



Paweł Trojan str. 40

Zamówienia sektorowe w nowym prawie zamówień publicznych. Na co zwrócić uwagę?



Maciej Gnela str. 26

Udostępnienie ofert w trybie art. 74 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych



Jacek Liput str. 21

Klauzule abuzywne w nowym prawie zamówień publicznych

NUMER 3 | MARZEC 2021 – KWIECIEŃ 2021 | ISSN 2719-5961

PRZETARGowa.pl

SPOŁECZNOŚĆ PRAKTYKÓW ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

PIERWSZE CZASOPISMO INTERNETOWE OPARTE NA TRZECH FILARACH **LUDZIE** | **PRAWO** | **PROCESY**

Lider

w świecie zamówień publicznych.

Wywiad z Kamilą Mizeracką
str. 13

Konsorcjum

w nowej ustawie
Prawo zamówień
publicznych

Aneta Pałka str. 24

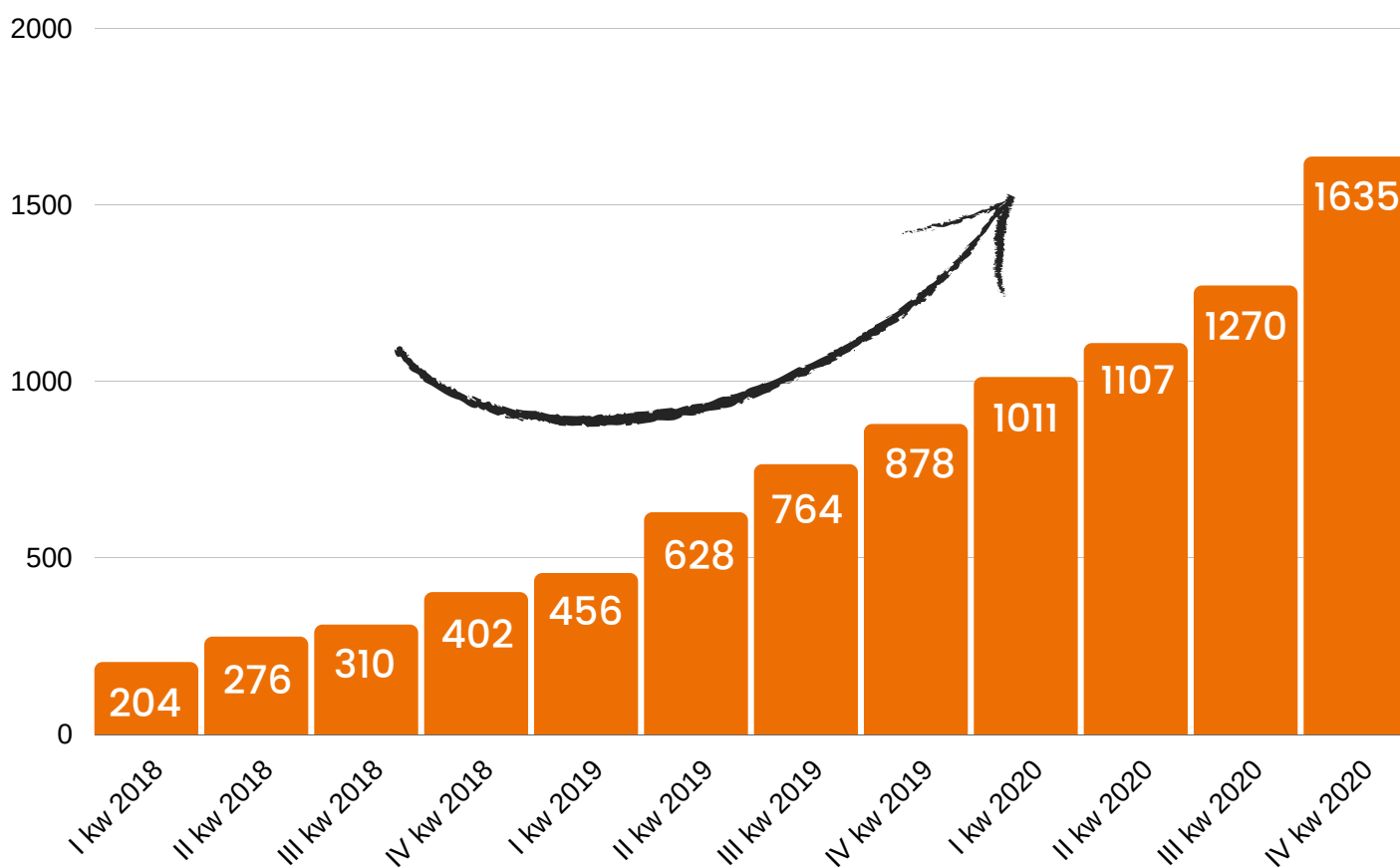
Unieważnienie postępowania

w nowym prawie zamówień
publicznych. Praktyczne
omówienie przesłanek

Piotr Mazuro, Zuzanna Lecyk str. 36



**CORAZ WIĘCEJ ZAMAWIAJĄCYCH CENI
BEZPIECZEŃSTWO I SPRAWDZONE
ROZWIĄZANIA W ELEKTRONIZACJI
ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**



Ilość obsługiwanych Klientów na platformazakupowa.pl
styczeń 2018r. - grudzień 2020r.

PRZETARGowa.pl

Od Redakcji

Nowa ustawa Prawo zamówień publicznych stała się już faktem. Za nami pierwsze doświadczenia praktyczne związane ze stosowaniem regulacji, a tym samym pytania dotyczące prawidłowości stosowania nowych przepisów i pierwsze krytyczne refleksje Redaktor Naczelny Czasopisma PRZETARGowa.pl.

Już kolejny raz oddajemy dla Państwa Czasopismo PRZETARGowa.pl wspierając tym samym wszystkich uczestników rynku, a przede wszystkim zamawiających i wykonawców w trudnym procesie stosowania nowego Prawa zamówień publicznych.

W aktualnym numerze znajdziecie Państwo teksty poświęcone zarówno nowym regulacjom, jak chociażby artykuł na temat przesłanek unieważnienia postępowania autorstwa Piotra Mazuro i Zuzanny Lecyk z Kancelarii MCM Legal, czy też komentarz do art. art. 74 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych autorstwa Macieja Gneli z Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie.

W aktualnym numerze nie zabrakło również miejsca na krótkie spojrzenie na cały ubiegły rok z perspektywy Urzędu Zamówień Publicznych. Minione dwanaście miesięcy podsumowuje Prezes Urzędu Pan Hubert Nowak.

Temat przewodnim zaś jest Lider w świecie zamówień publicznych. Dlaczego akurat o roli liderów w zamówieniach publicznych chcemy mówić? W naszej ocenie to właśnie ten czas, czas dynamicznych zmian, trudnych wyzwań, których doświadczamy w zamówieniach publicznych jest najbardziej odpowiedni, by o roli liderów w naszej codziennej, zamówieniowej rzeczywistości mówić. Polecam zatem wywiad z Kamilą Mizeracką poświęcony roli liderów w zamówieniach publicznych.

Zapraszam do lektury.

Łukasz Laszczyński
Dyrektor ds. Rozwoju
Open Nexus Sp. z o.o.



Spis treści

Zamówienia publiczne. Wydarzenia	→ 5	Co Nas czeka w nowej perspektywie finansowej?	→ 29
Podsumowanie roku. Wywiad z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych	→ 8	w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych	→ 33
Lider w świecie zamówień publicznych. Wywiad z Kamilą Mizeracką	→ 13	Unieważnienie postępowania w nowym Prawie zamówień publicznych. Praktyczne omówienie przesłanek	→ 36
Co z tym partnerstwem	→ 17	w nowym prawie zamówień publicznych. Na co zwrócić uwagę?	→ 40
Klauzule abuzywne w nowym prawie zamówień publicznych	→ 21	Klucz do osiągnięcia porozumienia w świecie zamówień publicznych	→ 45
Konsorcjum w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych	→ 24	Termin związania ofertą w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych	→ 51
Prawa zamówień publicznych	→ 26		

PRZETARGowa.pl

Praca zbiorowa pod redakcją:

Łukasz Laszczyński

Skład, łamanie, opracowanie graficzne:

Studio Grafpa, www.grafpa.pl

Opracowanie okładki:

Mariusz Onyśko

Koordynator projektu:

Anna Jancy

Wydawca czasopisma:

Open Nexus Sp. z o.o.,

Bolesława Krzywoustego 3, 61-144 Poznań

NIP: 779 236 35 77, przetargowa.pl

Wydanie 3, marzec–kwiecień 2021

Copyright © Open Nexus Sp. z o.o.

PRZETARGowa.pl

Copyright © Open Nexus Sp. z o.o.

Poznań 2021

Wszelkie prawa zastrzeżone. Wszystkie znaki występujące w tekście są zastrzeżonymi znakami firmowymi bądź towarowymi ich właścicieli. Autorzy oraz Wydawnictwo Open Nexus dołożyli wszelkich starań, by zawarte w opracowaniu informacje były kompletne i rzetelne. Autorzy oraz Wydawnictwo Open Nexus nie ponoszą odpowiedzialności za ewentualne szkody wynikłe z wykorzystania informacji zawartych w czasopiśmie.

Zdjęcia: pixabay.com | unsplash.com

ISSN 2719-5961

II KONGRES Prawa Zamówień Publicznych

ZAREZERWUJ MIEJSCE KONGRESPZP.PL

Zamówienia publiczne. Wydarzenia

➤ **II Kongres Zamówień Publicznych Online. Przygotowania**

Sukces organizacyjny I Kongresu Zamówień Publicznych OnLine, który odbył się 17.09.2020 r. dał w Zespole OpenNexus impuls do organizacji kolejnej edycji tego wydarzenia. Jesteśmy w trakcie zaawansowanych przygotowań do II Kongresu Zamówień Publicznych. Zapraszamy wszystkich zainteresowanych praktycznymi aspektami stosowania przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych.

Do udziału w Kongresie w charakterze prelegentów zaprosiliśmy ponad 30 najlepszych w Polsce specjalistów reprezentujących zarówno zamawiających, wykonawców, prawników, czy środowisko

akademickie. Co najważniejsze, Nasi prelegenci to praktycy funkcjonujący na co dzień w zamówieniach publicznych. Do grona Patronów organizowanego przez Nas wydarzenia już dziś należą: **Pracodawcy RP, Krajowa Izba Gospodarcza, Związek Powiatów Polskich, Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu, Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu, Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wielkopolski Ośrodek Kształcenia i Studiów Samorządowych, Adwokatura Polska, Związek Gmin Pomorskich, Grudziądzki Park Przemysłowy, Raport Kolejowy.** Podobnie jak w ubiegłym roku wydarzeniu patronuje także **Urząd Zamówień Publicznych.**

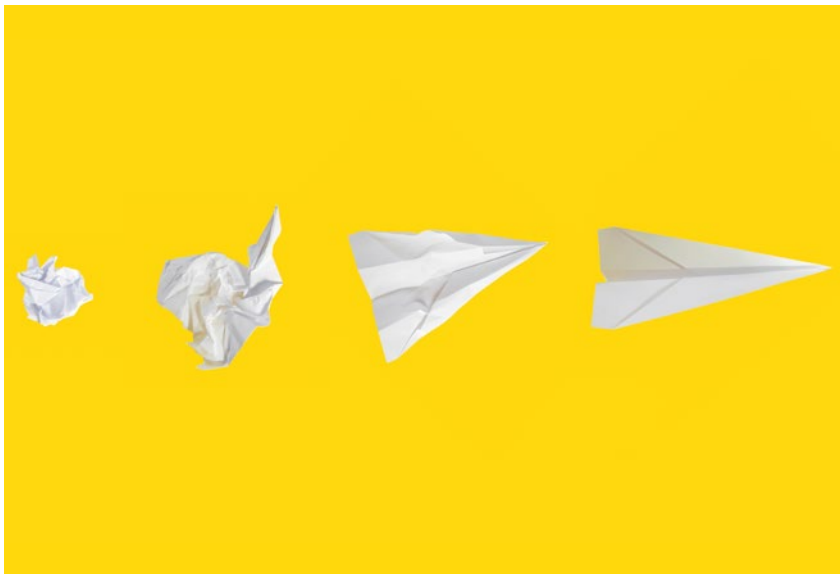
Już dziś zapraszamy do dołączenia do grona Uczestników Kongresu

i wypełnienia formularza rejestracyjnego na stronie:

www.kongrespzp.pl.

➤ **Innowacje w synergii z zamówieniami publicznymi. Kolejna publikacja Urzędu**

Urząd Zamówień Publicznych przygotował publikację poświęconą zamówieniom publicznym na innowacje. Publikacja przygotowana przez UZP zawiera szczegółowy opis kilku projektów realizowanych przez sektor publiczny. Swoimi doświadczeniami dzielą się przedstawiciele administracji rządowej (GovTech, Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa), samorządowej (Regionalnego Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A. w Tychach) oraz świata



akademickiego (Narodowe Centrum Promieniowania Synchrotronowego SOLARIS – projekt Uniwersytetu Jagiellońskiego).

Publikacja (wersja polskojęzyczna) jest dostępna na stronie Urzędu pod linkiem:

https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/45496/Zamowienia_publiczne_na_innowacje_PL_WCAG-2021-01-08.pdf

➤ **Oferta edukacyjna Urzędu Zamówień Publicznych na 2021 rok**

Jak oficjalnie deklaruje Urząd Zamówień Publicznych na obecny rok przygotował ofertę działań edukacyjnych, które mają za zadanie wesprzeć interesariuszy rynku w prowadzeniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Działania edukacyjne skoncentrowane będą na obszarze nowego Prawa zamówień publicznych, jak również koncesji na roboty budowlane lub usługi, kontroli procesu udzielania zamówień czy zrównoważonych i innowacyjnych zamówień publicznych. Zaplanowane zostały szkolenia, konferencje i seminaria adresowane do szerokiego grona uczestników systemu zamówień publicznych (zamawiających, wykonawców,

kontrolerów), ale także przygotowanie publikacji, wzorcowych dokumentów, przykładów dobrych praktyk i innych materiałów przewidzianych do publikacji na stronie internetowej Urzędu.

Oczywiście wszyscy uczestnicy rynku zamówień publicznych w Polsce czekają na komentarz do nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, który zgodnie z deklaracjami Urzędu zostanie udostępniony w marcu – kwietniu 2021 roku.

➤ **Kolejny Informator Urzędu Zamówień Publicznych**

Na stronie internetowej Urzędu dostępny jest Informator Urzędu Zamówień Publicznych Nr 4/2020. W nim m.in.: aktualności ze świata zamówień publicznych, planów dotyczących działalności edukacyjnej Urzędu Zamówień Publicznych na 2021r., wybrane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE.

Z treści Informatora możemy również zaczerpnąć informacje na temat statystyki rynku zamówień publicznych za ubiegły rok. W ubiegłym roku zamieszczono łącznie 141 040 Ogłoszeń o zamówieniu (BZP, TED), a niekwestionowanym „królem” wśród

najczęściej stosowanych trybów pozostaje niezmiennie przetarg nieograniczony (ogółem 90,49% wszystkich postępowań).

➤ **Lista Projektów realizowanych z Funduszy Europejskich w Polsce w latach 2014–2020**

Na stronie internetowej www.funduszeuropejskie.gov.pl jest dostępna lista Projektów realizowanych z Funduszy Europejskich w Polsce w latach 2014–2020. Każde z państw członkowskich Unii Europejskiej ma obowiązek przejrzystego wydatkowania środków publicznych. Zgodnie z prawem unijnym publikowane są dane na temat każdego przedsięwzięcia realizowanego ze środków Unii Europejskiej oraz na temat firmy, organizacji lub instytucji, które otrzymały wsparcie.

Plik do pobrania:

<https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/strony/o-funduszach/projekty/lista-projektow/lista-projektow-realizowanych-z-funduszy-europejskich-w-polsce-w-latach-2014-2020/>

➤ **Nabór uzupełniający do Rady Zamówień Publicznych**

Urząd Zamówień Publicznych informuje na swojej stronie internetowej o naborze uzupełniającym do Rady Zamówień Publicznych. Rada Zamówień Publicznych jest organem doradczo-opiniotwórczym działającym przy Prezisie Urzędu Zamówień Publicznych. W skład Rady wchodzi od 10 do 15 członków.

Szczegółowe informacje na temat naboru na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.



II KONGRES

Prawa Zamówień Publicznych

ORGANIZATOR

PRZETARGowa.pl

16 KWIETNIA

9:00 - 16:00 Online

32 EKSPERTÓW

PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH



BEZPŁATNY
UDZIAŁ



DYNAMICZNE
DYSKUSJE



PRAKTYCZNE
PRZYKŁADY

Podsumowanie roku. Wywiad z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych

Za Nami szczególne dwanaście miesięcy, które obfitowały w bardzo wiele wydarzeń istotnych dla systemu zamówień publicznych w Polsce. O podsumowanie minionego roku w kontekście systemu, a także działalności Urzędu Zamówień Publicznych poprosiliśmy Prezesa Urzędu Pana Huberta Nowaka.



Łukasz Laszczyński: *Szanowny Panie Prezesie zbliżamy się do końca roku. Za Nami czas trudny osobiście dla Nas wszystkich, z uwagi na fakt, iż minione miesiące zdeterminowała pandemia COVID-19 mająca bardzo mocny wpływ na Nasze życie zawodowe, prywatne, a także niestety na gospodarkę na świecie. Mijający rok to jednak czas bardzo dynamicznych zmian w systemie zamówień publicznych w Polsce. Które z tych wydarzeń oraz projektów uważa Pan Prezes za kluczowe dla dalszego rozwoju systemu?*

Hubert Nowak: Pomimo niezwykle trudnego roku, jako Urząd realizowaliśmy wiele projektów, które docelowo zmieniają zamówieniową rzeczywistość wokół nas. Z takiego punktu widzenia kluczowym projektem jest nowe Prawo zamówień publicznych i wszystkie działania, które podjęliśmy i które zamierzamy podjąć, aby propagować wiedzę dotyczącą nowego pzp.

Oczywiście część z tych ambitnych planów musieliśmy zmienić z uwagi na pandemię, ale tuż przed pierwszym *lockdownem* udało nam się zorganizować cykl konferencji w 8 miastach poświęconych nowym regulacjom. Przygotowujemy komentarz do nowego pzp. To będzie wyjątkowa sytuacja w historii polskiego rynku zamówień publicznych, kiedy niedługo po wejściu w życie całkowicie nowej ustawy wydany zostanie praktyczny komentarz przygotowany przez Urząd skupiający się nowych rozwiązaniach. Angażowaliśmy się w szereg przedsięwzięć konferencyjno-edukacyjnych, w trakcie których kwestie regulacji w ramach nowego pzp stanowiły kluczowy wątek dyskusji. Wreszcie, jesienią zorganizowaliśmy dwie konferencje online poświęcone nowemu pzp, a materiały z nich trafiły do internetu i są cały czas dostępne na kanale UZP na platformie YouTube. To dla nas niezwykle ważne, że w ramach najważniejszych zagadnień nowego

pzp, interesariusze będą mogli cały czas korzystać z przygotowanych przez Urząd materiałów.

Kolejnym, fundamentalnym projektem jest budowa Platformy e-Zamówienia – pierwszej kompleksowej platformy publicznej umożliwiającej docelowo elektroniczną komunikację między stronami postępowań, a także pozwalającą na tworzenie niezwykle kompleksowych analiz dotyczących rynku zamówień publicznych. Budowie platformy towarzyszy mniejszy, ale równie istotny projekt modernizacji miniPortalu. Zapewni on obsługę komunikacji elektronicznej, w tym składanie ofert i wniosków, zgodnie z nową ustawą pzp, aż do wdrożenia i uruchomienia tej funkcjonalności w ramach Platformy e-Zamówienia, co ma nastąpić w I kwartale 2021r. To tylko część z aktywności podejmowanych przez Urząd. Bez wątpienia rok 2020 był niezwykle trudny, ale jednocześnie bogaty w wydarzenia

i projekty, które odcisną trwały ślad na kształcie zamówieniowej rzeczywistości.

Łukasz Laszczyński: *W zdecydowanej większości projekty realizowane przez Urząd Zamówień Publicznych wymagają współpracy Urzędu, przedstawiciela administracji rządowej z wieloma interesariuszami po stronie rynku zamówień publicznych. Jak ocenia Pan tę współpracę z punktu widzenia minionego roku i jak widzi Pan szanse na dalszy rozwój tej współpracy w kolejnych latach?*

Hubert Nowak: Cieszę się, że poruszył Pan ten wątek, bo to bez wątpienia jedno z najważniejszych wyzwań z jakim się mierzymy. Wcześniejsze prace nad nowym pzp pokazały, jak powinna i jak może wyglądać współpraca Urzędu ze światem zewnętrznym. Jeśli administracja i rynek prywatny chcą zrobić coś dobrego dla wszystkich interesariuszy rynku, muszą współpracować i ta współpraca jest kluczem do późniejszego sukcesu całego projektu. To jedna z najważniejszych lekcji, jaka płynie z doświadczeń przygotowywania nowego pzp.

Kierując się takim podejściem cały czas rozwijamy współpracę w ramach grup roboczych z przedstawicielami różnych branż – z sektorem IT, branżą medyczną oraz branżą budowlaną i architektoniczną. W ramach współpracy chcemy tworzyć praktyczne dokumenty, które mają pomóc wszystkim uczestnikom rynku zamówień. Doświadczenie, które mamy z procedowania nowego Prawa zamówień publicznych jest w tym wypadku niezwykle cenne i daje nam podstawę do przekonania, że warto w taki sposób pracować dla dobra interesariuszy rynku. Dodatkowo warto wspomnieć, że w przypadku części opinii prawnych o generalnym znaczeniu dla

rynku zamówień przed ich wydaniem wsłuchujemy się w głosy zainteresowanych, nierzadko prowadząc z nimi warsztaty tematyczne, które dostarczają nam wiedzy o istocie problemu i pozwalają pluralistycznie spojrzeć na rozwiązania.

Współpraca z interesariuszami rynku zamówień publicznych jest więc stale obecna w działaniach Urzędu, humorystycznie można powiedzieć, że obecnie jest zaszyta w naszym kodzie DNA. Oceniam ją jako niezbędną w procesie tworzenia wartościowych wzorców, rekomendacji czy zaleceń.

Łukasz Laszczyński: *Jedną z kluczowych kwestii dla mijającego roku w polskim systemie zamówień publicznych były przygotowania do wejścia w życie ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych. W ostatnich dniach ubiegłego roku obserwowaliśmy proces legislacyjny dotyczący nowelizacji ww. ustawy. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz niektórych innych ustaw, który trafił do Sejmu – na posiedzeniu w dniu 27 listopada został uchwalony. Przy okazji warto wspomnieć, że tym samym usunięto utrzymujące się do samego końca wątpliwości środowiska specjalistów zamówień publicznych oraz bardzo wielu zamawiających dotyczące statusu zamówień bagatelnych. Które z obszarów, instytucji nowej ustawy uważa Pan Prezes za kluczowe dla wzrostu efektywności procesów zakupowych w Polsce? W jaki sposób nowa ustawa wpisuje się w ten oczekiwany przez wielu kierunek?*

Hubert Nowak: Nowe pzp na każdym etapie prowadzenia postępowania wprowadza zmiany, które mają za zadanie zwiększenie efektywności procesów zakupowych.

Powiem więcej, ja nowe pzp traktuję jako filozofię zakupową, a nie tylko procedurę dokonywania zakupów. Już w momencie tworzenia założeń do ustawy, kwestia efektywności stanowiła jeden z priorytetów. Nie bez przyczyny w nowej ustawie zasada efektywności została wprowadzona do katalogu kluczowych zasad udzielania zamówień publicznych. Pamiętajmy, że mówimy o rynku wartym ok. 200 miliardów złotych, które są pieniędzmi publicznymi. Dlatego też niezbędne jest wyposażenie Zamawiających w odpowiednie narzędzia służące temu, aby publiczne środki były wydatkowane w sposób maksymalnie efektywny. Nową ustawą wprowadzamy obowiązek dokonania przez zamawiających analizy potrzeb i wymagań przed wszczęciem postępowania. Po to, aby móc wydatkować środki publiczne, trzeba w pierwszej kolejności zastanowić się jakie rozwiązanie wybrać w celu zaspokojenia potrzeby – czego tak naprawdę potrzebujemy i jaki ma być docelowy kształt zakupu/inwestycji. Odpowiedzi na te pytania są niezwykle ważne, bo one służyć mogą za drogowskaz, co do wyboru najlepszych trybów i ścieżek dalszego procedowania. W trakcie samego postępowania wprowadzamy szereg ułatwień formalnych, jak wprowadzenie uproszczonego elastycznego trybu podstawowego, w którym można negocjować oferty lub ich części. W trakcie realizacji zamówienia ustawa kładzie nacisk na partnerską realizację przedmiotu umowy, czy koncyliacyjne rozwiązywanie problemów. Kolejne narzędzie zarządcze stosowane po zakończeniu realizacji zamówienia – ewaluacja zamówienia. Ma dać odpowiedź na pytanie, czy zrealizowane przez niego postępowania spełniło pokładane w nim nadzieje i czy uzyskany efekt jest zgodny z oczekiwaniami – po to, aby w przyszłości móc ustrzec się błędów i aby

w sposób bardziej sformalizowany dbać o tzw. pamięć instytucjonalną, niezwykle ważną dla sprawnego funkcjonowania jednostek sektora publicznego. Można to przyrównać do zarządzania *kai-zen* w zamówieniach, wyciągania wniosków i doskonalenia kolejnych zakupów. Plany zamówień, czy ogłoszenia o wykonaniu zamówienia zgrupowane w jednym publikatorze – stanowią kolejne rozwiązania dające liderom zamawiających i wykonawców olbrzymi materiał analityczny.

