowe i prace rozwojowe. Nie zostały one bezpośrednio uregulowane ani w dyrektywach, ani w ustawie Pzp, głównie ze względu na fakt, że dotyczą one usług badawczo-rozwojowych wyłączonych spod zakresu ustawy Pzp i w takim zakresie nie podlegają one procedurom zamówień publicznych. W tego typu zamówieniach przede wszystkim inna jest relacja państwo–jednostka badawcza/przedsiębiorca rozwijający projekt. Obie strony umowy uczestniczą nie tylko w ryzykach, ale i w zyskach z projektu – w razie jego powodzenia, co musi być jednoznacznie i wyczerpująco określone w warunkach umowy udostępnianych wykonawcom przed złożeniem ofert. Zyskiem strony publicznej może być w szczególności współwłasność wyników prac (czerpanie korzyści z patentu lub możliwość zastosowania opatentowanego rozwiązania bez ponoszenia opłat licencyjnych) lub nabycie serii testowej, prototypowej opracowanych produktów.

Zamówienia przedkomercyjne, mimo że w co do zasady nie podlegają procedurom zamówień publicznych, powinny jednak być udzielane z poszanowaniem podstawowych zasad przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji. Powinny także uwzględniać, tam gdzie będzie to miało zastosowanie, przepisy z zakresu pomocy publicznej oraz przewidywać odpowiednie rozwiązania związane z ochroną i przenoszeniem praw autorskich.

4. Aukcja i licytacja

Przed wejściem w życie ustawy o zamówieniach publicznych w 1994 r. większość zamawiających stosowała własne zasady organizowania przetargów, choć co najmniej jedna cecha była wspólna: przewidywały po otwarciu ofert licytację ustną, odbywającą się w obecności wszystkich oferentów, prowadzoną na zasadzie: kto wykona za mniej. Zamawiający byli bardzo przywiązani do tej procedury, z wielkimi oporami akceptując ustawowy zakaz negocjacji i zmiany ofert. Po czasie okazało się, że jednak licytacja jest korzystna i procedura ta wróciła do praktyki (pod nazwą aukcji) w nowoczesnej, elektronicznej formie. Jednak jej istota pozostaje niezmienna. Dodatkowo wprowadzono do ustawy licytację elektroniczną, jako odrębny tryb dokonywania zamówień (na razie, z uwagi na brak takiej procedury w prawie europejskim – jedynie do progów unijnych).

Mimo że od pojawienia się tych metod w ustawie Pzp upłynęło już sporo czasu, procedury te nie są wystarczająco często stosowane. A mogą przynieść wymierne oszczędności.

Należy pamiętać, że do aukcji dochodzi jedynie w sytuacji wpłynięcia co najmniej trzech odpowiednich ofert (co oznacza, że – mimo iż aukcja jest przewidziana w ogłoszeniu – może do niej nie dojść, warto więc już w ofercie pisemnej zaproponować korzystne warunki). W tej sytuacji korzyści osiągnięte w trakcie aukcji są rzeczywistymi oszczędnościami, niemożliwymi do osiągnięcia w inny sposób.

Warto zwrócić uwagę, że aukcja może być stosowana nie tylko w postępowaniach, w których jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

Po pierwsze przedmiotem aukcji mogą być różne kryteria, pod warunkiem że są wymierne. Mogą to więc być zarówno kryteria przedmiotowe (np. parametry oferowanego sprzętu), jak i kontraktowe (np. termin realizacji okres gwarancji).

Po drugie, w tym samym postępowaniu mogą być stosowane również kryteria niezmienne, niepoddawane procedurze aukcji, w tym kryteria niewymierne. Ocena oferty pisemnej w ramach tych kryteriów pozostaje niezmienna, a liczba punktów przyznana ofercie jest automatycznie dodawana (jako stała) do wzoru uwzględniającego kolejne postąpienia oferowane w ramach kryteriów podlegających aukcji. Pro-

cedura ta pozwala na opracowanie skomplikowanego algorytmu oceny ofert zapewniającego wybór najkorzystniejszej, niekoniecznie najtańszej oferty.

Licytacja elektroniczna jest pod tym względem znacznie prostsza: może być stosowana tylko w przypadku, gdy cena jest jedynym kryterium oceny ofert, czyli przewidziana jest raczej do prostszych zamówień.

Zaletą obu metod jest udzielenie zamówienia na znacznie korzystniejszych warunkach. Dotychczasowe doświadczenia pokazują, że zastosowanie aukcji czy licytacji elektronicznej pozwala na uzyskanie sporych oszczędności, wynikających z zaproponowanych ofert cenowych w stosunku do innych procedur, z jednoczesnym uzyskaniem przedmiotu zamówienia o dobrej jakości.

Przeprowadzenie zarówno aukcji, jak i licytacji wymaga właściwego oprogramowania. Zamawiający może korzystać z darmowych narzędzi udostępnianych przez Urząd Zamówień Publicznych na swojej stronie internetowej lub z komercyjnych portali aukcyjnych (którym można również zlecić przeprowadzenie całego postępowania w imieniu zamawiającego).

5. Narzędzia elektroniczne

Stosowanie narzędzi elektronicznych w zamówieniach publicznych nie ogranicza się do aukcji i licytacji elektronicznej. Nowe podejście do zamówień publicznych polega również na stosowaniu narzędzi informatycznych w coraz większym zakresie w komunikacji z wykonawcami (efektem rozwoju tych narzędzi będzie zapewne prowadzenie całości postępowania wyłącznie w postaci elektronicznej).

