



FUNDACJA
IM. STEFANA
BATOREGO

Warszawa, listopad 2016 (uaktualnienie wrzesień 2017)

Przeciwdziałanie nieprawidłowościom w zamówieniach publicznych na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych¹

Możliwości, problemy, postulaty.

Hubert Nowak, radca prawny

Celem niniejszej analizy jest zwięźle opisanie obecnego stanu prawnego w zakresie zamówień publicznych i wskazanie na jego podstawie wybranych luk w obowiązującym prawie i w jego stosowaniu, czego konsekwencją może być korupcja, inne nadużycie lub nieefektywność procedur zamówień. W dalszej części rozważań, nie chcąc jednoznacznie rozstrzygać, czy dane działanie lub zaniechanie jest, czy też nie jest korupcją – przesądzenie niniejszego wymagałoby bowiem szczegółowego studium każdego przypadku i dysponowanie narzędziami zarezerwowanymi dla odpowiednich służb czy organów państwowych, których to kompetencji autor nie posiada – będziemy się posługiwać terminem nieefektywności procedur. Intencją autora nie jest także wskazywanie konkretnych zamawiających i formułowanie jakichkolwiek tez w stosunku do udzielanych przez nich zamówień.

Ze względu na ograniczenia objętościowe prezentowana analiza nie może mieć (i nie ma) na celu wyczerpującego przedstawienia wszystkich możliwych luk czy sytuacji mogących powodować nieefektywność procedur. Wskazane przykłady czy sytuacje stanowią selektywny wybór autora, dokonany na podstawie jego doświadczenia zawodowego, analizy orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Założeniem niniejszej analizy nie jest również wskazanie czy rekomendowanie jedynie słusznych rozwiązań zmierzających do usunięcia lub poprawy nieefektywnych procedur. Autor ma świadomość, że w przeszłości na gruncie systemu zamówień publicznych były podejmowane różne regulacje, które w założeniu miały ograniczać lub eliminować nieefektywność procedur, regulacje te były jednak tworzone w warunkach hipotetycznych i dopiero po ich wdrożeniu można było ocenić ich rzeczywistą skuteczność. Z powyższych względów autor zwraca uwagę, że o ile zidentyfikowanie danej nieefektywności może być dosyć proste, o tyle

¹ Stan prawny na dzień 5 grudnia 2016 roku.

dobranie i wdrożenie odpowiedniego mechanizmu eliminującego taką nieefektywność nie jest już zadaniem łatwym i nieobarczonym ryzykiem błędu.

Autor pragnie również podkreślić, że większość nieefektywności związanych z systemem zamówień publicznych można zakwalifikować do jednego z dwóch zbiorów:

- brak szczegółowej regulacji konkretnej kwestii, co wymusza konieczność podjęcia indywidualnej decyzji przez dany podmiot,
- niewłaściwe zastosowanie istniejących przepisów i regulacji, co – zdaniem autora – w większości wypadków jest związane w większym stopniu z brakiem świadomości lub brakiem zrozumienia ogólnych zasad (założeń) zamówień publicznych i deficytem pozytywnych wzorców niż z celowym działaniem korupcyjnym.

1. Rynek zamówień publicznych w Polsce

Zgodnie z opracowanym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych *Sprawozdaniem o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r.* wielkość zamówień publicznych udzielonych w 2015 roku wyniosła 116,3 miliarda złotych (w 2014 roku – 133,2 miliarda złotych, w 2013 roku – 143,2 miliarda złotych, w 2012 roku – 132,7 miliarda złotych). Wobec powyższego można założyć, że rynek zamówień publicznych w Polsce jest olbrzymim i atrakcyjnym dla potencjalnych wykonawców obszarem uzyskiwania zleceń. Rynek ten – wobec wejścia w decydującą fazę poszczególnych programów operacyjnych – prawdopodobnie znacznie jeszcze wzrośnie w ciągu najbliższych trzech, czterech. Warto również wskazać, że w 2015 roku udzielono 142 262 zamówienia publiczne.

Ze względu na wielkość rynku zamówień publicznych i liczbę prowadzonych rocznie zamówień nieuniknione jest wystąpienie sytuacji związanych z hipotetycznym zagrożeniem korupcyjnym lub ujawniających nieefektywność systemu zamówień publicznych czy z wystąpieniem nieprawidłowości przy udzielaniu zamówień.

Warto jednak podkreślić za przywołanym powyżej sprawozdaniem, że w 2015 roku aż 85% wszystkich udzielonych zamówień było inicjowanych ogłoszeniem o zamówieniu. W ramach tych procedur wydatkowano również ponad 89,76% ogólnej wartości udzielonych zamówień publicznych w 2015 roku.

Postępowania te były zatem prowadzone w trybach, w których istniał obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o rozpoczęciu prowadzenia postępowania w oficjalnym publikatorze – Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Europejskim Dzienniku Zamówień Publicznych). Tym samym przyciągająca liczba udzielonych postępowań była prowadzona w trybach otwartych, konkurencyjnych, zapewniających wiedzę o nich, dostęp do nich i możliwość poddania ich kontroli (środkami ochrony prawnej) nieograniczonemu kręgowi potencjalnych wykonawców.

Powyższe tendencje – zmierzające do wydatkowania środków publicznych w trybach otwartych, konkurencyjnych – świadczą, zdaniem autora, pozytywnie o systemie zamówień publicznych w Polsce.

2. Ramy prawne zamówień publicznych

System zamówień publicznych w Polsce jest regulowany co do zasady Ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm. [dalej: ustawa lub ustawa

Pzp], zawierającą około 220 artykułów. Ponadto tematyce tej jest poświęconych kilkanaście rozporządzeń wykonawczych.

Sama ustawa w art. 14 odsyła do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców, ale nieuregulowanych w ustawie.

Uwzględniając powyższe, należy stwierdzić, że tematyka zamówień publicznych zawiera bardzo dużo regulacji. Dodatkowo do problematyki tej mają zastosowanie przepisy unijne, szczególnie:

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 roku, s. 94) – „dyrektywa klasyczna”,
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 roku, s. 243) – „dyrektywa sektorowa”,
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 roku, s. 1),
- Rozporządzenie Wykonawcze Komisji 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 roku ustanawiające standardowy formularz jednolitego dokumentu zamówienia (Dz.Urz. UE L 3 z 6 stycznia 2016 roku, s. 16).

2.1. Przebieg procedury udzielania zamówienia publicznego

Ustawa Pzp przewiduje dziewięć trybów udzielenia zamówienia. W każdym z tych trybów postępowanie przebiega odmiennie, choć we wszystkich postępowaniach lub w części postępowania są czynności czy etapy wspólne, niezależne od wybranego trybu udzielania zamówienia.

Prawo zamówień publicznych spośród dziewięciu trybów udzielania zamówienia wskazuje dwa – przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony – jako podstawowe tryby udzielania zamówień. Wybór w zakresie prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w jednym z tych dwóch trybów może być dokonany przez zamawiającego swobodnie, bez konieczności spełniania dodatkowych wymagań.

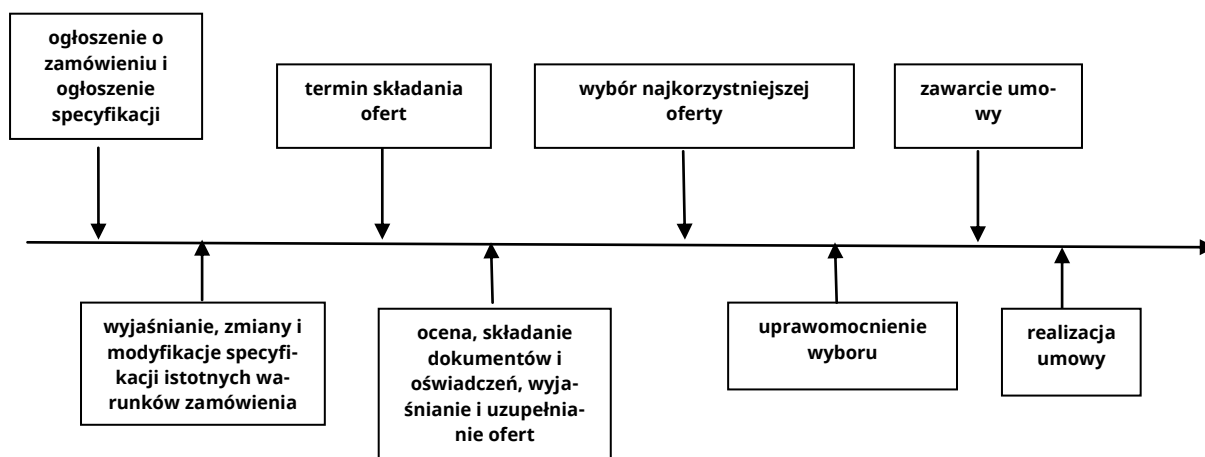
Siedem pozostałych trybów – negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę, licytacja elektroniczna i partnerstwo innowacyjne – może być zastosowanych tylko po spełnieniu rygorystycznie interpretowanych przesłanek określonych w ustawie.

Warto również wskazać, że wprowadzonym nowelizacją Pzp z 22 czerwca 2016 roku nowym trybem udzielania zamówień – przeznaczonym do zakupów innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych – jest partnerstwo innowacyjne. Aby jednak poddać ten tryb głębszej analizie, należy poczekać na jego wdrożenie i udostępnienie danych z zakresu tego wdrożenia.

Poniżej przedstawiono przebieg postępowania w każdym z wymienionych trybów i schemat z wybranymi charakterystycznymi kamieniami milowymi każdej procedury.

2.1.1. Przetarg nieograniczony (art. 39–46 Prawa zamówień publicznych)

Przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.



Postępowanie to charakteryzuje się pełną dostępnością do zamówienia. Po ogłoszeniu zamówienia zainteresowani wykonawcy mogą sprawdzić na stronie internetowej zamawiającego szczegóły zamówienia zawarte w tak zwanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do składania ofert specyfikacja ta może podlegać procedurze wyjaśniania, zmiany lub modyfikacji – na wniosek wykonawców lub z inicjatywy zamawiających.

Po upływie terminu składania ofert wykonawcy podlegają wstępnej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu, ich oferty są zaś oceniane pod kątem kryteriów oceny ofert w celu ustalenia najkorzystniejszej oferty i rankingu ofert. Oferty mogą podlegać wyjaśnianiu lub uzupełnieniu w granicach określonych w Prawie zamówień publicznych. Oferta najlepiej sklasyfikowana jest wzywana do przedłożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia oraz potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. W wypadku pozytywnego uzupełnienia zamawiający informuje o dokonanej wyborze, w wypadku nieuzupełnienia lub niepotwierdzenia na skutek uzupełnienia postawionych wymagań wykonawca podlega wykluczeniu, a procedurze uzupełniania oferty jest poddawany kolejny wykonawca najwyższej sklasyfikowany.

Niezadowoleni wykonawcy mogą zakwestionować wybór, stosując przewidziane w ustawie Pzp środki ochrony prawnej, wnosząc odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej lub skargę do sądu okręgowego na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej. W wypadku niekwestionowania wyboru lub bezskutecznego zakwestionowania zamawiający podpisuje z wykonawcą umowę o zamówienie publiczne i strony przystępują do jej realizacji. W sytuacji skutecznego zakwestionowania wyboru zamawiający dokonuje ponownej oceny ofert, sprawdzenia kolejnego najwyższej sklasyfikowanego wykonawcy i ponownego wyboru, o czym informuje wszystkich uczestników postępowania. Z nowo wybranym wykonawcą jest zawierana umowa, która następnie jest realizowana.

2.1.2. Przetarg ograniczony (art. 47–53 Prawa zamówień publicznych)

Przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Opisując ten tryb w uproszczeniu, można wskazać, że obejmuje on dwa etapy.

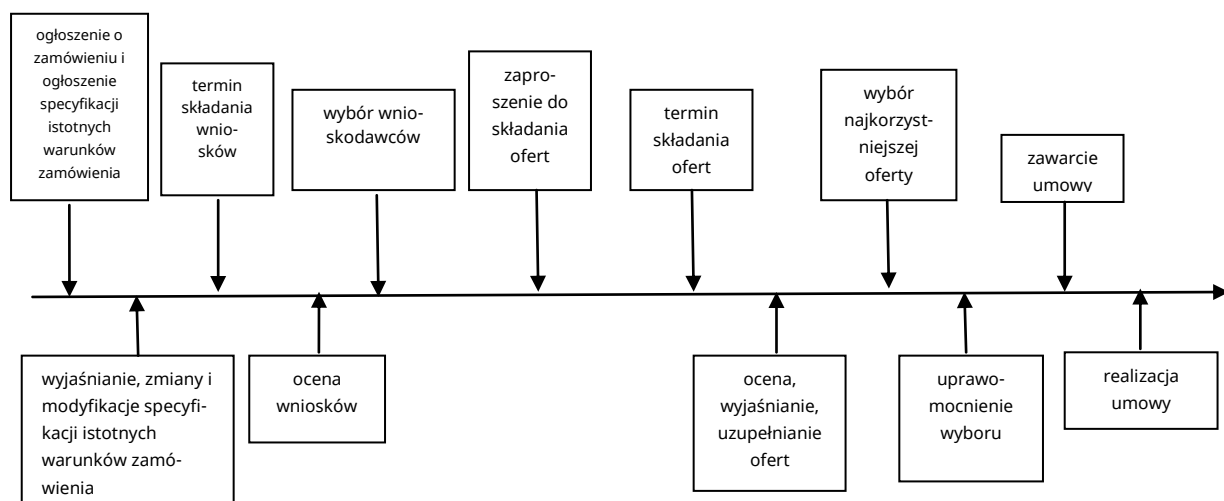
W pierwszym etapie zamawiający ogłasza przetarg i wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie ich do przetargu. Zamawiający ocenia te wnioski i wykonawców, którzy spełniają lub najlepiej spełniają warunki udziału w przetargu (jeżeli zamawiający przewidział zaproszenie do złożenia ofert tylko wykonawców najlepiej spełniających warunki udziału w postępowaniu). O wyniku oceny informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Jako ciekawostkę warto wskazać, że nowym obowiązkiem zamawiających, wprowadzonym nowelizacją Pzp z dnia 22 czerwca 2016 roku, jest zamieszczanie na stronie internetowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla przetargów ograniczonych już na pierwszym etapie tego przetargu, po ukazaniu się ogłoszenia o zamówieniu. Regulacja taka wpływa na większą dostępność i transparentność tego trybu udzielania zamówienia.