Wskazane powyżej rozwiązania to tylko przykłady. Myślę, że spokojnie bylibyśmy w stanie poświęcić całą rozmowę na wskazywanie innych nowych regulacji wspierających większą efektywność zamówień publicznych.

Łukasz Laszczyński: *Jednym z projektów zrealizowanych w ubiegłym roku przez Urząd Zamówień Publicznych była ankieta dotycząca profesjonalizacji kadr w zamówieniach publicznych. Z wyników tej ankiety wynika, że osoby podejmujące czynności w procesach zakupowych po stronie zamawiających, to osoby z bogatym bagażem doświadczeń zawodowych (61% ankietowanych posiada staż pracy w obszarze zamówień publicznych powyżej 10 lat) oraz dbające o aktualizację swojej wiedzy z zakresu zamówień publicznych (73% ankietowanych deklaruje udział w średnio 1–2 szkoleniach rocznie, zaś 24% ankietowanych uczestniczy w co najmniej 3 szkoleniach rocznie, dodatkowo aż 51,8% ankietowanych deklaruje udział w studiach podyplomowych). Wyniki ankiety pokazały, że wśród obszarów kompetencyjnych do uzupełnienia w ocenie ankietowanych są m.in.: zasady zarządzania projektami, metody analizy ekonomicznej. Jakie działania zamierza podjąć Urząd Zamówień Publicznych w obszarze profesjonalizacji*

kadr, by wyjść naprzeciw wynikom tej ankiety i oczekiwaniom uczestników rynku zamówień publicznych w Polsce?

Hubert Nowak: W pierwszej kolejności należy podkreślić, że do zagadnienia profesjonalizacji kadr w zamówieniach publicznych konieczne jest strategiczne, całościowe podejście. Dotyczy to wymiaru zarówno podmiotowego (uczestnicy systemu zamówień publicznych), jak i przedmiotowego (szerokie spektrum form podejmowanych aktywności). Niezbędne jest również uwzględnienie działań, których skutki mogą nie być widoczne w krótkim okresie, ale będą zapewniać właściwie przygotowaną kadrę w dłuższej perspektywie. Publikacji wyników badań towarzyszyła prezentacja dokumentu „Działania prezesa UZP wspierające profesjonalizację kadr”. W tym dokumencie opisanych zostało 9 obszarów działania Prezesa UZP w zakresie profesjonalizacji. Należą do nich: tworzenie dokumentów wzorcowych, działania opiniodawcze, upowszechnianie wiedzy na temat zamówień i orzecznictwa, działalność szkoleniowa, działalność naukowa, akademicka działalność dydaktyczna, a także upowszechnianie nowoczesnych form modelowania i zarządzania danymi (pełna treść dokumentu dostępna jest tutaj: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0017/43307/Dzialania-Prezesa-UZP-wspierajace-profesjonalizacje-kadr.pdf). Część z tych obszarów była stale obecna w działaniach Urzędu, a część z nich wymaga przemodelowania i realizacji w nowej formule. Tak jak wspominałem, prowadzimy pracę w ramach grup roboczych nad wytycznymi lub wzorcowymi dokumentami, cały czas podejmujemy aktywności opiniodawcze. Podjęliśmy współpracę ze światem nauki. Z jednej strony mam na myśli projekt badawczy przygotowany przez

konsorcjum złożone z Uniwersytetu Jagiellońskiego – lidera projektu, Uniwersytetu Gdańskiego oraz UZP, jako lidera merytorycznego, który przeszedł pomyślnie ocenę formalną w ramach konkursu GO-SPOSTRATEG III organizowanego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju. Projekt ma za zadanie stworzenie interdyscyplinarnej pogłębionej analizy polskiego systemu zamówień publicznych w latach 2017–2021 oraz opracowanie rekomendacji jego zmian, których celem będzie zwiększenie skuteczności. Z drugiej strony w dokumencie „Działania prezesa UZP wspierające profesjonalizację kadr” obok konieczności zredefiniowania programu studiów podyplomowych strictly zamówieniowych wskazujemy na potrzebę rozwoju studiów zakupowych. To będą idealne miejsca do rozwoju zarówno tych przywołanych przez Pana Redaktora zagadnień, ale również ujęcie zagadnień związanych z negocjacjami, zarządzaniem zmianą, analityką czy kompetencjami miękkimi. Temat profesjonalizacji to bez wątpienia jedno z największych i najważniejszych wyzwań jakie stoją przed nami w przyszłości.

Łukasz Laszczyński: *Kolejny rok rozpoczynamy z nową ustawą, w rzeczywistości pełnej elektronizacji zamówień publicznych. Jakie wyzwania i jakie projekty uważa Pan Prezes za kluczowe dla kierowanego przez siebie Urzędu w 2021r. i systemu zamówień publicznych w Polsce? Jak szybko możemy się spodziewać pierwszych wyników ewaluacji funkcjonowania nowej ustawy Prawo zamówień publicznych i jej ewentualnych korekt na poziomie legislacyjnym?*

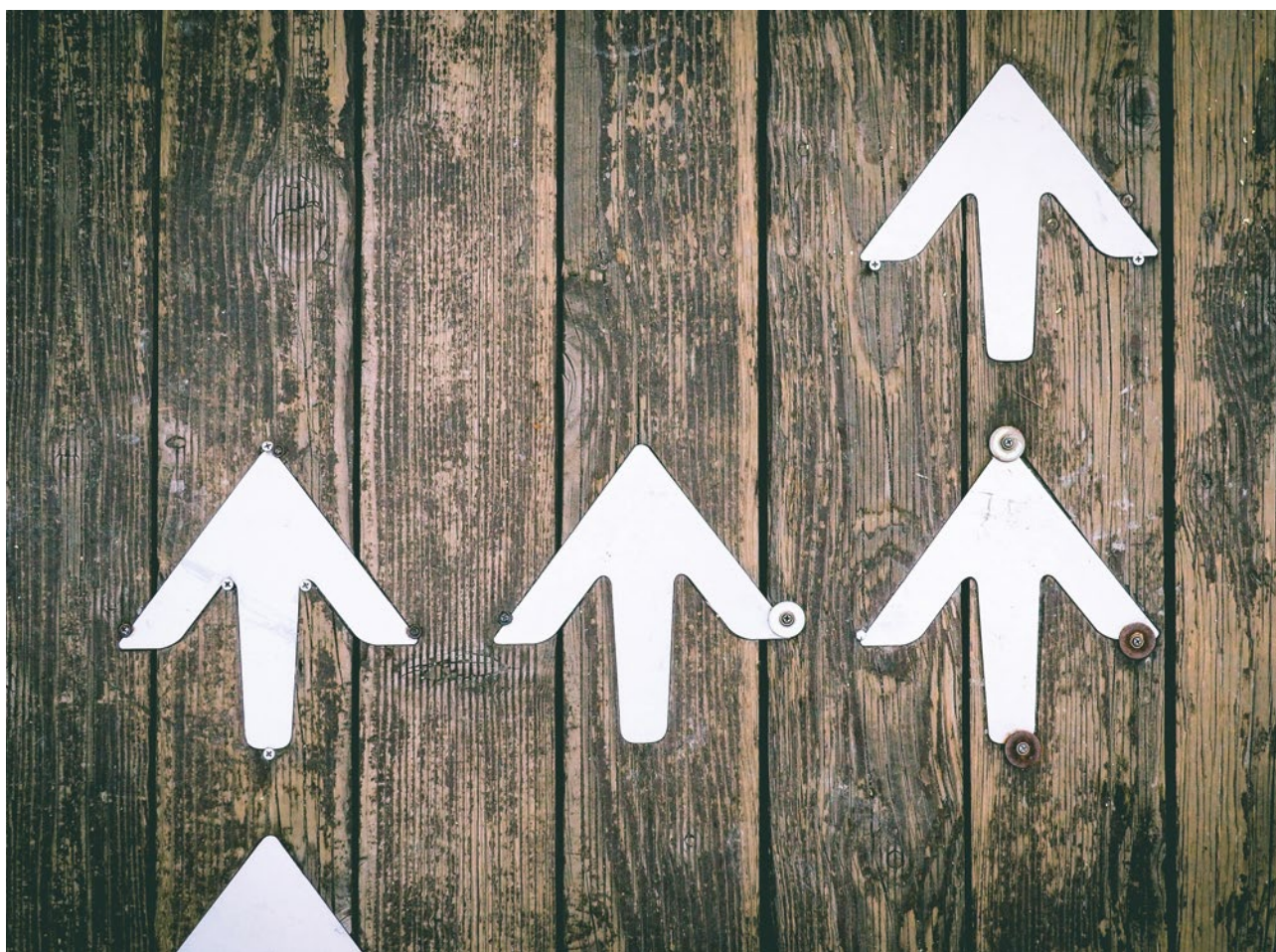
Hubert Nowak: Od czasu prac nad nowym pzp, podkreślamy, że kształt regulacji dotyczących zamówień publicznych nie jest zamknięty. Mówiąc żartobliwie nie traktujemy nowego Prawa zamówień

publicznych jako „*prawa objawionego*”, gdzie nie można zmienić nawet przecinka. Po raz pierwszy w systemie zamówień publicznych mieliśmy do czynienia z porządnym 15-miesięcznym *vacatio legis*. To pozwoliło zidentyfikować kilka obszarów, które wymagały poprawienia lub bardziej precyzyjnego uregulowania (np. zamówienia bagatelne, zakres negocjacji w procedurze podstawowej, kwestia konkursu dla projektów liniowych nie mających charakteru twórczego, etc.). Nie czekaliśmy z tymi zmianami do wejścia w życie ustawy, aby następnie co chwila ją punktowo zmieniać. Udało się dobre rozwiązania, po porządnym konsultacjach, za zgodą wszystkich sił politycznych w Sejmie i Senacie wprowadzić wcześniej. Teraz, tak jak deklarowaliśmy wielokrotnie, będziemy chcieli ustabilizować ustawę i po roku, dwóch stosowania przepisów nowej ustawy przeprowadzimy jej ocenę. Jest to tym bardziej ważne, że wejście w życie nowego pzp będzie powiązane z pełną elektronizacją, szerszym dostępem do danych, etc. Przez

najbliższy rok, dwa nastąpią ciekawe procesy – mam nadzieję, że synergii projektu legislacyjnego z elektronizacyjnym – i trzeba im się przyjrzeć, zrozumieć nowe trendy, zobaczyć, jak się kształtują przyzwyczajenia zakupowe zamawiających i sprzedażowe wykonawców. Jeżeli się okaże, że z propozycjami, które znalazły się w nowym pzp, w praktycznym stosowaniu jest coś nie tak, że trzeba je poprawić w jedną bądź w drugą stronę, po prostu to zrobimy. Podobnie z rozwiązaniami elektronizacyjnymi, jeżeli się okaże że koniecznym są nowe rozwiązania, nowe moduły, pojawiają się nowe potrzeby (może tylko bardziej intuicyjne) – to platformy zakupowe (nie tylko publiczna platforma, czy indywidualne platformy poszczególnych zamawiających) powinny nadążać za zmianami. Wszyscy mamy świadomość, że te rozwiązania legislacyjne i elektronizacyjne mogą nie być od razu idealne, wiele z nich jest nowych, kształtujących od nowa nasze przyzwyczajenia zamówieniowe. Dopiero wtedy jak sprawdzimy je w gospodarczej

rzeczywistości, jak się w niej adoptują, będziemy wiedzieli czy były wystarczające, czy może konieczna jest pewna korekta.

Łukasz Laszczyński: System zamówień publicznych w Polsce, to według danych za ubiegły rok wartość blisko 200 mld zł. Oszacowana wartość rynku zamówień publicznych stanowiła ok. 8,75% produktu krajowego brutto (PKB) z 2019r. Wartości te pokazują, że system zamówień publicznych w Polsce to bardzo istotne narzędzie wpływu sektora publicznego na gospodarkę, które powinno gwarantować efektywność wydatkowania środków. Należy jednak pamiętać, że system to nie tylko podmioty zobowiązane do stosowania prawa zamówień publicznych, ale przede wszystkim wykonawcy. Jak jeszcze w ocenie Pana Prezesa można polepszyć proces komunikacji w ramach systemu między zamawiającymi, a wykonawcami? Jak jeszcze bardziej otworzyć rynek zamówień publicznych dla wykonawców? Pytam w zasadzie nie tylko o plany na nowy rok, ale





bardziej o Pańską wizję, jako kierującego Urzędem – regulatorem tego systemu i osobę z bogatym doświadczeniem w obszarze zamówień publicznych?

Hubert Nowak: Moim zdaniem ostatnie 2–3 lata były bardzo dynamiczne. Dla mnie osobiście, dla pracowników Urzędu i całego rynku zamówień. Udało się zrealizować postawione przed nami wyzwania. Po wielu latach postulatów i bezskutecznych prób, przy bezprecedensowej współpracy z rynkiem (debaty, prekonsultacje, Koncepcja Nowego Pzp, Hackathon, konsultacje, pozytywne

opinie KWRiST, RDS, itd.) udało się opracować i wdrożyć nowoczesne pzp. Urząd też (w cieniu projektu legislacyjnego) przygotował, zdobył finansowanie i wdrożył projekt elektroniczny, który zaspokaja podstawowe potrzeby elektroniczne zamawiających i wykonawców, daje narzędzia analityczne, jest pozytywnie oceniany przez rynek platform komercyjnych i jest zgodny z nowym pzp. Co dla mnie osobiście ważne – jako Urząd – zrealizowaliśmy wiele pozytywnych projektów, pokazujących co i jak można zrobić na gruncie pzp, zamiast tylko wskazywać co jest

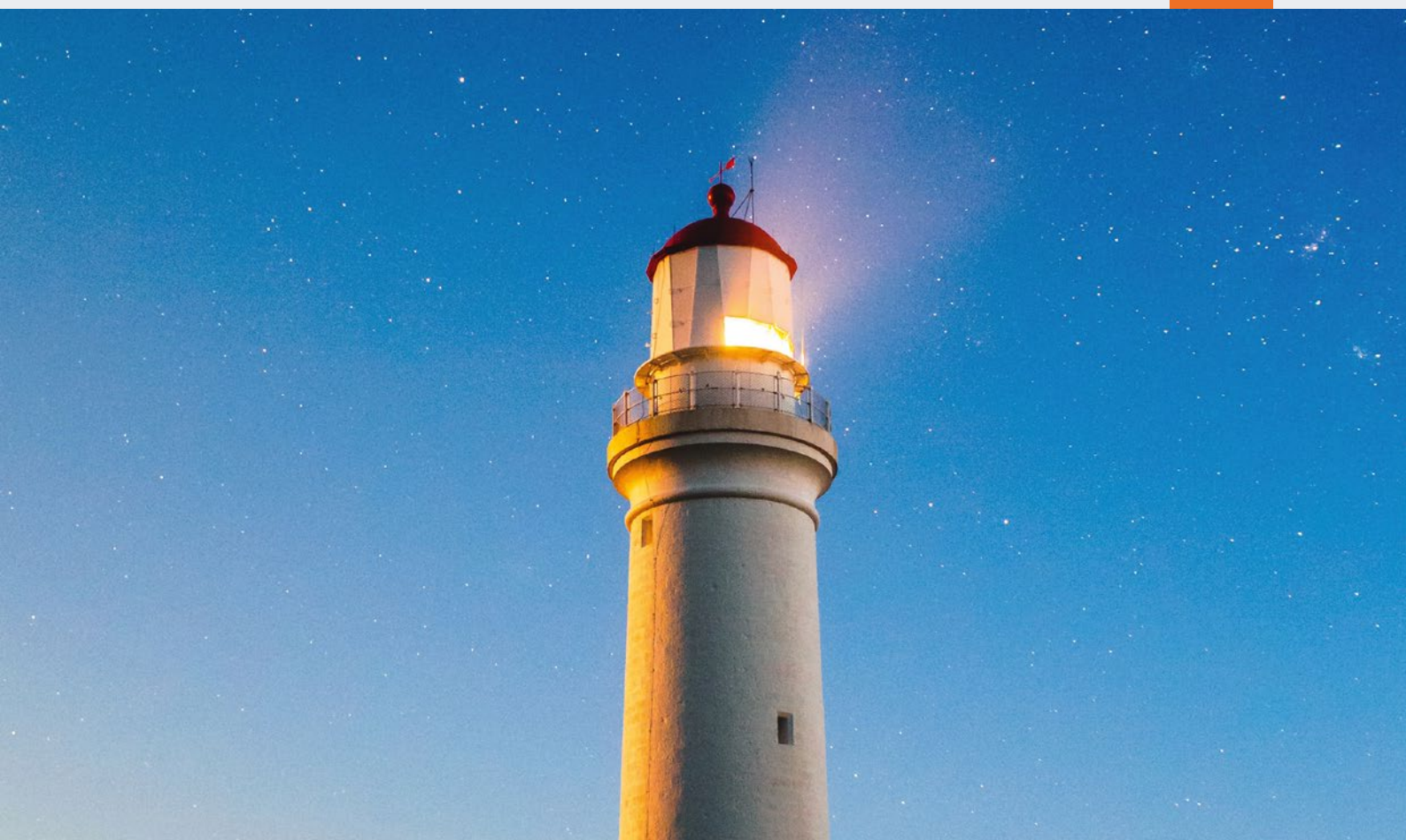
niedozwolone. Mam tu na myśli przykładowo projekty związane z opracowaniem wzorcowych kryteriów pozacenowych, wzorcowych klauzul przeglądowych, przykładów stosowania zielonych i innowacyjnych zamówień, wdrażania BIM, itd. Dużo się wydarzyło. Teraz najbliższy rok-dwa to czas na pracę pozytywistyczną. Wszyscy jej potrzebujemy. Rewolucja w zamówieniach już się dokonała. Na poziomie legislacyjnym, na poziomie narzędzi elektronicznych. Teraz czas na pracę własną nas wszystkich. Musimy wykorzystać i nauczyć się stosować narzędzia wprowadzone w minionych dwóch latach. To jest moje generalne założenie. Przenosząc je na grunt Urzędu, musimy w najbliższym czasie dokończyć moduł BI w elektronizacji, powinniśmy brać udział w tworzeniu polityki zakupowej, powinniśmy promować konkurs dla rozwiązań twórczych w architekturze i branży ICT, powinniśmy współpracować z branżami w celu wypracowywania praktyk branżowych, pielęgnować koncyliację, żeby ta niezwykle ważna i potrzebna idea nie została zmarginalizowana, zelektronizować proces odwoławczy, zwiększać zaangażowanie w profesjonalizację, wskazywać zalety stosowania BIM w projektach infrastrukturalnych. W perspektywie 2–3 lat, jako Urząd powinniśmy także domknąć proces legislacyjny i we współpracy z rynkiem zrobić przegląd nowego pzp i funkcjonalności narzędzi elektronicznych.



Hubert Nowak – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, radca prawny, absolwent Uniwersytetu Łódzkiego, specjalizujący się w prawie cywilnym, prawie zamówień publicznych, środkach unijnych, prawie gospodarczym i handlowym.



Łukasz Laszczyński – Prawnik, członek Polskiego Stowarzyszenia Zamówień Publicznych oraz Polskiego Stowarzyszenia Menadżerów Logistyki i Zakupów, Dyrektor ds. Rozwoju w Open Nexus Sp. z o.o., Redaktor Naczelny PRZETARGowa.pl.



Lider w świecie zamówień publicznych. Wywiad z Kamilą Mizeracką

Łukasz Laszczyński: *Aktualnie w systemie zamówień publicznych doświadczamy wielu dynamicznych zmian. Od 1 stycznia bieżącego roku obowiązuje ustawa z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych, która wprowadziła wiele nowych instytucji. Dodatkowo w tym samym czasie zaczęła obowiązywać pełna elektronizacja zamówień publicznych w Polsce. Na tle tej dynamiki warto wspomnieć, że wartość rynku zamówień publicznych w Polsce w 2019r. (według oficjalnych danych Urzędu Zamówień Publicznych) to blisko 200 mld zł. Czy w świetle powyższego to dobry czas i właściwy moment, by zaczynać rozmowę na temat roli lidera w świecie zamówień publicznych?*

Kamila Mizeracka: Uważam, że zawsze mamy właściwy moment, aby mówić o zarządzaniu procesem udzielania zamówień publicznych. Wspomniana dynamika to jeden z powodów. Jeżeli realnie spojrzymy na to, jak wyglądają zakupy dokonywane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dostrzeżemy, iż to nie najwyższe szczeble zarządzające przedsiębiorstwami lub jednostkami zamawiających rekomendują i podejmują najważniejsze decyzje, a robią to właśnie zespoły zakupów, czy działy zamówień. Oczywiście, Kierownik Zamawiającego zatwierdza lub akceptuje te decyzje, jednak w zdecydowanej większości wiedza na temat zamówień publicznych jest skoncentrowana właśnie w dedykowanych

komórkach wewnętrznych. Co do lidera w świecie zamówień publicznych, to bardzo istotne jest środowisko, w którym tenże lider mógłby się ujawnić lub wzrastać. W tym aspekcie najważniejsza jest z kolei komunikacja wewnętrzna w procesie przygotowania i prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Nie sposób pominąć również faktu, iż u bardzo wielu zamawiających wszystkie obowiązki związane z zamówieniami publicznymi wykonuje tylko jedna osoba. W tym kontekście lidera możemy w mojej ocenie definiować nieco inaczej. Ta osoba staje na pierwszej i jedynej „linii frontu”, nie ma relacji w swojej komórce wewnętrznej, utrzymuje konstrukcję formalno-prawną oraz

relacje z innymi osobami, komórkami, Kierownikiem Zamawiającego. Tym bardziej warto zadbać o te osoby i o ich rozwój – zarówno merytoryczny, jak i zarządczy.

Łukasz Laszczyński: *W świecie zamówień publicznych, w warstwie nazewnictwa przyzwyczailiśmy się do terminów takich jak chociażby kierownik zamawiającego, takim terminem operuje ustawa Prawo zamówień publicznych. W nomenklaturze zawodowej rzeczywistości zamawiających stykamy się z stanowiskami dyrektorów, kierowników. Czy termin lider ma szansę przyjąć się w rzeczywistości świata zamówień publicznych?*

Kamila Mizeracka: Osobiście uważam, że musiałyby minąć dużo czasu, aby pojęcie to mogło na stałe pojawić się w nomenklaturze związanej z zamówieniami publicznymi. Ma to w mojej ocenie związek z wysokim poziomem formalizmu procedur zamówieniowych, a także z mocno zakorzenionym wyobrażeniem, że to taka „papierkowa” robota. Do tego zapewne większość „zamówieniowców” wie, jak to jest być traktowanym jak „zło konieczne”. Bez zmian w powyższych kwestiach ciężko będzie przyswoić lidera w obszarze kojarzonym negatywnie.

Istnieją jednak organizacje, które zatrudniają na stanowiskach liderów obszarów. Takie rozwiązanie mogłoby poszerzyć horyzonty i być może miałyby szansę na zmianę postrzegania również lidera zamówień publicznych. Wspominam o tym traktując to mentalnie nadal jako eksperyment, jednak nie należy przekreślać żadnego z dostępnych i możliwych rozwiązań.