Ustawa Pzp przewiduje możliwość bądź, w niektórych przypadkach, obowiązek korzystania z technik elektronicznych, m.in. w niżej wymienionych sytuacjach:

- SIWZ w trybie przetargu nieograniczonego musi być udostępniana na stronie internetowej,
- zamawiający może dopuścić komunikację z wykonawcami za pomocą poczty elektronicznej (ustawa Pzp oświadczenie i dokument przesłane faksem lub e-mailem traktuje na równi z formą pisemną),
- zamawiający może wyrazić zgodę na składanie ofert w postaci elektronicznej, opatrzonych bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Mimo że przepisy przewidują możliwości zastosowania technik elektronicznych w zamówieniach publicznych, nadal zbyt rzadko metody te są wykorzystywane przez zamawiających. Dotyczy to przede wszystkim elektronicznej formy komunikacji między zamawiającym a wykonawcami, która powinna być standardowo dopuszczana, gdyż jest

- najszybsza,
- najtańsza i
- bezpieczna (znacznie łatwiej udowodnić przesłanie e-maila niż faksu).

C. Warunki udziału w postępowaniu i sposób oceny ich spełniania

Choć brak w ustawie Pzp normy bezpośrednio na to wskazującej, z wielu jej przepisów należy wywieść zasadę, iż **żadnego zamówienia nie powinien otrzymać wykonawca niewiarygodny**, niedający rękojmi (w potocznym tego słowa rozumieniu) należytego wykonania zamówienia.

Aby zapobiec takiej ewentualności, ustawa określa:

- 1) przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24) oraz
- 2) warunki udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1), które zamawiający winien skonkretyzować w postaci opisu sposobu dokonania oceny ich spełniania. Opis ten winien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co należy rozumieć jako „zapewniający osiągnięcie celu (zapewnienie należytego wykonania zamówienia) z zastosowaniem możliwie najmniejszych środków” (należy wymagać tylko tego, co konieczne dla upewnienia się, że wykonawca dysponuje potencjałem koniecznym do należytej realizacji zamówienia).

Zasady te obowiązują zawsze, niezależnie od rodzaju zamówienia i trybu postępowania. Nowe podejście do zamówień publicznych stara się uwzględnić również wartości szersze i dalsze niż tylko zapewnienie należytego wykonania konkretnego zamówienia. Stąd wynikają pewne wnioski co do sposobu formułowania opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

1. Wiedza i doświadczenie wykonawcy

Prawdziwym zapewne jest pogląd, iż najważniejszym wymiarem wiarygodności wykonawcy jest jego doświadczenie. Zasada ta nie musi się zawsze sprawdzać – bywa, że doświadczony wykonawca nie wykonuje konkretnego zamówienia należycie, bo uzyskał zbyt wiele zamówień lub nie jest w stanie wykonać należycie, bo utracił jednego lub kilku pracowników, którzy „przechowywali” doświadczenie firmy.

Innym mankamentem badania doświadczenia wykonawcy jest to, że postawienie standardowego wymagania: wykazanie, że w ciągu ostatnich 3–5 lat (w zależności od rodzaju zamówienia) wykonał należycie x zamówień podobnych nie jest możliwe w przypadku zamówień wyjątkowych, nowatorskich, innowacyjnych, czyli szczególnie skomplikowanych. Jeżeli przedmiot konkretnego postępowania zamawiany jest po raz pierwszy lub oczekiwania co do sposobu jego realizacji są niestandardowe, przy ocenie wiarygodności wykonawcy nie można oprzeć się na jego doświadczeniu w realizacji podobnych zamówień.

W takiej sytuacji zamawiający może:

- Wybrać z przedmiotu zamówienia elementy szczególnie trudne i wymagać doświadczenia w realizacji tych elementów.
- Postawić wymagania w zakresie doświadczenia w posługiwaniu się określonymi narzędziami, metodami, technikami, które mogą lub powinny być zastosowane przy realizacji konkretnego zamówienia.
- Wydaje się, że w przypadku stricte innowacyjnych zamówień należy zrezygnować z wymagań odnoszących się do doświadczenia wykonawcy. Należy skupić się na kwalifikacjach osób, które mają uczestniczyć w realizacji zamówienia, ufając, że starannie dobrany zespół wykonawcy będzie w stanie rozwiązywać stawiane przed nim zadania w sposób wyjątkowy i odpowiedzialny zarazem.

Żadna z powyższych metod nie daje pewności co do właściwej realizacji zamówienia. Tym niemniej zamawiający winien, za pomocą narzędzi określonych ustawą, maksymalizować prawdopodobieństwo należytego wykonania zamówienia, przy czym za należyte może być uznane: innowacyjne lub nowatorskie.

2. Warunki „środowiskowe”

Warunki zamówienia w zakresie ochrony środowiska, poza omówionymi już wymaganiami odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia, mogą obejmować również aspekty „środowiskowej wiarygodności” wykonawcy. W szczególności można stawiać wymagania w zakresie systemu zarządzania środowiskiem.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wymienia między innymi zaświadczenia niezależnego podmiotu, zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach (...).