W drugim etapie zamawiający wysyła zaproszenie do złożenia ofert do wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu lub najlepiej spełniają te warunki. Zaproszeni wykonawcy składają oferty i następnie procedura przebiega podobnie jak w przetargu nieograniczonym.

Po upływie terminu składania ofert złożone oferty podlegają ocenie. Oferent najlepiej sklasyfikowany jest wzywany do przedłożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw wykluczenia i spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. W wypadku pozytywnego uzupełnienia zamawiający informuje o dokonanym wyborze, w sytuacji nieuzupełnienia lub niepotwierdzenia na skutek uzupełnienia postawionych wymagań wykonawca podlega wykluczeniu, a procedurze uzupełniania oferty jest poddawany kolejny wykonawca najwyższej sklasyfikowany. Wprowadzone nowe regulacje umożliwiają także zamawiającemu sprawdzenie powyższych elementów na pierwszym etapie przetargu ograniczonego – w celu zapobieżenia sytuacji, gdy wykonawca podlegający wykluczeniu został zaproszony do drugiego etapu kosztem innego wykonawcy, który nie podlegałby wykluczeniu.

Niezadowoleni wykonawcy mogą zakwestionować wybór, stosując przewidziane w ustawie Pzp środki ochrony prawnej. W wypadku niekwestionowania wyboru lub bezskutecznego zakwestionowania zamawiający podpisuje z wykonawcą umowę o zamówienie publiczne i strony przystępują do jej realizacji. W sytuacji skutecznego zakwestionowania wyboru zamawiający dokonuje ponownej oceny ofert, sprawdzenia kolejnego najwyższej sklasyfikowanego wykonawcy i ponownego wyboru, o czym informuje wszystkich uczestników postępowania. Z nowo wybranym wykonawcą jest zawierana umowa, która następnie jest realizowana.



Tutaj również jako ciekawostkę warto wskazać nowe regulacje wprowadzone nowelizacjami:

- Pzp z dnia 22 czerwca 2016 roku,
- Pzp wprowadzoną Ustawą z dnia 21 października 2016 roku o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2016 r., poz. 1920).

W wyniku pierwszej z przywołanych nowelizacji ustawodawca umożliwił wykonawcom legitymowanie się potencjałem podmiotów trzecich w celu podniesienia swojego rankingu w kryteriach selekcji (ustalających, którzy z wykonawców zostaną zaproszeni do drugiego etapu przetargu ograniczonego). Przed wejściem w życie powyższej zmiany – zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej – nie można było legitymować się potencjałem podmiotów trzecich w celu podnoszenia punktacji w kryteriach selekcji.

Najnowsza nowelizacja powróciła do poprzednich zasad i zgodnie z nią nie będzie można legitymować się potencjałem podmiotów trzecich w celu podnoszenia punktacji w kryteriach selekcji.

2.1.3. Negocjacje z ogłoszeniem (art. 54–60 Prawa zamówień publicznych)

Negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

Obowiązkiem zamawiającego jest określenie w ogłoszeniu o zamówieniu przedmiotu zamówienia, minimalnych wymagań, które muszą spełnić wszystkie oferty, i tego, czy przewiduje udzielenie zamówienia na podstawie ofert wstępnych bez przeprowadzenia negocjacji lub podziału negocjacji na etapy. Jeśli zamawiający przewiduje podział negocjacji na etapy w ogłoszeniu o zamówieniu, jest zobowiązany do określenia liczby etapów.

Co do zasady przebieg tego trybu postępowania o zamówienie publiczne jest bardzo podobny do przetargu ograniczonego, z tą różnicą, że w trybie tym jest uwzględniony dodatkowy element negocjacji (jakkolwiek nowelizacja Pzp z dnia 22 czerwca 2016 roku wprowadziła możliwość rezygnacji z negocjacji w tym trybie).

W standardowym przebiegu postępowania w tym trybie można zatem wyróżnić:

- etap pierwszy, w którym zamawiający ogłasza postępowanie i wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie ich do udziału w postępowaniu. Zamawiający ocenia te wnioski i wykonawców, którzy spełniają lub najlepiej spełniają warunki udziału w postępowaniu (jeżeli zamawiający przewidział zaproszenie do złożenia ofert tylko dla wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji). Następnie o wyniku oceny zamawiający informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- etap drugi, w którym po wyborze wnioskodawców są oni zapraszani do składania ofert wstępnych. Zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu. Później zamawiający prowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia albo warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Negocjacje nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań i kryteriów oceny ofert określonych w ogłoszeniu. Prowadzone negocjacje mają charakter poufny, a żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami, przy czym zgoda, która nie wymienia konkretnych informacji, jest bezskuteczna. Po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji.

Nowością wprowadzoną nowelizacją Pzp z dnia 22 czerwca 2016 roku jest wprowadzenie dla zamawiającego możliwości podzielenia negocjacji na etapy w celu ograniczenia liczby ofert. Zamawiający może skorzystać z tego uprawnienia, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia, ogranicza liczbę ofert na poszczególnych etapach negocjacji, stosując wszystkie lub niektóre kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu.

- etap trzeci, w którym zamawiający zaprasza wykonawców, z którymi prowadził negocjacje, do składania ofert. Zaproszenie zawiera co najmniej:
 - adres strony internetowej, na której jest dostępna specyfikacja istotnych warunków zamówienia,
 - termin składania ofert, adres, na który oferty muszą być wysłane, język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone,
 - informację o terminie i miejscu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców,
 - wagę przypisaną kryteriom oceny ofert lub, w stosownych wypadkach, kolejność tych kryteriów od najważniejszego do najmniej ważnego, jeśli nie zostało to określone w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców lub w opisie przedmiotu zamówienia.

Po upływie terminu składania ofert złożone oferty podlegają ocenie. Ocena złożonych ofert przebiega analogicznie jak ocena ofert w trybie przetargu ograniczonego (drugi etap wskazany przy przetargu ograniczonym).

2.1.4. Dialog konkurencyjny (art. 60a-e Prawa zamówień publicznych)

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.

Przesłanki stosowania trybu dialogu konkurencyjnego są takie same jak negocjacji z ogłoszeniem – jest to tryb bardzo podobny do negocjacji z ogłoszeniem. Jest on również trój etapowy, charakteryzuje się publicznym ogłoszeniem, różni się jednak między innymi brakiem składania ofert wstępnych i nieprowadzeniem negocjacji tylko między stronami dialogu. Celem prowadzonego dialogu jest doprowadzenie do sytuacji, w której zamawiający będzie w stanie określić – w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne – rozwiązanie lub rozwiązania najlepiej spełniające jego potrzeby. W standardowym przebiegu postępowania w tym trybie można zatem wyróżnić:

Etap pierwszy, w którym zamawiający ogłasza postępowanie, a wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie ich do udziału w dialogu. Zamawiający ocenia te wnioski i wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu lub wybranych w inny obiektywny sposób. O wyniku oceny informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Etap drugi, w którym po wyborze wnioskodawców są oni zapraszani do udziału w dialogu. 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,

- adres strony internetowej, na której jest dostępna specyfikacja istotnych warunków zamówienia,
- wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz brak podstaw wykluczenia albo wykaz oświadczeń lub dokumentów, które należy dołączyć w celu uzupełnienia informacji podanych przez wykonawcę,
- wagę przypisaną kryteriom oceny ofert lub, w stosownych wypadkach, kolejność tych kryteriów od najważniejszego do najmniej ważnego, jeśli nie zostało to wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców,
- informację o języku lub językach, w jakich będzie prowadzony dialog.

Podobnie jak przy trybie negocjacji z ogłoszeniem prowadzony dialog ma charakter poufny i może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia. Żadna ze stron nie może także bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z dialogiem. Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić – w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jeżeli jest to konieczne – rozwiązanie lub rozwiązania najbardziej spełniające jego potrzeby. O zakończeniu dialogu zamawiający niezwłocznie informuje uczestniczących w nim wykonawców.

Etap trzeci, w którym zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert. Wraz z zaproszeniem do składania ofert – na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu – zamawiający przekazuje wykonawcom specyfikację istotnych warunków zamówienia. W zaproszeniu wskazuje również między innymi termin składania ofert. Po upływie terminu składania ofert złożone oferty podlegają ocenie. Ocena złożonych ofert przebiega analogicznie jak ocena ofert w trybie przetargu ograniczonego (etap drugi wskazany przy przetargu ograniczonym).

Ciekawym nowym rozwiązaniem wprowadzonym w tym trybie nowelizacją Pzp z dnia 22 czerwca 2016 roku jest uprawnienie zamawiającego – po wyborze najkorzystniejszej oferty – do przeprowadzenia negocjacji z wykonawcą ostatecznych warunków umowy w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie. Negocjacje takie nie mogą skutkować zmianami istotnych elementów oferty lub zmianami potrzeb i wymogów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie mogą również prowadzić do zakłócenia konkurencji lub dyskryminacji wykonawców.

2.1.5. Negocjacje bez ogłoszenia (art. 61–65 Prawa zamówień publicznych)

Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

Ten tryb udzielania zamówień charakteryzuje się brakiem inicjowania go przez zamieszczenie publicznie dostępnego ogłoszenia. Polega on na tym, że zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, co najmniej trzech, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, ale nie mniejsza niż dwóch. Do wykonawców jest wysyłane zaproszenie do negocjacji i w trakcie negocjacji są negocjowane warunki umowy. 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, informacje i dokumenty dotyczące negocjacji są przekazywane wykonawcom na równych zasadach.

Po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców, z którymi prowadził negocjacje, do składania ofert. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje specyfikację istotnych warunków

zamówienia. Następnie proces składania ofert, ich oceny, wyboru, zawarcia i realizacji umowy przebiega podobnie jak w poprzednio opisanych trybach.

2.1.6. Zamówienie z wolnej ręki (art. 66–68 Prawa zamówień publicznych)

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.

Jest to tryb najmniej konkurencyjny, ponieważ negocjacje są prowadzone tylko z jednym wykonawcą, nie ma więc możliwości ubiegania się o zamówienie prowadzone w tym trybie przez innych potencjalnych wykonawców.

W tym trybie zamawiający zaprasza do negocjacji jednego wykonawcę i następnie prowadzi z nim negocjacje. Po uzgodnieniu warunków umownych strony zawierają umowę. W wypadku braku konsensusu stron postępowanie zostaje unieważnione.

2.1.7. Zapytanie o cenę (art. 69–73 Prawa zamówień publicznych)

Zapytanie o cenę to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert.

Tryb ten może być stosowany jedynie do dostaw i usług powszechnie dostępnych, o ustalonych standardach jakościowych. Nie może być to tryb zastosowany do robót budowlanych. Ponadto można prowadzić postępowanie w tym trybie jedynie wtedy, gdy wartość zamówienia jest poniżej progów unijnych – jeśli zamówienie przekracza ten próg, nie można zastosować tego trybu udzielania zamówienia.

Ten tryb udzielania zamówienia polega na tym, że zamawiający zaprasza do składania ofert taką liczbę wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia, która zapewnia konkurencję i wybór najkorzystniejszej oferty, nie mniej niż pięciu. Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przesyła specyfikację istotnych warunków zamówienia. Jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu może być cena.

Zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę spośród ważnych ofert. Z takim wykonawcą jest następnie podpisywana umowa.

Warto również podkreślić, że tryb ten nie ma swojego odpowiednika w dyrektywach Unii Europejskiej dotyczących zamówień publicznych.

2.1.8. Partnerstwo innowacyjne (art. 73a-h Prawa zamówień publicznych)

Partnerstwo innowacyjne to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza do składania ofert na opracowanie innowacyjnego produktu, usług lub robót budowlanych niedostępnych na rynku oraz sprzedaż tych produktów, usług lub robót budowlanych. Jest to nowy tryb, wprowadzony nowelizacją Prawa zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 roku.

Tryb ten jest zbliżony do trybu negocjacji z ogłoszeniem i ustawodawca wprost do stosowania tego trybu przywołał regulacje z trybu negocjacji z ogłoszeniem.

W postępowaniu tym można zatem wyróżnić następujące etapy:

- **etap pierwszy**, w którym zamawiający ogłasza postępowanie, a wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie ich do udziału w dialogu. Zamawiający ocenia te wnioski i wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Ustawodawca przy stosowaniu tego trybu wskazał, że zamawiający, oceniając spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, uwzględnia szczególnie zdolności wykonawców w zakresie badań i rozwoju oraz opracowywania i wdrażania innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych. O wyniku oceny informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- **drugi etap**, w którym zamawiający prowadzi negocjacje z wykonawcami. Zasady prowadzenia negocjacji są podobne jak przy negocjacjach z ogłoszeniem,
- **trzeci etap**, w którym następuje złożenie i ocena ofert. Do tego etapu również mają zastosowanie zasady oceny ofert przybliżone już przy trybie negocjacji z ogłoszeniem.

2.1.9. Licytacja elektroniczna (art. 74–81 Prawa zamówień publicznych)

Licytacja elektroniczna to tryb udzielenia zamówienia, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji.

Zamówienie może być udzielone w tym trybie jedynie w sytuacji, gdy wartość zamówienia jest poniżej progów unijnych.

Procedura polega na zamieszczeniu przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, na jego stronie internetowej i na stronie, na której będzie prowadzona licytacja. Następnie wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie ich do udziału w postępowaniu. Zamawiający ocenia te wnioski i dopuszcza do udziału w licytacji oraz zaprasza do składania ofert wszystkich wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu.

Później zamawiający otwiera licytację i od tego momentu aż do momentu zamknięcia licytacji strony przekazują elektronicznie wnioski, oświadczenia i inne informacje. Również ofertę składa się w formie elektronicznej. Oferty składane przez wykonawców podlegają automatycznej klasyfikacji na podstawie ceny. Oferta złożona w toku licytacji przestaje wiązać, gdy inny wykonawca złożył ofertę korzystniejszą.