Najważniejsze jest jednak to, aby w takiej ilości pracy, obowiązków i odpowiedzialności (trudno pominąć ogromne wartości przygotowywanych postępowań oraz dyscyplinę finansów publicznych) liderzy chcieli nimi być. Zbyt często spotykam się w zawodowej rzeczywistości z pracownikami działów zamówień publicznych, którzy nie mają ochoty sięgać po więcej w obawie przed jeszcze dłuższym dniem pracy, bo już teraz pracują po 10 godzin dziennie, albo dłużej. Takie osoby obawiają się jeszcze wyższego poziomu odpowiedzialności oraz tego, że z wieloma aspektami praktycznymi po raz kolejny zostaną same – organizacja im nie pomoże, nie wysłucha, nie przeszkoli. Tu jawi się bardzo istotna rola Zamawiających, jako pracodawców. Czas spojrzeć na zamówienia

publiczne, jak na jeden z głównych obszarów działalności, bez którego ryzyka wydatkowania środków publicznych byłyby ogromne, a praca nad aktualizacją wiedzy i uniknięciem błędów formalno-prawnych trwałaby nieprzerwanie. Wiedza i potencjał osób pracujących w zamówieniach zdecydowanie pozwala na budowę pozycji liderów w zespołach oraz liderów wśród komórek wewnętrznych zamawiających.

Łukasz Laszczyński: *Ubiegły rok zaskoczył Nas wszystkich za sprawą pandemii COVID-19. Rzeczywistość wokół Nas, Nasz model pracy, nauki, komunikacji, spędzania wolnego czasu zmienił się w oka mgnieniu. Ubiegły rok dobitnie pokazał, jaka jest rola lidera we współczesnym, dynamicznie zmieniającym się świecie? Czy, ktoś taki jak lider, jest potrzebny tylko w biznesie, dużej korporacji, czy może też w sektorze publicznym i świecie zamówień?*

Kamila Mizeracka: Z mojego doświadczenia wynika, że każda organizacja potrzebuje liderów. Mam na myśli osoby, które budują taką pozycję nie poprzez pionowe awanse za wszelką cenę, ale takie, które potrafią wygenerować pomysł rozwiązujący poważny problem i są otwarte na dyskusję. Jednocześnie wykazując się wiedzą wprowadzającą spokój w zakresie proceduralnym i organizacyjnym. Kierownik Zamawiającego powinien spoglądać w stronę komórki do spraw zamówień publicznych i osiągać pewien poziom pewności, jak formalnie postąpić. Z kolei, aby taki kontakt był efektywny, komórka ta powinna mieć lidera, co gwarantuje uporządkowany sposób komunikacji. Czas i okoliczności, w jakich ostatnio żyjemy i pracujemy pokazał natężenie zmieniającego się otoczenia oraz przepisów obowiązującego prawa. To właśnie czas, w którym



właściwa obserwacja może pomóc w wyłonieniu osób o mocniejszej konstrukcji wewnętrznej, co w zamówieniach publicznych także jest niesamowicie ważne. Osoby, które mają dobry kontakt z otoczeniem, poszukują rozwiązań oraz dysponują stosowną wiedzą to właśnie potencjalni liderzy zamówień publicznych. Dobry lider tego obszaru ma szansę wzbogacić organizację nie tylko o przystępną wiedzę, ale także rozwinąć ludzi, którzy w wielu podmiotach pracują już bardzo długo, nie postrzegając swojej pracy ani jako źródła motywacji ani możliwości awansu.

Łukasz Laszczyński: *Jakie cechy, atrybuty powinien kumulować w sobie lider? Lider – a może przywódca, menadżer, mentor, kreator, inspirator?*

Kamila Mizeracka: Pozwoliłam sobie opisywać taką osobę częściowo już w powyższych odpowiedziach. Myślę, że warto także powiedzieć, jakich cech taka osoba nie powinna reprezentować. Ktoś, kto miałby w organizacji „przewodzić” w obszarze zamówień publicznych przede wszystkim nie powinien traktować tej roli jak indywidualnej sceny, powinny to być jego naturalne właściwości. Inni mają czerpać z wiedzy i sposobu, w jaki ją przekazuje – współpracownicy, kierownictwo, inne komórki wewnętrzne. Nie może to także być osoba zamknięta i z negatywnym nastawieniem do świata. „Liderowanie” w zamówieniach publicznych to proces oparty na dialogu, wielu rozmowach, zadawaniu często trudnych dla samego lidera pytań. Jest to podtrzymywanie poczucia formalnego bezpieczeństwa, zapewnienie, że warto pracować nad wspólnym rozwiązaniem, które zadowolili komórki merytoryczne oraz będzie poprawne proceduralnie. Takie cechy to



dodatek do wiedzy i doświadczenia. Bez nich lider sam nie będzie się czuł bezpiecznie i nie pozbędzie się strachu w obliczu podejmowania decyzji.

Co do samego pojęcia – nie próbowałabym ujmować cech takiej osoby w definicję. Wiele z pojęć wspomnianych w pytaniu kojarzy nam się z zarządzaniem. Oczywiście, realizacja zamówień publicznych jest częścią zarządzania przedsiębiorstwem zamawiającego i nie ma co do tego wątpliwości. Jednak mentalność zespołów zamówieniowych nie potrzebuje w mojej ocenie „wstrzykiwania” nazw dla tego, kim ma być taka osoba. Pamiętajmy, że mówimy cały czas bardziej o roli nieformalnej, a nie o stanowisku pracy. Zatrudnieni w działach zamówień muszą poczuć się docenieni, właściwie wynagradzani i motywowani, aby przejść do etapu starań o rolę lidera. Oczywiście, nie każdy ma ku temu właściwości i nie każdy będzie tego chciał. Jednak pozostałabym przy liderze, dla jasności wyobrażenia sobie tej osoby jako stojącej „na czele” zamówień w organizacji, która zawsze dzieli się wiedzą i racjonalnie rozwiązuje problemy świetnie komunikując się z otoczeniem.

Łukasz Laszczyński: *W jaki sposób w Pani ocenie kreować liderów dla świata zamówień publicznych? Jak widzi Pani rolę w tym procesie Urzędu Zamówień Publicznych, czy szkolnictwa wyższego w Polsce?*

Kamila Mizeracka: W mojej ocenie lider to osoba, która w pewien sposób powinna się „ujawnić” w organizacji. Mówię o tym w ten sposób, aby wyróżnić osoby zarządzające czy kierowników od liderów właśnie. Oczywiście może się zdarzyć, że ktoś będzie łączył sobą te dwie role i wtedy gratulacje dla Kierownika Zamawiającego, któremu udało się takiego pracownika zrekrutować. Trudno więc w mojej ocenie liderów wykształcić czy wyszkolić. Jednak myślę, że bez szkoleń, zdobywania wiedzy i doświadczenia liderem trudno będzie zostać. Za to, w jaki sposób prowadzimy innych w procesie zamówień publicznych musimy mieć poczucie pełnej odpowiedzialności. Tu nie ma miejsca na inscenizację, bo chodzi o bardzo duże pieniądze.

Warto zastanowić się, czy dany zamawiający dysponuje środowiskiem pracy, które na takie ujawnienia liderów pozwala.



Czy oni mogą przyjść z nowym pomysłem? Czy zostaną wysłuchani? Czy ktoś podąży za ich propozycjami i dokona odważnej zmiany, a potem będzie omawiał z nimi jej efekty? Czy Kierownik Zamawiającego będzie zwracał się o rekomendacje? To niezbędne, aby rolę lidera umocnić i rozwijać. To trudne pytania i trudne odpowiedzi, ponieważ uświadamiają wielokrotnie skostniałe struktury i sposoby działania. Poruszam te problemy w mojej najnowszej książce o zarządzaniu procesem udzielania zamówień publicznych, nad którą pracuję.

Urząd Zamówień Publicznych ma plany edukacyjne na 2021 rok, o których mogliśmy już przeczytać w komunikatach. Nie stawałabym oczekiwania co do kształtowania

nieformalnych ról, takich jak rola lidera w zamówieniach publicznych, ponieważ jest jeszcze bardzo dużo do zrobienia w zakresie budowania świadomości zamówieniowej wszystkich uczestników rynku. Do tego od 1 stycznia obowiązuje nowe Prawo zamówień publicznych, co obliguje Urząd do dodatkowych aktywności. Jestem zwolennikiem mierzenia sił na zamiary i w tym zakresie sądzę, że kształtowanie roli lidera w zamówieniach publicznych zwyczajnie może znaleźć się poza listą działań możliwych do zrealizowania w tym roku. Jednak w przyszłości zdecydowanie uważam, że sięganie przez Urząd Zamówień Publicznych po bardziej abstrakcyjne – z formalno-prawnego punktu widzenia – projekty to bardzo dobry pomysł. Przykładem może być

choćby mentoring organizowany we współpracy z ekspertami posiadającymi realne doświadczenie w udzielaniu zamówień publicznych, a nie jedynie w roli pełnomocników i doradców, polegający na spotkaniach z ekspertami UZP oraz takimi osobami. Celem może być czerpanie wiedzy od siebie nawzajem i tak owocne w biznesowym życiu „burze mózgów” oparte na merytoryce.

Szkolnictwo wyższe to obszar, w który trudno ingerować. Osobiście nie podchodzę optymistycznie do studiów podyplomowych, które zbierają grupy kilkudziesięciosobowe na takie zajęcia. Uważam także, że bez warsztatów trudno o praktyczną wiedzę studentów. Nie znaczy to, że na ten obszar edukacji brakuje pomysłów. Organizacja studiów podyplomowych dedykowanych tematyce zarządzania tym procesem, w tym oryginalnymi metodami pobudzenia indywidualnych właściwości studentów to na pewno dobry pomysł. Sama pracuję nad programem studiów i mam nadzieję, że będę miała okazję spotkać się na salach wykładowych z wieloma przyszłymi liderami zamówień publicznych.

Podsumowując warto podejmować wiele równoległych inicjatyw by wspierać proces kreowania liderów dla świata zamówień publicznych, nie zamykając się na żaden z rozsądnych kierunków.



Kamila Mizeracka – Członek Zarządu Polskiego Stowarzyszenia Zamówień Publicznych. Przewodnicząca Grupy Legislacyjnej oraz Grupy IT w tymże Stowarzyszeniu, właścicielka Kancelarii wspierającej zarówno zamawiających jak i wykonawców, trener z zakresu prawa zamówień publicznych.



Łukasz Laszczyński – Prawnik, członek Polskiego Stowarzyszenia Zamówień Publicznych oraz Polskiego Stowarzyszenia Menadżerów Logistyki i Zakupów, Dyrektor ds. Rozwoju w Open Nexus Sp. z o.o., Redaktor Naczelny PRZETARGowa.pl.

Co z tym partnerstwem

Partnerstwo innowacyjne, jako szczególny tryb udzielenia zamówienia publicznego, wprowadzone zostało do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, od dnia 28 lipca 2016 roku, ustawą nowelizacyjną z dnia 22 czerwca 2016 roku i od tamtej pory treść przepisów prawnych je regulujących nie uległa żadnej zmianie.

Już w roku wprowadzenia tej nowej instytucji prawa zamówień publicznych Enea Operator S.A. pokusiła się o przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z jej wykorzystaniem, dokonując zakupu inteligentnych liczników opomiarowania. Następnie dość długo nic się w dziedzinie partnerstwa innowacyjnego nie działo, aż w roku 2019 Narodowe Centrum Badań i Rozwoju wspólnie z innymi zamawiającymi uruchomiło postępowanie na opracowanie i dostawę innowacyjnych pojazdów bezemisyjnego transportu publicznego, które zakończyło się unieważnieniem

postępowania w dniu 2 kwietnia 2020 r. pomimo sporego zainteresowania, bowiem do przetargu stanęła grupa 13 wykonawców.

Trochę danych statystycznych

Jak wiadomo, „*palnę pierwszeństwa*” przy udzielaniu zamówień publicznych od dawien dawna dźwierz przetarg nieograniczony wykorzystywany w od ok. 80% (2016) do ok. 89% (2019) wszystkich postępowań w Polsce. Zamawiający chętnie sięgają też po zamówienie z wolnej ręki, które pojawia się przeciętnie w ok. 10% przetargów. Pozostałe tryby

występują marginalnie, jak np. negocjacje z ogłoszeniem – 0,05% lub dialog konkurencyjny – 0,02% i w tę nieciekawą tradycję idealnie wpasowało się partnerstwo innowacyjne, z użyciem którego udzielono w latach 2017 i 2018 zamówień na poziomie 0,01% wszystkich przetargów. Najwyraźniej, nikt na partnerstwo innowacyjne nie czekał...

Droga do innowacji. Dlaczego tryb partnerstwa innowacyjnego pozostaje w tyle?

Możliwość pozyskania rozwiązań innowacyjnych nie ogranicza się do konieczności stosowania przepisów dotyczących partnerstwa innowacyjnego. W konsekwencji nie należy się skupiać wyłącznie na tej procedurze, albowiem problem z wykorzystywaniem rozwiązań innowacyjnych i sięganiem do postępowań, które dopuszczają większą kreatywność i elastyczność w kształtowaniu relacji na linii zamawiający – wykonawca, leży

gdzie indziej niż sfera zastosowania partnerstwa innowacyjnego. Procedura ta jest bowiem rozwiązaniem relatywnie nowym i mając na uwadze jak ciężko jest „się przebić” na rynku innym rodzajem przetargów, które mają znacznie dłuższy „staż” w ramach systemu zamówień publicznych, na tym etapie nie warto robić wokół tej kwestii zbyt dużego hałasu.

Partnerstwo innowacyjne jest przewidziane na wypadek, gdyby zamawiający mieli tak wyrafinowane potrzeby, że nie dałoby się zaspokoić ich poprzez zakup np. nieco zmodyfikowanych usług/towarów, jakie już na rynku co do zasady istnieją. Prawo zamówień publicznych zawiera natomiast również inne, odpowiednie rodzaje postępowań, w ramach których zamawiający mogliby realizować swoje niestandardowe potrzeby. Nawet w ramach trybu przetargu nieograniczonego występuje opcja pozwalająca wykonawcom na pokazanie zamawiającym odmiennych sposobów realizacji zamówienia, które mogłyby zawierać w sobie także pierwiastek innowacyjności, czyli możliwość składania ofert wariantowych. Niestety nawet ten wąski margines na wprowadzenie minimum elastyczności do sztywnych i formalistycznych reguł rządzących procedurą nieograniczoną

w praktyce zwyczajnie się nie pojawia. Zamiast tego zamawiający w najczęściej nieprawidłowy sposób wprowadzają tzw. rozwiązania równoważne, nawet wtedy, gdy w opisie przedmiotu zamówienia nie występują znaki handlowe.

Partnerstwo innowacyjne na tle innych trybów postępowania

Jest dość oczywiste, że zamawiający nie nadążają za trendami, które pojawiają się w dynamicznym otoczeniu gospodarczym, nie mogą znać wszystkich nowości technicznych, technologicznych itd., to jednak nie jest powód do stawiania im jakichkolwiek zarzutów; gorzej, że nie wykorzystują narzędzi pozwalających na poznanie takich nowości i skorzystanie z nich.

Zwróćmy uwagę choćby na dwie przesłanki udzielenia zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, który pozwala na prowadzenie dialogu z przyszłym partnerem (patrz art. 153 pkt. 1 i 2 pzp):

1. rozwiązania na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego,
2. roboty budowlane, dostawy lub usługi obejmują rozwiązania projektowe lub innowacyjne.

Można się pokusić o stwierdzenie, że dysponując takim trybem postępowania, dla partnerstwa innowacyjnego pozostanie zastosowanie marginalne i prawie w ogóle nie będzie ono potrzebne. Jednakże wykorzystanie trybu negocjacji z ogłoszeniem w całej puli zamówień w Polsce wynosi zaledwie 0,05%.

Kolejny tryb wart zauważenia, z którego zamawiający mogliby z powodzeniem korzystać – dialog konkurencyjny – dla którego przesłanki zastosowania są tożsame z tymi dla negocjacji z ogłoszeniem stosowany jest na poziomie 0,02% wszystkich przetargów.

Inną nowością w reżimie zamówień publicznych z marginalnym zastosowaniem, o której pisałem na łamach Czasopisma „Przetargowa.pl”, jest możliwość zastosowania kryterium oceny ofert w postaci kosztu. Tutaj również zamawiający mają furtkę do „zapraszania” innowacji, które prowadzą do obniżania kosztów eksploatacyjnych zamawianych dóbr i wykorzystanie tego kryterium stanowiłoby także wyzwanie dla rodzimych wykonawców i mogłoby się przyczynić do pobudzania kreatywnych pomysłów w dobrym znaczeniu tego pojęcia. Nic z tego.

Obawy Zamawiających przed innowacyjnymi rozwiązaniami

Stwierdzenie, że partnerstwo innowacyjne nie działa ma z pewnością pewien potencjał informacyjny, ale bez głębszego wglądu w cały system nic nam o naszym rynku nie powie. Bo chyba nie chodzi jednak o to, że akurat ta procedura jest zbyt wyrafinowana, nieznana, trudna, skomplikowana, niejasna, choć wszystko to są elementy, które mogłyby ważyć na decyzji o jej zastosowaniu. Analiza polskiego rynku zamówień publicznych prowadzi do bardzo smutnych wniosków. Zamawiający jak ognia, unikają wszelkich nowatorskich rozwiązań



legislacyjnych, a nawet i instrumentów już spowszedniałych (w sensie ich normatywnego wieku, a nie powszechności użycia) wykorzystując najprostsze narzędzia zakupowe, a następnie sami są niezadowoleni z osiągniętych rezultatów. Dialog konkurencyjny wprowadzony został do ustawy w 2006 roku, a jego wykorzystanie znajduje się na podobnym poziomie wykorzystania, co świeżo wprowadzone partnerstwo innowacyjne.

W czym zatem jest problem?

Być może zamawiający publiczni nie mają miejsca na innowacyjne pomysły, a swoje zakupowe potrzeby z powodzeniem realizują na rynku już dostępnych towarów i usług. Aby partnerstwo innowacyjne zadziało, kreatywność zamawiających musiałaby wyprzedzać dynamikę rozwoju rynku technologicznego lub technicznego. W dobie start-upów zalewających rynek coraz to nowymi pomysłami z pewnością nie jest łatwo wymyślić czegoś, co już w pewnej formie nie funkcjonuje na rynku i nie byłoby „na wyciągnięcie ręki” bez konieczności przeprowadzenia enigmatycznej procedury.

Na pewno nie jest problemem brak dostępnych dla zamawiających narzędzi, dzięki którym mogliby oni efektywnie wpływać na kształtowanie polityki i „kultury” zakupowej. Z powszechnego dyktatu przetargu nieograniczonego w powiązaniu z dominującym kryterium ceny, które prowadzą do powszechnego występowania w publicznym obrocie towarów i usług o niezadowolającej jakości, nikt nie jest zadowolony. Cierpią na tym zamawiający, którzy na co dzień muszą się zmagać z licznymi problemami wynikającymi z korzystania z urządzeń, narzędzi, świadczeń, które nie do końca spełniają ich wymagania, niezadowolony są wykonawcy stawiający na jakość i nowoczesne rozwiązania, to bowiem jest na

ogół związane z większymi kosztami i wyższymi cenami, co z kolei przekłada się na niemożność konkurowania z przedsiębiorcami oferującymi – ujmując to eufemistycznie – mniej zaawansowane rozwiązania.

W konsekwencji niezadowolająco wygląda cały rynek zamówień publicznych, na którym od lat zwraca się uwagę na niską konkurencyjność i małe zainteresowanie przedsiębiorców, a także złą opinię tego rynku, która zniechęca liczne firmy do podjęcia próby zaistnienia również w tym obszarze działalności gospodarczej.

Skoro zatem mamy do czynienia z powszechnym niezadowoleniem z istniejącego stanu rzeczy, a przy tym dostępne są rozwiązania, które mogłyby ten stan rzeczy polepszyć, niski poziom ich stosowania musi wynikać z jakichś czynników blokujących inicjatywę zamawiających. Jednym z nich z pewnością będzie obawa przed stosowaniem procedur nieznanymi, niewykorzystywanymi w praktyce, dla których brak jest wzorów odpowiednich dokumentów, wzorców postępowania, wsparcia od osób, które już w tego typu postępowaniu brały udział i mogą cokolwiek doradzić, orzecznictwa itd. Ten czynnik wiąże się z obawami przed popełnieniem błędu, który przełoży się na zaniżenie oceny kompetencji danej osoby podejmującej wyzwanie. Błędy mogą skutkować problemami z kontrolą i stwierdzeniem nieprawidłowości, które mogą mieć wpływ na funkcjonowanie całej jednostki udzielającej zamówienia. Do tego dochodzi podejście organów kontrolnych, które raczej nie są nastawione na elastyczne formy oceny, a stosowana przez nie wykładnia przepisów nazbyt często nie uwzględnia szerokiego kontekstu okoliczności, w ramach których podejmowane są przez zamawiających decyzje.

O tym, w jaki sposób ryzyko wpływu na nieznaną wodę się materializuje można się dowiedzieć z uzasadnienia unieważnienia postępowania prowadzonego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju:

„Niestety pomimo należytej staranności i przyjęciu niezbędnych tzw. buforów czasowych, nastąpiło kilkumiesięczne opóźnienie w realizacji zamówienia z przyczyn operacyjno-logistycznych, skali których nie dało się, w ramach właściwego zarządzania zamówieniem, przewidzieć. Były one skutkiem tego, że pomimo ostrożnego szacowania czasu potrzebnego na przygotowanie postępowania, pośrednie i zidentyfikowane czynności niezbędne do dalszej realizacji postępowania wystąpiły w niedającym się przewidzieć uprzednio stopniu krytycznym. Czynności te obejmowały działania konieczne dla przygotowania szczegółowej dokumentacji postępowania z udziałem kluczowych interesariuszy zamówienia. Czynnikiem, którego nie dało się przewidzieć była skala zmiennych, które pojawiły się w zakresie ustalania szczegółowych ram realizacji zamówienia, w szczególności liczba koniecznych iteracji z udziałem interesariuszy oraz czas potrzebny na przekazywanie przez nich informacji i podejmowanie przez nich decyzji, pomimo znacznego zaawansowania programu.”

Z dalszej części uzasadnienia dowiadujemy się również, że zasadniczym problemem było skorzystanie z nowej, nieznannej procedury, której zastosowanie przełożyło się na problemy praktyczne ze stosowaniem przepisów. Wydaje się, że w tym przypadku zabrakło jednak zamawiającym wyobraźni, ponieważ uwzględniając liczbę zamawiających, którzy w tym projekcie brali udział oraz antycypując zainteresowanie, jakie ten przetarg wygenerował, należało te „bufory czasowe” zaplanować na znacznie dłuższe okresy.

Partnerstwo innowacyjne w EU

Niska stosowalność procedury dla zamówień innowacyjnych nie jest tylko polską przypadłością. W artykule opublikowanym na portalu medium.com[1] autorka żali się na niewielką ilość tego typu postępowań w Zjednoczonym Królestwie. Jako główną przyczynę wskazuje nowość procedury, a w konsekwencji brak jej wszechstronnego zrozumienia. W artykule wskazano także ciekawe projekty, które weszły w fazę realizacji i na ich przykładzie wyraźnie widać, iż partnerstwo innowacyjne może sprawdzać się przy rozwiązywaniu nietypowych problemów występujących w skali całego kraju i w takich przypadkach koszt samego partnerstwa może być znacząco zredukowany dla pojedynczych zamawiających, jeżeli zdecydują się działać w grupie.

Na rynku pojawiły się także ciekawe projekty międzynarodowe jak np. RITMOCORE, w ramach którego publiczne „konsorcjum” zakupowe, w skład którego weszły szpitale z Hiszpanii i Wielkiej Brytanii, ogłosiły postępowanie w trybie partnerstwa innowacyjnego na zakup usług wsparcia przy wdrażaniu nowego modelu opieki w przypadku pacjentów ze stanem bradykardii oraz wszczepionym rozrusznikiem serca.

W skali Unii Europejskiej pojawiło się również kilka innych projektów, których zastosowanie i implementacja wyraźnie przekracza granice poszczególnych państw członkowskich i tutaj widoczne jest największe zastosowanie dla partnerstwa innowacyjnego. Wydaje się, iż w ramach poszczególnych krajów członkowskich dostępne są mniej wymagające procesy zakupowe, które w wystarczającym stopniu uwzględniają ewentualną potrzebę innowacji.

Nadeszło nowe

Nowa ustawa, która weszła w życie 1 stycznia 2021 roku przyniosła jedną zasadniczą zmianę w porównaniu do poprzedniego stanu

prawnego dotyczącego omawianego trybu – zniesiona została solidarna odpowiedzialność wykonawców za wykonanie zamówienia w ramach partnerstwa innowacyjnego.