Powyższe oznacza, że:

- 1) zamawiający może wskazać środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie zobowiązany stosować podczas realizacji zamówienia,
- 2) wymaganie to może być stosowane wyłącznie w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane (nie może być stawiane przy zamówieniach na dostawy),
- 3) stawiając wymagania dotyczące zarządzania środowiskiem, zamawiający winien odwołać się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach,
- 4) wykonawca może wykazać spełnianie warunku, przedstawiając zaświadczenie podmiotu certyfikującego o przestrzeganiu EMAS, ISO 14001 lub innej równoważnej normy,
- 5) wykonawca może w inny sposób wykazać zgodność swych działań z wymaganiami zamawiającego, w szczególności może opisać środki, jakie stosuje w celu zapewnienia takiego samego poziomu ochrony środowiska.

Zamiast lub obok powyższego wymagania zamawiający może żądać wykazania się przez wykonawcę zrealizowaniem zamówienia spełniającego określone, podobne do przedmiotowego postępowania warunki w zakresie ochrony środowiska. Wykazanie się stosownym doświadczeniem może być uznane za wystarczające potwierdzenie zdolności z wymogami środowiskowymi.

3. Promocja zatrudnienia osób niepełnosprawnych

Od niedawna ustawa Pzp (w ślad za dyrektywami) przewiduje możliwość ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców do firm zatrudniających osoby niepełnosprawne.

Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

D. Kryteria oceny ofert

Jednym z najważniejszych aspektów nowego podejścia jest stosowanie kryteriów oceny ofert umożliwiających wielowymiarowe, pełne porównanie ofert. Zdecydowanie zbyt dużo zamówień rozstrzyganych jest na zasadzie najniższej ceny. Takie działanie zamawiającego, wbrew pozorom, stoi w jaskrawej sprzeczności z zasadami finansów publicznych (nie mówiąc już o ekonomii oraz zwykłej racjonalności). Nie chodzi przy tym o zanegowanie ceny jako kryterium. Chodzi o **rozszerzenie palety stosowanych kryteriów oraz ich dostosowanie do konkretnego zamówienia**.

W przypadku wielu zamówień cena powinna pozostać jedynym kryterium oceny ofert, przy czym pojęcie ceny może być stosowane szerzej (o czym niżej). Są jednak zamówienia, i jest ich zapewne bardzo dużo, przy udzielaniu których należy brać pod uwagę bilans ceny i innych kryteriów. W końcu są też zamówienia, przy udzielaniu których (jak np. w przypadku dialogu konkurencyjnego) nie powinno się brać pod uwagę jedynie ceny, a zasadą wyboru powinno być: najlepsza oferta, na jaką stać zamawiającego (choć formalnie ustawa nie opisuje tej zasady wyboru, w praktyce mamy z nią do czynienia w każdym przypadku, gdy waga ceny spada do kilku–kilkunastu procent). Ciekawe przykłady stosowania kryteriów oceny oferty zawiera dokument „Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne” opracowany na zlecenie MRR (np.: www.mi.gov.pl/files/0/1792962/Kryteriawyboruofertpozacenowe.pdf)

1. Kryterium cenowe

Cena oferty stanowi najważniejsze kryterium oceny ofert w zamówieniach publicznych. W większości przypadków jest to słuszne (o odrębnościach w następnym punkcie), jednak najważniejszym błędem w stosowaniu kryterium cenowego jest zawężanie oceny do ceny zakupu, tj. ceny, jaką należy zapłacić w momencie odbioru przedmiotu dostawy lub obiektu budowlanego (w przypadku usług poniższe rozważania mają mniejsze znaczenie). Branie pod uwagę wyłącznie ceny zakupu w skrajnych przypadkach skutkuje przyjęciem urządzenia oferowanego niemal „za darmo”, którego późniejsze koszty eksploatacji bądź serwisowania są z kolei bardzo wysokie. Zasadą winno być ocenianie w ramach kryterium cenowego całkowitego kosztu posiadania, zwanego również kosztem cyklu życia uwzględniającego całkowite koszty dotyczące:

- zakupu,
- użycia i
- likwidacji produktu.

Koszty zakupu to nie tylko cena zakupu, ale również koszty transportu, ubezpieczenia, różnych opłat (podatków, ceł), rozmieszczenia i instalacji, odbioru, testowania, koszty „przystawienia się” na używanie innych narzędzi, urządzeń, części, niż dotychczas używane ponoszone przez zamawiającego, które często nie są brane pod uwagę. Tymczasem zamawiający nie może kierować się przy wyborze oferty ceną zakupu, nie biorąc pod uwagę całkowitych kosztów zakupu urządzenia (narzędzia, programu) innego niż dotychczas używane. „Przystawienie się” na inne produkty może wymagać od zamawiającego (w zależności od przypadku) poniesienia dodatkowych kosztów:

- 1) szkolenia pracowników w zakresie obsługi nowego urządzenia (oprogramowania), w tym kosztów nieobecności pracowników w pracy podczas szkolenia,
- 2) dostarczenia części zamiennych, narzędzi, urządzeń diagnostycznych niezbędnych do realizacji przeglądów, napraw, modernizacji (rozwoju, upgradów), a także przeszkolenia personelu zamawiającego w tym zakresie (ewentualnie przyznania zamawiającemu statusu partnera, autoryzowanego serwisu – jeśli to konieczne, a zamawiający posiada taki status dla urządzeń, systemów eksploatowanych),

- 3) zapewnienia ciągłości eksploatacji, w tym przeniesienia danych z dotychczasowego systemu do nowego, zapewnienie porównywalności danych archiwalnych i aktualnych,
- 4) innych kosztów towarzyszących, które nie występują w sytuacji, gdy zamawiający dokupuje produkty już używane.

