



## Zasada efektywności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz analiza potrzeb i wymagań

### Zasada efektywności

**Wprowadzenie.** Przepis art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”, wyraża zasadę nazywaną zasadą efektywności. W uzasadnieniu do projektu tej ustawy przepis wprowadzający zasadę efektywności został określony jako regulacja o kluczowym znaczeniu, wychodząca naprzeciw oczekiwaniom zarówno podmiotów publicznych jak i wykonawców. Zgodnie z założeniami do ustawy Pzp zasada efektywności jest odpowiedzią na zidentyfikowane problemy w dziedzinie zamówień publicznych wymagające nowych rozwiązań, w szczególności na zbyt małe powiązanie wydatków publicznych z realizacją polityk oraz celów strategicznych państwa, powszechną praktykę zamawiających wybierania rozwiązań najtańszych zamiast najbardziej efektywnych w dłuższym okresie, nieproporcjonalny do potencjału udział przedsiębiorców z sektora małych i średnich przedsiębiorstw w rynku zamówień publicznych oraz nieefektywne zarządzanie procesem zakupowym – od planowania udzielenia zamówienia, przygotowania postępowania po podsumowanie jego realizacji. Wprowadzenie prawnego obowiązku kierowania się tą zasadą przez zamawiających przy udzielaniu zamówień, ma prowadzić do poprawy efektywności całego systemu zamówień publicznych nie tylko w zakresie poprawy jakości uzyskiwanych zamówień, ale także m.in. poprzez zaangażowanie udzielania zamówień publicznych w realizację polityk państwa, w tym wspieranie rozwoju gospodarczego poprzez promowanie innowacyjności przy zakupach publicznych, wsparcie dostępu do zamówień publicznych, w tym wsparcie rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, odpowiednie do przedmiotu zamówienia działania na rzecz włączenia społecznego oraz na rzecz ochrony środowiska.

Jak zostało wskazane w uzasadnieniu do projektu ustawy, zasada efektywności wyraża się w obowiązku udzielania zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych.

Tym samym zasada efektywności ma służyć zatem przede wszystkim wdrożeniu podejścia strategicznego i kupieckiego przy udzielaniu zamówień. Udzielanie zamówień publicznych nie powinno być jedynie ukoronowaniem wypełnienia formalnych reguł prawnych określonych ustawą Pzp, ale przede wszystkim procesem gospodarczym, w którym nie tylko wykonawca, ale przede wszystkim zamawiający z racji publicznego charakteru wydatku ma uzyskać zakładaną korzyść



## Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

ekonomiczną. Poprzez wprowadzenie do ustawy Pzp zasady efektywności następuje wzmocnienie roli planowania w procesie udzielania zamówienia. Osiągnięciu celów ekonomicznych powinny towarzyszyć, tam gdzie jest to możliwe i uzasadnione, cele strategiczne takie jak polityka tzw. zielonych zamówień czy polityka włączenia społecznego.

Cały proces udzielania zamówienia publicznego począwszy od jego przygotowania, poprzez działania i decyzje zamawiającego w trakcie tego procesu, aż po zawarcie umowy ma służyć i ma być podporządkowany osiągnięciu przez zamawiającego pożądanego efektu. Ze względu na publiczny wymiar zawieranej umowy, wydatkowanie przez zamawiającego środków pieniężnych przeznaczonych na ten cel powinno być efektywne, czyli powinno umożliwiać uzyskanie najkorzystniejszego stosunku wydatkowanych środków finansowych do ilości i jakości nabywanych zamówień. Dążenie do uzyskania najlepszej jakości w ramach środków przeznaczonych na realizację zamówienia w tym kontekście nie powinno oznaczać dążenia do zminimalizowania ceny w ramach przyjętego standardu jakości, ale dążenie do uzyskania najlepszej jakości (podwyższenia standardu jakości) w ramach środków finansowych przeznaczonych na zamówienie. Obowiązek kierowania się przez zamawiającego zasadą efektywności przy udzielaniu zamówienia powoduje, że na pierwszy plan wysuwa się cel, który ma być osiągnięty poprzez udzielenie zamówienia publicznego, a legalizm działania, czyli wypełnienie formalnych wymagań prawnych związanych z przyjętym sposobem osiągnięcia tego celu, przesuwa się na drugie miejsce, bez pomniejszenia znaczenia działań zgodnych z prawem w dążeniu do efektywnego procesu udzielania zamówień.