W pozostałym zakresie nowa ustawa doprecyzowała zasady postępowania prowadzące do wyboru wykonawcy oraz uporządkowała schemat postępowania. Trudno byłoby oczekiwać wprowadzenia przez nową ustawę zasadniczej zmiany przepisów regulujących partnerstwo innowacyjne, skoro w odniesieniu do poprzednio obowiązujących regulacji nie zostały w zasadzie sformułowane żadne zastrzeżenia. Instytucja ta wykorzystana została w tak nieznacznym stopniu, że nie ujawniły się jakiegokolwiek wady przyjętych rozwiązań legislacyjnych.

W piśmiennictwie wskazuje się, że odejście od solidarnej odpowiedzialności jest prawidłowym kierunkiem dla ratowania partnerstwa innowacyjnego, ponieważ jej istnienie mogłoby stanowić hamulec dla szerokiego udziału wykonawców w postępowaniach tego typu, lecz zapomina się, że zasadniczym powodem, dla którego wykonawcy nie biorą udziału w postępowaniach na świadczenia innowacyjne, jest brak tego typu postępowań w ogóle. Wszak w postępowaniu ogłoszonym przez NCBiR, wspomnianym powyżej, mimo istnienia zasady odpowiedzialności solidarnej, udział wzięło 13 wykonawców, z czego aż 7 to były konsorcja, w tym z udziałem podmiotów zagranicznych.

Aby zmienić podejście zamawiających do procesu zakupowego nie wydaje się właściwe sięganie od razu do nowatorskich rozwiązań legislacyjnych, które rzeczywiście stanowią spore wyzwanie, a poza tym zdają się być raczej skrojone pod bardziej wysublimowane potrzeby, często przekraczające granice poszczególnych państw członkowskich UE. Najwłaściwsza wydawałaby się metoda wskazywania publicznym

nabywcom drobnych kroków pozwalających im na oswojenie się z innymi możliwościami prowadzenia polityk zakupowych, a zatem edukacja połączona z opracowaniem przykładów zastosowania jak np. te opracowane przez UZP odnośnie zastosowania kryterium kosztu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę zaufanie, jakim zamawiający darzą procedurę otwartą, to właśnie w jej ramach pożądanym byłoby ukazanie nadal nie wykorzystywanych możliwości jak np. oferta wariantowa i niedawno wprowadzone kryterium kosztowe. Otwarcie się zamawiających na te mniej skomplikowane rozwiązania mogłoby stanowić przyczynek do dalszej eksploracji możliwości wynikających z ustawy, które, właściwie stosowane, dają zamawiającym szeroką „paletę” narzędzi z pomocą których można by dążyć do budowania lepszego wizerunku rynku zamówień publicznych, który – nikogo chyba nie trzeba przekonywać – pełni ważną funkcję w gospodarce każdego kraju.

[1] <https://medium.com/challenging-procurement/why-should-there-be-more-innovation-partnerships-in-the-public-sector-b8b071572a8f>, Claire Gamage, 30.10.2019r.



Przemysław Szlegier – radca prawny zajmujący się obsługą przedsiębiorców w obszarach: zamówienia publiczne, prawo korporacyjne, kontraktowe, autorskie i uczciwej konkurencji; postępowania cywilne (gospodarcze) i administracyjne.



Klauzule abuzywne w nowym prawie zamówień publicznych

Jedną z nowości wprowadzonych ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie zawierania i realizacji umów o zamówienie publiczne jest katalog postanowień niedozwolonych, który bywa również nazywany katalogiem klauzul abuzywnych. Również do tej pory kontrola legalności postanowień umownych mogła odbywać się w drodze korzystania przez wykonawców z możliwości złożenia odwołania od specyfikacji, jednak nie było pewności co do tego, jak Krajowa Izba Odwoławcza zinterpretuje konkretne postanowienie umowne.

Aktualnie w ustawie znalazł się katalog postanowień, które mają być z góry uznawane za niedozwolone, co ma wzmocnić pozycję wykonawcy, jako słabszej strony relacji z zamawiającym. Katalog postanowień niedozwolonych znalazł się w art. 433 pzp i aktualnie znajdują się w nim cztery pozycje.

Skąd potrzeba wprowadzenia katalogu postanowień niedozwolonych?

Zanim przejdziemy do omówienia poszczególnych przypadków postanowień niedozwolonych, chciałbym zatrzymać się na chwilę przy potrzebie wprowadzenia nowego rozwiązania. Wynikała ona głównie z praktyki, tj. faktu,

w jaki sposób przygotowywane i zawierane są umowy o zamówienie publiczne. Są one przygotowywane przez zamawiających, którzy w wielu przypadkach po prostu narzucają drugiej stronie wzór umowy, bez możliwości jakichkolwiek zmian, co powoduje, że umowy o zamówienie publiczne przybierają charakter umów adhezyjnych, czyli takich, do których wykonawca może przystąpić na zasadzie „take it or leave it”. Negocjacje do tej pory były stosowane bardzo rzadko, a poza negocjacjami wykonawcy mogli wpływać na kształt umowy poprzez zadawanie pytań do specyfikacji, w rażących przypadkach decydowali się na złożenie odwołania do KIO.

Wielu zamawiających nadużywało przy tym tej swobody poprzez umieszczanie w projektach umów takich postanowień, które w rażący sposób naruszały interesy wykonawców. Bezpośrednio wpływało to oczywiście na sytuację wykonawców, którzy – w wielu przypadkach – nie byli w stanie zaakceptować ryzyka i nie składali oferty, albo nie byli w stanie realizować zawartej już umowy i woleli jej zakończenie przed czasem, niż np. kontynuację naliczania kar umownych. W szerszej perspektywie jednak praktyka ta była również niekorzystna dla całego rynku, czyli również dla samych zamawiających. Mniej ofert oznacza niską konkurencyjność postępowań, a więcej ryzyk dla



wykonawców przekłada się na wyższe ceny, a czasem nawet problemy na etapie realizacji zamówienia.

Z powyższych względów zdecydowano, że potrzebna jest większa równowaga umów o zamówienie publiczne. W związku z tym do nowego pzp wprowadzono narzędzie ułatwiające wykonawcom wykazywanie, że określone postanowienie zaproponowane przez zamawiającego we wzorze umowy jest niedozwolone.

Koncepcja postanowień abuzywnych wywodzi się oryginalnie z regulacji konsumenckich. Z art. 385¹ Kodeksu cywilnego wynika, że postanowienia umowy zawieranej z konsumentem niezgodnione indywidualnie nie wiążą go, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy (niedozwolone postanowienia umowne). Jednocześnie, art. 385³ KC zawiera otwarty katalog przykładowych postanowień abuzywnych.

Wzorując się na tych przepisach ustawodawca stworzył podobny mechanizm w nowym pzp, jednak zdecydował się na katalog zamknięty. Oznacza to w pierwszym rzędzie, że nie można interpretować go rozszerzająco. W konsekwencji,

dodanie jakiegokolwiek dodatkowego postanowienia do katalogu będzie wymagać nowelizacji ustawy, czego prawdopodobnie będziemy świadkami w przyszłości.

Zakaz wprowadzania do umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia

Jak wspomniano, katalog postanowień niedozwolonych zawiera aktualnie cztery pozycje. Pierwszą z nich jest wprowadzenie do umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie (art. 433 pkt 1 pzp).

W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, czym w ogóle jest odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie i dlaczego została ona uznana, co do zasady za niedozwoloną. Otóż zgodnie z doktryną prawa cywilnego opóźnienie, w pewnym skrócie, jest niedochowaniem terminu wykonania zobowiązania, niezależnie od przyczyn takiego stanu rzeczy.

Jest to więc pojęcie bardzo szerokie, opóźnienie może obejmować różnego rodzaju sytuacje, ponieważ abstrahuje od przyczyny niedochowania terminu. Kwalifikowaną formą opóźnienia jest natomiast **zwłoka**, która stanowi niedochowanie terminu wykonania zobowiązania, za które odpowiedzialność ponosi strona wykonująca to zobowiązanie. Z tego względu zwłoka bywa często nazywana zawinionym opóźnieniem. **Dopuszczenie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie negatywnie kształtuje pozycję umowną wykonawcy, ponieważ pozwala na karanie wykonawcy za zdarzenia, na które może on nie mieć w ogóle wpływu.**

Zakaz nie jest jednak w tym przypadku bezwzględny, ponieważ wyjątkowo odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie może być uzasadniona ze względu na okoliczności lub zakres zamówienia. Wynika to z konstrukcji przepisu art.

433 pkt 1 pzp, który ustanawia zakaz jako zasadę ogólną, „chyba że” zaistnieją specjalne okoliczności lub też szczególne uzasadnienie ze względu na zakres zamówienia. **Wskazówek na temat tego jakie dokładnie uzasadnienie będzie wystarczające dla uznania, że wykonawca może odpowiadać za opóźnienie, dostarczy z pewnością w najbliższym czasie orzecznictwo.**

Zakaz naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem

Kolejnym przypadkiem postanowienia zakazanego jest kara umowna, która została powiązana w umowie z zachowaniem wykonawcy niezwiązanym bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem (art. 433 pkt 2 pzp). Takie kary umowne niestety zdarzały się w praktyce, ustawodawca postanowił więc im przeciwdziałać.

Zgodnie z art. 483 §1 KC można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (**kara umowna**). Przepis ten znajdzie zastosowanie w zamówieniach publicznych poprzez odesłanie z art. 8 ust. 1 pzp. **Koncepcja kary umownej ułatwia stronie uprawnionej dochodzenie odpowiedzialności od strony zobowiązanej do wykonania świadczenia niepieniężnego**, przy czym w umowach o zamówienie publiczne najczęściej będzie chodziło jednak o odpowiedzialność wykonawcy względem zamawiającego, a nie odwrotnie.

Według nowego pzp wszelkie kary umowne nakładane na wykonawcę muszą być bezpośrednio lub pośrednio związane z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem,

co oznacza, że musi istnieć odpowiednie powiązanie między karą umowną, a świadczeniem wykonawcy, tj. świadczoną dostawą, usługą lub robotą budowlaną. Kwestie te należy oceniać w świetle dokumentacji postępowania, w tym w szczególności opisu przedmiotu zamówienia. W braku takiego powiązania postanowienie nakładające karę umowną na wykonawcę zostanie uznane za niedozwolone i powinno być wyeliminowane z umowy.

Zakaz przewidywania w umowie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający

Trzecim niedozwolonym postanowieniem jest przypadek przewidzenia w umowie odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (art. 433 pkt 3 pzp). To logiczny i potrzebny zakaz, przy czym wynika on tak naprawdę już z orzecznictwa sądowego na gruncie KC. Potwierdzenie go wprost w nowym pzp ustabilizuje jednak sytuację wykonawców, którzy uzyskali jasny i czytelny przepis prawa, na którym będą mogli się oprzeć w dyskusjach z zamawiającym.

Jednym z typowych przykładów zastosowania zakazu, dobrze obrazującym jego istotę i osadzonym w kontekście zamówień publicznych, byłaby sytuacja, w której zamawiający próbuje obciążyć wykonawcę odpowiedzialnością za dokumentację przygotowaną przez siebie samego lub też na swoje zlecenie przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z nowym przepisem pzp przewidzenie odpowiedzialności wykonawcy nie będzie w takim przypadku możliwe.

Zakaz przewidywania możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania

minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron

Ostatnim postanowieniem zabronionym jest postanowienie przewidujące możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron (art. 433 pkt 4 pzp). Uregulowanie to wynika z potrzeby ochrony wykonawcy, który już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – kolokwialnie rzecz ujmując – musi wiedzieć na co składa ofertę. I o ile stosunkowo niewielkie modyfikacje zakresu zamówienia mogą w pewnych przypadkach być dokonywane, to zupełnie dowolne ograniczanie zakresu zamówienia przez zamawiającego nie powinno mieć miejsca.

Minimalna wartość lub wielkość świadczenia stron musi zatem być od początku znana. To bardzo ważne, ponieważ tego rodzaju informacja w istotny sposób wpływa na decyzję wykonawcy o starciu w postępowaniu, a także o cenie oferty.

W jaki sposób ma to działać?

Mechanizm działania katalogu postanowień niedozwolonych (abuzyjnych) będzie przede wszystkim taki, że wykonawca będzie mógł powołać się na przepis art. 433 pzp formułując swoje odwołanie do KIO na etapie publikacji przez zamawiającego wzoru umowy o zamówienie publiczne. Oczywiście przy okazji, podobnie jak na gruncie poprzedniej ustawy, wykonawca będzie mógł zakwestionować również inne postanowienia umowne, niewskazane wprost w wykazie, które jego zdaniem będą sprzeczne z prawem. W tym ostatnim zakresie nie będzie jednak dysponował ułatwieniem w postaci zdefiniowanego postanowienia zabronionego. Jeżeli KIO zgodzi się z wykonawcą, to wykonawca może skutecznie doprowadzić do zmiany lub usunięcia spornego postanowienia ze wzoru umowy o zamówienie publiczne.

Ocena prawnika

W mojej ocenie trochę szkoda, że zgodnie z nowym pzp katalog postanowień niedozwolonych pozostaje zamknięty. Katalog zamknięty zawierający zaledwie cztery pozycje na pewno nie wyczerpuje tematu postanowień rażąco naruszających interesy wykonawcy, więc już teraz można przewidzieć, że będzie on w przyszłości nowelizowany. Znając mechanizmy stanowienia prawa w ostatnich latach, może być tak, że ustawodawca będzie dodawał nowe postanowienia do katalogu w odpowiedzi na konkretne sytuacje, czy problemy pojawiające się na rynku zamówień publicznych. Również w tym kontekście, być może lepsze skutki mogło przynieść pozostawienie w ustawie otwartego katalogu przykładowych klauzul abuzywnych oraz sformułowanie ogólnej definicji takiego postanowienia na wzór przywołanego już w tym tekście art. 385¹ KC. Tak się jednak ostatecznie nie stało.

Czas pokaże, w jaki sposób KIO będzie podchodzić do tematu klauzul zabronionych. Za jakiś czas powinniśmy też doczekać się zestawienia przykładowych postanowień niedozwolonych, które zgodnie z art. 469 pkt 8 nowego pzp ma opracowywać Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie orzecznictwa.



Jacek Liput – Radca prawny, szef praktyki prawa zamówień publicznych w kancelarii Gawroński & Partners.

Konsorcjum w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych



Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada ta obowiązywała na gruncie poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych, ma również swoje zastosowanie w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. To zasada o charakterze generalnym. Na gruncie obecnie obowiązującego Prawa zamówień publicznych zasada ta została wyrażona w przepisie art. 58 ust. 1 pzp, zgodnie z którym wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Konsorcjum. Charakterystyka

Wspomniany powyżej przepis nowego Prawa zamówień publicznych, który otwiera możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że wykonawcy chcący skorzystać z tej opcji mogą tworzyć konsorcja, występować w formie spółki cywilnej lub zawierać innego rodzaju porozumienia regulujące ich wspólne działania w celu uzyskania zamówienia publicznego.

Na wstępie warto odpowiedzieć sobie na pytanie, czym jest konsorcjum w obrocie prawnym? Konsorcjum nie jest spółką prawa handlowego ani spółką cywilną, nie ma własnej osobowości prawnej, nie podlega rejestracji. Konsorcjum jest rodzajem porozumienia zawartego między podmiotami, którego założeniem jest osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego w postaci uzyskania zamówienia publicznego

i realizacji umowy. Istota konsorcjum sprowadza się do podejmowania przez jego członków wszelkich działań, których efektem ma być uzyskanie zamówienia publicznego. Zasadniczą kwestią funkcjonowania konsorcjów w obrocie prawnym jest zatem określony cel gospodarczy i współdziałanie wszystkich konsorcjantów dla realizacji tegoż celu.

Nowe prawo zamówień publicznych utrzymuje dotychczasową regulację dotyczącą obowiązku ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania wykonawców, o którym mowa w art. 58 ust. 1 pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w tym postępowaniu i na etapie zawarcia umowy.

Forma współpracy w ramach konsorcjum

Należy zaznaczyć, iż w obowiązującej od stycznia 2021 r. ustawie nie możliwe jest narzucenie formy współpracy konsorcjantom po

udzieleniu im zamówienia. Nowe przepisy uwzględniają postanowienia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, w której zawarto podstawowe normy prawne dotyczące udzielania zamówień publicznych także konsorcjum wykonawców. Art. 19 ust. 2 i 3 dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że grupy wykonawców mogą brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dowolnej formie prawnej.

W świetle nowej ustawy, zgodnie z zapisami art. 58 ust 3 pzp zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia występowania w określonej formie prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z przepisem art. 59 pzp, jeżeli została wybrana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

Solidarna odpowiedzialność konsorcjantów

Pomimo braku obowiązku przyjmowania przez wykonawców określonej formy prawnej w ramach wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, należy podkreślić, że członkowie konsorcjum, ubiegający

się o zamówienie, odpowiadają solidarnie za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty i ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregoś z członków konsorcjum.

Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 KC powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Wyjątek od zasady solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum

Nowością w nowym Prawie zamówień publicznych jest wyjątek od ponoszenia przez konsorcjum solidarnej odpowiedzialności wykonawców za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Stosownie do zapisów art. 445 ust. 2 pzp wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1 pzp, nie ponoszą solidarnej odpowiedzialności w przypadku udzielenia zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego, które dotyczy zakupu innowacyjnego przedmiotu zamówienia. Członkowie konsorcjum ponoszą wówczas odpowiedzialność za wykonanie i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w odniesieniu do części, którą zrealizowali zgodnie z umową.

W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, zamawiający, na mocy art. 58 ust. 4 pzp, może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalnie do jego przedmiotu.

Należy jednak pamiętać, że zgodnie z art. 19 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, sprecyzowanie szczególnych wymagań musi być obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne. Zapisy art. 60 ustawy pzp wskazują na możliwość zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez poszczególnych członków konsorcjum kluczowych zadań w przypadku, gdy dotyczy to zamówień na roboty budowlane lub usługi, czy też prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Spełnianie wymagań przez członków konsorcjum

W nowym pzp doprecyzowane zostały przepisy określające wymogi, jakie powinny być spełnione przez konsorcjantów ubiegających się o zamówienie publiczne. Stosownie do art. 117 ust. 1 pzp zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony sposób spełniania przez członków konsorcjum warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zamawiający uzna, że warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2 pzp, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z członków konsorcjum posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

Zgodnie z zapisami art. 117 ust. 3 pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do

realizacji których te zdolności są wymagane.

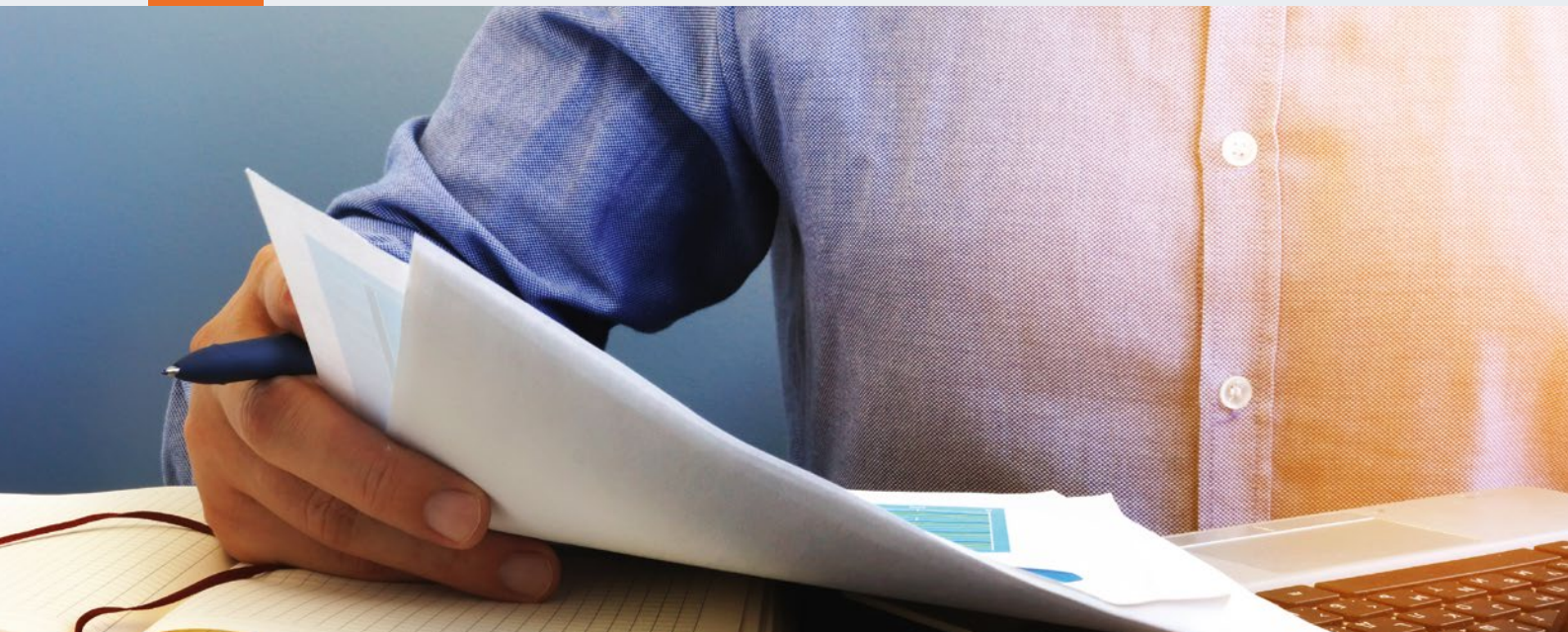
Ustawodawca nakłada na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nowy obowiązek dołączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. W praktyce oznacza to, że konsorcjum wykonawców będzie zobowiązane do ustalenia szczegółów realizacji umowy już na początkowym etapie ubiegania się o zamówienie.

Podsumowanie

Pomimo braku definicji legalnej „konsorcjum” w polskim prawie, rola konsorcjów w obrocie prawnym, a szczególnie w zamówieniach publicznych jest ważna. Ustawa Prawo zamówień publicznych jest także tym aktem prawnym, w którym termin konsorcjum występuje, ale nie doczekał się on swojej definicji. Możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, składanie ofert przez konsorcja otwiera zamówienia publiczne na zdecydowanie większą konkurencyjność.



Aneta Pałka – Doktorantka językoznawstwa w IJP PAN w Krakowie. Praktyk w zakresie zamówień publicznych zarówno po stronie zamawiających, jak i wykonawców. W firmie Open Nexus Sp. z o.o. wspiera zamawiających w procesie elektronicznej realizacji zamówień publicznych.



Udostępnienie ofert w trybie art. 74 ust. 2 pkt 1

Prawa zamówień publicznych

Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiających szereg obowiązków, których celem było zwiększenie potencjału transparentności w działaniu jednostek publicznych, jak również zautomatyzowanie procesu wymiany informacji w toku zamówień publicznych.

Zamieszczanie planu postępowań o zamówienie publiczne na BZP, przesyłanie informacji o ofertach do Prezesa UZP, sporządzanie raportu z wykonania umowy o zamówienie publiczne, czy wreszcie ogłoszenie o wykonaniu zamówienia publicznego, z pewnością rozszerzy dotychczasową praktykę realizowania zasady jawności, o której mówi art. 18 ust. 1 pzp.

Dotychczasowa interpretacja przytoczonej reguły, była rozumiana jako możliwość dochodzenia informacji publicznej na wniosek zainteresowanego. Obecnie należy wywieść hipotezę o znaczącym przemodelowaniu tej reguły i wzbogaceniu jej o czynności, których musi dokonywać zamawiający z mocy samej ustawy, bez potrzeby składania wniosku przez zainteresowanego. Ustawodawca słusznie zakłada istnienie na tyle istotnych wydarzeń w toku

zamówień publicznych, które należy upubliczniać z urzędu.

Zasada jawności, a udostępnianie protokołu

Art. 74 p.z.p. jest urzeczywistnieniem zasady jawności odnoszącym się do protokołu, stanowiącego podstawowy dokument, utrwalający czynności podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale obejmującym również istotne czynności podjęte na etapie przygotowania. Ze względu na zakres zawartych informacji, będzie to dokument obejmowany szczególnym zainteresowaniem ze strony wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W obecnym stanie rzeczy utrzymano zasadę, udostępniania protokołu na wniosek, jednakże w niniejszym artykule postaram się wywieść, że oferty nie są objęte

wyłącznie wnioskowym sposobem udostępniania ich treści.

Istotną kwestią, jaką należy wyłuskać analizując art. 74 p.z.p. jest różnica pomiędzy zakresem pojęciowym „**protokołu**” oraz „**załączników do protokołu**”.