Zamawiający zamyka licytację elektroniczną albo w terminie określonym w ogłoszeniu, albo jeśli w ustalonym w ogłoszeniu okresie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia, albo po zakończeniu ostatniego, ustalonego w ogłoszeniu etapu.

Bezpośrednio po zamknięciu licytacji elektronicznej zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwę (firmę) i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano. Zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę.

2.2. Podział procedur udzielania zamówień w zależności od wartości zamówienia

Ustawa Pzp przewiduje różne wymagania proceduralne w zależności od wartości zamówienia. Im wyższa jest wartość zamówienia, tym większe są wymagania w zakresie procedury udzielania zamówienia. Uwzględniając powyższe, można wyróżnić procedury:

- **niepodlegającą przepisom ustawy Pzp** – wyłączenie dotyczy zamówień, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty **30 tysięcy euro**. Zamówienie jest udzielane z pominięciem zasad i trybów udzielania zamówień określonych w ustawie, ustawy nie stosuje się do zamówień nieprzekraczających tej wartości,
- **podstawową** – dotyczy zamówień i konkursów, których wartość przekracza 30 tysięcy euro. Obejmuje ona szczególnie obowiązek publikowania ogłoszeń o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, niezależnie od wybranego trybu postępowania nie ma obowiązku powołania komisji przetargowej, ograniczone są możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej,
- **unijną** – procedura ta obejmuje zamówienia, których wartość jest równa wyrażonej w złotych równowartości kwot lub przekracza równowartość kwot określonych w rozporządzeniu ministra właściwego do spraw gospodarki, wydawanym na podstawie upoważnienia przewidzianego w art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych. Obecna wartość progów została zilustrowana w tabeli 1. Procedura unijna obejmuje obowiązki procedury podstawowej, rozszerzone na przykład o obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, dłuższego terminu na składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, swobody w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, obowiązek powołania komisji przetargowej, a także o obowiązek żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- **zaostrzoną** – stosowaną w sytuacji, gdy wartość zamówienia na dostawę lub usługę jest równa wyrażonej w złotych równowartości kwoty albo przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 milionów euro (20 milionów euro na roboty). Procedura zaostrzona obejmuje wszystkie obowiązki procedury podstawowej. Pewne odmienności to możliwość wymagania przez zamawiającego aż dziewięćdziesięciodniowego okresu związania ofertą (przy sześćdziesięciu dniach dla procedury unijnej), możliwość nałożenia na zamawiającego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych obowiązku zapłaty kary finansowej (za naruszenia w stosowaniu Pzp) w wysokości 150 tysięcy złotych (przy 30 tysiącach złotych dla zamówień unijnych) i konieczności poddania zamówienia obowiązkowej kontroli uprzedniej prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w wypadku współfinansowania zamówienia ze środków Unii Europejskiej.
- Aby w pełni przybliżyć sygnalizowaną problematykę, w tabeli 1 przedstawiono obowiązujące progi. Warto podkreślić, że wskazane poniżej wartości w euro dotyczą kwot tak zwanych netto (bez podatku VAT i bez akcyzy) i są przeliczane na złotówki według sztywnego kursu określonego właściwym rozporządzeniem. Obecnie jest to rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 roku (Dz.U. z 2015 r., poz. 2254), a kurs ustalony tym rozporządzeniem wynosi: 1 euro = 4,1749 złotego.

Tabela 1. Progi kwotowe różnicujące zastosowanie prawa do organizacji zamówień publicznych

| Rodzaj procedury | Przedział kwotowy w zamówieniach wyrażony w euro | Wybrane cechy charakterystyczne procedury |
|-------------------------------------|--|--|
| niepodlegająca przepisom ustawy Pzp | ≤ 30 000 | nie stosuje się przepisów ustawy Pzp |
| podstawowa | usługi i dostawy mieszczące się w przedziale: 30 000 <.....< 135 000 ² (209 000) roboty budowlane mieszczące się w przedziale: 30 000 <..... < 5 225 000 | obejmuje szczególnie: obowiązek publikowania ogłoszeń o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, brak obowiązku powołania komisji przetargowej, • ograniczone możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej |
| unijna | usługi i dostawy: 135 000 (209 000) ≤ < 10 000 000 roboty budowlane: 5 225 000 ≤ < 20 000 000 | obejmuje szczególnie obowiązki procedury podstawowej, rozszerzone na przykład o: obowiązek przekazywania ogłoszeń o zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, wyznaczenie dłuższego terminu na składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, swobodę w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, obowiązek powołania komisji przetargowej, • obowiązek żądania przez zamawiającego od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu |
| zastrzona | usługi i dostawy: 10 000 000 ≤ roboty budowlane: 20 000 000 ≤ | obejmuje szczególnie obowiązki procedury unijnej, rozszerzone na przykład o: konieczność poddania zamówienia obowiązkowej kontroli uprzedniej prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w wypadku współfinansowania zamówienia ze środków Unii Europejskiej, możliwość wymagania przez zamawiającego aż dziewięćdziesięciodniowego okresu związania ofertą, • możliwość nałożenia na zamawiającego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych obowiązku zapłaty kary finansowej (za naruszenia w stosowaniu Pzp) w wysokości 150 tysięcy złotych |

W tym miejscu warto również wskazać dwie nowości wprowadzone nowelizacją Pzp z dnia 22 czerwca 2016 roku, którymi są:

- obowiązek powołania zespołu do nadzoru nad realizacją udzielonego zamówienia w wypadku zamówienia na roboty budowlane lub usługi, którego wartość jest równa wyrażonej w złotych równowartości kwoty lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 miliona euro. Co najmniej dwóch członków zespołu jest powoływanych do komisji przetargowej,
- wprowadzenie uproszczeń przy udzielaniu tak zwanych zamówień społecznych – wskazanych przepisami usług z zakresu usług zdrowotnych, społecznych, administracyjnych w zakresie edukacji, opieki zdrowotnej i kultury, usług w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia społecznego, świadczeń społecznych, usług religijnych, usług hotelowych i restauracyjnych, usług prawnych (niewyłączonych na podstawie ustawy Pzp z obowiązku jej stosowania), usług administracyjnych i rządowych, świadczenia

² Kwota 135 tysięcy euro dotyczy zamówień udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, państwowych instytucji filmowych, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także zamówień udzielanych przez zamawiających będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi niemającymi osobowości prawnej, z wyjątkiem zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Kwota 209 tysięcy euro dotyczy pozostałych zamawiających, z wyjątkiem zamawiających sektorowych i zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w których próg stosowania ustawy wynosi 418 tysięcy euro.

usług na rzecz społeczności, usług w zakresie więziennictwa, bezpieczeństwa publicznego i ratownictwa (jeżeli nie są wyłączone ze stosowania Pzp), usług detektywistycznych i ochroniarskich, usług międzynarodowych, usług pocztowych, usług kowalstwa, usług w zakresie formowania opon, innych usług komunalnych, socjalnych i osobistych, w tym usług świadczonych przez związki zawodowe, organizacje polityczne, stowarzyszenia młodzieżowe i inne organizacje członkowskie.

- Powyższe zamówienia, jeżeli ich wartość jest równa wyrażonej w złotych polskich równowartości lub przekracza wyrażoną w złotych polskich równowartość:
- 750 tysięcy euro – w wypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa,
- 1 miliona euro – w wypadku zamówień sektorowych, są udzielane według specjalnych uproszczonych procedur.

Zamówienia na powyższe usługi o wartości niższej niż wskazane wcześniej progi mogą być w praktyce udzielane na podstawie dowolnej procedury określonej przez zamawiającego, pod warunkiem że ta procedura określa udzielenie zamówienia przejrzystie, obiektywnie i niedyskryminująco.

3. Problematyka stosowania Prawa zamówień publicznych

Na podstawie informacji zawartych w punkcie 1.3. można stwierdzić, że system zamówień publicznych w Polsce jest dosyć obficie uregulowany. Na dużą liczbę przepisów nakłada się również zmienność tego prawa. W ciągu jedenastu lat obowiązywania ustawa Pzp była nowelizowana ponad czterdzieści razy. W ciągu dekady uchwalono również cztery akty jednolite Prawa zamówień publicznych. Nie demonizując tej kwestii, należy podkreślić, że nie wszystkie zmiany były zmianami fundamentalnymi, choć wśród nich kilkanaście istotnie zmieniało cały obowiązujący wcześniej system zamówień.

Powyższe wskazuje, że stosowanie ustawy Pzp było – i nadal jest – obarczone ryzykiem zmienności. Obok ryzyka zmienności prawa materialnego występuje ryzyko interpretacji tego prawa, dokonywane w:

- orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej,
- interpretacjach i opiniach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych,
- wynikach kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych,
- uchwał Krajowej Izby Odwoławczej,
- wyrokach sądów okręgowych,
- wyrokach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości,
- komunikatach Komisji Europejskiej.

Rozstrzygnięcia dokonywane w przywołanych wyżej dokumentach miały – i nadal mają – wpływ na stosowanie przez zamawiających ustawy Pzp, w ocenie autora są to jednak niewystarczające narzędzia, ponieważ w przeważającej większości dotyczą one określonych stanów faktycznych i z tego względu mają charakter indywidualny i kazuowy. Nie mają charakteru generalnego i nie dają gwarancji zamawiającemu, że stosując się do danego rozstrzygnięcia w kolejnym postępowaniu, będzie ono na pewno przeprowadzone zgodnie z zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych.

W ocenie autora w obecnym systemie zamówień publicznych brakuje pozytywnych wzorców. Na podstawie wskazanych wyżej indywidualnych aktów stosowania ustawy Pzp uczestnicy systemu zamówień odbierają informacje: „nie działał w ten sposób”, „źle zrobiono”, „naruszono zasadę”, brakuje zaś pozytywnych, mo-

delowych przykładów: „powinieneś zrobić”, „przyjmij następujący zapis” – takich w pewnym sensie prewencyjnych zapisów. Brakuje również przykładów, co do których byłaby umowna zgoda społeczna uczestników rynku, że ich zastosowanie nie powoduje uchybienia stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych. Przykładów akceptowalnych.

Przykłady mogłyby dotyczyć poszczególnych branż i obejmować:

- opis przedmiotu zamówienia,
- przykładowe warunki udziału w postępowaniu,
- wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia,
- wagę i opis pozacenowych kryteriów – przede wszystkim jakościowych, funkcjonalnych,
- wzór oświadczenia o udostępnianiu zasobów przez podmioty trzecie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, szczególnie w zakresie udostępnianych zdolności technicznych lub zawodowych albo sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Przykłady do uregulowania można mnożyć, w ocenie autora jednak dużą rolę w procesie takiej regulacji powinien odegrać Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zarówno jako inicjator powstania takich dokumentów, jak i jako ich autor czy mediator między poszczególnymi środowiskami zaangażowanymi w proces udzielania zamówień. Zgodnie z art. 154 pkt 10 ustawy Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przygotowuje i upowszechnia przykładowe wzory umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów i innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień.

Należy podkreślić, że kilka dokumentów jest przygotowanych przez Urząd Zamówień Publicznych i zamieszczonych na stronie internetowej www.uzp.gov.pl w zakładce „Dobre praktyki”, jest to jednak – w ocenie autora – działanie niewystarczające.

Warto również podkreślić, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podjął inicjatywę zmierzającą do wypracowania wzorcowych dokumentów z zakresu Pzp i powołał w tym celu zespół specjalistów.

3.1. Przykłady istotnych zmian Prawa zamówień publicznych

Biorąc pod uwagę przywołane wcześniej zmiany ustawy Pzp, warto na przykładzie ostatnich nowelizacji zilustrować zmienność tego prawa.

Ustawą z dnia 8 listopada 2013 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 1473) wprowadzono wiele regulacji dotyczących umowy o podwykonawstwo. Wprowadzono definicję takiej umowy, w wypadku robót budowlanych – obowiązek wpisywania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań dotyczących takich umów o podwykonawstwo, których niespełnienie umożliwia zamawiającemu odmowę zatwierdzenia umowy podwykonawczej. Nowelizacja uregulowała również zasady rozliczeń z podwykonawcami w razie braku zapłaty ze strony wykonawcy i procedury postępowania w takich sytuacjach.

Ustawą z dnia 14 marca 2014 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2014 r., poz. 423) wprowadzono istotną zmianę dotyczącą progu stosowania przepisów przedmiotowej ustawy. Omawianą nowelizacją podniesiono próg stosowania ustawy Pzp z dotychczasowej kwoty wyższej od równowartości 14 tysięcy euro na wyższą od równowartości 30 tysięcy euro. Jako ciekawostkę warto wskazać progi stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych w innych krajach. W uzasadnieniu sejmowym do powyższej nowelizacji (Sejm Rzeczypospolitej Polskiej siódmej kadencji, druk sejmowy nr 1638) podano przykłady progów w innych krajach, stwierdzając: „Powyższe rozwiązanie, pole-

gające na umożliwieniu tzw. bezpośredniego udzielania zamówień o mniejszej wartości jest spotykane, w świetle posiadanych przez Urząd Zamówień Publicznych w takich państwach jak: **Bułgaria, Francja, Rumunia, Słowenia, Łotwa i Cypr** (dolny próg stosowania przepisów o zamówieniach publicznych **nie przekracza 15 tys. euro**). Z kolei w **Niemczech** zamawiający mogą udzielić zamówienia bezpośrednio, nawet bez namiastki postępowania konkurencyjnego, jeżeli jego wartość nie przekracza **500 euro**. We **Włoszech, na Węgrzech, i Słowacji** próg wynosi między **20 a 40 tys. euro**. W **Irlandii próg**, od którego konieczne jest publikowanie ogłoszenia o zamówieniu na publicznym portalu internetowym wynosi obecnie **25 tys. euro**, tj. mniej niż próg określony w propozycji nowelizacji. Jednocześnie należy podkreślić, że jeszcze w 2010 r. próg ten był dwukrotnie wyższy i wynosił 50 tys. euro, został jednak obniżony w celu zwiększenia szans małych i średnich przedsiębiorstw w dostępie do zamówień publicznych w związku z kryzysem gospodarczym. Z kolei na **Litwie** zamawiający może udzielić zamówienia bez przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, którego wartość nie przekracza **3.000 euro**. W **Wielkiej Brytanii** wymaga się od instytucji rządowych publikacji na centralnym krajowym portalu ogłoszenia o zamówieniu o wartości już od 10.000 funtów (czyli ok. **12.000 euro**), zaś instytucje lokalne posiadają swoje własne regulacje o zamówieniach publicznych przewidujące obowiązek prowadzenia konkurencyjnych postępowań od podobnych lub mniejszych kwot.