Z tego względu np. konieczność przestawienia się na inne produkty powinna być brana pod uwagę podczas oceny oferty oferującej zamawiającemu inne, równoważne produkty. Należy doprowadzić do sytuacji, w której zamawiającemu będzie rzeczywiście obojętne (przynajmniej z ekonomicznego punktu widzenia) czy zakupi produkt znany (dotychczas używany), czy inny, gdyż wraz z dostawą innego otrzyma pakiet świadczeń umożliwiających rozpoczęcie jego używania bez ponoszenia jakichkolwiek dodatkowych kosztów zakupu, montażu, dostosowania. Wszystkie jednak tego rodzaju warunki dotyczące oceny ofert powinny być znane wszystkim wykonawcom przed złożeniem przez nich ofert.

Na **koszty użycia** składają się w szczególności koszty:

- 1) obsługi i utrzymania: zakres czynności obsługowych i wymagane kwalifikacje, aktualizacje i zapewnienie nowych wersji oprogramowania,
- 2) materiałów eksploatacyjnych i części zamiennych niezbędnych do używania produktu w całym cyklu życia,
- 3) serwisu (gwarancyjnego i pogwarancyjnego): przeglądy, wymiana elementów podlegających zużyciu, współczynniki usterkowości i koszty napraw, możliwość naprawy urządzenia **versus** konieczność wymiany urządzenia lub elementu,
- 4) energochłonność i inne koszty ekologiczne: zużycie surowców, emisja zanieczyszczeń,
- 5) inne (zależnie od przedmiotu zamówienia).

Koszty powyższe należy uwzględnić w ciągu cyklu życia produktu, który może być określony przez zamawiającego (dla wszystkich wykonawców jednakowo) lub być przedmiotem oferty i podlegać ocenie (w takim przypadku sumę kosztów należy odnieść do jednostki miary cyklu życia: na rok, na godzinę pracy, na przejechany kilometr, na 100 000 kopii itp.).

Ważnym i coraz częściej uwzględnianym kosztem składającym się na całkowity koszt posiadania jest koszt **likwidacji produktu**. Nie chodzi w tym miejscu o małe wymierne walory ekologiczne produktu (o czym w następnym punkcie), lecz o realny, rzeczywisty koszt ekonomiczny związany z zaprzestaniem używania produktu.

Cena oferty będąca przedmiotem oceny powinna nie tylko uwzględniać wszystkie powyższe koszty, ale i **terminy ich ponoszenia**. Najpełniejszą metodą analizy kosztów jest sporządzenie przez wykonawcę i dołączenie do oferty wykazu płatności (z jakiego tytułu, w jakiej wysokości i kiedy zamawiający będzie ponosił koszty).

2. Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie

Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie to oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego (art. 2 pkt 5 Pzp).

Można wyodrębnić następujące rodzaje kryteriów:

- kosztowe, cenowe (omówione pokrótce w punkcie poprzedzającym),
- przedmiotowe, odnoszące się do przedmiotu zamówienia, tego, co zostanie wykonane w ramach umowy: jakość, parametry techniczne, funkcjonalność i estetyka, użyte materiały, zastosowane technologie, trwałość, wpływ na środowisko, koncepcja i metoda realizacji zamówienia,
- kontraktowe, umowne odnoszące się do sposobu realizacji zamówienia, niemające znaczenia po odbiorze przedmiotu umowy: termin realizacji, harmonogram, warunki gwarancji i serwisu,

- podmiotowe, odnoszące się do właściwości wykonawcy (dozwolone wyłącznie w przypadku zamawiania usług niepriorytetowych – co zostanie omówione w następnym punkcie).

Wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie powinien stanowić równoprawną (z najniższą ceną) zasadę wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie oznacza to, że wybór między tymi zasadami nie ma znaczenia, ani, że może być dokonywany swobodnie, lecz zasada wyboru najkorzystniejszej oferty musi być dostosowana do przedmiotu zamówienia i warunków, na jakich ma być realizowany.

Większość wymagań zamawiający opisuje w postaci warunków (wymagania bezwzględne, oceniane na zasadzie „spełnia – nie spełnia” i skutkujące odrzuceniem oferty w przypadku niespełnienia). Potrzeba zastosowania kryteriów oceny ofert (wymagań miękkich, „im więcej/mniej – tym lepiej”, ocenianych na skali punktowej) zależy od sposobu określenia warunków, a kryteria powinny być pochodną warunków:

- im bardziej standardowy jest przedmiot zamówienia, im lepiej zamawiający umie zdefiniować swoje potrzeby, tym więcej poprawnych wymagań może postawić w postaci warunków,
- im bardziej wymagania zamawiającego są jednoznaczne i mierzalne, im dokładniej zostaną określone warunki, tym mniejsza jest potrzeba wprowadzania kryterium lub tym mniejsze jego znaczenie,
- im węższy jest rynek potencjalnych wykonawców (produktów), im bardziej nowatorskich rozwiązań zamawiający oczekuje, im wyższe są wymagania zamawiającego, tym większe niebezpieczeństwo, że warunki mogą naruszać zasady uczciwej konkurencji, czemu zaradzić można, formułując odpowiednio kryteria oceny ofert.

Oczywistym jest, że nie tylko nie da się przypisać zestawu kryteriów do poszczególnych rodzajów zamówień, ale i przy identycznym przedmiocie zamówienia mogą być stosowane różne kryteria w różnych postępowaniach. Ważne, aby uzupełniały one wymagania określone w postaci warunków w taki sposób, aby uwzględnić wszystkie aspekty/wymiary zamówienia.