Przez pojęcie **protokół** należy rozumieć dokument sporządzany przez zamawiającego, który potwierdza przebieg postępowania o udzielenie zamówienia (art. 7 pkt 19 p.z.p.). **Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 74 ust.1 pzp protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.** Niemniej z punktu widzenia materialnoprawnego protokół obejmuje całą zgromadzoną dokumentację w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obejmującą również załączniki. Jednakże, ze względu na określenie obowiązków zamawiającego dotyczących wyłącznie **załączników do**

protokołu, można również wywieść istnienie formalnoprawnego znaczenia dla obu omawianych pojęć.

Można zatem przyjąć, że z jednej strony treść protokołu uzupełniania jest o załączniki, stanowią nierozdzielalną i spójną całość. Zgodnie z art. 73 pzp oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego **stanowią załączniki do protokołu postępowania**.

Co do zasady załączniki te udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. Ustawodawca ustanowił jednak dwa wyjątki, które dotyczą **udostępnienia ofert** wraz z załącznikami (do tych ofert) oraz **wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu** wraz z załącznikami (do tych wniosków). Trzydniowy termin określony przez ustawodawcę w art. 74 ust. 2 p.z.p. dotyczy jedynie ofert wraz z załącznikami, które udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia ich otwarcia.

Powyższe rozważania prowadzą do konkluzji, że ustawodawca wprowadza 3 grupy informacji związanych z protokołem, a mianowicie:

1. protokół (jako dokument przewodni, scalający informacyjnie inne dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego),
2. załączniki do protokołu,
3. załączniki do protokołu będące ofertami (wraz z załącznikami do tejsze) lub wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wraz z załącznikami do tegoż).

Po rozważeniu wszystkich kwestii wstępnych, które nakreślają elementy składowe protokołu, warto rozważyć *ratio legis* art. 74 ust. 2 pkt 1 pzp. Kluczowe w tym miejscu jest rozwianie wątpliwości co do adresata tego przepisu. Czy jest nim wykonawca wnioskujący o udostępnienie protokołu, czy też może zamawiający?

Pomocne w tym miejscu będzie skorzystanie z dobrodziejstwa wykładni literalnej i celowościowej. Jedną z podstawowych zasad odczytywania znaczenia przepisów prawnych jest danie pierwszeństwa wykładni literalnej. Poszukiwania intencji prawodawcy tworzącego daną normę prawną, przy użyciu wykładni celowościowej czy funkcjonalnej, jest dopuszczalne i konieczne w sytuacji, gdy sformułowanie danego przepisu nie jest czytelne, nie jest jednoznaczne, dopuszcza różne sposoby rozumienia lub też, jeżeli literalne rozumienie przepisu pozostawałoby w sprzeczności z celami, jakie ma realizować dany akt prawny.

W myśli art. 74 ust. 2 pkt 1 pzp „**Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami, udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, [...]**”.

Analizując treść art. 74 ust. 2 pzp pod kątem wykładni literalnej można dojść do wniosku, że sam zwrot „*udostępnia się*” jest argumentem przemawiającym za tym, że to zamawiający jako adresat normy zobowiązany jest udostępnić ofertę, wraz z załącznikami niezwłocznie po otwarciu ofert w terminie określonym przez ustawodawcę. Nie można korzystając z wykładni literalnej sugerować się treścią art. 74 ust. 1 p.z.p., który wprowadza generalną zasadę udostępniania

protokołu na wniosek, ponieważ dotyczy on wyłącznie protokołu (w ujęciu formalnoprawnym), który nie jest tożsamy z załącznikami do protokołu.

W konsekwencji należy uznać, że 3 dniowy termin „*od dnia otwarcia ofert*” jest terminem instrukcyjnym, mającym na celu umożliwienie zamawiającym dokonanie powinności, jakim jest udostępnienie ofert, nie zakłócając przy tym innych czynności związanych z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle tej interpretacji to zamawiający z urzędu powinien we wskazanym terminie jedynie udostępnić oferty, ale już nie dokonywać merytorycznej ich oceny. Udostępnienie ofert ma w tym miejscu charakter techniczny (poznawczy).

Jednoznaczny wniosek, jaki wysuwa się z powyższej analizy, w zasadzie pozwala na tym etapie zakończyć interpretację przepisu. Warto jednak, przy pomocy wykładni celowościowej, spojrzeć na art. 74 pzp na tle wszystkich regulacji ustawowych, w szczególności fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych, oraz nowych obowiązków informacyjnych, które musi spełniać zamawiający.

Wykładnia celowościowa zmierza do ustalenia treści przepisu ze względu na cel, któremu ten przepis służy. Uwzględniając zasadę jawności postępowania oraz definicję postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 pkt 18 pzp), w której jasno podkreśla się, że prowadzi ono do wyboru najkorzystniejszej oferty, należy wskazać, że:

1. interpretacja przepisu art. 74 ust. 2 pkt.1 pzp, zgodnie z którą, trzydniowy termin jest wiążący dla Wykonawcy, a po jego upływie uprawnienie wygasa jest sprzeczna z podstawowymi celami jakie realizuje pzp,

2. nawet jeśli przedmiotowy termin byłby terminem instrukcyjnym, to jaki jest cel jego wprowadzenia, skoro po jego upływie wykonawcy nadal przysługiwało by prawo do złożenia wniosku, a zamawiający byłby zobowiązany do udostępnienia oferty wraz z załącznikami. Ustawa przecież nie przewiduje żadnej sankcji w związku ze złożeniem wniosku przez Wykonawcę po upływie terminu, o którym mowa w art. 74 ust. 2 pkt 1 pzp.

Podsumowując powyższe rozważania dokonane na tle tekstu ustawy, należy jeszcze raz podkreślić wniosek sformułowany za pomocą wykładni literalnej, wzmocniony dodatkowo zastrzeżeniami wynikającymi z wykładni celowościowej.

Protokół udostępniany jest na wniosek, natomiast załączniki do protokołu udostępniane są przez Zamawiającego dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. **Jednakże oferty wraz z załącznikami, udostępniane są niezwłocznie.**

Uzasadnienie do projektu ustawy nie zawiera żadnych wskazówek, które mogłyby być pomocne przy wykładni i stosowaniu omawianego przepisu. Dlatego finalnie należy zapoznać się z interpretacją opublikowaną na stronie internetowej UZP:

Zgodnie z art. 74 ust. 1 nowej ustawy Pzp, protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Udostępnianie ofert jako załączników do protokołu postępowania, na podstawie art. 74 ust. 2 nowej ustawy Pzp odbywać się będzie na wniosek, co wynika z ust. 1 tego artykułu. Zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 nowego Pzp., oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, [...]

Z powyższego należy wywnioskować, że zamawiający po upływie terminu 3 dni od dnia otwarcia ofert udostępnienia oferty wraz z załącznikami niezwłocznie. Termin 3 dni powinien służyć zamawiającemu do ustalenia czy oferta wraz z załącznikami może zostać udostępniona, czy nie podlega udostępnieniu, np. ze względu na zastrzeżenie i wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy zatem przyjąć, że termin 3 dni od dnia otwarcia ofert ma charakter instrukcyjny, a jego celem jest jedynie zapewnienie sprawności i szybkości postępowania, w tym ochronę interesu wykonawców przed przewlekłym realizowaniem dostępu do złożonych ofert. Oznacza to, że złożenie wniosku 4 dnia nie będzie pociągało za sobą utraty uprawnień, a zamawiający nadal będzie zobowiązany do udostępnienia ofert wyłącznie na wniosek.

Interpretacja UZP zawiera wewnętrzne sprzeczności, które wynikają z faktu, że zasadę generalną wyrażoną dla udostępnienia protokołu z art. 74 ust.1 p.z.p., zastosowano wprost do udostępnienia załączników do protokołu, ignorując przy tym istnienie prawnych reguł interpretacyjnych. W mojej ocenie jest to błędne założenie, ponieważ jeśli ustawodawca miałby na celu wprowadzenie takiej interpretacji przepisu to:

1. nie wprowadziłyby różnego zakresu pojęciowego dla protokołu i załączników do protokołu,
2. sformułowałyby to w zakresie jednej jednostki redakcyjnej ustawy.

Art. 74 ust. 2 pkt 1 pzp należy traktować jako *lex specialis* od ogólnej zasady udostępniania protokołu jak również załączników do protokołu. Obowiązek z art. 74 ust. 2 pkt 1 pzp należy interpretować w ten sposób, że oferty złożone przez

wykonawców są udostępniane nie jako z urzędu, bez konieczności złożenia wniosku przez zainteresowanego. Najlepiej uczynić to na stronie prowadzonego postępowania, lub (o ile warunki techniczne na to pozwalają) bezpośrednio wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na dokonanie czynności, o której mowa w art. 74 ust. 2 pkt 1 pzp zamawiający ma 3 dni, liczonych od dnia otwarcia ofert.

Niezależnie od tego, która koncepcja zostanie utrwalona systemowo, chciałbym na koniec zauważyć, że udostępnienie treści ofert wraz z załącznikami, nie będzie następczo wielkiego obciążenia organizacyjnego u zamawiających, a z drugiej strony wykonawcy będą mogli szybciej ocenić ich szanse na zwycięstwo, czy też rozpocząć poszukiwania innego zamówienia publicznego do realizacji, albo też szykować się do skorzystania ze środka ochrony prawnej.



Maciej Gnela – Asystent w Katedrze Prawa Konstytucyjnego, Administracyjnego i Zamówień Publicznych Instytutu Prawa w Kolegium Ekonomii Finansów i Prawa w Krakowie. Prelegent na konferencjach, seminariach i szkoleniach naukowych oraz branżowych zamówień publicznych w Polsce. Autor i współautor licznych pozycji naukowych i specjalistycznych.



Fundusze europejskie 2021–2027.

Co Nas czeka w nowej perspektywie finansowej?

Przełom perspektyw finansowych to czas wzmożonego wysiłku dla podmiotów korzystających z dofinansowania z funduszy unijnych (beneficjentów). Muszą oni nie tylko wywiązać się z wszystkich zobowiązań powziętych w związku z realizacją projektów w ramach poprzedniej perspektywy (tutaj 2014–2020), ale również planować i przygotowywać się do absorpcji środków UE z nowej perspektywy finansowej.

W artykule zasygnalizowane zostaną podstawowe obowiązki beneficjentów środków unijnych, którzy uzyskali dofinansowanie do realizowanych projektów w perspektywie 2014–2020, a również przedstawiony zostanie obecny stan zaawansowania wdrożenia nowej perspektywy 2021–2027 r. Nie sposób jednocześnie nie uwzględnić powyższego bez odniesienia się do wystąpienia pandemii COVID-19.

Perspektywa 2014–2020

W styczniu 2021r. perspektywa finansowa 2014–2020 nie jest bynajmniej wspomnieniem. Okres kwalifikowalności wydatków w jej ramach upływa, zgodnie z zasadą n+3, dopiero 31 grudnia 2023r. To do tego dnia (o ile nie zostało to postanowione inaczej np. w umowie, czy decyzji o dofinansowaniu projektu) beneficjenci mogą ponosić w ramach realizowanych projektów wydatki, które z powodzeniem

mogą zostać objęte wsparciem w ramach funduszy dostępnych w perspektywie finansowej 2014–2020.

Przed szeregiem beneficjentów jeszcze zatem wiele wyzwań związanych nie tylko z właściwą realizacją przedmiotów projektów oraz rozliczeniem ich z właściwą instytucją przyznającą środki unijne, ale również z osiągnięciem zakładanych celów projektów, w tym tych skwantyfikowanych we



wskaźnikach realizacji projektów – zarówno wskaźnikach produktu, jak i rezultatu.

Trwałość projektów

Ci beneficjenci, którzy z sukcesem zrealizowali już swoje projekty w perspektywie finansowej 2014–2020 nie mogą zapominać o **obowiązku zachowania trwałości projektu**. Istotnych modyfikacji godzących w obowiązek zachowania trwałości projektu beneficjenci nie mogą dokonywać, co do zasady przez okres 5 lat liczonych od dnia uzyskania ostatniej płatności w ramach projektu. Chyba, że okres ten został skrócony do 3 lat, co jest jednak możliwe wyłącznie w przypadkach dotyczących utrzymania inwestycji lub miejsc pracy stworzonych przez przedstawicieli sektora MŚP.

Jeżeli nawet część beneficjentów pomyślnie przebrnęła już przez okres trwałości projektu, to z pola widzenia nie może im umknąć fakt, iż projekt nadal może podlegać kontroli,

a okres przedawnienia, jeżeli chodzi o podstawę do odzyskania środków unijnych z tytułu stwierdzonej nieprawidłowości w projekcie (w przypadkach uzyskiwania środków stanowiących pomoc publiczną) liczy sobie nawet 10 lat.

Na marginesie nie sposób nie dodać, że zanim rozpocznie się bieg okresu trwałości projektu ten podlegać będzie kontroli na zakończenie projektu, która z reguły jest bardzo szczegółowa. Przy czym fakt wcześniejszego kontrolowania projektu na etapie jego realizacji nie jest jakkolwiek okolicznością, która pozwoliłaby uniknąć kontroli na zakończenie projektu.

Jednocześnie w przypadku stwierdzenia przez właściwą instytucję przyznającą środki z funduszy UE nieprawidłowości, czy to w toku realizacji projektu, czy w okresie jego trwałości, beneficjenta będą czekać negatywne konsekwencje finansowe (korekta finansowa). Aby ich uniknąć beneficjent będzie musiał bronić swoich słusznych praw w ramach postępowania administracyjnego, a dalej postępowania sądownoadministracyjnego, jeżeli środki unijne objęte nieprawidłowością zostały przed jej stwierdzeniem przekazane beneficjentowi, względnie rościć o ich wypłatę w ramach postępowania cywilnego, jeżeli właściwa instytucja przyznająca środki unijne stwierdzi nieprawidłowość jeszcze przed wypłatą beneficjentowi dofinansowania do realizacji projektu.

COVID-19, a perspektywa finansowa 2014–2020

Dodatkowo znaczne trudności w realizacji projektów unijnych dofinansowanych w ramach perspektywy finansowej 2014–2020 niosła (i nadal niesie) za sobą pandemia choroby zakaźnej COVID-19.

Jej wystąpienie w znacznej ilości przypadków uniemożliwiło zrealizowanie przewidzianego

w dokumentacji projektów zakresu przedmiotowego, czy osiągnięcia zakładanych w projekcie celów, w tym skwantyfikowanych wskaźników realizacji projektu (wskaźników produktu, wskaźników rezultatu).

Wprowadzone rygory związane z bezpieczeństwem epidemicznym oraz sanitarnym, a również *lockdown*, w tym bardzo częste zmiany jego zakresu prowadziły często do przypadków, w których sporą trudnością było przewidzenie przez beneficjentów takich modyfikacji (zmian) realizowanych projektów, które pozwoliłyby zrealizować projekt i osiągnąć jego cele (po ich modyfikacji).

Ustawodawca, mając świadomość wyzwań i zagrożeń związanych z realizacją projektów w czasach pandemii COVID-19, przyjął specustawę względem tzw. „ustawy wdrożeniowej”, czyli ustawy z dnia 11 lipca 2014r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020. Odnośną specustawą jest w tym przypadku ustawa z dnia 3 kwietnia 2020r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19, która weszła w życie z mocą wsteczną od dnia 1 lutego 2020r.

Fakt przyjęcia specustawy z pewnością należy ocenić pozytywnie. Jej treść może budzić jednak określone wątpliwości. Z jednej strony ustawa przewiduje szereg bardzo korzystnych dla beneficjenta instytucji prawa, w tym zwłaszcza brak obowiązku zwrotu środków (kwotę korekty finansowej pokrywana jest z budżetu państwa), jeżeli nieprawidłowość w projekcie będzie miała swój związek z wystąpieniem COVID-19 (patrz art. 6 ust. 1 specustawy).

Z drugiej jednak strony, skorzystanie z preferencji, jakie niesie za sobą specustawa obwarowana jest szeregiem kumulatywnych

przesłanek, które nie tylko są rygorystycznie sformułowane, ale na dodatek bywają sformułowane w sposób niejednoznaczny.

Najlepszym przykładem jest tutaj art. 6 ust. 1 ustawy wdrożeniowej. Beneficjent zgodnie z jego treścią nie poniesienie negatywnych skutków wystąpienia nieprawidłowości, jeżeli nieprawidłowość jest „*bezpośrednim skutkiem wystąpienia COVID-19*”. Od razu pojawia się tutaj wątpliwość, w jakich przypadkach mowa o „*bezpośrednim*” skutku oraz czym w istocie różni się skutek bezpośredni od pośredniego?

Dodatkowo beneficjent udowodnić musi właściwej instytucji przyznającej środki, że dochował należytej staranności, a mimo tego „*nie był w stanie zapobiec wystąpieniu tej nieprawidłowości*”. W praktyce inicjatywa dowodowa beneficjenta w przedmiotowym zakresie może być wymagająca, a dodatkowo ocena, czy beneficjent będzie mógł skutecznie skorzystać z preferencji, jaką niesie za sobą art. 6 specustawy wynika z przyjętego przez właściwą instytucję przyznającą środki unijne wzorca jego postępowania (patrz art. 355 Kc).

Z pola widzenia nie może przy tym umknąć fakt, jak wygląda praktyka stosowania przepisów specustawy. Wielokrotnie beneficjentom przyszło stoczyć wielomiesięczne boje celem uznania ich słusznych praw wynikających ze specustawy. Jest to tym bardziej warte podkreślenia, bowiem nieliczne są preferencje, z których beneficjenci mogli skorzystać już z samej mocy specustawy. Bodaj najistotniejszą z nich było (co do zasady) przedłużenie termin składania wniosków o płatność o 30 dni oraz przedłużenie terminu zakończenia realizacji projektów o 90 dni (patrz art. 13 ust. 1 specustawy sprzed jej nowelizacji). Dodatkowo art. 13 ust. 2 specustawy zezwalał na dłuższe przedłużenie o ile było to zasadne.

Niestety ustawą z dnia 10 grudnia 2020r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. oraz niektórych innych ustaw art. 13 specustawy został uchylony.

COVID-19, a perspektywa 2021–2027. Na co zwrócić uwagę?
Niestety dla zainteresowanych wnioskodawców COVID-19 w sposób istotny wpłynął również na wdrażanie, a ściślej rozpoczęcie wdrażania perspektywy finansowej 2021–2027. Pandemia COVID-19 wpłynęła na opóźnienie przygotowania niezbędnych przepisów prawa, programów i zasad uzyskiwania z nich środków na realizację projektów.

Fakt wystąpienia pandemii, a przede wszystkim jej skutki doprowadziły do tego, że obok regularnej perspektywy finansowej wdrożony zostanie **Instrument na Rzecz**

Odbudowy i Zwiększania Odporności, z którego Polska będzie miała do dyspozycji **około 57 mld euro na dotacje i pożyczki**.

Zdaniem Komisji Europejskiej Instrument ten odegra kluczową rolę w łagodzeniu gospodarczych i społecznych skutków pandemii COVID-19 oraz w zapewnieniu, by europejskie gospodarki i społeczeństwa były bardziej zrównoważone, odporne i lepiej przygotowane na transformację ekologiczną i cyfrową.

Perspektywa 2021–2027. Co Nas czeka?

Obok 57 mld euro z Instrumentu na rzecz Odbudowy i Rozwoju w okresie programowania 2021–2027 Polska uzyska 82 mld euro.

Obecnie trwają konsultacje społeczne **Umowy Partnerstwa**, która określi strategię wykorzystywania funduszy UE w obecnej perspektywie finansowej. Konsultacje rozpoczęły się 18 stycznia 2021r.,



a zakończą się w dniu 22 lutego 2021 r. Na gruncie unijnym oczekujemy na przyjęcie rozporządzeń. Ich drafty są już gotowe. Zostały one opublikowane już w maju 2018r. Obecnie zaś podlegają one ostatecznym uzgodnieniom.

Zaraz po konsultacjach oraz po przyjęciu ostatecznej wersji Umowy Partnerstwa (na szczeblu krajowym) sformułowane zostaną ostateczne wersje poszczególnych programów operacyjnych, w tym regionalnych programów operacyjnych. Następnie zarówno Umowę Partnerstwa, jak i programy operacyjne Polska negocjować będzie z Komisją Europejską. Ich zatwierdzenie przez Komisję Europejską pozwoli na wydatkowanie środków z nowej perspektywy finansowej 2021–2027. Prawie jednocześnie będą trwały prace nad wytycznymi wprowadzającymi szczegółowe zasady realizacji projektów oraz draftami umów i decyzji o dofinansowanie.

W ramach przyjętych w Polsce programów operacyjnych, w tym regionalnych programów operacyjnych środki z perspektywy finansowej 2021–2027 dostępne będą z następujących źródeł:

1. **Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego (EFRR)**, którego celem jest wzmocnienie spójności społecznej i gospodarczej UE poprzez łagodzenie dysproporcji w rozwoju europejskich regionów,
2. **Funduszu Spójności (FS)**, którego celem jest zredukowanie obecnych dysproporcji gospodarczych i społecznych, a również promowanie zrównoważonego rozwoju poprzez realizację strategicznych projektów w obszarach związanych z ochroną środowiska i transportem,
3. **Europejskiego Funduszu Społecznego +**, którego celem jest

odpowiedź na wyzwania rynku pracy i wyzwania społeczne oraz stymulowanie zrównoważonego rozwoju gospodarczego poprzez inwestowanie w kapitał ludzki. EFS + stanowić będzie połączenie ze sobą kilku instrumentów, które w perspektywie finansowej 2014–2020 funkcjonowały oddzielnie, odpowiednio: Europejskiego Funduszu Społecznego, Inicjatywy na rzecz osób młodych (YEI),

4. **Europejskiego Funduszu Pomocy Najbardziej Potrzebującym (FEAD) oraz Europejskiego Programu na rzecz Zatrudnienia i Innowacji Społecznych (EaSI)**,
5. **Funduszu na rzecz unijnej polityki morskiej i rybołówstwa (EFMR)**, którego celem jest wsparcie społeczności nadmorskich,
6. **Funduszu Sprawiedliwej Transformacji**, którego celem jest łagodzenie skutków społecznych i gospodarczych związanych z transformacją energetyczną.

Zaraz po przyjęciu poszczególnych programów operacyjnych, w tym regionalnych programów operacyjnych jasne będzie w najmniejszych szczegółach jakie będą dostępne środki z perspektywy finansowej 2021–2027.

Co robić w oczekiwaniu na realną dostępność środków?

Oczekując na powyższe zainteresowani absorpcją środków ewentualni wnioskodawcy nie powinni bynajmniej, póki co, pozostać bezczynni. Z pewnością powinni oni przygotowywać plany związane z absorpcją środków, w tym ustalać najistotniejsze potrzeby i problemy, które zniwelować, czy zaspokoić powinny środki z UE.

Jednocześnie powinni oni bacznie obserwować zmieniające się

przepisy prawa, a to z dwóch istotnych powodów. Po pierwsze krajowy ustawodawca dostosowuje już przepisy pod absorpcję środków z nowej perspektywy finansowej 2021–2027 (w tym zakresie należy przytoczyć ustawę z dnia 15 lipca 2020 r. o zmianie ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju oraz niektórych innych ustaw). Po drugie zaś, błędy związane ze stosowaniem nowo obowiązujących przepisów prawa posiadają wielokrotnie negatywny skutek finansowy dla beneficjentów. W tym kontekście mowa zwłaszcza o nowej ustawie Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r., która weszła w życie od 1 stycznia br. Jest to w całości nowy i bardzo obszerny akt prawny, który wprowadza bardzo wiele nowych instytucji do polskiego systemu zamówień publicznych. Prawidłowe stosowanie przepisów tejże ustawy jest kluczowym zagadnieniem towarzyszącym wydatkowaniu środków unijnych z ramach perspektywy finansowej 2021–2027.



Grzegorz Karwatowicz – prawnik z kilkunastoletnią praktyką, ekspert w zakresie prawa UE (pomoc publiczna, fundusze UE) oraz zamówień publicznych (zwłaszcza zamówień w projektach UE i dużych inwestycji infrastrukturalnych), autor 8 książek i około 150 artykułów, przeprowadził ponad 200 praktycznych szkoleń, współpracuje z Kancelarią Prawną GWW Legal.



Procedura samooczyszczenia

w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych

Procedura samooczyszczenia, tzw. „*self-cleaning*” to instytucja znana na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych. W istocie stanowi ona implementację przepisów unijnych, które umożliwiają wykonawcom wykazanie, że pomimo wystąpienia przesłanki wykluczenia podjęte zostały środki niezbędne do dowiedzenia rzetelności wykonawcy, a tym samym brak jest podstawy wykluczenia. Nowa ustawa Prawo zamówień publicznych reguluje procedurę samooczyszczenia w art. 110 ust 2.