**Zasada efektywności w ujęciu ustawowym.** Mimo, że przepis art. 17 ust. 1 ustawy Pzp nie odnosi się wprost do pojęcia efektywności, a jedynie do uzyskania „najlepszych efektów zamówienia”, określa on zasadę udzielania zamówienia w taki sposób, że nie pozostawia wątpliwości co do przyjęcia efektywności jako zasady przy udzielaniu zamówień publicznych. W ujęciu internetowego Wielkiego Słownika Języka Polskiego słowo „efektywny” oznacza cechę czegoś co odnosi zamierzony skutek swojego działania, a jego synonimem jest słowo „skuteczność”. Zasada wyrażona w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, która w tym opracowaniu będzie nazywana „zasadą efektywności”, została ujęta w dwóch punktach, które wyrażają w istocie dwie niezależne reguły składające się na jedną zasadę.

### **Art. 17. 1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:**

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz**
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.**



## Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Pierwsza z reguł odnosi się do obowiązku dążenia przez zamawiającego do uzyskania najlepszej jakości zamówienia w stosunku do środków finansowych, które „zamawiający może przeznaczyć” na realizację zamówienia. Reguła ta odnosi się zatem do podejmowania przez zamawiającego takich decyzji i działań, które umożliwią zastosowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego możliwie najskuteczniejszych sposobów i narzędzi wyboru najkorzystniejszej oferty albo, odpowiednio, wynegocjowania najkorzystniejszych warunków umowy, pod względem jakości nabywanych zamówień, przy uwzględnieniu zarezerwowanych na ten cel środków w budżecie zamawiającego. Jest to reguła, która pośrednio wskazuje na potrzebę właściwego zaplanowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ działania zamawiającego w procesie udzielania zamówienia w tym zakresie są generalnie uwarunkowane treścią decyzji, ustaleń i dokumentów zamówienia tworzonych na etapie przygotowania postępowania. W szczególności na pozytywny rezultat działań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podejmowanych w kierunku zapewnienia najlepszej jakości zamawianych dostaw, usług lub robót budowlanych będą miały wpływ takie decyzje podjęte w ramach przygotowania postępowania jak: opis przedmiotu zamówienia i powiązane z nim określenie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów kwalifikacji oraz kryteriów oceny ofert.

Dруга z reguł nakazuje dążenie przez zamawiającego do uzyskania jak najlepszych efektów udzielanego zamówienia. Reguła ta jest ukierunkowana na uzyskanie korzystnych efektów w następstwie udzielonego zamówienia w stosunku do nakładów, które będzie ponosił zamawiający. Przy czym, zasada uzyskiwania najlepszych efektów w stosunku do poniesionych nakładów nie dotyczy wyłącznie efektu jakościowego, ale także możliwie najlepszego efektu w zakresie realizacji celów strategicznych w obszarze społecznym, środowiskowym czy gospodarczym, a także w obszarze innowacyjności, jeżeli charakter zamówienia to umożliwia i jest właściwy dla realizacji takich celów.

Obydwie reguły tj. reguła kierowania się przez zamawiającego dążeniem do uzyskania najlepszej jakości zamówień w stosunku do środków, które może on przeznaczyć na realizację zamówienia i reguła dążenia do uzyskania jak najlepszych efektów zrealizowanego zamówienia w stosunku do nakładów, które ten zamawiający poniesie, składają się na jedną zasadę efektywności, która ma zastosowanie przy udzielaniu zamówienia i powinna oddziaływać w całym procesie udzielania zamówienia.

Zasada efektywności ma zastosowanie zarówno do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne jak i do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne.



## Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

**Zasada Value for Money a zasada efektywności.** Zasada efektywności wywodzi się z Wielkiej Brytanii, i niemal równolegle wdrażanej w Stanach Zjednoczonych, koncepcji Value for Money (VfM). Koncepcja ta została wypracowana w odniesieniu do zamówień publicznych w celu poprawienia jakości procesu zakupowego. Zasada się na dążeniu, aby nabywane dostawy, usługi lub roboty budowlane skutecznie realizowały założone przez zamawiającego cele a jednocześnie, aby te dostawy, usługi lub roboty budowlane były nabywane na możliwie najlepszych warunkach, wliczając w to zrównoważenie kosztu i innych uwarunkowań w szczególności dotyczących jakości i ilości. W skrócie VfM jest opisywana jako równowaga kosztu i jakości oraz ilości. VfM jest kombinacją trzech elementów: ekonomicznego (kosztowego) w aspekcie ceny płaconej przez zamawiającego wykonawcy a także kosztów własnych związanych z organizacją postępowań; wydajności czy inaczej produktywności podejmowanych działań (poprzez odpowiedź na pytanie: jak dużo) oraz efektywności rozumianej jako osiągnięcie pozytywnych, najlepszych z możliwych rezultatów ilościowych i jakościowych w ramach wcześniej założonych celów.

**Przygotowanie postępowania w kontekście realizacji zasady efektywności.** Każdy z zamawiających, który przykłada wagę do właściwej organizacji procesu zakupowego doskonale wie, że kluczowym etapem, od którego w zasadniczym stopniu zależy przebieg i efekt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest etap przygotowania do udzielania zamówienia. Wniosek taki wypływa również z analizy art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynika nakaz kierowania się przez zamawiającego udzielającego zamówienia dążeniem do uzyskania najlepszych efektów jakościowych z uwzględnieniem kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia oraz kierowania się dążeniem do uzyskania zakładanych efektów udzielanego zamówienia w stosunku nakładów, które będą przez zamawiającego ponoszone. Efekty te można uzyskać wówczas, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego będzie odpowiednio przygotowane. W zakres przygotowania, które oddziałuje na uzyskanie rezultatów zgodnych z zasadą efektywności wchodzi zarówno odpowiednie określenie a potem opis przedmiotu zamówienia, jak i odpowiednie dobranie narzędzi i technik do zastosowania w postępowaniu. Przygotowanie do udzielenia zamówienia publicznego powinno przede wszystkim dać odpowiedź na pytania: dlaczego zamówienie ma być udzielone? Co będzie przedmiotem zamówienia? Jakie cele są do osiągnięcia poprzez udzielenie zamówienia? Czy jest możliwe i uzasadnione włączenie celów społecznych, środowiskowych, a może rozwiązań innowacyjnych? Jakimi sposobami można te cele osiągnąć? Czy, a jeżeli tak to w jaki sposób, zamawiający może poradzić sobie samodzielnie z organizacją postępowania? Co będzie wyznacznikiem osiągnięcia tych wszystkich założonych efektów i celów w przyszłości? Są to niewątpliwie elementy, które służą realizacji zasady efektywności.



## Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Etap planistyczny czyli przygotowania do udzielenia zamówienia, na który składa się szereg procesów i czynności analitycznych i organizacyjnych dających zamawiającemu wiedzę na temat koniecznych działań i zasad, którymi musi kierować się przy udzieleniu zamówienia, aby osiągnąć pożądaną rezultat jest zresztą na tyle decydujący o istotnych kwestiach dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że bez przygotowania postępowania pod kątem zasady efektywności nie byłoby praktycznie możliwe realizowanie zasady efektywności przy udzielaniu zamówienia. Dlatego właściwie zaraz po podjęciu decyzji o wydatkowaniu środków finansowych w związku z udzielaniem zamówienia uzasadnione jest zaplanowanie wdrożenia zasady efektywności czyli rozważenie w jaki sposób można zagwarantować sobie, aby nabywane dostawy, usługi lub roboty budowlane efektywnie realizowały zakładane do osiągnięcia cele (wymagania, które muszą spełniać, mierniki, które mogą być wykorzystane), aby były one nabywane na możliwie najlepszych warunkach, w tym pozostawały w najlepszej relacji jakości do ceny (opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji, kryteria oceny ofert).

Na właściwy efekt realizacji zamówienia składa się również odpowiednia treść umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym zdefiniowanie, co powinno być wykazane przez wykonawcę jako osiągnięte i wymienione oczekiwania, które powinny być spełnione. Umowa powinna również stanowić podstawę do dobrej komunikacji między zamawiającym i wykonawcą (służy temu wskazanie w umowie ścieżek komunikacji w odniesieniu do różnych zagadnień problemowych, które mogą zrodzić się w związku z realizacją umowy). Umowa powinna stanowić podstawę do budowania produktywniej relacji służącej efektywnej realizacji zamówienia na linii wykonawca-zamawiający, opartej o dobrą komunikację i wzajemne zaufanie.