Jednocześnie należy zauważyć, iż zgodnie z obliczeniami dokonаныmi przez Urząd Zamówień Publicznych **średni dolny próg stosowania przepisów o zamówieniach dla 24 krajów członkowskich Unii Europejskiej w stosunku do których UZP przeprowadzał takie obliczenia wynosi ok. 21.000 euro** (przy obliczeniach brano pod uwagę próg dla dostaw i usług). **Natomiast, również zgodnie z obliczeniami dokonanyymi przez Urząd Zamówień Publicznych, mediana dla 24 krajów unijnych wynosi 15.000 euro**".

Ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r., poz. 1232) wprowadzono szczególnie zmiany:

- w zakresie zamówień niepriorytetowych (na przykład szkoleń, usług rekreacyjnych, socjalnych, hotelarskich i gastronomicznych) o wartości poniżej progów unijnych. Do tej pory zamówienia takie podlegały normalnej procedurze publikacji ogłoszeń o zamówieniu (w zależności do wybranego przez zamawiającego trybu udzielania zamówienia) w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Obecnie – w sytuacji gdy wartość zamówienia dla wskazanych powyżej usług niepriorytetowych będzie niższa od wartości przewidzianej dla zamówień unijnych – ogłoszenia o tych zamówieniach nie muszą być już publikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych, ale powinny się pojawić w Biuletynie Informacji Publicznej lub (jeśli zamawiający nie ma biuletynu) na jego stronie internetowej,
- dotyczące obowiązku wykazania przez wykonawcę, że informacje zastrzegane przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią taką tajemnicę,
- dotyczące przesłanek wykluczenia wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania zamówienia w przeszłości,
- dotyczące dopuszczenia możliwości polegania na zasobach podmiotów trzecich w celu potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności ekonomicznej (na przykład obrotu czy przychodu),
- dotyczące wprowadzenia solidarnej odpowiedzialności podmiotów trzecich udostępniających potencjał z wykonawcą za szkodę w realizacji zamówienia – jeśli ostatecznie podmiot ten nie udostępni deklarowanego potencjału i nie wykaże, że za nieudostępnienie nie ponosi winy,
- dotyczące upoważnienia dla zamawiających do określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia,
- dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi,

- dotyczące wprowadzenia nowych przesłanek przepadku wadium,
- dotyczące wprowadzenia wytycznych dla zamawiających, kiedy wzywać wykonawców do składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
- dotyczące obowiązkowego wprowadzania pozacenowych kryteriów oceny ofert.
- Ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020) wprowadzono następujące zmiany:
- zwiększenie nacisku na wykorzystanie negocjacji jako sposobu doprecyzowania warunków umów z wykonawcami w celu uzyskania lepiej zdefiniowanego i opisanego zamówienia,
- skrócenie terminów na składanie ofert,
- zmniejszenie obowiązków formalnych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wprowadzenie nowego obowiązku przedstawienia przez wykonawców oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczenia z postępowania – w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia lub stosownego oświadczenia (w wypadku zamówień o wartości niższej od progu unijnego). Obowiązek złożenia wszystkich źródłowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu będzie dotyczył wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, i będzie się materializował na etapie rozstrzygnięcia postępowania,
- obowiązkowa komunikacja elektroniczna (wchodząca w pełni w życie od 18 kwietnia 2018 roku),
- wprowadzenie nowej procedury udzielania zamówienia – partnerstwa innowacyjnego – służącego do nabywania produktów i usług, które nie są jeszcze dostępne na rynku,
- promowanie małych i średnich przedsiębiorstw przez zachęcanie zamawiających do udzielania zamówienia w częściach (materializującego się w nakazie wytłumaczenia w protokole z postępowania, dla czego nie podzielono danego zamówienia na części), tym samym umożliwienie realnego dostępu do takich części małym i średnim przedsiębiorstwom,
- w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej – wprowadzenie wytycznej, że wymagany przez zamawiającego średni roczny obrót może wynosić maksymalnie dwukrotność wartości zamówienia,
- wprowadzenie nowych usług społecznych – odpowiadających dotychczasowym usługom niepriorytetowym. W zakresie tych usług wskazano próg 750 tysięcy euro i 1 miliona euro, od którego będzie istniał obowiązek przestrzegania przepisów ustawy,
- rozszerzenie dopuszczalności wnoszenia przez wykonawców odwołań w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych poniżej progów unijnych o dodatkową przesłankę zaskarżenia wyboru najkorzystniejszej oferty,
- wskazanie sytuacji, w jakich nie ma obowiązku stosowania ustawy do zamówień udzielanych między podmiotami wzajemnie powiązanymi,
- wyłączenie stosowania ustawy do usług prawniczych w zakresie zastępstwa procesowego,
- odejście od zasady jawności w obecnym kształcie. Ustawowo ma być uregulowany węższy od dotychczasowego zakres sytuacji, kiedy zamawiający ma obowiązek udzielenia informacji związanych z postępowaniem. Zgodnie z projektowaną regulacją w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznych zamawiający udziela informacji związanych z postępowaniem tylko w sytuacjach określonych w ustawie. Jeżeli jest to uzasadnione ochroną prawa do prywatności lub interesem publicznym, zamawiający może nie ujawniać danych osobowych lub wysokości wynagrodzenia w zakresie dostaw lub usług w obszarze działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwalu, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć związanych z edukacją kulturalną lub z groma-

dzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki czy muzealiów przez muzea, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności, o ile wykonawca przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego zastrzegł, że dane te nie mogą być udostępniane,

- zmiana przesłanek wykluczenia wykonawcy,
- wprowadza się szczegółowe postanowienia w zakresie określenia sześciu konkretnych okoliczności, w których będzie dopuszczalne dokonywanie zmian postanowień zawartych w umowie.
- Z przywołanego wyżej katalogu nowości można wnioskować, że uczestników rynku zamówień publicznych czeka żmudne zadanie właściwego stosowania i wdrażania nowych przepisów.

3.2. Podstawowe rekomendacje instytucji kontrolnych w zakresie ograniczenia nieprawidłowości w zamówieniach publicznych

Na gruncie stosowania przepisów ustawy Pzp trzeba jeszcze podkreślić znaczenie takich dokumentów jak wyniki kontroli czy rekomendacje różnych instytucji, w tym Najwyższej Izby Kontroli, urzędów kontroli skarbowej, Instytucji Zarządzających czy Instytucji Pośredniczących przy wydatkowaniu środków z Unii Europejskiej.

Instytucje te publikują zauważone w prowadzonych przez siebie kontrolach nieprawidłowości związane ze stosowaniem ustawy Pzp i wydają w tym zakresie rekomendacje. Niektóre organy tworzą inne dokumenty, na przykład:

- Ministerstwo Gospodarki opracowało w styczniu 2015 roku Białą Księgę Zamówień Publicznych, która stanowi zbiór rekomendacji – powstałych w trakcie spotkań zainicjowanych przez resort z ekspertami ze strony zarówno wykonawczej, jak i zamawiającej – do tworzenia nowej ustawy Pzp,
- dawne Ministerstwo Rozwoju Regionalnego na stronie internetowej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007–2013 opublikowało sporządzony przez siebie dokument *Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne*.

Powyższe działania i inicjatywy należy ocenić pozytywnie jako próbę pomocy uczestnikom rynku zamówień publicznych w unikaniu działań skutkujących nieprawidłowym stosowaniem przepisów Prawa zamówień publicznych.

W ocenie analizującego największymi zagrożeniami w udzielaniu zamówień publicznych są zmienność prawa i nieostrość postanowień ustawy, powodująca konieczność ciągłego dokonywania indywidualnych ocen. Zamawiający, dokonując takich ocen, są pozbawieni pozytywnych wzorców czy dobrych praktyk dających im wskazówki w zakresie właściwego postępowania. W konsekwencji albo ryzykują, dokonując interpretacji zapisów ustawy Pzp odmiennie od następczej interpretacji dokonanej przez poszczególne instytucje kontrolujące, albo nie podejmują ryzyka, prowadząc postępowania zachowawczo i otrzymując oferty najtańsze, ale nie zawsze najlepsze.

Na gruncie obowiązujących przepisów, zdaniem autora, można śmiało zaryzykować tezę, że w każdym postępowaniu, w którym postawiono jakiegokolwiek wymagania jakościowe w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wymagania w stosunku do wykonawców – a więc wskazano preferencję produktu (usługi) czy wykonawcy – można wobec takiego postępowania sformułować zarzut ograniczania dostępu do zamówienia. Ostateczna ocena takiego zarzutu będzie zależać od interpretacji dokonanej przez właściwy organ. Tym

samym ocena, czy mamy w danym postępowaniu do czynienia z naruszeniem ustawy Pzp, z reguły nie jest jasna i oczywista, stanowi więc w rzeczywistości spór interpretacyjny.

4. Analiza obowiązujących przepisów pod kątem ich możliwości zapobiegania nieprawidłowościom

W ocenie autora niniejszej analizy, gdyby przyszło do wyboru jednego artykułu z ustawy Pzp oddającego ideę zapobiegania korupcji czy działaniom nieprawidłowym – i zawierającego podsumowanie idei tej regulacji – to byłby to art. 7 Prawa zamówień publicznych.

Przepis ten formułuje kilka fundamentalnych dla całego systemu Pzp zasad, które powinny być ideą przewodnią przy wyborze wykonawców. W sytuacji wystąpienia luki w obowiązujących przepisach, dokonując wykładni przepisów i posiłkując się wszelkimi dostępnymi rodzajami wykładni, w ocenie autora należy cały czas poruszać się w granicach zasad udzielania zamówień publicznych. Kwintesencja tych zasad jest zawarta w art. 7 Prawa zamówień publicznych.

I tak, zgodnie z art. 7 Prawa zamówień publicznych:

- zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 7 ust. 3). Przepis ten w swojej treści statuuje zatem zarówno zakaz udzielania zamówień bez stosowania przepisów ustawy, jak i zakaz udzielenia zamówień z takim naruszeniem stosowania przepisów tej ustawy, które to naruszenie powodowałoby niewłaściwy wybór wykonawcy lub nawet wybór innego wykonawcy,
- obowiązkiem zamawiającego jest takie przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, które zapewni zachowanie zasady: a) uczciwej konkurencji, b) równego traktowania wykonawców, c) proporcjonalności, d) przejrzystości. Powyższy przepis (art. 7 ust. 1) jest skierowany do zamawiającego i zakazuje mu jakiegokolwiek faworyzowania (lub odwrotnie – defaworyzowania) na jakimkolwiek etapie postępowania o zamówienie publiczne jakiegokolwiek wykonawcy,
- obowiązkiem zamawiającego jest zagwarantowanie, aby osoby przygotowujące i przeprowadzające postępowanie o zamówienie zapewniały bezstronność i obiektywizm (art. 7 ust. 2). Ustawodawca wymaga zatem nie tylko tego, żeby zamawiający (jako instytucja) prowadziła postępowanie w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, ale także tego, aby osoby będące realizatorami (instrumentami wykonawczymi) również gwarantowały obiektywizm i bezstronność. Minimalny poziom tej bezstronności i obiektywizmu jest opisany w art. 17 Prawa zamówień publicznych.
- W obowiązującym stanie prawnym ustawodawca albo intuicyjnie, albo celowo zlokalizował zagrożenia związane ze stosowaniem ustawy Pzp w kilku obszarach. Są to, zdaniem autora:
 - przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia,
 - oszacowanie wartości zamówienia (które jest pochodną rzetelnie przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia),
 - warunki udziału w postępowaniu,
 - kryteria oceny ofert,
 - zapisy umowy.

Podkreśleniem intencji ustawodawcy jest zawarcie w przepisach dotyczących tych obszarów dodatkowych – poza art. 7 ustawy Pzp – akcentów wzmacniających działania zmierzające do ograniczenia lub wykluczenia zachowań niepożądanych w systemie zamówień publicznych. I tak, odpowiednio:

- w zakresie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia – ustawodawca wprowadził do systemu zamówień przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”,
- w zakresie szacowania wartości zamówienia – ustawodawca posługuje się art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy zaniżać wartości zamówienia lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia”,
- w zakresie warunków udziału w postępowaniu – ustawodawca posługuje się art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym: „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”,
- w zakresie kryteriów oceny ofert – ustawodawca wprowadził do systemu zamówień przepis art. 91 ust. 1–3, z których wynikają następujące zasady: a) kryteria oceny ofert muszą być określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, b) kryteria pozacenowe muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia, c) kryteria nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, szczególnie jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej,
- w zakresie zapisów umowy – ustawodawca wprowadził do systemu zamówień wiele regulacji, z których wynikają zwłaszcza następujące zasady: a) obowiązek zamieszczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wzoru umowy lub istotnych postanowień umowy (art. 36 ust. 1 pkt 16), b) tożsamość zobowiązań wykonawcy zawartych w ofercie z zakresem określonym w umowie (art. 140 ust. 1), c) zakaz swobodnej zmiany postanowień umowy (art. 144).

W zakresie powyższych zasad ustawodawca powprowadzał również wyjątki od ich stosowania, ale – jak każde wyjątki – mogą być one stosowane jedynie po spełnieniu rygorystycznych przesłanek ich stosowania i wyjątki te nie powinny być interpretowane rozszerzająco.

Uwzględniając wskazane wyżej obszary, autor w dalszej części analizy skupi się właśnie na nich.