Wobec jakich okoliczności Wykonawca może się oczyścić?

Samooczyszczenie obejmuje część przesłanek obligatoryjnych wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz prawie wszystkie przesłanki fakultatywne.

W zakresie **obligatoryjnych podstaw wykluczenia** self-cleaning dotyczy następujących okoliczności:

1. prawomocne skazanie za przestępstwo (**art. 108 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 1 pkt. 2 pzp**),
2. zawarcie z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji (**art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp**).

W zakresie **fakultatywnych podstaw wykluczenia** self-cleaning

dotyczy następujących okoliczności:

1. naruszenia obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska prawa socjalnego lub prawa pracy (**art. 109 ust. 1 pkt. 2 pzp**),
2. prawomocnego skazania za przestępstwo (**art. 109 ust. 1 pkt. 3 pzp**),

3. otwarcia likwidacji, ogłoszenia upadłości, układu z wierzycielami, zawieszenia działalności (**art. 109 ust. 1 pkt 4 pzp**),
4. zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych (**art. 109 ust. 1 pkt 5 pzp**),
5. niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy (**art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp**),
6. wprowadzenia zamawiającego w błąd (**art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp**),
7. bezprawnego wpływania na czynności zamawiającego, pozyskania informacji poufnych (**art. 109 ust. 1 pkt 9 pzp**),
8. przedstawienia informacji wprowadzających w błąd (**art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp**).

Na uwagę zasługuje, iż katalog okoliczności, wobec których możliwe jest zastosowanie procedury samooczyszczenia wykonawcy nie obejmuje fakultatywnych podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 1 oraz pkt. 6 pzp.

W poprzednim stanie prawnym procedura samooczyszczenia obejmowała wszystkie fakultatywne podstawy wykluczenia, w tym art. 24 ust. 5 pkt. 8 pzp dotyczący naruszenia obowiązków w płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, który to przepis stanowi odpowiednik art. 109 ust. 1 pkt. 1 pzp.

Oznacza to, że nowe Prawo zamówień publicznych wyraża bardziej rygorystyczne podejście wobec wykonawców naruszających obowiązki w zakresie płatności danin publicznych. Jednakże ustawodawca nie pozbawił całkowicie Wykonawców posiadających zaległości w płatnościach możliwości „uwolnienia” się od wykluczenia z postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

Ustawodawca bowiem w samej przesłance wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 pzp przewidział procedurę samooczyszczenia się wykonawcy, polegającą na dokonaniu płatności należności publicznych jeszcze przed upływem terminu składania ofert, czy też wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Warto zwrócić uwagę, iż w przypadku wejścia w życie projektu ustawy z dnia 7.9.2020 r. o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych (RCL UD68) samooczyszczeniem objęta będzie również fakultatywna przesłanka wykluczenia dotycząca wysokiego ryzyka w ramach oceny cyberbezpieczeństwa (**projektowany art. 109 ust. 1 pkt 11 pzp**).

Jakie czynności musi podjąć Wykonawca w ramach procedury self-cleaningu?

Zgodnie z art. 110 ust. 2 pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu z powodu wystąpienia przesłanki, o których mowa powyżej, może **przedstawić dowody** na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Tak, celem uniknięcia wykluczenia Wykonawca musi udowodnić, że spełnia łącznie (kumulatywnie) następujące przesłanki:

1. **naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody** wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne,
2. **wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności** związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym

organami ścigania, lub zamawiającym,

3. **podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe**, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

- a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
- b) zreorganizował personel,
- c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
- d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
- e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzebranie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

W celu wykazania, że wykonawca pomimo zaistnienia przesłanki wykluczenia nie będzie podlegał wykluczeniu, konieczne jest **jednoczesne wykazanie wszystkich ww. okoliczności**. Przy czym, w zakresie środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, które to udowodnić ma wykonawca, ustawodawca krajowy w ślad za motywem 102 Dyrektywy klasycznej wymienił **przykładowy katalog** tych środków.

Dotychczas pzp nie wskazywała, jakie konkretnie środki techniczne, organizacyjne czy kadrowe powinien podjąć wykonawca. Skutkiem tego nagminną praktyką wśród

wykonawców było przedstawianiem dokumentów odnoszących się do całej działalności wykonawcy, które jednakże nie miały znaczenia dowodowego dla samooczyszczenia się wykonawcy.

W dotychczasowym orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie wskazywała, iż samo dokonanie zmian o charakterze organizacyjnym, handlowym i kadrowym, w oderwaniu od przyczyn wykluczenia, nie znajduje uzasadnienia.

Wprowadzenie przykładowego katalogu środków, które zapobiegają dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu stanowi istotną wskazówkę w zakresie koniecznego do przeprowadzenia przez wykonawców postępowania dowodowego. Wykonawcy bowiem będą mogli powoływać się na podjęcie również innych środków, niż środki wymienione w powyższym przykładowym katalogu. Istotą jest, aby w konsekwencji tego działania wykonawca udowodnił, że wprowadzone zmiany doprowadzą do wyeliminowania przyczyn niewłaściwego zachowania wykonawcy w przyszłości.

Podkreślenia wymaga, iż w procedurze „Self-cleaning” **konieczne jest przedstawienie dowodów**, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do stwierdzenia jego rzetelności. Zamawiający nie może uwzględnić samych nawet najlepszych wyjaśnień, jeśli nie będą one poparte dowodami. Co

istotne ciężar przeprowadzenia self-cleaningu spoczywa wyłącznie na barkach wykonawcy.

Jako przykładowe inne środki zaradcze, które mogą podejmować wykonawcy należy wskazać: wprowadzenie przejrzystego trybu podejmowania decyzji czy sposobu zarządzania kontraktami, wprowadzanie i egzekwowanie wewnętrznej odpowiedzialności za podejmowane działania, zakup technologii oraz maszyn bądź inne inwestycje mające na celu zapewnienie realizacji zamówienia, wyciągnięcie konsekwencji wobec pracowników odpowiedzialnych za naruszenie, przeprowadzenie szkoleń podnoszących kompetencje personelu, powołanie osoby, która nadzorowałaby zgodność z prawem działań prowadzonych przez wykonawcę, wdrożenie tzw. systemu compliance, etc.

Co istotne, warunkiem sine qua non procedury samooczyszczenia jest przyznanie przez wykonawcę, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie. Wykonawca nie może skorzystać z procedury samooczyszczenia, jeśli nie przyzna się, iż podlega wykluczeniu. Nadto w sytuacji, gdy wykonawca najpierw oświadczy, iż nie podlega wykluczeniu, a dopiero na późniejszym etapie będzie chciał skorzystać z procedury samooczyszczenia spowoduje to bezskuteczność tej procedury. Składanie bowiem sprzecznych wyjaśnień i oświadczeń przez Wykonawcę dyskredytuje jego oświadczenia

o podjętych działaniach dla przywrócenia rzetelności.

Skuteczność procedury self-cleaning

Skuteczność zastosowanego przez wykonawcę środka dowodowego w każdym przypadku będzie zależała od konkretnego stanu faktycznego. Na uwagę zasługuje, iż nawet wykazanie spełnienia wszystkich trzech warunków, o których mowa w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 pzp nie daje wykonawcy pewności, że nie zostanie on wykluczony z postępowania.

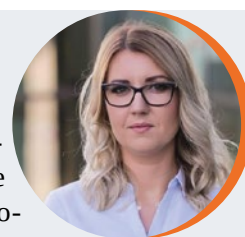
Zgodnie z art. 110 ust. 3 pzp zamawiający ma swobodę przy ocenie, czy podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Zamawiający przy tej ocenie uwzględnia wagę i szczególne okoliczności czynu. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Skuteczny self-cleaning wymaga przekonania zamawiającego o efektywności podejmowanych działań zaradczych, przy czym Zamawiający powinni zachować maksymalną obiektywność przy weryfikacji wdrożonych przez wykonawcę środków naprawczych.

Wydaje się, iż w wielu przypadkach, przekonanie zamawiającego o rzetelności wykonawcy będzie oparte na kwestii zaufania, w kontekście wcześniejszego deliktu wykonawcy.



Eliza Grodzka – prawnik, młodszy partner w kancelarii MCM Legal, posiadający wieloletnie doświadczenie w zakresie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.



Katarzyna Tomczyk – Radca prawny, posiada bogate doświadczenie z zakresu stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Kompleksowo wspiera zamawiających w procesie przygotowania i realizacji zamówień publicznych.



Unieważnienie postępowania w nowym Prawie zamówień publicznych. Praktyczne omówienie przesłanek

Obowiązujące od 1 stycznia 2021 r. nowe Prawo zamówień publicznych w sposób jednoznaczny wskazuje moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. W art. 254 pzp przyjęto bowiem zasadę, że postępowanie kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, albo unieważnieniem postępowania. Uregulowanie to nakazuje uznać za równorzędne dwa sposoby zakończenia postępowania. Niemniej jednak należy stwierdzić, że głównym celem postępowań jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy i zawarcie z nim umowy.

Powyższe jest oczywiście zrozumiałe w świetle uzasadnienia o charakterze mniej formalnym, a zdecydowanie bardziej ekonomicznym. Przygotowania, a następnie przeprowadzenie postępowania niesie ze sobą konkretne nakłady finansowe i osobowe dla zapewnienia prawidłowości całego procesu.

Tym samym instytucja unieważnienia postępowania winna być traktowana jako czynność o charakterze wyjątkowym.

Unieważnienie postępowania, a regulacje unijne

Brak uregulowania instytucji unieważnienia postępowania w Dyrektywie

2014/24/UE oznacza pozostawienie, w przedmiotowym zakresie, ustawodawcy krajowemu swobody w kształtowaniu regulacji. Artykuł 255 pzp reguluje obligatoryjne przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, w dużej części powielając dotychczasowe rozwiązania zawarte

w art. 93 nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Ustawowe przesłanki można podzielić na dwie grupy; przesłanki obligatoryjne oraz przesłanki fakultatywne.

Pierwsza przesłanka. Brak wniosku, albo oferty

Pierwszą z przesłanek, która została przez ustawodawcę wyodrębniona z art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp z 2004 r., stanowi nie złożenie żadnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo żadnej oferty. Konieczność unieważnienia postępowania w stanach faktycznych, w których nie złożono wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo żadnej oferty jest w pełni oczywista także z punktu widzenia wskazanego wyżej przepisu art. 254 pzp.

Druga przesłanka. Odrzucone wnioski, albo oferty

Druga przesłanka, wyodrębniona z ww. artykułu wcześniej obowiązującej pzp odnosi się do sytuacji, w której wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Przesłanka ta obejmuje sytuację, gdy wykonawcy odpowiedzieli na zaproszenie zamawiającego zawarte w ogłoszeniu, lecz wnioski albo oferty podlegały odrzuceniu. Tym samym ustawodawca odwołuje się do nowej instytucji, jaką jest uregulowane art. 146 pzp odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Trzecia przesłanka. Cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

Trzecia, obligatoryjna przesłanka unieważnienia postępowania,

będzie miała zastosowanie w sytuacji, w której cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z art. 222 ust. 4 pzp, zamawiający ma obowiązek, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Istotnym elementem niniejszej regulacji jest rozróżnienie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia od wartości zamówienia, ponieważ tylko w sytuacji przekroczenia kwot na sfinansowanie zamówienia omawiana przesłanka znajdzie zastosowanie. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu, zamawiający powinien przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania przeprowadzić analizę możliwości zwiększenia wskazanej pierwotnie kwoty. Jednakże ustawodawca nie nałożył na zamawiającego obowiązku zwiększenia tej kwoty do wartości wynikającej z najkorzystniejszej oferty.

Czwarta przesłanka. Oferty dodatkowe o takiej samej cenie lub koszcie

Kolejna przesłanka zawarta w art. 255 pkt 4 pzp, odnosi się do unieważnienia postępowania w przypadkach dotyczących składania ofert dodatkowych, które to oferty dodatkowe zostały złożone o takiej samej cenie lub koszcie. Jednocześnie należy zauważyć, że ustawodawca nie przewidział konieczności złożenia ofert korzystniejszych niż złożone uprzednio, lecz w art. 251 pzp przewidział, że wykonawcy, składający oferty dodatkowe, nie mogą oferować cen lub kosztów wyższych niż zaoficerowane w uprzednio złożonych

przez nich ofertach. Treść przepisu rozstrzyga, że unieważnienie postępowania obejmuje nie tylko sytuacje w których złożono ofertę dodatkową o takiej samej cenie (jak dotychczasowy art. 93 ust. 1 pkt 5 pzp) lecz również o takim samym koszcie.

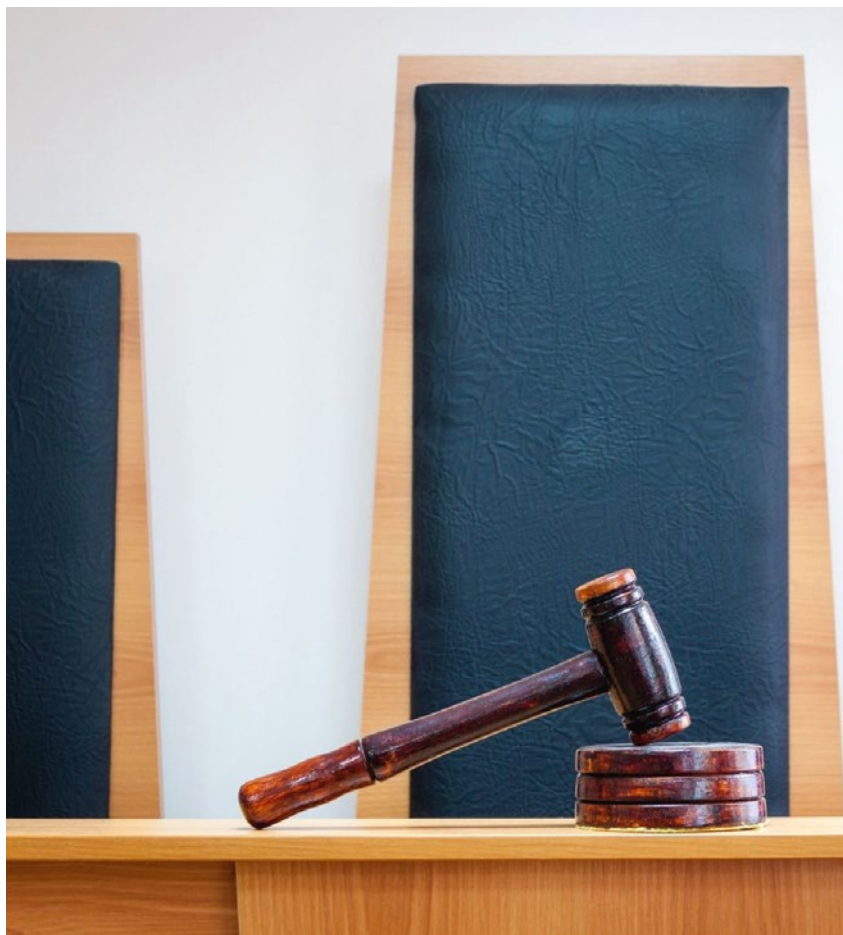
Piąta przesłanka. Istotna zmiana okoliczności

Piąta z przesłanek znajdzie zastosowanie w przypadku, w którym wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Możliwość zastosowania przytoczonej regulacji będzie miała miejsce tylko w momencie spełnienia wszystkich wymienionych przesłanek łącznie. Przedmiotowa zmiana winna nastąpić po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednocześnie mając charakter realny a nie potencjalny. Warto podkreślić, że zgodnie z utrwalonym w orzecnictwie poglądem, interes publiczny nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego i to właśnie na zamawiającym ciąży obowiązek wskazania o jaki interes publiczny chodzi oraz udowodnienie, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców. Elementem koniecznym jest również istotność zmiany oraz jej nieprzewidywalny charakter, który należy rozpatrywać jako niemożność, przy zachowaniu należytej staranności, przewidzenia jej przez zamawiającego, jak i wykonawcę.

Szósta przesłanka. Niemożliwa do usunięcia wada

Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie



niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przedmiotowej przesłanki unieważnienia postępowania nie należy upatrywać tylko i wyłącznie w odniesieniu do art. 457 pzp, który w swojej treści wymienia przesłanki unieważnienia umowy.

Przykładem może być sytuacja opisana w wyroku o sygn. akt KIO 2176/19, w której Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania. Na tym etapie postępowania (po złożeniu ofert) wadliwości tej nie można usunąć.

Siódma przesłanka. Brak wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylenie się od zawarcia

umowy w sprawie zamówienia publicznego

Ustawodawca w pkt 7 omawianego przepisu wprowadził nową przesłankę związaną z brakiem wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchyleniem się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 263 pzp, który stanowi o ponownym badaniu i ocenie ofert w następstwie uchylenia się wykonawcy od zawarcia umowy lub wniesienia zabezpieczenia.

Na gruncie dotychczasowego Prawa zamówień publicznych brak było podobnej regulacji, co wynikało m.in.: z poglądu, że postępowanie kończy się z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej. Obecne rozwiązanie rozwiewa wszelkie wątpliwości, powodując tym samym, że nawet w sytuacji nie zdecydowania się zamawiającego na dokonanie ponownego badania

i oceny ofert, unieważni on postępowanie, tym samym jednoznacznie zakończy postępowanie.

Ósma przesłanka. Negocjacje w trybie zamówienia z wolnej ręki nie doprowadziły do zawarcia umowy

Istotną zmianą, wprowadzoną do nowej pzp, jest dodanie ostatniej obligatoryjnej przesłanki unieważnienia postępowania, w sytuacji, w której w trybie zamówienia z wolnej ręki negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przedmiotowa regulacja ma fundamentalne znaczenie, biorąc pod uwagę dotychczas wyrażane stanowisko, braku znajdowania zastosowania instytucji unieważnienia postępowania do postępowań prowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Fakultatywne przesłanki unieważnienia postępowania

Całkowicie nowym rozwiązaniem, dotychczas nieobecnym w Prawie zamówień publicznych, jest przewidziana w art. 256 Pzp, możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.

Ustawodawca postanowił, że niniejsza regulacja będzie funkcjonować niezależnie od obligatoryjnych przesłanek unieważnienia postępowania ujętych w art. 255 pzp. Zastosowanie przedmiotowego przepisu powinno być poparte dającymi się zidentyfikować przesłankami. Dodatkowo warto zauważyć, że zastosowanie przepisu art. 256 pzp zostało ograniczone czasowo. Niniejsza regulacja znajdzie zastosowanie jedynie w sytuacji

ujawnienia się okoliczności, które będą stanowiły podstawę uznania prowadzenia dalszego postępowania za nieuzasadnione.

Ujawnienie tych okoliczności, które w naszej ocenie może polegać także na zmianie świadomości zamawiającego w stosunku do momentu ogłoszenia postępowania, powinno nastąpić już po wszczęciu postępowania. Przyjęta przez ustawodawcę technika redakcyjna przepisu ukazuje fakultatywny charakter przepisu. Należy jednak zauważyć, że niezależnie od ww. przepisu, w sytuacjach, o których mowa w art. 90 ust. 3 pzp oraz art. 137 ust. 7 pzp, unieważnienie postępowania na podstawie regulacji art. 256 pzp staje się obligatoryjne.

Powołane przepisy odnoszą się do konieczności unieważnienia postępowania przez zamawiającego w przypadku, gdy zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu istotnie zmieniają charakter zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności znacznie zmieniają zakres zamówienia lub w przypadku gdy zmiany treści SWZ prowadziłyby do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności prowadziłyby do znacznej zmiany zakresu zamówienia.

Ustawodawca w art. 257 pzp sformułował fakultatywną przesłankę unieważnienia postępowania,

w sposób analogiczny do dotychczas obowiązującej regulacji art. 93 ust. 1a pzp, jednocześnie doprecyzowując ją. Według omawianego przepisu zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu do negocjacji. Brak wyrażonego przez ustawodawcę ograniczenia czasowego powoduje, że zamawiający w oparciu o niniejszą przesłankę może unieważnić postępowanie na każdym jego etapie.

Przepis art. 258 pzp przewiduje fakultatywną przesłankę unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy zainteresowanie wykonawców prowadzonym postępowaniem jest mniejsze od oczekiwanego i określonego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Celem tej regulacji jest zapewnienie należytej konkurencji w postępowaniu.

Ustawodawca w art. 259 uregulował kwestie dotyczące unieważnienia części postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji, w której zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Poprzez odwołanie do poprzednich przepisów, w takich



postępowaniach zamawiający będzie zobowiązany lub będzie mógł unieważnić tylko część postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podsumowanie

Podsumowując w zakresie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustawa zawiera wiele dotychczas obowiązujących rozwiązań. Wprowadzone przez ustawodawcę zmiany mają na celu dostosowanie oraz uporządkowanie jednej z formy zakończenia postępowania.



Piotr Mazuro – Adwokat, współzałożyciel Kancelarii MCM LEGAL i jej Partner. Wspiera zamawiających publicznych oraz przedsiębiorców z branży projektowej i budowlanej w skomplikowanych projektach infrastrukturalnych na terenie całego kraju oraz sporach sądowych z nimi związanymi.



Zuzanna Lecyk – Aplikant radcowski, specjalizuje się w szeroko pojętym prawie cywilnym. Angażuje się w obsługę klientów indywidualnych oraz obsługę prawną jednostek samorządu terytorialnego. Zajmuje się także prawem zamówień publicznych.



Zamówienia sektorowe

w nowym prawie zamówień publicznych. Na co zwrócić uwagę?

Zamówieniom sektorowym, obejmującym swoim zakresem rzeczowym sektory gospodarki wodnej, energetyki, przemysł wydobywczy, dział transportu i usług pocztowych, ze względu na ich specyfikę i odrębności od zamówień klasycznych, prawodawca unijny poświęcił osobną dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE., tj. tzw. dyrektywę sektorową.

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych zawiera kompleksowe regulacje związane z krajowym systemem zamówień publicznych. Jeszcze przed jej wejściem w życie została ona znowelizowana na mocy ustawy z dnia 27 listopada 2020 r.

o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Jedną z cech nowego aktu prawnego jest uporządkowanie materii

objętej regulacją, w tym wprowadzenie szeregu definicji pojęć systemu zamówień publicznych oraz usystematyzowanie przepisów. Dla zamówień sektorowych został wyodrębniony Dział V, który dzieli się na 6 Rozdziałów zatytułowanych „Zakres stosowania”, „Okresowe

ogłoszenie informacyjne”, „System kwalifikowania wykonawców”, „Tryby udzielania zamówień sektorowych”, „Szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień sektorowych” oraz ostatni zatytułowany „Niektóre uprawnienia zamawiającego sektorowego”.

Dodatkowo w art. 5 pzp doszło do zdefiniowania pojęcia zamawiającego sektorowego. Przepis ten ma dwoisty charakter, tj. jednocześnie zawiera zakres podmiotowy pzp (definicja zamawiającego sektorowego) oraz referuje do pojęcia „działalność sektorowa”.

Wg powyższego przepisu zamawiającymi sektorowymi są:

1. zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4;
2. inne, niż określone w pkt 1, podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4, oraz na których zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają dominujący wpływ, w szczególności:
 - a) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub
 - b) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
 - c) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;
3. inne, niż określone w pkt 1 i 2, podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w ust. 4, jeżeli działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych.

Dodatkowo w ust. 2 art. 5 pzp doszło do zdefiniowania pojęcia „prawa szczególne lub wyłączne” przez wskazanie, że są nimi prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, wywierające istotny wpływ na możliwość wykonywania tej działalności przez inne podmioty, z wyłączeniem praw przyznanych w drodze ogłoszonego publicznie postępowania na podstawie obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów, w szczególności postępowania:

1. obejmującego ogłoszenie o zamówieniu lub wszczęcie postępowania o udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi;
2. prowadzonego na podstawie przepisów ogłoszonych w obwieszczeniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Następnie w ramach przepisów wstępnych określono pojęcie działalności sektorowej w sposób zbliżony do regulacji art. 132 ust. 1 nieobowiązującej już pzp.. W art. 7 ust. 35 znajduje się definicja ustawowa „zamówienia sektorowego”, przez które należy rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego sektorowego w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 pzp.