Czynnikami, który ma wpływ na efektywne udzielanie zamówienia są również ryzyka związane z realizacją zamówienia. Zdefiniowanie ich podczas planowania zamówienia, ustalenie sposobu zarządzania tymi ryzykami, a także włączenie tego elementu do umowy w sprawie zamówienia publicznego również stanowi element dbałości o efektywne udzielanie zamówienia.

**Rozwiązania prawne w ustawie Pzp wspierające zasadę efektywności.** Realizacja zasady efektywności jest wspierana w ustawie Pzp różnymi rozwiązaniami prawnymi takimi jak: obowiązek określania strategii zakupowych przez centralne organy administracji rządowej (art. 22 ustawy Pzp), stosowanie komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 61 ust. 1 ustawy Pzp), obowiązek dokonywania przez zamawiających analizy potrzeb i wymagań (art. 83 ustawy Pzp), dążenie do eliminacji konfliktu interesów i korupcji w postępowaniu (art. 56 ustawy Pzp), czy obowiązek sporządzenia przez zamawiającego raportu z realizacji zamówienia połączonego z ewaluacją realizacji umowy (art. 446 ustawy Pzp). Rozwiązania te mają na celu bądź wprowadzenie rozwiązań służących podejściu strategicznemu do zamówień publicznych,



## Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

związanych także z odpowiednim planowaniem zamówienia bądź wyeliminowaniu zagrożeń, jakie mogą zakłócić udzielanie i realizację zamówienia zgodnie z zasadą efektywności.

### **Analiza potrzeb i wymagań**

**Wprowadzenie.** Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy Pzp, zobowiązanie zamawiających do dokonywania analizy potrzeb i wymagań ma służyć zwiększeniu efektywności systemu zamówień publicznych.

Wymóg sporządzenia analizy potrzeb i wymagań ma w założeniu przyczyniać się do lepszego przygotowania procesu udzielania zamówienia publicznego. Stanowi on wyraz zwiększenia roli etapu przygotowania zamówienia, który rzutuje bezpośrednio na wszystkie następne etapy procesu zakupowego. Ma być instrumentem powiązania udzielanych zamówień publicznych z celami państwa, w szczególności przez odpowiednie przygotowanie największych zakupów.

**Obowiązek dokonania analizy potrzeb i wymagań w ujęciu podmiotowym oraz w stosunku do wartości zamówienia.** Jakkolwiek samo określenie potrzeb i wymagań zamawiającego, który rozważa udzielenie zamówienia publicznego, wynika już z zasady efektywności postępowania i powinno mieć miejsce w zasadzie w przypadku przygotowania wszystkich postępowań, do których będzie miała zastosowanie ustawa Pzp, to jednak dla określonej ustawą Pzp grupy zamawiających będzie powstawał obowiązek przeprowadzenia analizy potrzeb i wymagań w szerszym, określonym ustawą Pzp zakresie, wychodzącym poza samo językowe znaczenie pojęcia analizy potrzeb i wymagań.

#### **Art. 83 ust. 1 ustawy Pzp**

Zamawiający publiczny, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje analizy potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia.

Zamawiającymi, którzy muszą dokonywać analizy potrzeb i wymagań przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są tylko zamawiający publiczni, a więc podmioty wymienione w art. 4 ustawy Pzp:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869, 1622 i 1649);
- 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

- 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
  - a) finansują je w ponad 50% lub
  - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
  - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
  - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;
- 4) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 lub 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3.

Analiza potrzeb i wymagań nie jest zatem obowiązkowa w przypadku zamawiających subsydiowanych.