4.1. Przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia

Dokonując analizy wymagań ustawowych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, możemy sformułować kilka zasad. I tak, opracowując opis przedmiotu zamówienia, zamawiający jest zobowiązany:

- dokonywać opisu jednoznacznie i wyczerpująco,
- posługiwać się dokładnymi, precyzyjnymi określeniami,
- uwzględnić wszystkie swoje wymagania i okoliczności, jakie mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty,
- dokonać opisu w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji,
- używać takich określeń, aby nie musiał dokonywać opisu przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (wyjątkiem od tej reguły jest możliwość posłużenia się przy opisie znakami towarowymi, patentami lub pochodzeniem, źródłem albo szczególnym procesem, który charakteryzuje produkty czy usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę – jeśli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów – w sytuacji, gdy jest to uza-

sadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Analizując wskazane wyżej zasady, nietrudno zauważyć, że posługują się one nieostryimi określeniami. Czym innym dla poszczególnych osób jest każdy z terminów wskazanych w poprzednim akapicie. Jak bowiem na przykład:

- zdefiniować postulat ustawodawcy uwzględnienia wszystkich swoich wymagań i okoliczności, jakie mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty,
- ustalić, czym jest uczciwa konkurencja i jej nieutrudnianie w sytuacji, gdy w doktrynie występuje mnogość definicji uczciwej konkurencji,
- rozumieć uzasadnienie specyfiką przedmiotu zamówienia, aby móc powołać się na znak towarowy lub konkretny produkt,
- rozumieć niemożność opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń,
- rozumieć dopuszczenie rozwiązań równoważnych (jak szeroko, jak dokładnie należy opisywać te rozwiązania równoważne).

Na gruncie powyższych – wybranych – wątpliwości nie mogą dziwić stwierdzane przez organy kontrolne naruszenia tych przepisów.

Wśród występujących naruszeń można na przykład przywołać:

- brak szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia: szcątkowy lub częściowy opis zadań wykonawcy, a w wypadku robót budowlanych – brak pełnej dokumentacji technicznej. Szczególnie chodzi tu o sytuacje, gdy nie ma precyzyjnie opisanego zakresu zadań wykonawcy, brakuje wskazania, co konkretnie ma zrobić wykonawca, do którego momentu za zamówienie odpowiada wykonawca, a od którego – zamawiający. Powyższe może się łączyć zarówno z fizycznym brakiem opisu, jak i z opisem nieprecyzyjnym, odwołującym się do decyzji zamawiającego (na przykład wykonawca ma wykonać zamówienie według przekazywanych mu na bieżąco wskazówek czy wytycznych zamawiającego),
- niekonkretny opis przedmiotu zamówienia – przykład zamawianych samochodów policyjnych. W jednym z postępowań wskazano, że zamówienie dotyczy od sześciu do trzydziestu sześciu samochodów policyjnych. Nie skonkretyzowano opisu przedmiotu zamówienia, wykonawcy nie wiedzieli więc ostatecznie, na ile pojazdów składają swoje oferty,
- wewnętrznie sprzeczny opis przedmiotu zamówienia – jako przykład można tutaj podać zamówienie, w którym w jednym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opisu przedmiotu zamówienia) jest zapisane, że daną informację (dany dokument czy zakres prac) przygotowuje zamawiający lub przygotowują osoby trzecie działające w jego imieniu, a w innych miejscach jest zapis, że za te czynności odpowiada wykonawca,
- drobiazgowo sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, przygotowanie wielu drobnych wymagań, których łączne zestawienie powoduje, że na rynku jest jeden produkt spełniający wymagania zamawiającego. Na przykład przy zamawianiu jakiegoś urządzenia zsumowanie wszystkich wymagań w zakresie kształtów, rozmiarów, wydajności, funkcjonalności powoduje, że na rynku jest jedno urządzenie spełniające wszystkie te wymagania łącznie. Rozpatrując każde z tych wymagań z osobna, może się okazać, że pojedyncze wymaganie jest w stanie spełnić wielu wykonawców (produktów), ale zgrupowanie ich w jednym postępowaniu powoduje, że mamy do czynienia z ograniczoną liczbą wykonawców (produktów),
- określanie w opisie przedmiotu zamówienia konkretnych produktów z jednoczesnym zastrzeżeniem przy tych produktach, że dopuszcza się rozwiązania równoważne. Przy czym: a) występuje brak dopre-

cyzowania, na czym ta równoważność ma polegać, b) doprecyzowanie jest tak drobiazgowo, że dalej wskazuje produkt czy dwa produkty spełniające wymagania zamawiającego.

Jest to problem mający szczególne znaczenie przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia dla dostaw urządzeń technicznych. Brak precyzyjnego wskazania, kiedy zamawiający może zaniechać sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia według reguł obiektywnych i może już przystąpić do posłużenia się konkretnymi produktami i zwrotem równoważności.

Na powyższą kwestię sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia nakłada się problematyka:

- terminu ogłoszenia zamówienia,
- terminu składania ofert,
- zmiany opisu przedmiotu zamówienia przed składaniem ofert,
- konieczności przedłużenia lub nieprzedłużenia terminu na składanie ofert w związku ze zmianą opisu przedmiotu zamówienia,
- zmiany lub doprecyzowaniu opisu przedmiotu zamówienia po podpisaniu umowy.

4.1.1. Termin ogłoszenia zamówienia

Ustawodawca nie reguluje kwestii terminu ogłoszenia zamówienia. W wypadku postępowań krajowych i związanych z tym krótkich minimalnych terminów na składanie ofert – na przykład minimalne siedmio- i czternastodniowe terminy dla przetargów nieograniczonych poniżej progów unijnych nabierają znaczenia w zależności od tego, kiedy zostaną ogłoszone. Jeżeli będą podane do publicznej wiadomości w piątek po południu, do tego w sytuacji, gdy występują dodatkowe dni wolne od pracy związane ze świętami czy długimi weekendami, to następuje:

- ograniczenie terminu na złożenie dobrej i niewadliwej oferty,
- jest zabierany czas na wniesienie odwołania (pięć dni od dnia ukazania się ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia),
- jest zabierany czas na złożenie zapytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zamawiający ma obowiązek odpowiedzieć na takie pytania, jeżeli zapytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynęło do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Co jest warte podkreślenia, przedłużenie przez zamawiającego terminu na składanie ofert nie powoduje wydłużenia terminu na składanie zapytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

4.1.2. Termin składania ofert

W wypadku przetargów nieograniczonych poniżej progów unijnych – zgodnie z art. 43 ust. 1 ustawy Pzp – zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym, że w wypadku dostaw lub usług termin ten nie może być krótszy niż siedem dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w wypadku robót budowlanych – nie krótszy niż czternaście dni.

W nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 roku ustawodawca w rozdziale dotyczącym zasad udzielania zamówień wprowadził art. 9a, zgodnie z którym:

- wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, zamawiający uwzględni złożoność zamówienia i – w wypadku ofert – czas potrzebny na sporządzenie ofert, z zachowaniem określonych w ustawie minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert,
- jeśli oferty mogą być złożone jedynie po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej albo po sprawdzeniu przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, zamawiający wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od minimalnych terminów składania ofert określonych w ustawie.

W wymiarze powyższego przepisu zamawiający są zobowiązani do wyznaczenia terminu składania ofert przez uwzględnienie nieostrego zapisu w formie uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. Dalej ustawodawca wskazuje termin minimalny siedmiu i czternastu dni. W związku z tym należy podkreślić, że przepisy te dla zamawiających zmierzających do niewłaściwych działań ułatwiają im takie postępowanie, ponieważ zamawiający w takich wypadkach poprzestają na stosowaniu tych minimalnych terminów, wydłużając je czasem dla pozorów o kilka dni.

Często minimalne terminy są również wiązane z zamieszczaniem ogłoszenia w publikatorze w okresie wolnym od pracy.

4.1.3. Zmiany opisu przedmiotu zamówienia przed składaniem ofert

Na etapie składania ofert zamawiający może dokonać zmian w opisie przedmiotu zamówienia na skutek zapytań wykonawców lub z własnej inicjatywy. Wprowadzając takie zmiany, często w ostatniej chwili można wpłynąć na krąg wykonawców, którzy złożą ofertę. Ustawa nie wyklucza możliwości wielokrotnego zmieniania opisu przedmiotu zamówienia i w ten sposób – przez zmiany rozszerzające lub ograniczające zakres zamówienia – zachęcać albo zniechęcać wykonawców do udziału w postępowaniu. Niejednokrotnie zmieniane w ostatniej chwili formularze ofertowe wprowadzające zmiany do zakresu oświadczeń wykonawców powodują, że wykonawcy składają oferty na starych formularzach, niezawierających wszystkich zmienionych danych, co w konsekwencji może stanowić powód do odrzucenia ofert.

4.1.4. Konieczność przedłużenia lub nieprzedłużenia terminu na składanie ofert w związku ze zmianą opisu przedmiotu zamówienia

Warto również podkreślić, że ustawa Pzp w art. 12a ust. 1–2 przewiduje obowiązek przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne. Są to zapisy nieostre.

Jedyna precyzyjniejsza wskazówka dotyczy sytuacji, gdy zmiana jest istotna i ustawodawca precyzuje tę istotność, wskazując, że zmiana dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania. W takim wypadku, gdy zmiana dotyczy jednego z powyższych zakresów, zamawiający jest zobowiązany do przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach.

O ile w postępowaniach powyżej progów unijnych ustawodawca dał wskazówkę co do minimalnych terminów wydłużenia, o tyle w wypadku zamówień poniżej progów unijnych takiej wskazówki już nie ma. Uwzględniając powyższe, w zamówieniach poniżej progów unijnych zamawiający może dowolnie zinterpre-

tować termin na wydłużenie terminu składania ofert. Może to być termin nawet tylko jedno- lub dwudniowy.

W wymiarze opisu przedmiotu zamówienia może się zdarzyć, że zmieniając go w sposób nieprzesądający, ale istotny i uciążliwy dla wykonawców, zamawiający w ogóle zrezygnują z wydłużania terminu na składanie ofert. Ustawodawca, określając istotność w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, wskazał, że chodzi o:

- zmianę określenia przedmiotu zamówienia – czyli w ogóle określenie, że co innego ma być zamawiane,
- zmianę wielkości lub zakresu zamówienia – zmiany mogą nie mieć wpływu na wielkość zamówienia czy jego zakres, ale mogą powodować problemy z wyceną albo z koniecznością zmiany założonej wcześniej technologii czy techniki wykonania.

4.1.5. Zmiany lub doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia po podpisaniu umowy

Nierzadkie są sytuacje, gdy w opisie przedmiotu zamówienia niektóre kwestie nie są uregulowane lub są błędnie założone. Ich rzeczywiste doprecyzowanie lub właściwa interpretacja następuje dopiero po zawarciu umowy. Jako przykłady można tutaj wskazać sytuacje:

- braku uregulowania własności przychodów uzyskiwanych przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia – sytuacja, w wyniku której w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane u wykonawcy może się pojawić dodatkowy przychód (sprzedaż złomu, gruzu, drzewa, destruktu),
- oszczędzania wydatków bez uprzedniego wyeksponowania tej kwestii – sytuacja, w której nadzorowi są poddawane pomieszczenia placu budowy czy transport przez inwestora lub innego uczestnika procesu inwestycyjnego. Bezpłatny dostęp do mediów, umożliwienie prowadzenia szkolenia w siedzibie zamawiającego, z wykorzystaniem jego sprzętu, przerzucenie na zamawiającego przygotowania materiałów na jego sprzęcie,
- w wypadku wynagrodzenia kosztorysowego – niewłaściwe czy błędne założenie liczby poszczególnych jednostek rozliczeniowych. Na etapie realizacji okazuje się, że jednostek które zostały przez wykonawcę wycenione wysoko, jest dużo więcej niż założono na etapie składania ofert. W takiej sytuacji po wykonaniu zamówienia i podstawieniu rzeczywistej liczby godzin do wyceny poszczególnych wykonawców niejednokrotnie może się okazać, że gdyby założenia odpowiadały następcej rzeczywistości, zamówienie zostałoby przyznane innemu wykonawcy,
- nadużywanie instytucji wynagrodzenia ryczałtowego. Autor ma na myśli taką sytuację, gdy w opisie przedmiotu zamówienia ryzyko wykonania zamówienia jest w całości zlokalizowane u wykonawcy, opis zaś eksponuje zagrożenia i lokalizuje je wśród obowiązków, odpowiedzialności i ryzyka wykonawcy. To wykonawca jest odpowiedzialny za wszystko, składając oferty musi więc oświadczać, że wszystko wie, dokumentacja jest kompletna, on zaś zrzeka się wynagrodzenia za wszelkie dodatkowe prace. Przy takich założeniach w opisie przedmiotu założenia, dodatkowo obwarowanych w umowie dotkliwymi karami, jest naturalne, że wykonawcy kalkulują wynagrodzenie z rezerwami. Wykonawca mający wiedzę, że wyeksponowane ryzyka się nie ziszczą, jest w stanie dać ofertę bardziej konkurencyjną i tym samym zwiększa swoje szanse na wygraną.
- W ocenie autora w celu zmniejszenia nieprawidłowości w zakresie opisu przedmiotu zamówienia konieczne jest albo doprecyzowanie, albo stworzenie dobrych praktyk (wzorców) w zakresie:
- poziomu szczegółowości opisywania wszystkich wymagań i okoliczności, jakie mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty,

- sposobu rozumienia nieutrudniania uczciwej konkurencji, a więc ustalenia, do jakiego poziomu i za pomocą jakich określeń zamawiający może doprecyzowywać opis przedmiotu zamówienia, aby nie było to traktowane jako utrudnianie uczciwej konkurencji,
- wyraźnego wskazania, kiedy można się powołać na konkretny produkt,
- wyraźnego wskazania, jak opisać równoważność, jak szczegółowo to uczynić i do jakich opisów można się uciec,
- doprecyzowania terminu na składanie ofert przez zminimalizowanie efektu dni wolnych od pracy (na przykład wprowadzenie zamiast dni kalendarzowych dni roboczych),
- wyraźnego wprowadzenia mechanizmu różnicującego minimalne terminy w zależności od stopnia skomplikowania zamówienia czy liczby dokumentów do przedłożenia,
- wyraźnego zapisania minimalnych terminów na przedłużenie składania ofert w wypadku zmian w opisie przedmiotu zamówienia dotyczących zamówień poniżej progów unijnych,
- uregulowania kwestii dokonywania zmian w opisie przedmiotu zamówienia po podpisaniu umowy przez wprowadzenie kwestii oceny zmiany w wymiarze złożonych ofert i wpływu zmiany na kolejność ofert.

