

2011

Nowe podejście do zamówień publicznych – wybrane zagadnienia

Nowe podejście
do zamówień publicznych
– wybrane zagadnienia

Nowe podejście do zamówień publicznych – wybrane zagadnienia

Zbiór opracowań wydanych w latach 2010 – 2011 w ramach projektu systemowego „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

Opracowanie:

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości
Urząd Zamówień Publicznych

Autorzy tekstów:

mgr Zbigniew Kłoda
Dariusz Koba
prof. dr hab. Andrzej Panasiuk
Mateusz Szymczak

Wydawca:

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości
ul. Pańska 81/83
00-834 Warszawa
www.parp.gov.pl

© Copyright by Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2011

Publikacja współfinansowana przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

Publikacja bezpłatna

ISBN 978-83-7633-039-6

Wydanie I

Nakład 8 000 egz.

Przygotowanie do druku, druk i oprawa:

Agencja Reklamowo-Wydawnicza A. Grzegorzczak

Wstęp

Nowe podejście do zamówień publicznych oznacza wprowadzenie nowoczesnego systemu zamówień, w którym istotnymi elementami przy udzielaniu zamówień publicznych są: innowacyjność, nowoczesne rozwiązania elektroniczne oraz kryteria ekologiczne i społeczne. Jednym z kluczowych rozwiązań w nowym podejściu jest opracowanie takiej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która pozostawia wykonawcom możliwie dużo swobody w proponowaniu innowacyjnych rozwiązań. W większym stopniu mogą mieć tu zastosowanie tryby inne niż przetarg nieograniczony, a także narzędzia elektroniczne usprawniające proces udzielania zamówień.

Publikacja ma na celu przybliżenie zagadnień wynikających z nowego podejścia do zamówień publicznych i stanowi zbiór opracowań wydanych w 2010 i 2011 roku przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości:

- Informator o projekcie Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo, realizowanym w partnerstwie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości i Urzędu Zamówień Publicznych
- Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw
- Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom
- Instrumenty elektroniczne w procesie udzielania zamówień publicznych

Opracowania zostały przygotowane w ramach projektu systemowego „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego, Program Operacyjny Kapitał Ludzki, Działanie 2.1 „Rozwój kadr nowoczesnej gospodarki”, Poddziałanie 2.1.3 „Wsparcie systemowe na rzecz zwiększania zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw”.

Projekt jest realizowany w partnerstwie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości i Urzędu Zamówień Publicznych a jego beneficjentami ostatecznymi są uczestnicy rynku zamówień publicznych. Informacje o projekcie znajdują Państwo w pierwszej części opracowania. Zachęcamy do lektury i udziału w projekcie.

Spis treści

1. Informator o projekcie „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”	7
2. Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw	17
Informacje wprowadzające	18
A. Przedmiot zamówienia	22
1. Określenie zakresu zamówienia i podział zamówienia na części	22
2. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych	24
3. Wymagania przedmiotowe w zakresie oddziaływania na środowisko	24
4. Dialog techniczny	25
5. Wymagania społeczne	26
B. Tryb udzielenia zamówienia	26
1. Tryby negocjacyjne	27
2. Konkurs	27
3. Zamówienia przedkomercyjne	28
4. Aukcja i licytacja	29
5. Narzędzia elektroniczne	29
C. Warunki udziału w postępowaniu i sposób oceny ich spełniania	30
1. Wiedza i doświadczenie wykonawcy	30
2. Warunki „środowiskowe”	31
3. Promocja zatrudnienia osób niepełnosprawnych	32
D. Kryteria oceny ofert	32
1. Kryterium cenowe	32
2. Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie	35
3. Kryteria podmiotowe	34
4. Oferty wariantowe	35
E. Istotne postanowienia umowy	36
1. Zarządzanie ryzykiem w umowach o zamówienie publiczne	36
2. Zaliczki	37
3. Płatności	38
F. Podsumowanie	39
3. Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom	41
Wstęp	42
I. Podstawowe pojęcia i teorie dotyczące innowacji i procesów innowacyjnych	43
II. Podejście do innowacyjnych zamówień publicznych w Unii Europejskiej oraz w Polsce	45
III. Praktyczne wskazówki – jak wdrażać innowacyjne zamówienia	52
1. Działaj jako inteligentny podmiot zorientowany na innowacje	52
2. Upublicznij swoje zamierzenia	54
3. Informuj potencjalnych wykonawców	55
4. Konsultuj koncepcje z rynkiem przed udzieleniem zamówienia publicznego	56
5. Pozwól rynkowi zaproponować kreatywne rozwiązania	58

6. Jaką procedurę wybrać z punktu widzenia realizacji założeń polityki ukierunkowanej na innowacje?	58
6.1. Konkurs	59
6.2. Dialog konkurencyjny	61
6.3. Tryb negocjacyjny	62
6.3.1. Negocjacje z ogłoszeniem	63
6.3.2. Negocjacje bez ogłoszenia	64
6.4. Innowacyjne zamówienia poza procedurami zamówień publicznych	65
7. Przygotuj postępowanie tak, by uzyskać największy możliwy efekt z posiadanych nakładów finansowych (value for money)	65
7.1. Możliwość składania ofert wariantowych i równoważnych	67
7.2. Warunki przedmiotowe	69
7.3. Kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty	72
8. Zaproponuj odpowiednie zapisy w umowie, by zachęcić do innowacyjnych rozwiązań	76
9. Dokonaj analizy ryzyka	78
Zakończenie	80
4. Instrumenty elektroniczne w procesie udzielania zamówień publicznych	81
Licytacja elektroniczna	84
Aukcja elektroniczna	95
Ogłoszenie o zamówieniu	98
Zaproszenie do udziału w aukcji	98
Proces aukcyjny	100
Zamknięcie aukcji	101

**Informator o projekcie
„Nowe podejście do zamówień publicznych
– szkolenia i doradztwo”
realizowanym w partnerstwie
Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości
i Urzędu Zamówień Publicznych**

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2011

Opracowanie:
Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości
Urząd Zamówień Publicznych
PM Group Sp. j.