Ze względu usytuowanie art. 83 w Dziale II ustawy Pzp dotyczącym postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, obowiązkiem analizy potrzeb i wymagań są objęte zamówienia publiczne, których zakładana wartość jest równa lub przekracza progi unijne. W tym, ze względu na brzmienie art. 359 pkt 1 ustawy Pzp, sporządzanie analizy potrzeb i wymagań dotyczy również udzielania zamówień klasycznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi w przypadku, gdy wartość zamówienia wyrażona w złotych jest równa lub przekracza równowartość kwoty 750 000 euro. Obowiązek sporządzenia analizy potrzeb i wymagań nie dotyczy, ze względu na treść art. 362 pkt 1 ustawy Pzp - zamówień sektorowych, a z uwagi na treść art. 395 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret pierwsze – - zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Obowiązek dokonania analizy potrzeb i wymagań jest również wyłączony, ze względu na treść art. 266 ustawy Pzp, w przypadku zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne.

Mimo, że ustalenie szacunkowej wartości zamówienia, która przesądza o braku lub o obowiązku dokonania analizy potrzeb i wymagań, stanowi z zasady dopiero następstwo analizy potrzeb i wymagań, ocena dotycząca obowiązku dokonania analizy jest możliwa zazwyczaj już w oparciu o wstępne założenia dotyczące przewidywanej wartości zamówienia. W przypadku, gdy wstępne założenia zamawiającego, że szacunkowa wartość zamówienia będzie mniejsza niż progi unijne okażą się mylne i ustalona wartość zamówienia sięgnie progu unijnego, przed wszczęciem postępowania, bez względu na stan zaawansowania przygotowań do udzielenia zamówienia, powstanie obowiązek sporządzenia analizy potrzeb i wymagań.

Ustawa Pzp nie określa czasu ani terminu, w którym analiza potrzeb i wymagań ma zostać przeprowadzona. Może to być dowolny czas przed wszczęciem postępowania. Takie elastyczne podejście do tego obowiązku wynika przede wszystkim z różnego charakteru zamówień i różnego stopnia ich skomplikowania, a co za tym idzie z różnego nakładu pracy niezbędnego do



## Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

przygotowania postępowania, częścią którego jest analiza potrzeb i wymagań. Ponieważ analiza potrzeb i wymagań ma służyć właściwemu przygotowaniu postępowania nie powinna mieć wyłącznie charakteru formalnego, i być przeprowadzana jedynie w celu wypełnienia obowiązku ustawowego. Stąd, jakkolwiek nie wynika to wprost z treści ustawy Pzp wydaje się, że aby analiza potrzeb i wymagań mogła właściwie wypełniać swoją rolę powinna być na tyle aktualna, żeby w oparciu o informacje w niej zawarte było możliwe podejmowanie przez zamawiającego racjonalnych decyzji co do sposobu zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb, w szczególności decyzji dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i odpowiedniego doboru trybu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak zostało wskazane w uzasadnieniu do projektu Pzp, wymóg sporządzenia analizy potrzeb i wymagań ma w założeniu przyczyniać się do lepszego przygotowania procesu udzielania zamówienia publicznego. Stanowi on wyraz zwiększenia roli etapu przygotowania zamówienia, który rzutuje bezpośrednio na wszystkie następne etapy procesu zakupowego. Ponadto, dokonanie analizy poprzedzającej udzielenie zamówienia ma pozwolić na pełniejsze wdrożenie zasad funkcjonujących na gruncie finansów publicznych, gdyż zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869 z późn. zm.) wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

**Tryb udzielania zamówienia a odstąpienie od obowiązku dokonania analizy potrzeb i wymagań.** Analiza potrzeb i wymagań jest związana z odpowiednim do charakteru zamówienia zaangażowaniem czasowym. Przeprowadzenie analiz w wymaganym ustawą Pzp zakresie w przypadkach udzielania zamówień związanych z pilną potrzebą udzielenia zamówienia byłoby niecelowe albo wręcz niemożliwe.

### **Art. 83 ust. 4 ustawy Pzp**

Zamawiający publiczny może odstąpić od dokonania analizy potrzeb i wymagań, w przypadku gdy zachodzi podstawa udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, o której mowa w art. 209 ust. 1 pkt 4, lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5.





### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W przypadku udzielania przez zamawiających publicznych zamówienia klasycznego o wartościach unijnych, jest możliwe odstępianie od obowiązku dokonania analizy potrzeb i wymagań w dwóch sytuacjach:

- 1) gdy zamawiający udziela takiego zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć a nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;
- 2) gdy zamawiający udziela takiego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

W obu wskazanych wyżej sytuacjach czynnikiem decydującym jest potrzeba szybkiego wszczęcia postępowania bądź z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia bądź z uwagi na konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Możliwość odstępiania od obowiązku dokonania analizy potrzeb i wymagań dotyczy zatem sytuacji udzielania zamówienia w okolicznościach wyjątkowych, związanych z brakiem czasu niezbędnego do przeprowadzenia analiz. Jednocześnie możliwość odstępiania od obowiązkowej analizy potrzeb i wymagań nie oznacza, że zamawiający takiej analizy nie może wykonać jeżeli uzna, iż jest ona potrzebna. Ponadto nawet w przypadkach, gdy zamawiający odstąpi od sporządzania takiej analizy w warunkach określonych art. 83 ust. 4 Pzp przy udzielaniu zamówień nadal obowiązuje i powinna być przestrzegana zasada efektywności, która wymaga podjęcia przez zamawiającego działań zmierzających w kierunku uzyskania najlepszego stosunku jakości uzyskiwanego zamówienia w stosunku do środków przeznaczonych na finansowanie zamówienia. Działanie zgodne z zasadą efektywności nawet w warunkach pilnej czy natychmiastowej potrzeby udzielenia zamówienia wymusza, w takim zakresie jak to jest możliwe, zastosowanie elementów planowania i podejmowania działań racjonalnych umożliwiających osiągnięcie zakładanych rezultatów.

**Zakres działań objętych obowiązkiem analizy potrzeb i wymagań.** Elementami koniecznymi analizy potrzeb i wymagań są działania ukierunkowane na pozyskanie przez zamawiającego informacji niezbędnych do podjęcia decyzji o udzielaniu zamówienia.



### Art. 83 ust. 2

Analiza, o której mowa w ust. 1, obejmuje w szczególności:

- 1) badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych;
- 2) rozeznanie rynku:
  - a) w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb,
  - b) w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazuje, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia.

Na analizę potrzeb i wymagań składają się nie tylko dokonywane ustalenia, ale również określone działania, które powinny być podjęte przez zamawiającego w celu dokonania takich ustaleń. Do takich działań należy rozeznanie czy potrzeby, które zamawiający zidentyfikował muszą być zaspokojone poprzez zakup dostaw, usług lub robót budowlanych na zewnątrz organizacji zamawiającego czyli na rynku, czy też potrzeby te mogą być zaspokojone przy wykorzystaniu sił własnych zamawiającego, w tym z wykorzystaniem podległych jednostek organizacyjnych. Zaspokojenie zidentyfikowanych potrzeb zamawiającego z wykorzystaniem zasobów własnych obejmuje również udzielanie zamówień in-house. Do działań, które powinien podjąć zamawiający w ramach analizy potrzeb i wymagań należy również rozeznanie rynku w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb. Wydaje się, że w tym kontekście przez alternatywny środek należy rozumieć środek alternatywny do zamówienia publicznego. Oznacza to, że rozeznanie rynku w tym aspekcie powinno prowadzić do uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy istnieje inny niż zamówienie publiczne, lepszy sposób zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb. W tym zakresie, w zależności od charakteru zamówienia i jego wartości, może być rozważane czy istnieją warunki do zawarcia umowy partnerstwa publiczno – prywatnego (PPP) albo umowy koncesji. Warto zauważyć, że jest to działanie spójne z działaniem przewidzianym w dokumencie rządowym przyjętym w dniu 26 lipca 2017 r. przez Radę Ministrów pt. „Polityka Rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego”. Dokument ten przewiduje, że w przypadku dużych projektów (o wartości powyżej 300 mln PLN nakładów inwestycyjnych z budżetu państwa) planowanych do realizacji w formule tradycyjnej czyli zamówień publicznych powstaje obowiązek przeanalizowania przez zamawiającego także wykorzystania formuły PPP. Odpowiedzialna za projekt instytucja powinna przeprowadzić stosowną analizę oraz zasięgnąć niewiążącej opinii wyznaczonego podmiotu (np. ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego) przed podjęciem decyzji o sposobie realizacji projektu (tzw. „test PPP”). Opinia ta potwierdza zasadność realizacji przedmiotowych projektów w formule tradycyjnej tylko w przypadku, gdy formuła ta przynosić ma większe korzyści w całym cyklu życia projektu niż formuła PPP (z obowiązku uzyskania opinii są wyłączone m.in. projekty współfinansowane z funduszy UE, bezzwrotnych międzynarodowych



## Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

instrumentów finansowych, a także z sektora obronności)<sup>1</sup>. Ocena efektywności realizacji przedsięwzięcia w formule PPP została przewidziana również w ustawie o partnerstwie publiczno - prywatnym<sup>2</sup>. Zgodnie z art. 3a ust. 1 tej ustawy przed wszczęciem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego podmiot publiczny sporządza ocenę efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego w porównaniu do efektywności jego realizacji w inny sposób, w szczególności przy wykorzystaniu wyłącznie środków publicznych.

Równocześnie rozeznanie rynku przeprowadzane przez zamawiającego powinno prowadzić do ustaleń w zakresie możliwych sposobów (wariantów) realizacji zamówienia. Rozeznanie rynku, a zwłaszcza rozeznanie rynku z wykorzystaniem wstępnych konsultacji rynkowych (por. art. 84 ustawy Pzp) może prowadzić do stwierdzenia, że rynek oferuje różne warianty realizacji zamówienia, ale również na podstawie rozeznania rynku zamawiający może dojść do wniosku, że rynek oferuje wyłącznie jeden sposób realizacji zamówienia.

**Zakres informacji objętych analizą potrzeb i wymagań.** Ustawa Pzp określa zakres informacji, których ma dostarczać analiza potrzeb i wymagań. Oprócz ustaleń dokonanych przez zamawiającego w zakresie działań związanych z badaniem sposobów zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb zamawiającego, tj. odpowiedzi na pytanie czy zaspokojenie tych potrzeb jest możliwe przy użyciu zasobów własnych zamawiającego, a także wyników rozeznania rynku w zakresie alternatywnych niż zamówienie publiczne sposobów zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb zamawiającego oraz możliwych wariantów realizacji zamówienia w przypadku jego udzielania, analiza potrzeb i wymagań powinna dostarczać informacji mających znaczenie bezpośrednio dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

### **Art. 83 ust. 3 Pzp**

Analiza, o której mowa w ust. 1, wskazuje:

- 1) orientacyjną wartość zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów, o których mowa w ust. 2 pkt 2 lit. b;
- 2) możliwość podziału zamówienia na części;
- 3) przewidywany tryb udzielenia zamówienia;
- 4) możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia;
- 5) ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia.

<sup>1</sup> UCHWAŁA NR 116/2017 RADY MINISTRÓW z dnia 26 lipca 2017 roku w sprawie przyjęcia dokumentu „Polityka Rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego, str. 28, ([www.ppp.gov.pl/polityka-zarzadu](http://www.ppp.gov.pl/polityka-zarzadu)).

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno – prywatnym (Dz.U. z 2020 r. poz. 711).



## Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Analiza potrzeb i wymagań powinna wskazywać na orientacyjną wartość zamówienia odrębnie dla każdego z wariantów realizacji zamówienia ustalonych w ramach rozeznania rynku. Jest oczywiste, że w przypadku, gdy rozeznanie rynku prowadzi do konkluzji, że jest tylko jedno rozwiązanie, które może posłużyć realizacji zamówienia, orientacyjna wartość jest odnoszona tylko do tego jednego rozwiązania. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia orientacyjnej wartości zamówienia. Posiłkując się określeniem wartości zamówienia (art. 28 ustawy Pzp) możemy przyjąć, że orientacyjną wartością zamówienia jest przewidywane szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy netto, określone przez zamawiającego w oparciu o dostępne w trakcie sporządzania analizy dane.