Właściwy opis kryterium powoduje, iż wiele kryteriów jakościowych (parametry techniczne, funkcjonalność, warunki gwarancji i serwisu itp.) staje się kryteriami wymiernymi, pozwalającymi wykonawcom na przygotowanie oferty drogą pełnej symulacji oraz ułatwia kontrolę poprawności dokonania oceny ofert przez zamawiającego.

Bez wątplenia są również zamówienia, przy udzielaniu których zamawiający musi – w celu efektywnego gospodarowania środkami publicznymi – stosować w jakimś zakresie kryteria uznaniowe. Podstawowym miejscem, w którym ma to zastosowanie jest konkurs, jednak również może mieć miejsce w trybach udzielania zamówień. Stosowanie kryteriów takich, jak ergonomia, estetyka, łatwość użycia, ocena podejścia wykonawcy do realizacji zamówienia i in. mogą wnosić uzasadnioną dozę elastyczności do oceny ofert.

3. Kryteria podmiotowe

Stosowanie kryteriów podmiotowych w ocenie ofert jest, co do zasady, zakazane. Wyjątkiem są usługi niepriorytetowe (tzw. „usługi grupy B”) wymienione w załączniku IIB do dyrektywy 2004/18/WE i XVIIIB do dyrektywy 2004/17/WE oraz w załączniku nr 2 do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym. Do usług tych należą w szczególności: usługi prawnicze, edukacyjne i szkoleniowe, społeczne i zdrowotne, rekreacyjne, kulturalne i sportowe. Część usług grupy B to usługi intelektualne, których jakości na etapie oceny ofert nie można w żaden sposób ocenić (efekty powstaną w wyniku realizacji zamówienia). W takiej sytuacji jedynym sposobem zapewnienia należytego wykonania zamówienia jest dokonanie wyboru również w oparciu o wiarygodność wykonawcy. Dlatego przy zamawianiu tych usług zamawiający może stosować kryteria odnoszące się

do właściwości wykonawcy (art. 5 ust. 1 Pzp). Do kryteriów tego typu należą: wiedza i doświadczenie, potencjał kadrowy, techniczny, ekonomiczny i finansowy.

Mimo że ustawa nie nakazuje stosowania kryteriów podmiotowych, a jedynie dopuszcza je – należy przyjąć, że ich celem winno być efektywne gospodarowanie środkami, dlatego zamawiający powinien stosować te kryteria (obok kryteriów przedmiotowych i kontraktowych) w przypadkach i w zakresie koniecznym do realizacji celów ustawowych.

Zarówno dobór kryteriów podmiotowych i ich wag, jak i sposób oceny winien się odbywać na zasadach opisanych w poprzednim punkcie.

Na marginesie wskazać należy, że w trybach ze wstępną kwalifikacją ocena jest dokonywana w odniesieniu do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dlatego kryteria stosowane na tym etapie nazywamy kryteriami kwalifikacji. Tym niemniej wszystkie uwagi dotyczące relacji między warunkami a kryteriami, doboru kryteriów i oceny ich spełniania mogą zostać zastosowane do etapu kwalifikacji wykonawców w powyższych trybach.

Z powodu tak przebiegającej procedury kwalifikacji przetarg ograniczony jest znacznie bardziej adekwatny przy udzielaniu zamówień skomplikowanych (innowacyjnych, intelektualnych itp.) niż przetarg nieograniczony.

4. Oferty wariantowe

Ustawa Pzp przewiduje możliwość dopuszczenia przez zamawiającego złożenia ofert wariantowych. Niezwykle rzadko spotyka się tę instytucję w praktyce. Tymczasem może ona być z powodzeniem stosowana, zwłaszcza do zamówień nowatorskich, innowacyjnych.

Oferta wariantowa to oferta, w której wykonawca oferuje inny sposób wykonania zamówienia niż przewidziany przez zamawiającego (podstawowy). Wariantowość oferty zależy od zamawiającego, w szczególności od sposobu opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań stawianych ofertom. Zamawiający może zarówno dopuścić zupełnie inny sposób realizacji, jak i inną technologię realizacji. Dopuszczenie niewielkich odstępstw lub ofert równoważnych (w stosunku do produktów wskazanych z nazwy lub pochodzenia) nie powinno być uznawane za dopuszczenie ofert wariantowych.

Dopuszczenie ofert wariantowych może przynieść wiele korzystnych rezultatów. Z punktu widzenia nowego podejścia do zamówień wskazać należy przede wszystkim:

- umożliwienie złożenia ofert innowacyjnych, przełamujących istniejące status quo lub wychodzących poza standardowe i nieciekawe opracowania projektowe,
- oferowanie rozwiązań – zdaniem wykonawcy – właściwszych, nowocześniejszych, dających korzystne rezultaty, nie ograniczając w żaden sposób konkurencji.

Warunkiem dopuszczenia ofert wariantowych jest ustalenie innych niż cena kryteriów oceny ofert. Jest to zrozumiałe, zważywszy, że rozwiązania wariantowe różnią się zwykle od podstawowego wieloma cechami, które winny podlegać ocenie. Trzeba natomiast zwrócić uwagę, że w ramach kryterium cenowego istotne będzie uwzględnienie wszystkich kosztów zakupu, instalacji, dostosowania się zamawiającego do realizacji rozwiązania wariantowego (np. zamiast dokupienia części do tego, co zamawiający posiada, zna, użytkuje – wymiana całości na nowe).