Powyższe regulacje usystematyzowały funkcjonujące w systemie zamówień publicznych pojęcia oraz uczyniły regulację bardziej kompleksową w stosunku do dotychczas obowiązującej. Wspomniane na wstępie Dział V pzp zawiera kilkadziesiąt jednostek redakcyjnych obejmujących art. 362 – 394. Tak jak wyżej zostało wskazane celem regulacji, oprócz uporządkowania i konsolidacji

przepisów, jest pełna implementacja przepisów dyrektywy sektorowej. Ustawodawcy krajowemu chodziło również o dostosowanie wykorzystywanej terminologii do pojęć używanych we wspomnianej wyżej dyrektywie.

Ujęte w części wstępnej pzp regulacje ustanawiają trzy zasadnicze grupy (kategorie) zamawiających sektorowych, tj.:

1. zamawiających publicznych wykonujących działalność sektorową,
2. podmioty znajdujące się pod wpływem publicznych zamawiających sektorowych (na zasadzie dominacji),
3. wszelkich podmiotów wykonujących działalność sektorową na podstawie praw szczególnych i wyłącznych (także podmiotów prywatnych).

W odniesieniu do zmian w zakresie pojęć odnoszących się do zakresu przedmiotowego pzp z obszaru sektora w stosunku do dotychczas funkcjonujących regulacji zmiany mają charakter nieznaczny wpisując się w terminologię dyrektywy sektorowej.

Otóż w obszarze sektora gospodarki wodnej, elektroenergetycznego i transportowego pojęcie „tworzenie i kierowanie sieciami” zostało zastąpione pojęciem „udostępnianie i obsługa sieci”, zaś w obszarze sektora transportowego do pojęcia „obsługa sieci” dodano pojęcie obejmujące ich udostępnianie, zaś dotychczasowe pojęcia „zarządzania” oraz „udostępniania” w zakresie lotnisk, portów morskich lub portów śródlądowych zostało zdefiniowane pojęciem przejętym wprost z dyrektywy sektorowej i obejmującym działalność związaną z eksploatacją obszaru geograficznego w celu udostępniania przewoźnikom. Powyższe

pokazuje, że dokonane zmiany mają charakter porządkujący i powodujący zbieżność z terminologią ujętą w dyrektywie.

W pierwszym Rozdziale Działu V „Zamówienia sektorowe – zakres zastosowania” wprowadzono w art. 362 pzp, który zawiera odsłanie do regulacji odnoszącej się do zamówień klasycznych (Dział II i IV), tj. regulujących postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi UE oraz szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień klasycznych (zawierającego regulacje odnoszące się do umów ramowych, dynamiczny system zakupów, konkurs i zamówienia na usługi społeczne).

Wśród wyjątków, tj. przepisów nie stosowanych przez zamawiającego sektorowych znajdują się m.in. regulacje obejmujące obowiązek sporządzenia analizy potrzeb i wymagań (art. 83 pzp), zamieszczenia wstępnego ogłoszenia informacyjnego (art. 89 pzp), wskazania powodów niedokonania podziału zamówienia na części (art. 91 ust. 2 pzp), ograniczenia w zakresie ustalania w ramach sytuacji finansowej wymogu na poziomie przekraczającym dwukrotność wartości zamówienia (art. 115 ust. 2 pzp).

W zakresie Działu IV zrezygnowano dla zamawiających sektorowych z ustalania na identycznym poziomie, jak dla zamówień klasycznych minimalnych terminów składania wniosków. Co do konkursu dla zamawiających sektorowych brak jest obowiązku jego stosowania przy zamawianiu usług na prace projektowe z branży architektonicznej i architektoniczno – budowlanej.

Dodatkowo w art. 363 ust. 1 i 2 pzp wprowadzono dwa wyłączenia. Pierwsze z nich stanowi, że przepisów ustawy nie stosuje się do

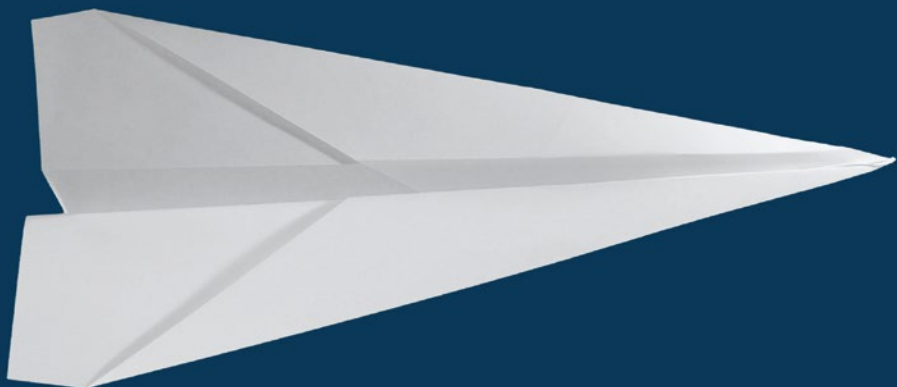
zamówień sektorowych udzielanych w celu odsprzedaży, najmu lub dzierżawy przedmiotu zamówienia osobom trzecim, pod warunkiem że zamawiający nie posiada szczególnego lub wyłącznego prawa do sprzedaży, najmu lub dzierżawy przedmiotu zamówienia, a inne podmioty mogą go bez ograniczeń sprzedawać, wynajmować lub dzierżawić na tych samych warunkach co zamawiający. Druga jednostka redakcyjna powyższego przepisu stanowi, że przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień sektorowych i konkursów udzielanych w celu wykonywania działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4, poza obszarem Unii Europejskiej, jeżeli do jej wykonywania nie jest wykorzystywana sieć znajdująca się na obszarze Unii Europejskiej lub obszar Unii Europejskiej.

W kolejnym art. 364 pzp zawarte zostało wyłączenie dla zamawiających z sektora energetycznego oraz

gospodarki wodnej obejmującego stosowanie przepisów ustawy przy nabywaniu odpowiednio energii oraz paliw do wytwarzania energii, jak również usług przesyłania, magazynowania, dystrybucji paliw gazowych, skraplania gazu ziemnego i regazyfikacji skroplonego gazu ziemnego oraz wody dla zamawiających z sektora gospodarki wodnej.

W art. 365 pzp zawarte zostały szczególne wyłączenia na dostawy, usługi i roboty budowlane udzielane podmiotom powiązanym kapitałowo z zamawiającym – jeżeli w okresie poprzednich 3 lat co najmniej 80% przeciętnych przychodów tych podmiotów osiągniętych z wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych pochodziło z wykonywania robót budowlanych na rzecz zamawiającego lub podmiotów z nimi powiązanych. Wyłączenie przedmiotowe ujęte w treści art. 366 pzp obejmuje





działalność sektorową z obszaru gospodarki wodnej, energii elektrycznej, gazu i energii cieplnej, usług transportowych (lotnisk, portów, przystani), jak również usług pocztowych i działalności polegającej na wydobywaniu paliw kopalnych i odnosi się do zamówień sektorowych udzielanych przez podmiot utworzony przez zamawiających w celu wspólnego wykonywania działalności sektorowej jednemu z tych (utworzonych) zamawiających, pod warunkiem, że podmiot ten został utworzony przynajmniej na okres 3 lat, a z dokumentu, na podstawie którego został utworzony, wynika, że zamawiający pozostaną jego członkami w tym okresie lub jeżeli obroty z tym powiązanim podmiotem w okresie poprzednich 3 lat osiągały poziom 80% przeciętnych przychodów tego podmiotu. Z powyższymi wyłączeniami ustawodawca powiązał obowiązek

przekazywania na wniosek Komisji Europejskiej informacji w zakresie ich podstaw.

Zamawiający sektorowi nie mają obowiązku przekazywania okresowego (rocznego) ogłoszenia o planowanych zamówieniach sektorowych lub umowach ramowych. Jednakże w przypadku jego zamieszczenia może ono pełnić dodatkową funkcję, tj. na mocy art. 370 ust. 1 pzp Okresowe ogłoszenie informacyjne o planowanych zamówieniach sektorowych może stanowić zaproszenie do ubiegania się o zamówienie sektorowe i w takim przypadku zamawiający, udzielając zamówienia w trybie przetargu ograniczonego oraz sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, nie zamieszcza ogłoszenia o zamówieniu.

Zgodnie z treścią art. 371 pzp zamawiający może ustanowić i stosować

system kwalifikowania wykonawców, do udziału w którym dopuszcza wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w systemie kwalifikowania wykonawców, dotyczące określonej kategorii zamówień sektorowych, i wpisuje ich do wykazu zakwalifikowanych wykonawców. Co istotne zamawiający tworzy ten system z podziałem na kategorie zamówień, co może zostać odczytane, jako konieczność wyodrębnienia nie tylko zamówień na dostawy, usługi, czy roboty budowlane, lecz stworzenia bardziej szczegółowego podziału rzeczowego.

W ogłoszeniu o systemie kwalifikowania wykonawców podmiot zamawiający winien określić podstawy wykluczenia i warunki udziału w systemie kwalifikowania wykonawców oraz obiektywne kryteria i zasady funkcjonowania tego systemu, regulujące w szczególności wpis do wykazu zakwalifikowanych wykonawców, ewentualną okresową aktualizację w zakresie warunków udziału i podstaw wykluczenia oraz okres obowiązywania systemu. Jeżeli warunki udziału w systemie kwalifikowania wykonawców odnoszą się do wymaganych cech dostaw, usług lub robót budowlanych, przepisy art. 99–106 należy stosować odpowiednio.

Zgodnie z treścią art. 371 ust. 3 pzp system kwalifikowania wykonawców ustanawia się na czas oznaczony, w sposób umożliwiający wykonawcom składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w systemie i ich aktualizację przez cały okres obowiązywania systemu. Stanowi on więc bazę wykonawców zweryfikowanych pod względem podmiotowym i przypisaniem ich do poszczególnych kategorii zamówień. Zamawiający dysponując powyższą bazą ma uproszczoną drogę do udzielenie zamówienia sektorowego

w nagłym wypadku, jak również ze względu na funkcjonowanie tego systemu znacznemu uproszczeniu ulegnie prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odnoszą się do sytuacji wykreślenia wykonawcy z wykazu (art. 374 ust. 3 pzp), który przestał spełniać kryteria kwalifikacji, zawarty tam 15-dniowy termin został powiązany z terminem na wniesienie środków ochrony prawnej.

W ujętym w treści art. 376 pzp katalogu trybami podstawowymi dla zamówień sektorowych są: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony i negocjacje z ogłoszeniem. Ponadto, jak dotychczas w odniesieniu do zamówień sektorowych możliwe jest zastosowanie dialogu konkurencyjnego, zaś w określonych przypadkach istnieje możliwość zastosowania partnerstwa innowacyjnego oraz zamówienia z wolnej ręki.

W specyficzny sposób doszło do uregulowania trybu negocjacji z ogłoszeniem. Nadano mu nazwę „sektorowych negocjacji z ogłoszeniem”. Ustawodawca zrezygnował z etapu ofert wstępnych i dla wyjątkowych przypadków przewidział możliwość składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w terminie 15 dni od przekazania ogłoszenia o zamówieniu. W tym trybie w odpowiedzi na ogłoszenie wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zaś po uzyskaniu zaproszenia do negocjacji zweryfikowanych pozytywnie wykonawców i ich przeprowadzeniu zamawiający kieruje do nich zaproszenie do składania ofert. Celem ograniczenia liczby wykonawców w tym trybie zamawiający wykorzystuje kryteria selekcji i aby zapewnić konkurencję liczba wykonawców zaproszonych do negocjacji nie może być

mniejsza niż 3. Zgodnie z treścią art. 377 pzp wszczęcie postępowania sektorowego może nastąpić przy wykorzystaniu 4 różnych sposobów, tj. przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o systemie kwalifikacji wykonawców, okresowego ogłoszenia informacyjnego oraz na skutek skierowania zaproszenia do negocjacji.

Zamawiający sektorowi będą mogli wykorzystywać dobrodziejstwa związane z umową ramową – po przeprowadzeniu postępowania w jednym z trybów udzielenia zamówień sektorowych i z podstawowym okresem jej obowiązywania nie dłuższym niż 8 lat, jak również możliwość ustanowienia dynamicznego systemu zakupów, dla którego określono minimalny termin składania wniosków na poziomie podstawowym (30 dni) oraz w przypadku zastosowania okresowego ogłoszenia informacyjnego na minimalnym poziomie 15 dni.

Ustawodawca w nowych regulacjach rozszerzył odrębności związane z wykluczeniem wykonawców z postępowania, wprowadzając dalej idące odstępstwa, niż te obowiązujące w uchylonej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Zamawiający sektorowi nie będący zamawiającymi publicznymi nie mają obowiązku stosowania obligatoryjnych podstaw wykluczenia ujętych w treści art. 108 pzp. Wprowadzona została także możliwość rozszerzenia podstaw wykluczenia oraz warunków udziału w postępowaniu, innych niż określone w treści art. 108, art. 109 oraz art. 112 pzp – o ile mają one obiektywny charakter i zostały określone w dokumentach zamówienia. Zamawiający sektorowi dysponują także szerszym, niż dla zamówień klasycznych, katalogiem podmiotowych środków dowodowych – jeżeli jest to niezbędne do

oceny spełniania przez wykonawców warunków oraz brak podstaw wykluczenia.

Na zakończenie dodać należy, iż pzp w treści art. 394 ust. 3 zawiera specyficzne i nie znane dotąd wyłączenie jej stosowania w sytuacji, gdy analiza rynku właściwego doprowadzi do wniosku, że zamawiający wykonując działalność sektorową, o której mowa w art. 5 ust. 4 pzp, działają na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony.

Analiza rynku właściwego może zostać dokonana przez samego zamawiającego lub organ właściwy (określony na mocy delegacji ustawowej przez Radę Ministrów), zaś jej konsekwencją jest wystąpienie do Komisji Europejskiej z wnioskiem o stwierdzenie, że zamawiający sektorowy działa w warunkach konkurencji (dosł. na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony). Jest to ostatnie i najdalej idące wyłączenie wprowadzone w ramach Działu V Rozdziału 6 Zamówienia sektorowe – Niektóre uprawnienia zamawiającego sektorowego.



Paweł Trojan – Prawnik z wieloletnim doświadczeniem procesowym, specjalizujący się w prawnej oraz organizacyjnej obsłudze budowlanego procesu inwestycyjnego, w prawie zamówień publicznych, obsłudze spółek prawa handlowego, nieruchomościach oraz prawie nowych technologii.



Relacja działów zamówień publicznych z komórkami merytorycznymi. Klucz do osiągnięcia porozumienia w świecie zamówień publicznych

Koncentrując uwagę na przepisach Prawa zamówień publicznych zapominamy często o jednym z podstawowych problemów nurtujących komórki zakupowe – jak sprawić, aby działy wewnętrzne współpracowały efektywnie na cele realizacji zamówień? Ta współpraca i związany z nią dialog jest właśnie zasadniczym warunkiem efektywności procesów zakupowych.

Bezproblemowy dialog?

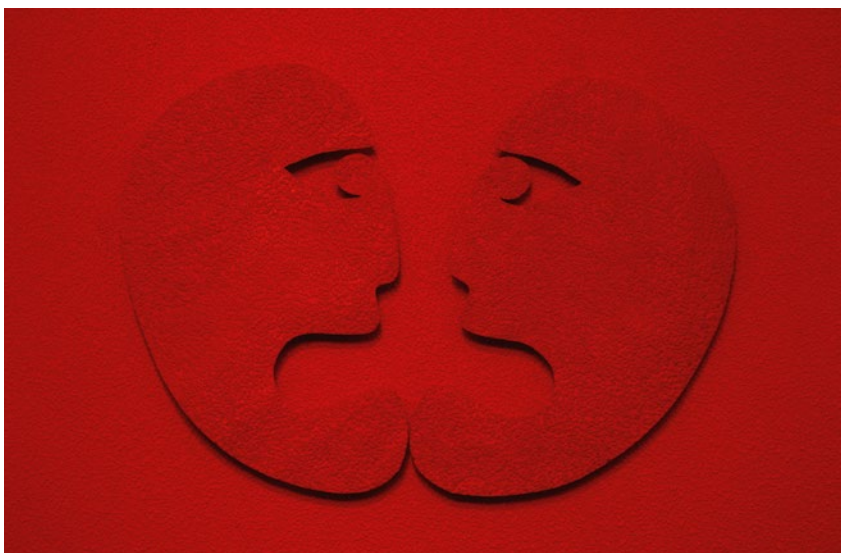
Na początku warto zadać sobie pytanie – co oznacza dialog bezproblemowy? Już w tym punkcie oczekiwania działu zamówień i – najczęściej Wnioskującego o przeprowadzenie postępowania – roz mijają się. „Zamówienia” obierają sobie za cel poprawność formalną i zgodność z przepisami

prawa, natomiast komórce merytorycznej najczęściej zależy na czasie oraz korzystnych warunkach. Prowadzi to do nieporozumień wewnętrznych, w tym interpersonalnych. Wrażenia z wymiany zdań między pracownikami, które mają miejsce w związku z podobnymi sytuacjami, zakorzeniają się na tyle, iż potrafią prowadzić do uprzedzeń zawodowych

i stereotypów. To właśnie podstawowe źródło określenia komórek zamówieniowych „chłopcem do bicia” z jednej strony, a z drugiej – „hamulcowymi” procesu zakupowego. Doskonale jednak wiemy, że obszar zamówień publicznych winien odrywać kluczowe znaczenie w organizacji każdego zamawiającego, bez znaczenia na ilość oraz wartość prowadzonych rocznie postępowań.

Konflikt relacyjny na linii zamówienia, a dział merytoryczny. Najczęściej występujące punkty zapalne

Podstawą procesu udzielania zamówień publicznych jest człowiek. Problem polega jednak na tym, że z uwagi na specyfikę jego przebiegu



otwartość na potrzeby formalne i biznesowe każdej ze stron pozostaje ograniczona. Percepcja pracownika weryfikującego wniosek o wszczęcie postępowania koncentruje się na spełnieniu ogromu wymagań narzuconych przepisami pzp. Do tego często zdarza się, że taka osoba prowadzi postępowanie w przedmiocie, o którym nie posiada żadnej wiedzy.

Można tu podać przykłady zakupu licencji VMware, czy budowy budynku zero energetycznego. W takich przypadkach pracownik weryfikujący formalnie opis przedmiotu zamówienia załączony do wniosku czuje się niepewnie. Powstają pierwsze opory w zakresie zadawania pytań. Nawet, gdy te padają, osoby merytoryczne często uważają, że to wykroczenie poza kompetencje oraz, że ktoś zbyt głęboko ingeruje w zakres potrzeb ich komórki. Język formalny zamówień publicznych nie jest dla nich zawsze zrozumiały i właśnie tak „przepaść relacyjna” ulega pogłębieniu.

Podobnie dzieje się w toku trwania postępowania. Wykonawcy wnoszą o wyjaśnienie treści dokumentacji. Dla komórki ds. zamówień publicznych to naturalne, aby przekierować te pytania do działu wnoszącego z zamiarem

uzyskania odpowiedzi zgodnych z zasadami zamówień publicznych, w tym zasadą równego traktowania wykonawców. Tymczasem dział merytoryczny patrzy na to z innej strony – zależy mu na dostawie, usłudze lub robocie budowlanej o oczekiwanych parametrach i obawia się, że otwierając za szeroko katalog możliwości dla oferentów, powyższe nie będzie miało miejsca. W efekcie obie strony nie są niezadowolone, ani z efektów, ani z jakości kontaktu, jaki w tej sprawie między nimi występuje.

Jako trzeci przykład punktu zapalnego wskazać można sporządzanie projektu umowy o zamówienie publiczne, choć akurat w ten podproces powinien być niewątpliwie zaangażowany prawnik lub dział prawny, jako strona bezpośrednio zainteresowana wpływem treści wspomnianego dokumentu na interes zamawiającego. Mam przy tym na myśli bezpośrednie zaangażowanie – nie parafowanie dokumentu, czy tworzenie go na podstawie wzorców bez zapoznania się za każdym razem z dokumentacją postępowania. To się niestety zdarza.

Wracając jednak do naszych rozważań – umowa kojarzy się komórkom merytorycznym z dokumentem formalnym o skomplikowanej

prawnie treści i z niechęcią podchodzą do zapoznawania się z nią. Nie zmienimy niestety sposobu formułowania zapisów kontraktów, jednak spojrzenie wnioskujących na zapisy umowne jest bardzo potrzebne. Nie mniej dotyczy to działów zamówień – osoba przygotowująca postępowanie od strony formalnej również powinna uważnie przeczytać wzór umowy oraz zweryfikować ostatecznie jego zgodność ze specyfikacją i opisem przedmiotu zamówienia (lub odpowiednio innymi załącznikami do wniosku, w zależności od trybu udzielenia zamówienia). Zdarza się bowiem, że także „zamówieniowcy” twierdzą, że nie jest to ich zadaniem.

Wydaje się, że czytamy o sprawach oczywistych, że „tak po prostu jest”. Materia zamówień publicznych jest bardzo złożona i skomplikowana. Co do zasady pracownicy zamawiających realizują swoje zadania z przekonaniem, że przepisy pzp stanowią codzienny „ciężar”, z którym muszą się zmierzyć.

Pisząc ten tekst mam świadomość, że nie „zarażę” uwielbieniem dla zamówień, ani osób prowadzących przetargi, ani tych, którzy czuwają nad merytorycznym zakresem postępowań. **Mam jednak zamiar poczynić kroki mające na celu pokazanie, że możliwym jest osiągnięcie kompromisu a – przede wszystkim – rozpoczęcie dialogu opartego na zrozumieniu zawodowych potrzeb obu stron.**

Gramy w jednym zespole

Warto pamiętać, że zarówno wkład merytoryczny, jak i formalno-prawny, są dla postępowania równoważnościowe. Żadna z komórek nie ma podstaw do przypisywania sobie nadrzędności wobec tej drugiej. A to niestety często się zdarza, na niekorzyść zamówień publicznych. Słyszę często podsumowania typu:

„*tłumaczę merytorycznym tyle razy, jak to trzeba zrobić, ale nie rozumiem*”. Wychodząc z założenia, że „*my z zamówień*” wiemy więcej, nie osiągniemy zamierzonego efektu. Bez otwarcia komórek merytorycznych na zamówienia publiczne oraz ich fachowej wiedzy, to się po prostu nie uda.

Z kolei komórki merytoryczne powinny dołożyć starań, aby spojrzeć na sprawę od strony praktycznej. Tak, bo wbrew pozorom, współpraca z osobami ds. zamówień to rozwiązanie o takim charakterze, wydatkowanie pieniędzy publicznych zgodnie z zasadami poprzez zakup tego, czego potrzebujemy. Warto tłumaczyć skomplikowane pojęcia techniczne jak najprościej i ułatwić „*zamówieniowcom*” zrozumienie procesów opisanych w przekazanych materiałach.

Przyszłedł czas na podstawowe pytanie – jak mamy siebie zrozumieć?

Pisząc, że nie ma tajemnego zaklęcia, aby wszystko zmieniło się natychmiast, nie usatysfakcjonuję zapewne Czytelnika. Jednak na pocieszenie mogę dodać, że małymi krokami jest na to szansa. Pamiętajmy, że mamy „*w grze*” nie tylko obowiązki zawodowe, specyfikę merytoryczną, ale przede wszystkim – relacje międzyludzkie. To połączenie nie zawsze łatwe do opanowania i usystematyzowania.

Warto jednak próbować. Jak? Oto 5 kluczy do wzajemnego zrozumienia w świecie zamówień publicznych, które w mojej ocenie ma szansę otworzyć drzwi do lepszego nimi zarządzania.

Pierwszy klucz. Świadomość

Świadomość zamówieniowa to jeden z kluczowych elementów ułatwiających współpracę między komórkami zaangażowanymi w przeprowadzenie wspólnego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jej zaszczepianie nie polega jednak na prowadzeniu szkoleń wewnętrznych dla osób merytorycznych, na których siedząc w sali konferencyjnej słuchają wykładu o formalnych aspektach zamówień i przepisach ustawy. Być może wiele razy działy zamówień próbowały w ten sposób przekazać wiedzę. Uważam, że **aby rozpocząć szerzenie świadomości zamówieniowej, należy zidentyfikować potrzebę działu merytorycznego i to na jej podstawie zbudować proces porozumienia.**

Jeżeli jest to dział o szczególnej specyfice, a do takich zalicza się bardzo często np. informatyków, zachęcam do umówienia spotkania wewnętrznego. Już ustalając jego termin dobrze jest uprzedzić drugą stronę, że to nie będzie spotkanie formalne, a jedynie podyktowane potrzebą wsparcia dla działu zamówień. Jestem przekonana, że taka narracja ma szansę odnieść skutek. Stanowi także prawdziwy argument – dział zamówień potrzebuje realnej pomocy od działu IT w toku przygotowania i prowadzenia dla niego postępowania.