4.2. Szacowanie wartości zamówienia

Właściwe szacowanie wartości zamówienia ma znaczenie przede wszystkim przy ustalaniu, czy w ogóle do zamówienia ma zastosowanie ustawa Pzp, a jeśli tak, to czy mają do niego zastosowanie procedury bardziej restrykcyjne, związane z usytuowaniem zamówienia powyżej progu unijnego, czy też procedury bardziej liberalne, związane z usytuowaniem zamówienia poniżej progu unijnego. W tym ujęciu warto zwrócić uwagę, że jeśli na przykład zostanie oszacowane, że:

- zamówienie nie przekracza równowartości 30 tysięcy euro – to nie ma do niego zastosowania ustawa Pzp,
- zamówienie nie przekracza progu unijnego – to można zastosować krótsze terminy na składanie ofert (dla przetargu nieograniczonego – siedem dni dla usług i dostaw oraz czternaście dni dla robót), podczas gdy to samo zamówienie, jeżeli przekroczy próg unijny, będzie podlegało minimalnemu terminowi na składanie ofert wynoszącemu trzydzieści pięć dni. Poniżej progów unijnych ograniczona jest także kontrola przy użyciu środków ochrony prawnej. Ograniczenia takiego nie ma w wypadku zamówień powyżej progu unijnego.
- Ustawa Pzp w art. 32 ust. 2 formułuje dwie zasady:
- zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów wybierać sposobu obliczenia wartości zamówienia,
- zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy zaniżać wartości zamówienia.
- Uwzględniając powyższe, na gruncie szacowania wartości zamówienia mogą wystąpić na przykład następujące sytuacje nieuregulowane przepisami ustawy:
- w ustawie brak określenia, jakie zamówienia należy traktować jako zamówienia tożsame, podobne, a więc zamówienia podlegające sumowaniu na potrzeby wyboru procedury udzielania zamówienia. Brak ustawowego doprecyzowania tej kwestii. Na przykład mogą pojawić się wątpliwości, czy wszystkie szkolenia bez względu na dziedzinę sumować, czy też nie, jakie roboty budowlane sumować, a jakie nie, czy dostawę papieru do drukarek sumować z dostawą artykułów biurowych, czy komputery sumować z in-

nym sprzętem elektronicznym. Urząd Zamówień Publicznych na swojej stronie internetowej w zakładce „Opinie” zamieścił stanowisko zatytułowane *Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków unii europejskiej*, zgodnie z którym: „[...] 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 podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie, ewentualnie możliwość realizacji 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)”. Urząd Zamówień Publicznych zaleca stosowanie tak zwanych trzech tożsamości, ale opis tych tożsamości również podlega ocenie,

- w ustawie nie uregulowano sposobu przeprowadzania rozeznania rynku w celu uzyskania szacunkowej wartości zamówienia,
- zamawiający dokonał szacowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp i otrzymał wartość zamówienia poniżej progów unijnych, przeprowadził zatem procedurę uproszczoną udzielania zamówień. W toku postępowania zostały jednak złożone oferty przekraczające szacunek zamawiającego i będące powyżej progu zamówień unijnych. Ustawa w takiej sytuacji nie definiuje, co ma zrobić zamawiający – jest to pozostawione jego decyzji,
- zamawiający oszacował zamówienie poniżej progu stosowania ustawy Pzp, zakontraktował wykonawcę i realizuje lub zrealizował już umowę. Szacowania dokonał na podstawie swojego planu finansowego. Pojawia się jednak potrzeba zmiany planu finansowego i powtórzenia podobnego zamówienia – czy to na skutek okoliczności zewnętrznych, czy to na skutek konieczności przesunięć budżetowych, otrzymania dofinansowania, konieczności naprawy. Może zaistnieć potrzeba następczego udzielenia zamówienia na skutek otrzymania dofinansowania zewnętrznego, o które zamawiający aplikował. I o tym, że zamawiający aplikuje, wiedział, ale startował w konkursie o niepewnym wyniku. Powstają zatem pytania, czy zamawiający ma takie zamówienie traktować jako nowe zamówienie, niepodlegające sumowaniu z poprzednio udzielonymi zamówieniami, czy wręcz przeciwnie. Ustawa nie daje odpowiedzi na to pytanie.

W ocenie autora, aby zmniejszyć ryzyko wystąpienia nieprawidłowości w zakresie szacowania wartości zamówienia, konieczne jest doprecyzowanie:

- zasad sumowania zamówienia (jakie zamówienia łączymy i kiedy),
- sposobu przeprowadzania rozeznania rynku w celu uzyskania szacunkowej wartości zamówienia.

4.3. Wybór trybu postępowania

Poszczególne tryby udzielenia zamówień publicznych zostały przybliżone w punkcie 1.4. Warto jednak przypomnieć, że ustawa Pzp pozwala na udzielenie zamówienia publicznego w dziewięciu trybach, z których dwa – przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony – są traktowane przez ustawodawcę jako podstawowe tryby udzielania zamówień.

Przeprowadzając zamówienie w jednym z tych dwóch trybów, zdaniem ustawodawcy, teoretycznie jest zapewniona pełna przejrzystość, postępowania są inicjowane publicznymi ogłoszeniami, każdy z potencjalnych wykonawców ma nieograniczony dostęp do zamówień prowadzonych w tych trybach.

Pozostałe siedem trybów (negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę, partnerstwo innowacyjne i licytacja elektroniczna), ponieważ wiążą się z ograniczeniem dostępu dla wykonawców do złożenia oferty, mogą być stosowane jedynie po spełnieniu przesłanek ustawowych. Wykonawcy nie mają dowolności w stosowaniu tych trybów.

Z danych zawartych w opracowanym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych *Sprawozdaniu o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r.* wynika następujący ilościowy rozkład postępowań prowadzonych w poszczególnych trybach:

Tabela 2. Zastosowanie poszczególnych trybów zamówień w latach 2012–2015

| Tryb | Odsetek liczby zamówień w poszczególnych latach | | | |
|---------------------------|---|----------|----------|----------|
| | 2012 rok | 2013 rok | 2014 rok | 2015 rok |
| przetarg nieograniczony | 84,43% | 81,00% | 82,19% | 83,39% |
| zamówienie z wolnej ręki | 12,26% | 14,73% | 13,42% | 11,75% |
| zapytanie o cenę | 2,34% | 3,16% | 3,14% | 3,55% |
| przetarg ograniczony | 0,56% | 0,56% | 0,74% | 0,83% |
| licytacja elektroniczna | 0,17% | 0,26% | 0,21% | 0,27% |
| negocjacje bez ogłoszenia | 0,15% | 0,16% | 0,21% | 0,13% |
| negocjacje z ogłoszeniem | 0,07% | 0,10% | 0,08% | 0,07% |
| dialog konkurencyjny | 0,02% | 0,03% | 0,01% | 0,01% |

W zestawieniu ujętym w tabeli 2 brak danych dla trybu partnerstwa innowacyjnego, co wynika z tego, że tryb ten został wprowadzony do systemu Pzp nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku, brakuje zatem jeszcze danych w zakresie stosowania tego trybu.

Z powyższego zestawienia wynika, że najczęstszymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony, zapytanie o cenę i zamówienie z wolnej ręki.

Ponieważ w praktyce najczęściej stosowanymi trybami niekonkurencyjnymi są zapytanie o cenę i zamówienie z wolnej ręki, przy stosowaniu tych trybów może się pojawić najwięcej problemów, szczególnie problemów interpretacyjnych związanych z wykładnią przesłanek do zastosowania tych trybów. Poniżej zostaną przybliżone zagadnienia dotyczące występujących nieprawidłowości w zakresie stosowania obu tych trybów udzielenia zamówień publicznych, przy czym należy pamiętać, że w wypadku zamówienia z wolnej ręki nowelizacją ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 roku, obowiązującą od 28 lipca 2016 roku, zmieniono część przesłanek stosowania tego trybu. Wobec tego dotychczasowe podejście kontrolerów i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej może być w części już nieaktualne.

4.3.1. Zapytanie o cenę

Zgodnie z ustawą Pzp zapytanie o cenę to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż próg unijny stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych.

W powyższym zakresie powstają problemy interpretacyjne związane z nieostryimi zapisami dotyczącymi sposobu rozumienia:

- powszechnej dostępności usług i dostaw,
- ustalonych standardów jakościowych usług i dostaw.

Na gruncie interpretacji poczynionych przez Krajową Izbę Odwoławczą czy Urząd Zamówień Publicznych przyjmuje się, że jest to tryb przeznaczony dla zamówień prostych i nieskomplikowanych. Wskazuje się, że zwroty użyte przez ustawodawcę należy interpretować literalnie jako definicję dóbr tylko powszechnie dostępnych – takich, które w założeniu dotyczą wszystkich kategorii odbiorców. Mają one ponadto mieć jasno określone, łatwe do zweryfikowania standardy jakościowe.

Jako przykłady podaje się dostawy artykułów biurowych, artykułów spożywczych, papieru czy mebli. Z kolei w wypadku usług podaje się przykłady usług sprzątanania, usług porządkowych, prostych usług administracyjnych. W świetle interpretacji jest to tryb, który nie powinien być stosowany do usług świadczonych przez księgowych, projektantów, inspektorów nadzoru budowlanego, dostaw samochodów.

Na tle regulacji ustawowej należy stwierdzić, że zamawiający mają problemy z zakwalifikowaniem dostaw sprzętu elektronicznego, sprzętu medycznego czy usług *quasi-specjalistycznych*. Na przykład, zgodnie z wynikami kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zapytania o cenę nie należy stosować do:

- zamówień na opracowanie polityki bezpieczeństwa, wdrożenie polityki w środowisko zamawiającego i edukację użytkowników w ramach ich odpowiedzialności za rozwijanie i wykonywanie polityk (wynik kontroli, sygn. akt UZP/DKUE/KD/23/13) – w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych usługa taka nie jest usługą powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych. Usługa ta wymaga bowiem posiadania całościowej wiedzy, doświadczenia i umiejętności z wielu dziedzin,
- zamówień na świadczenie całodobowej usługi ochrony osób i mienia, konwojowanie środków pieniężnych oraz dostawy i montażu systemu monitoringu wybranych obiektów (wynik kontroli, sygn. akt UZP/DKD/KND/39/13) – w wyniku kontroli doraźnej zostało stwierdzone, że usług ochroniarskich będących przedmiotem zamówienia nie można zakwalifikować jako usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych. Są to bowiem w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych usługi nietypowe, wymagające szczególnych kwalifikacji i zezwoleń,
- zamówień na zakup samochodów (wynik kontroli, sygn. akt UZP/DKD/KND/13/13),
- zamówień na wykonanie modernizacji serwisu internetowego i serwisu intranetowego zamawiającego (wynik kontroli, sygn. akt UZP/DKD/KND/2/13).

W ocenie autora istotne byłoby dookreślenie katalogu usług czy dostaw, do jakich jest możliwe zastosowanie tego trybu, względnie doprecyzowanie pojęć powszechnej dostępności i ustalonych standardów jakościowych.

4.3.2. Zamówienie z wolnej ręki

Zamówienie z wolnej ręki stanowi najmniej konkurencyjny z trybów udzielania zamówień, ponieważ zamówienia w tym trybie udziela się po negocjacjach przeprowadzonych z tylko jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb podlegający najczęstszym kontrolom i w metodykach wyboru próby zamówień podlegającej kontroli są to zamówienia, przy których zawsze zakłada się duże ryzyko wystąpienia nieprawidłowości. Ustawodawca określił kilkanaście przesłanek dotyczących możliwości udzielenia zamówienia w tym trybie.

W ocenie autora najczęściej stosowanymi w przeszłości przez zamawiających przesłankami udzielenia zamówienia z wolnej ręki, a także przesłankami, w których najczęściej identyfikowane są nieprawidłowości, są przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki z powodu uznania przez zamawiających, że:

- zachodzą przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, z powodu których zamówienie może być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Jako przykłady nieprawidłowego zastosowania tej przesłanki występują w praktyce sytuacje, gdy: a) zamawiający bezzasadnie uznaje, że na rynku występuje tylko jeden wykonawca, uwzględnia tylko rynek lokalny, b) zamawiający jest przekonany, że wyłonienie nowego wykonawcy spowodowałoby przerwę w ciągłości funkcjonowania jakiejś dotychczasowej usługi. W wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (sygn. akt KZ/926/09), dotyczącej postępowania, którego przedmiotem było prowadzenie programu pilotażowego Systemu Powiadamiania Ratunkowego, stwierdzono, że: „[...] nie można uznać, jako uzasadnienia dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy okoliczności, iż wyłonienie nowego wykonawcy spowodowałoby przerwę w ciągłości funkcjonowania Systemu Powiadamiania Ratunkowego. Należy bowiem wyraźnie odróżnić przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze od przyczyn organizacyjnych wynikających z działań zamawiającego, w tym konkretnym przypadku z uprzednio zawartej umowy na wdrożenie programu pilotażowego systemu teleinformatycznego. Przyjęcie założenia, że ze względu na wcześniejszą umowę jej wykonawca jest jedynym zdolnym do realizacji kolejnego zamówienia prowadzi do sztucznego monopolu na rynku, na którym działają podmioty konkurencyjne, w szczególności w sytuacji, gdy system pierwotnie został wdrożony bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (zamówienie poniżej progu 14.000 euro). Zamawiający nie może zatem sam kreować monopolu powołując się na „przyczyny organizacyjne”, które uzasadniają w jego ocenie zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy. Jak zostało to wyżej wskazane „przyczyny techniczne” muszą mieć charakter obiektywny, tzn. ich wystąpienie powinno wynikać z charakteru przedmiotu zamówienia, nie zaś z decyzji zamawiającego”. Powyższe wyniki kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zachowują aktualność również przy obecnym brzmieniu art. 67 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych,
- zaistniała wyjątkowa sytuacja, niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia (przepis utrzymał swoje brzmienie w obowiązującym stanie prawnym). Jako przykłady niewłaściwego zastosowania tej przesłanki można przywołać sytuacje, gdy: a) zamawiający wie wcześniej o wystąpieniu zdarzenia stanowiącego podstawę udzielanego zamówienia, b) zamówienie nie jest konieczne do natychmiastowego wykonania, względnie konieczność natychmiastowego wykonania jest wynikiem zawinienia lub niedbalstwa zamawiającego, c) zamawiający twierdzą, że nie można zastosować innych trybów ze względu na ograniczenia czasowe, podczas gdy okres między wystąpieniem zdarzenia a udzieleniem zamówienia jest długo przeciągany, d) przesłanka ta służy tylko do zapobieżenia powstałemu zagrożeniu lub jego skutkom, czyli celem jest udzielenie zamówienia zachowawczego, nie zaś wykorzystanie tej przesłanki do przeprowadzenia wcześniej zaplanowanego zamówienia. W wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (sygn. akt UZP/DKUE/KN/24/10), dotyczącej postępowania, którego przedmiotem była modernizacja świetlic wiejskich i zaplecza rekreacyjno-sportowego, stwierdzono: „[...] nie można uznać, że konieczność wyremontowania ww. budynków była niemożliwa do przewidzenia. Zamawiający już wcześniej przeprowadził 2 postępowania przetargowe w celu udzielenia ww. zamówienia, a zatem przewidywał ich udzielenie. Dodatkowo nie można uznać za nieprzewidywalną sytuacji, gdy konieczność wykonania zamówienia, polegającego na remoncie ww. budynków, znana była zamawiającemu już wcześniej, potwierdzeniem czego jest treść protokołów nr 1/2007, 2/2007, 2/2008 i 3/2008 z okresowej kontroli obiektu budowlanego. Tym samym należy stwierdzić, iż zamawiający już przy wcześniejszych kontrolach posiadał wiedzę o stanie budynków, na których miały być wykonane roboty budowlane [...] ponadto przesłanką stosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jest też potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia. Na podstawie tego przepisu dopuszczalne jest zatem udzielenie zamówień tylko w takim zakresie, który jest niezbędny do zapobieżenia zagrożeniu, np. ochrony życia i zdrowia, znacznej szkody majątkowej, czy ochrony środowiska”,