E. Istotne postanowienia umowy

Do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się postanowienia Kodeksu cywilnego, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej. Zastosowanie mają więc podstawowe zasady Kc, czyli zasada **swobody umów** oraz zasada **równości stron** (ekwiwalentności świadczeń) umowy wzajemnej. Z samej istoty zamówień publicznych wynika, że zasada swobody umów jest znacznie ograniczona po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie:

- możliwości zawarcia umowy – zamawiający zobowiązany jest do zawarcia umowy, chyba że zaistnieje przesłanka unieważnienia postępowania,
- wyboru strony umowy – wykonawcą zamówienia może być jedynie podmiot wybrany zgodnie z przepisami Pzp,
- przedmiotu umowy – zakres świadczenia wykonawcy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, nie można zawierać umów na czas nieoznaczony (z wyjątkami),
- zmiany umowy – ograniczenie możliwości zmian.

Poza tym ustawa Pzp określa kilka wymagań szczegółowych, takich jak: obowiązkowa forma pisemna umowy, jawność umów, możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego, przesłanki unieważnienia umowy, możliwość żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, możliwość udzielania zaliczek.

Uwzględniając powyższe ograniczenia, zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych ma najważniejszy element zasady swobody umów, czyli możliwość swobodnego (w granicach prawa) kształtowania praw i obowiązków stron umowy. W praktyce okazuje się jednak, że zasada ta ma zastosowanie jedynie do zamawiającego, który dyktuje warunki umowy, a wykonawca może jedynie podjąć swobodną decyzję o rezygnacji ze złożenia oferty.

1. Zarządzanie ryzykiem w umowach o zamówienie publiczne

Formułując warunki przyszłej umowy, zamawiający starają się zwykle zabezpieczyć w maksymalnym stopniu interesy skarbu państwa (jednostki samorządu terytorialnego), budżetu swojej instytucji, wreszcie interes publiczny. Najczęściej jednak rozumiane jest to w następujący sposób: umowa powinna chronić zamawiającego przed jakąkolwiek odpowiedzialnością i ryzykiem związanym z jej realizacją. Skutkiem takiego podejścia jest przerzucanie na wykonawców zamówień publicznych całej odpowiedzialności i całego ryzyka, pozostawiając zamawiającemu najwyżej obowiązek zapłaty wynagrodzenia wykonawcy. W tej sytuacji wykonawcy, jeśli chcą zrealizować zamówienie, muszą ująć w cenie wszystkie świadczenia, jakie wynikają lub mogą wynikać w trakcie realizacji umowy.

Stosowanie powyższej filozofii (cała odpowiedzialność i ryzyko po stronie wykonawcy) nie jest właściwe i – wbrew pozorom – nie leży w interesie publicznym, gdyż zawsze skutkuje wzrostem ceny ofert, a w szczególnych wypadkach brakiem ofert (brakiem wykonawców gotowych realizować umowę na tak niekorzystnych warunkach). Stosując ten sposób kształtowania zobowiązań stron umowy, zamawiający z góry płaci nie tylko za to, co z pewnością wykonawca będzie musiał wykonać, ale również za to, co może się zdarzyć, nawet, jeśli się nie zdarzy (ryzyka). To nie są korzystne warunki przetargu.

Pojęcie „korzystne warunki przetargu”, ma swoje obiektywne znaczenie. Rozważając kwestię korzystności, zaczynamy zwykle od pytania: „dla kogo korzystne?”, przyjmując najczęściej, iż to, co jest korzystne dla jednej strony, jest zarazem niekorzystne dla drugiej. Umowa w sprawie zamówienia publicznego nie jest „grą o sumie zerowej”, w której zamawiający może wygrać jedynie kosztem wykonawcy. Przypisywanie wykonawcy wszystkich zobowiązań i całego ryzyka i odmawianie mu jakichkolwiek uprawnień nie

jest korzystne dla zamawiającego, gdyż skutkuje co najmniej niepotrzebnym wzrostem ceny. Korzystne warunki przetargu to warunki, które pozwalają na zawarcie najkorzystniejszej ekonomicznie umowy, czyli **umowy, która zapewnia maksymalizację efektów w stosunku do nakładów**. Aby to osiągnąć, należy m.in. przypisać poszczególne rodzaje ryzyka tej stronie umowy, która lepiej umie nim zarządzać i dla której koszt ponoszenia danego ryzyka jest niższy.

Przed sformulowaniem umowy zamawiający winien, w ramach szacowania wartości zamówienia, przeprowadzić analizę ryzyka, której celem jest zidentyfikowanie wszystkich rodzajów ryzyka, oszacowanie prawdopodobieństwa oraz skutków (przede wszystkim kosztów, ale również terminu realizacji i innych) ich wystąpienia. Analiza taka powinna pozwolić nie tylko na określenie najbardziej prawdopodobnej wartości umowy, ale również powinna być punktem wyjścia dla podziału ryzyka między strony umowy.

Wiele rodzajów ryzyka (co do zasady, gdyż rozstrzygać ostatecznie te kwestie należy uwzględniając specyfikę każdego zamówienia oddzielnie) zamawiający powinien przypisać sobie (np. inflacja). Ma to szczególne znaczenie w przypadku zamówień niestandardowych, innowacyjnych, w tym innowacji proekologicznych oraz zamówień przedkomercyjnych, przy których ryzyko jest zwykle znacznie większe niż przy normalnych, sprawdzonych metodach i ścieżkach postępowania, a także zamówień skierowanych do małych i średnich przedsiębiorstw, których świadomość ryzyka i zdolność ich szacowania jest mniejsza, niż w przypadku dużych korporacji zatrudniających na stałe specjalistów z tego zakresu. Również wiele technicznie prostych zamówień, lecz obciążonych dużym ryzykiem zakresu świadczenia (np. każdy remont, roboty budowlane polegające w dużej mierze na pracach ziemnych) powinno przypisywać te ryzyka zamawiającemu (w szczególności powinno się stosować raczej wynagrodzenie kosztorysowe niż ryczałtowe).