Z analizy potrzeb i wymagań powinno również wynikać czy zamówienie może być podzielone na części. Ponadto powinna ona dostarczać informacji o przewidywanym trybie udzielenia zamówienia, możliwości uwzględnienia w zamówieniu aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych, a także o ryzykach związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i z realizacją zamówienia. Przy czym mówiąc o ryzyku, należy je w tym kontekście rozumieć jako niepewność co do rezultatu (wyniku), niezależnie od tego czy niepewność ta jest odnoszona do aspektu pozytywnego jak szansa albo negatywnego w postaci zagrożenia. Ryzyka mogą być związane z aspektami rynkowymi jak np. ryzyko popytu, a także być zależne od zamawiającego jak np. ryzyko zmiany wymagań, mogą zależeć od wykonawcy jak np. ryzyko utraty wykwalifikowanego personelu wykonawcy, ryzyko opóźnienia czy ryzyko związane z kosztami dodatkowymi, mogą również być również niezależne jak np. ryzyka dotyczące zmiany przepisów prawa, w tym zmiany wymagań określonych tymi przepisami.

Powyższy zakres informacji składający się na analizę potrzeb i wymagań jest prawnie wymagany, jakkolwiek wydaje się niewyczerpujący z perspektywy decyzji podejmowanych w oparciu o te dane przez zamawiającego. Zgodnie z celem jaki przyświecał włączeniu do ustawy Pzp obowiązku sporządzania analizy potrzeb i wymagań, ma to być instrument służący lepszemu przygotowaniu procesu udzielania zamówienia publicznego, co oznacza że analiza potrzeb i wymagań powinna dostarczać wszystkich informacji niezbędnych do podjęcia właściwych decyzji w odniesieniu do udzielania zamówienia, a w szczególności do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Zgodnie z dyrektywą wynikającą z art. 83 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający dokonuje analizy potrzeb i wymagań uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia. Oznacza to, że analiza potrzeb i wymagań powinna być w każdym przypadku odpowiednia, dostosowana do charakteru i stopnia skomplikowania zamówienia a co za tym idzie – powinna obejmować informacje istotne dla przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z których wynikać będzie dlaczego zamawiający podjął takie a nie inne decyzje dotyczące udzielania zamówienia.

Warto zauważyć, że wymagane ustawą Pzp informacje dotyczące podziału zamówienia na części, przewidywanego trybu udzielenia zamówienia i zastosowania możliwości uwzględnienia w zamówieniu aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych, a także ryzyk związanych



### Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i z realizacją zamówienia nie odnoszą się do różnych wariantów realizacyjnych zamówienia (o ile badanie rynku nie wykazało istnienia tylko jednego wariantu realizacyjnego), ale do konkretnego wariantu. Oznacza to że informacje te odnoszą się do wariantu realizacji zamówienia wybranego przez zamawiającego jako wariant optymalny, najkorzystniejszy z perspektywy efektywności udzielania zamówienia. W aspekcie zasady efektywności udzielania zamówienia podjęcie przez zamawiającego decyzji o wyborze sposobu (wariantu) realizacji zamówienia ma fundamentalne znaczenie. Ustawa Pzp nie wymaga zastosowania w tym celu w ramach analizy potrzeb i wymagań narzędzi przeznaczonych do analizy kosztowej ani nawet nie wymaga podania informacji na temat podstaw wyboru określonego wariantu realizacji zamówienia. Wydaje się jednak, że wskazane byłoby zapewnienie dostarczenia takich informacji jako wyniku przeprowadzonego przygotowania postępowania, którego istotną częścią, decydującą dla określenia optymalnego sposobu udzielenia zamówienia ma być analiza potrzeb i wymagań.

Ustawa Pzp nie wymaga żadnej określonej postaci materialnej, jaką musi przybrać analiza potrzeb i wymagań. Z art. 83 ust. 3 Pzp wynika, że analiza potrzeb i wymagań powinna wskazywać określone treści, z którymi można się zapoznać („analiza wskazuje”), stąd należy wnosić, że chodzi tu o pisemną analizę czyli o pewien dokument czy zbiór dokumentów w postaci papierowej lub elektronicznej. Przy czym w tym kontekście pod pojęciem dokumentu należy rozumieć każdą tworzącą logiczną całość treść, którą można odczytać i przechować bez dodatkowych wymogów co do układu, formy i obowiązkowych elementów struktury. Wniosek o ujęciu analizy potrzeb i wymagań w postaci papierową lub elektroniczną zdaje się również wynikać z roli jaką odgrywać ma analiza potrzeb i wymagań jako zbiór informacji istotnych dla przeprowadzenia postępowania.