- zachodziły przesłanki do udzielenia zamówienia dodatkowego, czyli zamówienia na usługi lub roboty budowlane udzielane dotychczasowemu wykonawcy, przy założeniu, że: a) zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym, b) zamówienia dodatkowe nie przekraczają łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, c) zamówienia dodatkowe są niezbędne do właściwego wykonania zamówienia podstawowego, d) zamówienie dodatkowe stało się konieczne do wykonania na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, e) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmierne wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest zależne od wykonania zamówienia dodatkowego. Jako przykłady niewłaściwego zastosowania tej przesłanki można podać występujące w praktyce sytuacje, gdy: a) w rzeczywistości zamówienie dodatkowe jest objęte zamówieniem podstawowym, a udzielenie zamówienia zmierza w istocie do zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy, b) w rzeczywistości zamówienie dodatkowe nie jest niezbędne do właściwego wykonania zamówienia – ono je ulepsza, poprawia je wizerunkowo, ale nie ma nic wspólnego z poprawnością zamówienia dodatkowego (przykład dosadzenia dodatkowych roślin na terenie jakiejś inwestycji, dodatkowa wymiana stolarki), c) zamówienie nie stało się konieczne do wykonania na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, lecz było wynikiem źle lub nie w pełni przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia albo innym zaniedbaniem zamawiającego czy osób działających w jego imieniu. Kwestionowana jest możliwość udzielenia zamówienia na podstawie tej przesłanki w wypadku korygowania błędów w dokumentacji projektowej. W wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (sygn. akt UZP/DKD/KND/26/10), dotyczącej postępowania, którego przedmiotem był remont budynku, stwierdzono: „Z uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wynika, iż w postępowaniu o udzielenie wcześniejszego zamówienia, w wyniku błędu w programie komputerowym w czasie scalania dwóch przedmiarów robot, doszło do wykasowania danych dotyczących II piętra. Trudno uznać za nieprzewidywalną okoliczność związaną z wystąpieniem błędu w programie komputerowym w czasie scalania dwóch przedmiarów robot, w wyniku czego doszło do wykasowania danych dotyczących II piętra. A zatem nie można uznać, iż udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki nastąpiło w wyniku wystąpienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. W przedmiotowej sprawie bowiem nie ulega wątpliwości fakt, iż gdyby zamawiający na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego dochował należytej staranności, dokumentacja projektowa byłaby zgodna z oczekiwaniami zamawiającego jeśli chodzi o zakres przedmiotu zamówienia”. W obecnym stanie prawnym brak takiej przesłanki stosowania zamówienia z wolnej ręki,
- zachodziły przesłanki do udzielenia zamówienia uzupełniającego, na przykład w wypadku robót budowlanych lub usług udzielenia zamówienia, w okresie trzech lat od udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług albo robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. Jako przykłady niewłaściwego zastosowania tej przesłanki można wskazać sytuacje, gdy: a) zamawiający nie przewidział zamówień uzupełniających, b) suma zamówień uzupełniających przekroczyła dopuszczalny limit, c) zamówienie uzupełniające nie polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówienia, d) przedmiot zamówienia uzupełniającego różni się od zamówienia podstawowego, jest jednak zachowany sposób wykonania, ale przedmiot wykonania się różni. W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2011 roku (sygn. akt KIO/KD 77/11), dotyczącej postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki na wykonanie systemu wsparcia sprzedaży z obsługą płatności bezgotówkowych oraz systemu biletowego, stwierdzono: „[...] wykonanie systemu sprzedaży z obsługą płatności bezgotówkowych oraz systemu biletowego nie jest rodzajowo tożsame z robotami budowlanymi polegającymi na budowie stadionu piłkarskiego. Okoliczność, iż w ramach budowy nowoczesnego obiektu

sportowego wykonaniu podlegają instalacje teletechniczne, takie jak dźwiękowy system ostrzegawczy czy system sygnalizacji pożaru, nie prowadzi w prosty sposób do wniosku, że każdy system tworzony dla danego obiektu będzie mógł stanowić zamówienie uzupełniające”. Zamówienie podstawowe dotyczyło zaś drugiego etapu robót budowlanych w ramach budowy stadionu piłkarskiego i obejmowało swoim zakresem wykonanie budowli nadziemnych, konstrukcji dachowej, oświetlenia terenu, budowy urządzeń melioracyjnych, instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, grzewczych, zainstalowanie wind, instalacji przeciwpożarowej, instalacji teletechnicznych.

- W obowiązującym stanie prawnym zmieniono przesłanki udzielania zamówień uzupełniających. Z przywołanych wyżej przesłanek udzielenia zamówień z wolnej ręki można wywnioskować, że są one uznaniowe, niedoprecyzowane, a pojęcia użyte do opisu tych przesłanek nie są ostre. Ponadto brak jakiegokolwiek pozytywnego katalogu przykładów, kiedy można ten tryb zastosować.

W ocenie autora, aby zmniejszyć nieprawidłowości w zakresie stosowania trybów niekonkurencyjnych, jest konieczne:

- doprecyzowanie nieostrych pojęć używanych przez ustawodawcę,
- stworzenie katalogu pozytywnych przykładów, wskazujących, kiedy wykonawcy mogą bezpiecznie zastosować dany tryb niekonkurencyjny.

4.4. Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu ich spełniania

Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu ich spełniania stanowią dla wykonawców cezurę udziału w postępowaniu. Z tego powodu ustawodawca nie pozostawił tej kwestii swobodnemu uznaniu wykonawców, ale określił:

- cel stawiania warunków udziału w postępowaniu – służący zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia (art. 22 ust. 1a ustawy Pzp),
- obowiązek związania warunku udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia (art. 22 ust. 1a ustawy Pzp),
- obowiązek związania warunku udziału w postępowaniu z proporcjonalnością do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 1a ustawy Pzp),
- uprawnienie dla zamawiającego na potrzeby dokonania oceny zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, zgodnie z którym zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (art. 22d ust. 1 ustawy Pzp).

Poza powyższymi regulacjami, wprost odnoszącymi się do warunków udziału w postępowaniu, nie należy zapominać o ogólnej zasadzie wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Tym samym zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu czy dokonując opisu spełniania tych warunków, powinien również kierować się obowiązkiem zachowania uczciwej konkurencji.

Naruszenie powyższych regulacji może się przejawiać na wielu płaszczyznach. Wcześniej opisano już praktyki zamawiających polegające na zmianie warunków tuż przed składaniem ofert, może jednak również wystąpić wiele innych naruszeń, na przykład:

- postawienie wymagań niemieszczących się w katalogu wskazanym w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a więc warunków niedotyczących: a) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, b) posiadania wiedzy i doświadczenia, c) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, d) sytuacji ekonomicznej i finansowej (wyrok Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień, sygn. akt UZP/ZO/0-836/04, nr Lex 185443),
- wymaganie na potwierdzenie spełniania warunków dokumentów innych niż określone we właściwym rozporządzeniu dotyczącym rodzaju dokumentów, jakich zamawiający mogą żądać od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 130/15),
- formułowanie warunku, który jest inny dla każdego wykonawcy, na przykład zależny od wysokości ceny oferty, choćby zapis, że wykonawca ma mieć średnioroczny obrót w wysokości dwukrotności oferowanej przez siebie ceny brutto (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO/UZP 576/08),
- wymaganie doświadczenia w jakimś szczególnym obszarze, na przykład renowacji obiektów zabytkowych, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia nie obejmuje takiego obiektu (postanowienie Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, sygn. akt UZP/ZO/0-61/07, nr Lex 250225),
- wymaganie, aby wykonawcy startujący w postępowaniu angażowali w przeszłości personel tylko na podstawie umów o pracę, a nie także umów cywilnoprawnych (wyrok Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, sygn. akt UZP/ZO/0-1054/06),
- wymaganie doświadczenia w realizacji zamówień w Polsce,
- stawianie nadmiernych wymagań w zakresie personelu, jakim ma dysponować wykonawca, i stawianie wymagań niezwiązanych z rolą, jaką mają odgrywać członkowie personelu w realizacji zamówienia (wyrok Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, sygn. akt UZP/ZO/0-1057/07, UZP/ZO/0-1071/07, UZP/ZO/0-1072/07),
- wymaganie udokumentowania doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych, dostaw lub usług odpowiadających w 100% przedmiotowi zamówienia, a więc tożsamych czy identycznych z ogłoszonym zamówieniem (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO/UZP 768/08),
- wymaganie posiadania wskaźników ekonomicznych, jakich nie mają czołowe firmy w danej branży (wyrok Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, sygn. akt UZP/ZO/0-225/05),
- wymaganie wykonania w przeszłości zbyt dużej liczby zamówień podobnych,
- wymaganie zbyt wysokich obrotów (uchwała Krajowej Izby odwoławczej z dnia 19 maja 2011 roku, sygn. akt KIO/KD 42/11),
- wymaganie uzyskania zysku (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO/UZP 589/08),
- wymaganie, aby wykonawcy mieli doświadczenie w realizacji zamówienia przez określony czas (postanowienie Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, sygn. akt UZP/ZO/0-2016/06),
- ustalenie sumy drobnych warunków, które łącznie spełnia tylko jeden wykonawca,
- stosowanie preferencji lokalnych i faworyzowanie wykonawców z określonego regionu,
- preferowanie wykonawców wykonujących uprzednio usługi dla zamawiającego (wyrok Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, sygn. akt UZP/ZO/0-1509/05).

Powyżej przedstawiono otwarty katalog przykładowych naruszeń wymagań ustawy Pzp w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Przykłady te zachowują aktualność w stanie prawnym znowelizowanym

ustawą z dnia 22 czerwca 2016 roku. Warto w tym wymiarze zwrócić uwagę na kilka dodatkowych kwestii, które w ocenie autora wymagają uregulowania w przyszłości. Są to na przykład:

- stworzenie wytycznych w zakresie liczby wykonanych zamówień podobnych, potwierdzających nabycie wprawy w realizacji danego rodzaju zamówień (czy są to dwa, trzy zamówienia, czy też może jest to pięć zamówień),
- stworzenie wytycznych w zakresie warunków dotyczących zdolności ekonomicznej i finansowej – wskazanie proporcji poszczególnych wskaźników, które mogą być wykorzystywane. Postulat ten został częściowo zrealizowany przez wprowadzenie nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 roku w art. 22c ust. 2 Pzp zapisów dotyczących warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej wprowadzających wytyczną, zgodnie z którą wymagany przez zamawiającego minimalny roczny obrót nie powinien przekroczyć dwukrotności wartości zamówienia. Zdaniem autora, podobne wytyczne zapisane przede wszystkim w ustawie, względnie w dobrych praktykach, zapobiegłyby wielu nieprawidłowościom,
- stworzenie wzorca oświadczenia o udostępnieniu wykonawcom potencjału przez podmioty trzecie. Obowiązujące Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 lipca 2015 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w par. 9 ust. 1 sugeruje, że takie oświadczenie podmiotu udostępniającego swoje zasoby powinno zawierać szczególnie: a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, c) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, d) informację, czy podmiot, na którego zdolnościach wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których dotyczą wskazane zdolności. Na tle powyższych regulacji dochodzi do sporów między zamawiającym a wykonawcami albo między wykonawcami co do jakości złożonych oświadczeń. Wprowadzenie wzorcowego dokumentu rozwiązałoby problemy w tym zakresie,
- problem udziału podwykonawcy w kilku ofertach oraz problem potwierdzenia spełniania warunków udziału przez jeden podmiot w kilku ofertach. Podmiot ten składa oświadczenie dla kilku wykonawców składających odrębne oferty i zwiększa swoje szanse na udział w zamówieniu. Ustawa Pzp w art. 82 ust. 1 stanowi, że wykonawca może złożyć jedną ofertę. Brakuje jednak takiego zastrzeżenia w stosunku do podwykonawców lub podmiotów udostępniających swój potencjał. Można próbować takie działanie zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji podjąć próbę odrzucenia ofert. W ocenie autora najlepszym rozwiązaniem jest uregulowanie tej kwestii w ustawie,
- problem samokontroli oferty przez wykonawców. Wykonawcy często sami poprawiają swoje oferty i przesyłają nowe dokumenty. Powstaje rozbieżność, jak to traktować: jako zmianę oferty czy jako uzupełnienie oferty, a także czy takie uzupełnienie konsumuje przywilej jednokrotnego uzupełnienia danej kwestii,
- problem osoby lub osób potwierdzających należyte wykonanie zamówienia – doprecyzowanie, przez kogo ma być podpisany taki dokument,
- problem, jak rozumieć zapis par. 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 lipca 2015 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przywołany przepis stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców opłaconej polisy, a w wypadku jej braku – innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Jak jednak postąpić, gdy przedmiot zamówienia nie jest jednorodny – składa się na przykład z części (ale nie ma podziału na zamówienia częściowe), w których zamawiający wyróżnił dostawę danego produktu (na przykład agregatu, pomp) i remont tego produktu, wykonawca ma

zaś tylko ubezpieczenie w zakresie jednej z tych części. Powstaje pytanie o to, czy wykonawca posiada ten zakres ubezpieczenia, czy też nie,

- problem wykonawcy, który w trakcie postępowania, po złożeniu oferty, ale przed wyborem najkorzystniejszej oferty, przestanie spełniać warunki formalne udziału w postępowaniu i na przykład zalega z podatkami. Można domniemywać, że w krótkim czasie znajdzie się na ścieżce upadłościowej, choć nie ma formalnych możliwości wykluczenia go z postępowania. Zamawiający zawiera umowy z takimi wykonawcami, a następnie znajduje się w procesie upadłościowym, są zaległości dla podwykonawców, pojawia się syndyk. W ocenie autora warto tę kwestię uregulować w ustawie. Częściową próbą uregulowania tej sytuacji w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jest wprowadzony nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 roku nowy przepis art. 22d ust. 2 Pzp, zgodnie z którym „zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia”.