Warto uprzedzić, że postaracie się mówić w prosty i zrozumiały sposób, że oczekujecie tego samego, pominięte zostaną wszelkie paragrafy oraz sztywno brzmiące przepisy, a także informatyczne zawiłości. Od każdej ze stron będzie to wymagało początkowo zaangażowania i wysiłku. **Porzucenie bariery formalizmu jest jednak w mojej ocenie fundamentem, który wylewamy pod przyszły sukces w dialogu wewnętrznym.** Pojęcia „*nie rozumiem, czy możesz wytłumaczyć mi to na przykładzie innego działającego urzędnika?*”, „*równe traktowanie – czy to znaczy, że od każdego wykonawcy mam chcieć tego samego, ale mogę stworzyć dowolne oczekiwania, czy chodzi o coś innego?*” pochodzą

z moich licznych doświadczeń, gdy to, o czym piszę, wdrażam w życie.

Spotkanie takie może nie dotyczyć konkretnego postępowania, co pozwoli obu stronom na porzucenie pewnego rodzaju presji związanej z terminami i oczekiwaniami. Może ono polegać na uzgodnieniu zasad komunikacji na przyszłość i pokazaniu zwykłych, ludzkich słabości, a jednocześnie docenieniu nawzajem swojej wiedzy i fachowości. Warto podkreślić, że macie wspólny cel i nie ma sensu ryzykować błędów, powtarzania postępowania oraz innych przeszkód, bo nie leży to w interesie zamawiającego.

Rekomenduję porzucić poruszanie argumentu przełożonych, sankcji, odpowiedzialności i tym podobnych – to ma być koleżeńską rozmową pomiędzy profesjonalistami. Pamiętajmy, aby nie oceniać mimiki i tego, co nam się „*wydaje*” w toku takiej rozmowy. Nie przypisujemy nikomu naszych wyobrażeń i założeń co do tego, jak odbierają nasze słowa. Miejmy dobre intencje.

To dopiero początek. Może nie uda się od razu, aby wszyscy rozmówcy zrozumieli ideę współdziałania i wzajemnego wsparcia. Wystarczy jednak, że zaangażują się jednostki – to i tak bardzo dobry start.

Drugi klucz. Terminy

Terminowość w przekazywaniu wniosków zakupowych oraz dokumentów w odniesieniu do planu zamówień powinna, co do zasady mieścić się w zakresie świadomości. Warto wspomnieć o tym jednak odrębnie. Pilnując terminów realizacji postępowań dział zamówień może zaznaczyć z wyprzedzeniem w kalendarzu daty przypomnienia komórkom merytorycznym o przygotowaniu dokumentów. Można lekko zaostriżyć argumentację

pisząc w mailu, że z uwagi na liczbę postępowań, opóźnienie o więcej niż np. 2 dni będzie stanowiło poważny problem w dotrzymaniu harmonogramu i skierować prośbę o zrozumienie.

Zdaję sobie sprawę, że w wielu jednostkach na ten moment komórki „nie pałają” do siebie przyjaźnią i takie działanie może wywoływać wewnętrzny sprzeciw. Na tym właśnie polega zmiana we właściwym kierunku – najpierw musimy wyjść ze strefy komfortu, a następnie otwierają się drzwi do rozwoju.

Czy to nie powinno być oczywiste? Słyszałam to już wielokrotnie i znam argumentację: jest tyle pracy, a my mamy jeszcze urządzać dodatkowe spotkania? Czy to nie powinno być oczywiste, że mają nam przygotować materiały/ przeprowadzić szybko postępowanie?

Powyższe jest pewnego rodzaju wyrazem niechęci do współpracy. Obiekcje tego typu wstrzymują działania oraz zdecydowanie pogarszają ich jakość. Skłonność do rywalizacji powinna zostać wewnętrznie maksymalnie wyciszona. Rozwojowi takiej postawy nie służą szkolenia z przepisów prawa zamówień publicznych, ale wiedza o nich przekazana w formie współpracy zespołowej, na konkretnych przykładach i ćwiczeniach.

Trzeci klucz. Rozwój

W tym aspekcie nie postawię znaku równości między wspomnianymi już komórkami. Będąc zwolennikiem systemu, w którym epicentrum procesu zakupowego stanowi właśnie dział zamówień uważam, że o ile poznawanie niuansów związanych z różnymi przedmiotami zamówienia służy rozwojowi tej komórki, o tyle te merytoryczne nie potrzebują do zawodowego szczęścia pamiętania przesłanek rażąco niskiej ceny, czy odrzucenia oferty.

Uważam, że to pomaga pracownikom „zamówień” zyskać zarówno wiedzę jak i doświadczenie. Rozwój to podstawa awansu i tego, by w przyszłości móc odważnie dbać o swoją ścieżkę zawodową, mając pewność, że nic „zamawiacza” nie zaskoczy. Warto więc chłonąć wiedzę merytoryczną w takim zakresie, w jakim jesteśmy w stanie. Dla szefów komórek ds. zamówień cenną poradą może okazać się zwerifikowanie predyspozycji osób w zespole i przydzielanie konkretnej tematyki postępowań osobom, które przeprowadzą je z największym zaangażowaniem.

To, co niezbędne, aby rozwój w realnym wymiarze mógł zaistnieć, to dobry przykład płynący z góry – lider zespołu zamówieniowego, nie tylko sam korzystający z wiedzy i doświadczeń organizacji, ale także otwarty na możliwość zdobywania nowych horyzontów przez swoich pracowników.

Nie można pominąć przy tym zdobywania wiedzy prawnej, w tym szkoleń czy studiów podyplomowych. Wielokrotnie pracownicy samodzielnie (nie znając dobrze rynku) szukają ofert edukacyjnych w obszarze zamówień publicznych kierując się ceną lub terminem realizacji usługi po to, aby zmieścić się w terminie oraz limicie wydatku. Nie zamierzam przekonywać tu do zwiększenia budżetów szkoleniowych, choć statystyki dotyczące kwot przypadających na jednego pracownika nie pozostawiają złudzeń. To jednak indywidualna kwestia podmiotu i bez znajomości szczegółowych uwarunkowań, nie ma legitymacji do wyciągania w tej kwestii wniosków. Moja rekomendacja dotyczy efektywnego wykorzystywania zdobytej wiedzy oraz uważnego wyboru sposobu jej zdobywania. Róbmy to wspólnie z zespołem, pytajmy rynku, planujmy różne formy edukacyjne, aby rozwijać

zespół. Po szkoleniach dzielimy się wiedzą nie tylko poprzez przesłanie otrzymanej na szkoleniu prezentacji czy materiałów, ale poprzez burzę mózgów i ożywione spotkania.

Czwarty klucz. Relacja

Mogłabym nadać tu nazwę „komunikacja”. Relacja to jednak coś więcej. Po raz kolejny mam przekonanie, że osoby, które nie mają innego wyjścia, jak zostawać po godzinach i przygotowywać postępowania nie postrzegają tego klucza jako priorytetu. I tu kolejne zadanie dla szefa zamówień.

Osoba zarządzająca komórką zakupową to „łącznik” nie tylko w samym procesie, ale także łącznik międzyludzki. Do momentu, gdy relacja pozostawiona będzie jedynie na poziomie formalnym, nie ma szans na osiągnięcie satysfakcji z realizowanych działań. Brakuje tu bowiem informacji zwrotnej co do wspólnych dokonań, korekty ewentualnych błędów czy po prostu – wniosków. Nie ma też jeszcze jednego, kluczowego czynnika, który procesy zakupowe wewnętrznie scala i wznosi ich wartość bardzo wysoko – **zaufania**. Pomimo, iż spodziewam się po raz kolejny zdziwienia, a nawet niezadowolona z zestawienia aspektów wielomilionowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z relacjami międzyludzkimi, wciąż stać będę na stanowisku, że warto spróbować, aby przekonać się, że to naprawdę działa. **Zaufanie między komórkami wewnętrznymi tworzą ludzie**. Kultura organizacji może sprzyjać rozwojowi w tym kierunku, bądź nie. Dlatego warto być otwartym i gotowym na pracę.

Dlaczego to aż tak istotne? W sytuacji, gdy w przetargu o wartości wielu milionów złotych stajemy w sytuacji trudnej formalnie, takiej

jak odwołanie wykonawcy do Krajowej Izby Odwoławczej, czy chociażby odkrycie błędu w dokumentacji, co może wpłynąć na losy samego postępowania lub jego realizacji – mamy szansę na dialog. Reagujemy wspólnie – komórka zakupowa oraz dział merytoryczny. Analizujemy ryzyka i szukamy możliwości ich zredukowania, czy eliminacji.

Co dzieje się, gdy dialogu nie ma? Szukamy winnych. Wnioskujący „*rzucają hasła*” mające dać do zrozumienia „*zamówienia, zróbcie z tym coś*” (tu zaczyna się narzekanie na formalności i procedury), z kolei „*zamówienia*” twierdzą – „*jak zrobiliście, tak będziecie mieli*”. Efekt – czysta strata, zarówno finansowa (prawdopodobnie), czasowa, jak i relacyjna. Brak zaufania się pogłębia. Wystarczy pojedynczy przypadek współpracy i wyjścia z mniejszego lub większego kryzysu, aby spojrzeć na sprawę z zupełnie innej perspektywy.

Piąty klucz. Zespół

Większość (widziałam jedynie kilka innych) ogłoszeń rekrutacyjnych w obszarze zamówień publicznych skoncentrowana jest na liście wymagań wskazujących na okres doświadczenia (w latach), czasem konkretnym charakterze postępowań (np. roboty budowlane), wykształceniu i całej reszcie standardowych punktów. Z kolei spotkania rekrutacyjne przeprowadzają działy HR, które w obliczu szerokiego rozwoju w ostatnich latach zadają nieraz zaawansowane pytania o sposób i system pracy, jej organizację przez kandydata, czy jego zainteresowania, następnie osoba merytoryczna (kierownik działu zamówień) obecny podczas spotkania ma szansę zadać pytania merytoryczne. Dzięki odpowiedzi wie zapewne, czy dana osoba przepisy „*mniej więcej*” zna. Finalnie ogromny wpływ mają oczekiwania finansowe kandydata.

Wspominam o tym, ponieważ budowę zespołu zamówieniowego uważam za bardzo istotny czynnik sukcesu w tym obszarze. Można zespołu nie budować, to znaczy według rekomendacji kwotowej (wysokość wynagrodzenia) przyjmować osoby, „*na które nas stać*”, nie zważając na inne ich właściwości, można przydzielać zadania bez żadnego klucza i nie znać ludzi, którymi się zarządza.

Z przykrością obserwuję, że u zamawiających, którzy reprezentują urzędowy charakter pracy mniej przywiązuje się wagę do powyższych kwestii, często argumentując je „*i tak nie mamy na to zgody*”, „*tak zawsze było*”, „*i co to da*”.

Można jednak, uwzględniając możliwości finansowe pracodawcy, przywiązywać wagę do większej liczby szczegółów w toku rekrutacji oraz współpracy z zespołem, który już znamy. Nie piszę, że doskonale, bo to właśnie jeden z kroków skutecznego zarządzania procesem udzielania zamówień publicznych. Poczawszy od testów osobowościowych, do których warto zachęcić

pracowników, aż po testy talentów (uwaga, na wykonanie takich testów pracownik musi wyrazić zgodę) oraz aktywności zespołowe – to ogólny zarys możliwości, jakimi dysponować może szef zakupów, samodzielnie się przy tym rozwijając w obszarze zarządzania. Warto wspierać się wiedzą działu kadr, który na pewno zaangażuje się w rozwój wewnętrzny. Po co to wszystko? Właśnie po to, aby wiedzieć, że do postępowania o charakterze technicznym, wymagającym żmudnej weryfikacji pewnych treści lepiej przydzielić osobę o cechach analityka, bo zrobi to dobrze i go to nie znuży, a do zamówienia z wolnej ręki o bardziej abstrakcyjnym przedmiocie nadaje się osoba dynamiczna i pozytywna.

Często także zwyczajne pytania mogą przyczynić się do pozytywnej zmiany. Wybór preferencji przez zespół – czy dana osoba woli przygotowywać i prowadzić postępowania na dostawy, czy roboty budowlane – może pomóc w podziale zadań. Nie wyłącza to otwartości na inne grupy zadań, ale zespół, któremu ufamy i który



ufa nam zrozumie, że zastępowalność jest bardzo istotna i musi orientować się we wszystkim. Indywidualne podejście i rozmowy z pracownikami – oni mają nie tylko „przetargowe” problemy, ale widząc swojego szefa zamkniętego na ich potrzeby koncentrują się na lęku o to, czy zdążą odebrać dziecko z przedszkola zamiast na szybkim wykonaniu zadań. Odwagę w formułowaniu takich potrzeb inicjuje wbrew pozorom nie sam pracownik, ale właśnie przełożony, który wykazuje na to otwartość.

Zamiast zakończenia. Jednoosobowa komórka ds. zamówień, czyli prawdziwy komandos

Trudno pominąć mi problem, z którym boryka się wielu zamawiających, czyli jednoosobowa „komórka” ds. zamówień. Odnosząc się do realiów (bo najłatwiej byłoby napisać – tak nie może być, trzeba zatrudnić kolejne osoby) wiem, że nie zawsze jednostka dysponuje budżetem na nowe etaty. Znam też praktykę dzielenia etatu przez jedną osobę na wykonywanie różnych zakresów obowiązków (np. księgowość i zamówień publicznych). Bywa jednak tak, że musimy radzić sobie zasobami, którymi dysponujemy. Tu procesy są trudniejsze, ale nie są niemożliwe do realizacji. W mojej ocenie osoba taka to już nie specjalista, a koordynator procesu udzielania zamówień w jednostce. Nie można zapominać, że docenienie pracownika odpowiednim stanowiskiem i nagradzanie zarówno w formie pieniężnej, jak i niepieniężnej, ma ogromne znaczenie. Te osoby szczególnie potrzebują i zasługują na zdobywanie wiedzy o procesie zarządzania udzielaniem zamówień, bo na ich barkach spoczywa odpowiedzialność i ogrom obowiązków – od najważniejszych po te najdrobniejsze.

Czy to wszystko nie jest rolą Kierownika Zamawiającego? – to pytanie z rozżaleniem pada wielokrotnie. Moja odpowiedź brzmi: i tak, i nie. Dlaczego? Podam przykład działu projektowania w firmie budowlanej. Czy każdy problem występujący na styku tej komórki z działem przygotowującym wytyczne do jej działania jest zgłaszany do prezesa spółki? Czy prezes wie o szczegółach tych problemów? Realnie nie. Oczywiście powinien i ingeruje najczęściej na poziomie procesowym, jednak to szefowie działów mają za zadanie usprawnić pracę tak, aby efekt końcowy był dobrej jakości i powstał na czas.

Dlaczego w zamówieniach publicznych problem ma większy wymiar? Po pierwsze dlatego, że szefowie komórek zamówieniowych często nie są szkoleni w kierunku zarządzania nimi i utożsamia się ich z pracownikami. Zgadzam się, że w tej dziedzinie pracuje się zwykle tak, jak każdy inny pracownik działu, to znaczy przygotowuje i prowadzi się wszelkie czynności związane z udzielaniem zamówień. To także ma swój powód i w przeważającej mierze jest to niedobór kadry. Szefowie zamówień nie uczą się strategii zakupowych, nie kończą studiów podyplomowych z zarządzania takimi procesami. Tak, są wyjątki, jednak nie jest to zasada.

Zamówienia publiczne postrzegane są wciąż „urzędowo” – tak, jakby ta dziedzina nie mogła się rozwijać. A przecież to właśnie przez komórki zajmujące się tym przepływają pieniądze Zamawiającego.

Jestem świadoma, że osoba kierująca jednostką samorządu terytorialnego, czy szef przedsiębiorstwa zamawiającego nie są w stanie poznać przepisów pzp szczegółowo i ich orientacja w procesie ma często wymiar konieczny.

Pozostawiając więc merytorykę zamówieniową po stronie osób prowadzących ten proces (często to jednoosobowe komórki) czy szefów działów, Kierownik Zamawiającego powinien znaleźć czas, aby wysłuchać, z czym te osoby borykają się każdego dnia. Pukamy tu nieśmiało do drzwi, na których napisano „motywacja”, której zamówieniowcy bardzo potrzebują. To osoby formalnie stojące na straży nie tylko udzielania zamówień publicznych, ale także dyscypliny finansów i spoczywa na nich ogromna, wewnętrzna odpowiedzialność. Warto, aby odczuwały sens swojej pracy i zrozumienie oraz aby miały możliwość zdobywania wiedzy w tym obszarze.

Wnioski, o których możecie Państwo teraz czytać, to jedynie wierzchołek góry lodowej w zakresie działań, jakie warto podejmować zarówno w roli lidera, jak i w zakresie komunikacji między działami zamawiającego, aby skutecznie zarządzać i realizować proces udzielania zamówień publicznych. Jestem jednak przekonana, że stanowią dobry początek.



Kamila Mizeracka – Członek Zarządu Polskiego Stowarzyszenia Zamówień Publicznych. Przewodnicząca Grupy Legislacyjnej oraz Grupy IT w tymże Stowarzyszeniu, właścicielka Kancelarii wspierającej zarówno zamawiających jak i wykonawców, trener z zakresu prawa zamówień publicznych.



Termin związania ofertą w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych

Przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do terminu związania ofertą wprowadzają dość istotne zmiany w stosunku do dotychczasowych rozwiązań, począwszy od długości tego terminu, przez reguły jego przedłużania, aż po jednoznaczne dopuszczenie wyboru oferty najkorzystniejszej po upływie terminu związania ofertą za zgodą wykonawcy. Warto o tym pamiętać w świetle prowadzonych na gruncie nowych regulacji postępowań.

Związanie ofertą w prawie cywilnym

Związanie ofertą jest tak naprawdę pojęciem cywilnoprawnym, które nawiązuje do pojęcia „okresu ważności” oferty przetargowej. W ustawie Prawo zamówień publicznych nie znajdziemy definicji tego pojęcia. W ujęciu Kodeksu cywilnego, stan związania ofertą trwa przez okres wyznaczony treścią oferty albo ustawą. Jeżeli oferent określił termin przyjęcia oferty, to

stan związania oznacza, że oferent nie może w terminie określonym w ofercie wycofać się ze złożonej oferty zarówno w obrocie konsumenckim, jak i w stosunkach między przedsiębiorcami

Prawo zamówień publicznych zawiera pewne specyficzne regulacje dotyczące związania ofertą, w tym określa moment początkowy biegu terminu związania ofertą oraz skutek przyjęcia oferty. Związanie

ofertą oznacza, że podmiot, który złożył ofertę, nie może zmienić lub wycofać swojego oświadczenia stanowiącego treść oferty, może on jedynie oczekiwać, że adresat oferty przyjmie ją w takim kształcie lub nie.

W przypadku przyjęcia oferty oferent zobowiązany jest do zawarcia umowy na warunkach w niej wskazanych. Nerozerwalnie z tym pojęciem związany jest limit czasowy,

gdyż związanie ofertą nie może trwać w sposób nieograniczony.

Przepisy pzp narzucają maksymalny okres związania ofertą, którego zamawiający może wymagać od wykonawców, zaś okres ten liczony jest w dniach począwszy od upływu terminu składania ofert, przy czym związanie ofertą kończy się w dniu oznaczonym przez zamawiającego konkretną datą i wskazanym w dokumentach zamówienia.

Terminy związania ofertą powyżej progów

W tym miejscu wskazać należy, że w obecnie obowiązującym pzp, podobnie zresztą jak w przepisach nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych określono maksymalną długość terminu związania ofertą uzależniając go od wartości zamówienia.

I tak terminy związania ofertą w postępowaniach powyżej progów zostały ściśle określone w art. 220 pzp. Zgodnie z przepisem art. 220 pkt. 1 pzp, wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż 90 dni – od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w odniesieniu do wcześniejszej obowiązującej ustawy wydłużono podstawowy termin związania ofertą do 90 dni (z wcześniej obowiązujących 60).

Zamawiający zobowiązany jest określić ten termin w dokumentach zamówienia. Nowością będzie wskazanie go, jako konkretnej daty dla danego postępowania przetargowego. Celem ustalenia

o jakie dokładnie dokumenty zamówienia chodziło ustawodawcy należy odnieść się do słownika ustawowego zawartego w przepisie art. 7 pzp. Tam w pkt. 3 znajdziemy definicję „dokumentów zamówienia”. Zgodnie z powyższym poprzez dokumenty zamówienia należy rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego, lub dokumenty do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie służące, służące do określenia lub opisanego warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań.

Drugi z terminów związania ofertą dla zamówień powyżej progów unijnych wprowadza art. 220 pkt. 2 pzp. Zgodnie z powyższym wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż 120 dni – jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych



jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro.

Za nieprawidłowe należy uznać postępowanie zamawiających, nie podających w swz konkretnego terminu związania ofertą, lecz odwołujących się w tym zakresie do ustawy. Pamiętajmy, iż ustawa określa jedynie liczbę dni, której *de facto* termin ustalony przez zamawiającego nie może zostać przekroczyć.

W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni. Przepis ustawy nie daje możliwości zamawiającemu fakultatywności, co do podjęcia decyzji w sprawie przedłużenia okresu związania ofertą. Zamawiający jest zobowiązany do wydłużenia okresu związania ofertą, celem zakończenia postępowania.

Przedłużenie terminu związania ofertą zgodnie z powyższym, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W przypadku, gdy zamawiający żąda wniesienia wadium, przedłużenie terminu związania ofertą, o którym mowa powyżej, następuje wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Termin związania ofertą poniżej progów

Termin związania ofertą poniżej progów został opisany w art. 307 pzp. Zgodnie z nim, wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej

niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.

W obecnej ustawie nie zmieniono podstawowego terminu związania ofertą, który wynosi 30 dni. Podobnie, jak w przetargu powyżej progów unijnych, termin związania ofertą określa zamawiający w dokumentach zamówienia, w którym należy wskazać datę.

Powyższe wymaga raz jeszcze podkreślenia, gdyż jest to kluczowa zmiana wprowadzona na gruncie nowego pzp w obszarze dotyczącym przepisów regulujących termin związania ofertą. Określenie terminu przez zamawiającego wymaga wskazania konkretnej daty, a wymóg ten dotyczy zarówno postępowań krajowych jak i unijnych.

W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą określonego w dokumentach zamówienia, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 30 dni. Należy zauważyć, że zamawiający może tylko jeden raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofert, wyznaczając przy tym termin wykonawców na odpowiedź.

Należy pamiętać, iż zarówno w jednym jak i drugim przypadku, swojego rodzaju przedłużenie terminu związania ofertą, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Przedłużenie terminu związania ofertą wiąże ze sobą zobowiązanie przy zabezpieczeniu oferty wadium. W przypadku, gdyby Zamawiający zdecydował, iż postępowanie jest

zabezpieczone wadium, należy pamiętać o czynności przedłużenia wadium wraz z przedłużeniem okresu związania ofertą.

Obowiązek a możliwość

Jako novum w ustawie pojawił się zapis artykułu 252 pzp, z którego wynika, iż obowiązkiem zamawiającego jest wybór najkorzystniejszej oferty w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia. Nie mniej jednak, należy zauważyć, iż niniejszy przepis daje nową możliwość zamawiającemu, która niejednokrotnie może „uratować” postępowanie.

Jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty. Oznacza to, że w sytuacji, gdyby zamawiający jednak chciał wybrać ofertę pomimo upływu terminu związania ofertą będzie mógł tego dokonać.

W przypadku braku zgody, o której mowa powyżej zamawiający zwraca się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania.



Justyna Starek – Doktorantka, autorka książki „Tryb podstawowy w wariantowości”, założycielka bloga Kancelaria Zamówień Publicznych.

PRZETARGOWA.PL/KARIERA

Witaj! Poznajmy się!



SPRAWDŹ AKTUALNE
OFERTY PRACY



PRZETARGowa.pl



PRZETARGowa.pl

ELEKTRONIZACJA TO JAK
WEJŚCIE DO **LABIRYNTU**?

Sprawdź dawkę wiedzy na:
PRZETARGowa.pl/**WYDARZENIA**

16 KWIETNIA

9:00 - 16:00 Online

32 EKSPERTÓW

PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH



BEZPŁATNY
UDZIAŁ



DYNAMICZNE
DYSKUSJE



PRAKTYCZNE
PRZYKŁADY