Przejmowanie przez zamawiającego części ryzyka związanego z realizacją zamówienia może, oczywiście, powodować **wzrost wynagrodzenia** wykonawcy w stosunku do ceny oferty, co wymaga:

- zapewnienia finansowania zamówienia w wyższej kwocie niż wstępne wynagrodzenie bazujące na cenie oferty. Wzrost ten jednak, w zdecydowanej większości przypadków, będzie mniejszy od ceny oferty składanej w sytuacji przerzucenia ryzyka na wykonawcę, gdyż zamawiający zapłaci jedynie za ryzyka, które się ziszcą oraz
- sformułowania postanowień umowy umożliwiających określenie rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy (m.in. poprzez wskazanie podstaw do jego ustalenia). Przy czym wszelkie istotne zmiany wysokości wynagrodzenia, które mogą mieć miejsce będą mogły zostać wprowadzone w życie tylko i wyłącznie, jeżeli możliwość ich zaistnienia oraz warunki, na jakich mogą zostać dokonane zostały przewidziane i określone w dokumentacji postępowania.

2. Zaliczki

Po wieloletnich wahaniach co do zasadności udzielania zaliczek na poczet realizacji zamówień publicznych wprowadzono taką możliwość do ustawy Pzp (art. 151 a) nowelizacji z dnia 5.11.2009 r.). Zwykłymi ostatecznie poglądy, iż udzielanie zaliczek jest korzystne.

W każdym przypadku, wymagającym zaangażowania (zwłaszcza na początkowym etapie realizacji zamówienia) znacznych środków finansowych, powstaje problem ich pozyskania. Zamawiający może, oczywiście, oczekiwać zapewnienia finansowania zamówienia przez wykonawcę (stawiając wymagania w zakresie dysponowania środkami potwierdzone informacją z banku). Może jednak przyjąć na siebie obowiązek bieżącego finansowania zamówienia.

Rozpatrując problem z punktu widzenia maksymalizacji efektywności zamówienia, kryterium wyboru strony finansującej powinno być proste: **realizację umowy winna finansować ta strona, dla której pozyskanie finansowania jest tańsze**. Przypisanie finansowania wykonawcy oznaczać będzie z reguły konieczność zaciągnięcia kredytu, którego koszt zostanie doliczony do ceny oferty. Finansowanie przez zamawiającego również kosztuje – nawet, jeśli zamawiający posiada środki, może je na razie przeznaczyć na inne cele. Każdorazowo należy porównać koszty finansowania, w tym koszt (zysk) alternatywny zamawiającego i zdecydować o stronie finansującej. W praktyce możliwych jest wiele rozwiązań: od niemal 100% zaliczki wypłacanej przez zamawiającego do całkowitego finansowania zamówienia przez wykonawcę (zamawiający sponoszą koszt realizacji zamówienia w dłuższym czasie).

Wydaje się pewne, że powyższe analizy powinny znacznie częściej wskazywać na konieczność (zasadność) udzielania zaliczek wykonawcom na poczet realizacji zamówień publicznych. Zamawiający powinni znacznie częściej korzystać z tego narzędzia, zwłaszcza w czasach kryzysu finansowego i w przypadku zamówień skierowanych do małych i średnich przedsiębiorstw, które przeżywają szczególne trudności z uzyskaniem zewnętrznego finansowania. Na marginesie należy wskazać, że zamawiający może (powyżej 20% – musi) żądać zabezpieczenia zaliczki, co oznacza, że wypłata zaliczki staje się całkowicie bezpieczna.

Szczegółowe warunki dotyczące możliwości wypłacania zaliczek na poczet realizacji zamówienia określa art. 151 a) ustawy Pzp.

3. Płatności

Również zasady płatności powinny być określane z uwzględnieniem kosztu pozyskania finansowania. Im rzadziej i później zamawiający płaci – tym większa konieczność pozyskania zewnętrznego finansowania i tym większy jego koszt.

Najlepsze warunki może uzyskać zamawiający, który finansuje realizację zamówienia w całości zaliczkami. Jeżeli z jakichkolwiek powodów nie jest to możliwe, zamawiający powinien dążyć do maksymalnego obniżenia kosztów finansowych w cenie oferty. Można to osiągnąć, przewidując w umowie:

- płatności częściowe za wykonanie części świadczenia (za wykonane i odebrane elementy, według stanu zaawansowania prac lub podobne),
- odpowiednie terminy odbiorów, aby – z jednej strony umożliwić zamawiającemu rzeczywistą weryfikację poprawności wykonania zobowiązania, z drugiej – nie wstrzymywać należnych płatności,
- krótkie terminy płatności faktur, co jest bardzo korzystne, zwłaszcza w przypadku małych i średnich przedsiębiorstw.

Odpowiednie postanowienia umowne w zakresie warunków płatności mogą przyczynić się do znacznego, kilkuprocentowego obniżenia ceny oferty, co w wartościach bezwzględnych może przynieść wielomilionowe oszczędności. Ważne jest to, że uzyskanie tych oszczędności wymaga jedynie większej sprawności i samodyscypliny ze strony zamawiającego, a zyskać na tym mogą wszyscy, a zwłaszcza małe i średnie przedsiębiorstwa, dla których niewielkie nawet opóźnienia płatności mogą stanowić źródło poważnych problemów.