W ocenie autora, aby zmniejszyć nieprawidłowości w zakresie stosowania warunków udziału w postępowaniu, jest konieczne:

- doprecyzowanie kwestii przedstawionych powyżej i innych luk w tym zakresie,
- stworzenie katalogu pozytywnych przykładów warunków udziału w postępowaniu lub limitów na stawianie takich warunków.

4.5. Pozacenowe kryteria oceny ofert

Dziewiętnastego października 2014 roku weszła w życie zmiana ustawy Pzp, zgodnie z którą co do zasady w każdym postępowaniu powinno się oceniać oferty z udziałem pozacenowych kryteriów. Zasada powyższa została podtrzymana i wzmocniona nowelizacją ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 rok, w której w znowelizowanym przepisie art. 91 ust. 2a wprowadzono zasadę, że zamawiający z sektora finansów publicznych kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe dotyczące wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu z postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia

Powyższe powoduje, że na gruncie obowiązującej ustawy Pzp zamawiający muszą się zastanowić, jak zrealizować zasadę otrzymania najlepszej wartości za daną cenę i jak skorelować kryterium ceny lub kosztu z innym kryterium albo innymi kryteriami, aby ten cel osiągnąć. Obecnie zamawiający muszą:

- dokonać wyboru kryterium pozacenowego,
- dokonać wyboru wagi procentowej dla poszczególnych kryteriów,
- opisać szczegółowo zasady oceny w ramach każdego z kryteriów.

Na każdym etapie przygotowywania kryteriów na zamawiających czyha zagrożenie niewłaściwego zastosowania ustawy. Na przykład dokonując wyboru kryterium pozacenowego, zamawiający musi dopilnować, aby takie kryterium odnosiło się do przedmiotu zamówienia. Ustawodawca jako przykładowe kryteria dotyczące przedmiotu zamówienia wskazuje:

- jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne,
- aspekty społeczne, w tym integrację zawodową i społeczną osób defaworyzowanych (o których mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp), dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników,

- aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczną przedmiotu zamówienia,
- aspekty innowacyjne,
- organizację, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczny wpływ na jakość wykonania zamówienia,
- serwis posprzedażny i pomoc techniczną, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy i czas dostawy lub okres realizacji.

Dla zamawiających powstają istotne problemy, jakie kryteria wybrać, zwłaszcza w sektorze usług, w którym jakość zamówienia opiera się na doświadczeniu firmy i personelu. Nowelizacją ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 roku dopuszczono stosowanie jako kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę obecną treść art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, zawierającą wymaganie, aby kryterium oceny ofert była cena i inne kryteria dotyczące **przedmiotu zamówienia**, za niewłaściwe należałoby uznać kryteria odnoszące się do:

- doświadczenia wykonawcy,
- wartości zrealizowanych zamówień,
- zdolności ekonomicznej lub finansowej.

Powyższe przykłady nie odnoszą się bowiem do przedmiotu zamówienia, ale do sytuacji podmiotowej wykonawców.

Istotnym zagadnieniem jest ustalenie wag procentowych poszczególnych kryteriów oceny ofert. Obecnie zamawiający, obawiając się posądzeń o niewłaściwe zachowanie, zaniżają wagi poszczególnych kryteriów, wprowadzając bezpieczne wagi (na potrzeby spełnienia wymagań ustawowych), stosując kryteria takie jak termin gwarancji, termin realizacji, unikając tym samym stosowania kryteriów jakościowych. Jako przykład można wskazać zdarzenie z przeszłości oraz Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, która w zamówieniu zainicjowanym 31 grudnia 2014 roku na „Sprawowanie nadzoru autorskiego nad projektem: Budowa drugiej jezdni drogi ekspresowej S3 na odcinku Sulechów – Nowa Sól od km 272+650 do km 316+640” ustanowiła kryterium „Termin (termin opiniowania, uzgadniania i weryfikacji dokumentacji)” z wagą procentową 1%. W ocenie autora taka waga procentowa stanowi obchodzenie obowiązku ustanawiania pozacenowych kryteriów.

Opis oceny poszczególnych kryteriów ma również istotne znaczenie. Ideą powinno być unikanie ocen subiektywnych. W przeszłości spotykano kryteria smak (gust), przy których było tylko wskazane, że członkowie komisji przetargowej przyznają swobodne oceny na podstawie dokonanej konsumpcji próbek. Nie było żadnych dodatkowych postanowień doprecyzowujących czy sprowadzających tę ocenę do jednego wspólnego mianownika.

W ocenie autora, aby zmniejszyć nieprawidłowości w zakresie stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, jest konieczne opracowanie wzorców stosowania takich kryteriów, zawierających co najmniej:

- wskazanie rodzajów takich kryteriów,
- wskazanie wag procentowych takich kryteriów,
- podanie zasad oceny tych kryteriów.

4.6. Zapisy umowne

Zapisy umowne mogą stanowić istotne źródło ograniczeń w dostępie do zamówienia. Często zapisy te są niedoceniane przez wykonawców, którzy w pierwszych fazach ubiegania się o zamówienie koncentrują się na przedmiocie zamówienia, warunkach udziału w postępowaniu i kryteriach oceny ofert. Tymczasem w postanowieniach umownych mogą się znaleźć bardzo ważne postanowienia, wpływające na realność wykonania przez wykonawcę danego zamówienia. Na przykład w jednym z postępowań na świadczenie usług przewozowych w komunikacji miejskiej zamawiający zażądał zapewnienia jednolitej kolorystyki zewnętrznej autobusów o odcieniu i sposobie malowania „uzgodnionym z zamawiającym”. Równocześnie umowa wymagała niezwłocznego po jej podpisaniu przystąpienia do realizacji usługi. Powyższe nakładało na wykonawców obowiązek wykonania bardzo czasochłonnnych i kosztownych czynności w bardzo krótkim czasie, aby zapewnić realizację umowy.

Umowy mogą zawierać wiele ograniczeń w dostępie do zamówienia. Ograniczenia te mogą mieć charakter:

- przerzucenia wszystkich ryzyk mogących wystąpić w trakcie realizacji zamówienia na wykonawcę, bez zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy,
- kar umownych za opóźnienie, nie zaś za zwłokę,
- wyolbrzymionych kar umownych,
- przesłanki odstąpienia od umowy przez zamawiającego na przykład w wypadku jednorazowego uchybienia postanowieniom umownym,
- katalogu koniecznych uzgodnień z zamawiającym, powodującego eskalację oczekiwań zamawiającego,
- braku wystarczających płatności przejściowych i konieczności finansowania inwestycji,
- przedłużonych terminów odbioru.

Powyższe dotyczy rzeczywistości, w której przychodzi funkcjonować wykonawcom. Wykonawcy w praktyce nie mogą wzruszyć czy zmienić takich postanowień z uwagi na nieprzystługujące im środki ochrony prawnej (w postępowaniach poniżej progów unijnych) lub uznawanie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, że dany zapis umowy jest równy dla wszystkich wykonawców i nie powoduje nierównego traktowania wykonawców czy nieuczciwej konkurencji.

Rzeczywistość działań zamawiających nie jest również godna pozazdroszczenia. W świetle skomplikowanych przesłanek zmiany umowy lub udzielenia zamówienia dodatkowego zamawiający wolą wszystkie ryzyka związane z realizacją zamówienia ulokować u wykonawców. Problematykę komplikacji przy udzielaniu zamówień z wolnej ręki poruszono już wcześniej, dochodzi jednak jeszcze problem proceduralny stosowania zmian umowy.

Zgodnie z brzmieniem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp do dnia 27 lipca 2016 roku zamawiający mógł dokonać zmian umowy:

- nieistotnych, a więc nie dotyczących wynagrodzenia, terminu realizacji, przedmiotu zamówienia. Pozwolenie na zmiany jest sprowadzone do zmian porządkowych, na przykład zmian numerów rachunków bankowych, adresów do doręczeń, osób do kontaktu,
- istotnych, ale pod warunkiem łącznego spełnienia dwóch przesłanek: a) zamawiający przewidzi możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, b) zamawiający określi w jednym z tych dokumentów warunki takiej zmiany.

Powyższe wymagania doprowadziły albo do niewpisywania w ogóle w umowie przesłanek do jej zmiany, albo do tworzenia wielostronicowych opisów, określających drobiazgowo przesłanki zmian.

Dostrzegając słabość powyższych zapisów, nowelizacją ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 roku wprowadzono nowe zasady, zgodnie z którymi zamawiający może dokonać zmiany umowy, jeżeli:

- zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w formie jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, szczególnie możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, oraz charakter i warunki wprowadzenia zmian,
- zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) zmiana wykonawcy nie może być dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, szczególnie dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego, b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego, c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,
- zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej jest spowodowana okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,
- wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca: a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa powyżej, b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy albo jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, c) w wyniku przejścia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców,
- zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu art. 144 ust. 1e ustawy Pzp,
- łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w wypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w wypadku zamówień na roboty budowlane, jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.
- Zgodnie z art. 144 ust. 1e ustawy Pzp zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:
 - zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu,
 - nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy albo przyjęto by oferty innej treści, b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej, c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej, d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w wypadkach innych niż wymienione w art. 144 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

W katalogu zmian widać wyraźnie odejście od dotychczasowej praktyki, zgodnie z którą zamawiający unikali dokonywania jakichkolwiek zmian finansowych. Ideę zmiany ustawy Pzp należy ocenić bardzo wysoko. Niemniej jednak, zdaniem autora, jest pożądanym stworzenie katalogu dobrych praktyk, zawierającego wskazówki dotyczące dopuszczalności istotnych zmian umowy.

W ocenie autora za nieprawidłowości w stosowaniu dotychczasowej ustawy Pzp lub nieefektywność zapisów tej ustawy nie można winić jedynie zamawiających. Autor ma nadzieję, że niniejsza analiza, jakkolwiek

ograniczona w swoim zakresie, zasygnalizowała niejednoznaczności zapisów ustawy Pzp, problemy interpretacyjne związane z nieostryimi postanowieniami ustawy oraz luki występujące w systemie zamówień publicznych.

Subiektywnym zdaniem autora, w dotychczasowym podejściu do zamówień publicznych zabrakło zaakcentowania działań profilaktycznych i szkoleniowych, tworzenia pozytywnych wzorców, procedur czy dokumentów. Zamiast wskazówek, jak uzyskać dobre, poprawne zamówienie, mieliśmy do czynienia ze wskazywaniem, jak nie należy przygotowywać zamówień, jakie są popełniane błędy i co za nie grozi. Zdaniem autora, były to nierównomiernie rozłożone akcenty na profilaktykę i kontrolę. Stworzone procedury zaangażowały aparat administracyjny dysponujący wiedzą, kompetencjami i środkami do działań odtwórczych, ale zgromadzone wiedza, energia i kompetencje nie były kierunkowane na budowanie pozytywnych wzorców.

W czasie, gdy prace nad niniejszym tekstem dobiegały końca, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podjęła działania w zakresie zmiany tych proporcji, rozpoczynając debaty nad kształtem kolejnych kierunków zmian ustawy Pzp, tworzeniem wzorcowych dokumentów i prowadzeniem licznych działań szkoleniowych.

Na tle powyższego – w ocenie autora – wyróżnia się również podejście do znowelizowanej ustawy Pzp, w której wypadku podjęto próbę zdefiniowania nieostrych pojęć i uelastycznienia procedur. Zmiany w polskim systemie zamówień publicznych, wywołane zmianami dyrektyw unijnych, mogą – zdaniem autora – wpłynąć pozytywnie na problematykę sygnalizowaną w niniejszym opracowaniu. Trudno antycypować ostateczne stosowanie nowych regulacji lub wdrożenie poszczególnych zmian, wydaje się jednak, że jest to dobry punkt wyjścia modyfikacji podejścia w zakresie stosowania zamówień publicznych.

Publikacja powstała w ramach projektu Programu Odpowiedzialne Państwo Fundacji im. Stefana Batorego „Barometr Ryzyka w zamówieniach publicznych” (<http://barometrzyka.pl/>).

Fundacja im. Stefana Batorego

Sapieżyńska 10a
00-215 Warszawa
tel. (48-22) 536 02 00
fax (48-22) 536 02 20
batory@batory.org.pl
www.batory.org.pl

Teksty udostępnione na licencji
Creative Commons. Uznanie
autorstwa na tych samych warunkach
3.0 Polska (CC BY SA 3.0 PL)



ISBN 978-83-62338-74-0