F. Podsumowanie

Wskazania nowego podejścia do zamówień publicznych w odniesieniu do poszczególnych aspektów i etapów postępowania:

	Wsparcie MSP	Promowanie innowacji	„Zielone zamówienia”	Narzędzia elektroniczne	Uwzględnianie kwestii społecznych
Opis przedmiotu zamówienia i przygotowanie postępowania	Należy, tam gdzie to możliwe, dopuszczać składanie ofert częściowych lub udzielać zamówień w częściach.	Należy stosować wymagania funkcjonalne. Należy prowadzić dialog techniczny.	Należy stawiać wymagania w zakresie oddziaływania na środowisko.		Można określić wymagania, dotyczące zatrudnienia bezrobotnych, niepełnosprawnych lub młodocianych.
Tryb udzielenia zamówienia		Należy pamiętać o możliwości skorzystania z formy przedkomercyjnych zamówień publicznych. Należy stosować tryby dialogu konkurencyjnego lub negocjacji z ogłoszeniem, tam gdzie jest to dopuszczalne ustawą Pzp. Należy stosować konkurs na opracowanie koncepcji nowatorskich rozwiązań.		Należy, w przypadkach przewidzianych ustawą Pzp, stosować aukcję oraz licytację elektroniczną. Należy porozumiewać się drogą elektroniczną.	
Warunki udziału w postępowaniu		Należy ostrożnie formułować warunki dotyczące doświadczenia wykonawców.	Należy, tam gdzie jest to uzasadnione, stawiać wymagania podmiotowe w zakresie środowiska.		Można zastrzec zamówienie dla wykonawców zatrudniających niepełnosprawnych.
Kryteria oceny ofert	Należy zawsze brać pod uwagę koszt życia produktu, a nie tylko „prostą” cenę zakupu. Należy wybierać oferty ekonomicznie najkorzystniejsze. Tam, gdzie to uzasadnione, należy stosować kryteria jakościowe, innowacyjne, ekologiczne. Należy dopuszczać składanie ofert wariantowych.				W przypadku usług niepriorytetowych, zwłaszcza intelektualnych, można zastosować kryteria podmiotowe.
Istotne postanowienia umowy	Relacje z wykonawcami należy określać w kategoriach współpracy i dzielenia się odpowiedzialnością i ryzykiem. Należy udzielać wykonawcom zaliczek. Należy maksymalnie skracać terminy płatności.				

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP) jest agencją rządową, podlegającą Ministrowi właściwemu ds. gospodarki. Powstała na mocy ustawy z 9 listopada 2000 roku. Zadaniem Agencji jest zarządzanie funduszami z budżetu państwa i Unii Europejskiej, przeznaczonymi na wspieranie przedsiębiorczości i innowacyjności oraz rozwój zasobów ludzkich.

Celem działania Agencji, która w 2010 r. obchodzi dziesięciolecie istnienia, jest realizacja programów rozwoju gospodarki wspierających działalność innowacyjną i badawczą małych i średnich przedsiębiorstw (MSP), rozwój regionalny, wzrost eksportu, rozwój zasobów ludzkich oraz wykorzystywanie nowych technologii.

W perspektywie finansowej obejmującej lata 2007–2013 Agencja jest odpowiedzialna za wdrażanie działań w ramach trzech programów operacyjnych: **Innowacyjna Gospodarka, Kapitał Ludzki i Rozwój Polski Wschodniej**.

Jednym z priorytetów Agencji jest promowanie postaw innowacyjnych oraz zachęcanie przedsiębiorców do stosowania nowoczesnych technologii w swoich firmach. W tym celu Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości prowadzi portal internetowy poświęcony tematyce innowacyjnej www.pi.gov.pl, a także corocznie organizuje konkurs **Polski Produkt Przyszłości**. Przedstawiciele MSP mogą w ramach **Klubu Innowacyjnych Przedsiębiorstw** uczestniczyć w cyklicznych spotkaniach. Celem portalu edukacyjnego **Akademia PARP** (www.akademiaparp.gov.pl) jest upowszechnienie wśród mikro, małych i średnich firm dostępu do wiedzy biznesowej w formie e-learningu. Za pośrednictwem strony internetowej web.gov.pl PARP wspiera rozwój e-biznesu. W Agencji działa ośrodek sieci **Enterprise Europe Network**, który oferuje przedsiębiorcom informacje z zakresu prawa Unii Europejskiej oraz zasad prowadzenia działalności gospodarczej na Wspólnym Rynku.

PARP jest inicjatorem utworzenia sieci regionalnych ośrodków wspierających MSP, tj. **Krajowego Systemu Usług dla MSP, Krajowej Sieci Innowacji i Punktów Konsultacyjnych**. Instytucje te świadczą nieodpłatnie lub wg preferencyjnych stawek usługi z zakresu informacji, doradztwa, szkoleń oraz usługi finansowe. Partnerami regionalnymi PARP we wdrażaniu wybranych działań są **Regionalne Instytucje Finansujące** (RIF).

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Pańska 81/83,
00-834 Warszawa
tel.: + 48 22 432 80 80
faks: + 48 22 432 86 20
biuro@parp.gov.pl
www.parp.gov.pl

Punkt informacyjny PARP

tel.: + 48 22 432 89 91-93
0 801 332 202
info@parp.gov.pl