Unia Europejska od kilku lat monitoruje przebieg, tryb i jakość postępowań o udzielenie zamówień publicznych na poziomie unijnym oraz dokonuje analiz porównawczych. Działania te wynikają ze słusznego założenia, że odpowiednie kształtowanie tego obszaru, charakteryzującego się znaczącym potencjałem oraz wielkością zaangażowanych środków publicznych, może poprawić skuteczność realizacji wybranych polityk na poziomie unijnym oraz na poziomie krajów członkowskich. Przygotowywane są rekomendacje w tym zakresie, wskazujące dobre praktyki, aby zwrócić uwagę na to, że zamówienia publiczne mogą być bardziej przyjazne sektorowi MSP, sprzyjać nabywaniu produktów innowacyjnych lub ekologicznych oraz towarów i usług o wysokiej jakości.

Dostrzegając istotny potencjał rynku zamówień publicznych również w naszym kraju w Planie Strategicznym Polskiej Agencji

Rozwoju Przedsiębiorczości na lata 2010-13, wskazano działania, które pozwolą wpływać na podnoszenie wiedzy MSP w zakresie zamówień publicznych, umożliwią identyfikowanie barier i formułowanie rekomendacji na rzecz upraszczania zasad udzielania zamówień publicznych oraz zwiększania dostępu małych i średnich przedsiębiorców do tego rynku.

W cel strategiczny *Tworzenie korzystnych warunków dla rozwoju innowacyjności przedsiębiorstw wpisuje się realizowany projekt systemowy „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”.*

Założenia projektu wynikają z rekomendacji wskazanych w dokumencie rządowym z 2008 r. *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*, opracowanym przez Ministerstwo Gospodarki we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych.

Urząd Zamówień Publicznych jest również partnerem w projekcie. Nawiązanie współpracy z centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest niezwykle istotne z punktu widzenia osiągnięcia celów przedsięwzięcia, zwłaszcza w obszarze działań kierowanych do zamawiających.

Projekt partnerski jest współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Podziałanie 2.1.3. *Wsparcie systemowe na rzecz zwiększania zdolności adaptacyjnych pracowników i przedsiębiorstw*. Działania szkoleniowo-doradcze są kierowane do poszczególnych uczestników rynku zamówień publicznych: podmiotów udzielających zamówień, małych i średnich przedsiębiorstw będących dostawcami towarów i usług, podmiotów biorących udział w kontroli prawidłowości stosowania prawa zamówień publicznych oraz podmiotów i instytucji świadczących usługi informacyjno-doradcze dla przedsiębiorców.

Działania będą prowadzone w całym kraju. Dotyczy to również badań i analiz rynku zamówień publicznych, które pozwolą zidentyfikować różnorakie bariery utrudniające wdrażanie nowego podejścia oraz sformułować rekomendacje i metody niwelujące te bariery. Prowadzona jest również kampania informacyjno-promocyjna, która przybliży zagadnienia nowego podejścia do zamówień publicznych.

Wyrażamy przekonanie, że projekt, który będzie realizowany do 2013 roku, przyczyni się do upowszechnienia rozwiązań przewidzianych w prawodawstwie polskim i dyrektywach Unii Europejskiej sprzyjających rozwojowi innowacyjności, badań naukowych oraz zwiększeniu uczestnictwa małych i średnich przedsiębiorstw w systemie zamówień publicznych.



Systematycznie rosnąca wartość rynku zamówień publicznych w Polsce wskazuje na istotne znaczenie tego obszaru dla gospodarki oraz tkwiący w nim wysoki potencjał. Efektywne moderowanie rynku zamówień publicznych, wzmacnianie konkurencyjności oraz promowanie rozwiązań innowacyjnych nabiera więc zasadniczego znaczenia. Właściwą drogą do osiągnięcia tych celów jest edukacja uczestników systemu zamówień publicznych, która będzie realizowana w ramach projektu *Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo*.

Projekt jest efektem prac na rzecz popularyzacji koncepcji nowego podejścia do zamówień publicznych, których rezultaty zostały zawarte w dokumencie rządowym z 2008 r., opracowanym przez Ministerstwo Gospodarki we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych: *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*.

Realizacja Projektu wpisuje się w politykę Urzędu Zamówień Publicznych, konsekwentnie od wielu lat wspierającą rozwój przedsiębiorczości i innowacyjności, ukierunkowaną na promowanie zrównoważonych zamówień publicznych. Urząd Zamówień Publicznych prowadził działania, w tym edukacyjne (konferencje, seminaria) i wydawnicze, zmierzające do wprowadzenia i upowszechnienia nowoczesnych rozwiązań, ujęte w *Krajowym Programie Reform na lata 2005-2008 na rzecz realizacji Strategii Lizbońskiej*. Były to:

- Przygotowanie i wdrożenie *Planu Działań w zakresie zielonych zamówień publicznych na lata 2007-2009* (konferencje i szkolenia, podręcznik „Zielone zamówienia publiczne”, tłumaczenie publikacji *Koszty i korzyści zielonych zamówień publicznych w Europie (Dobre praktyki)*),
- Wdrożenie i rozwój portalu internetowego m.in. wspomagającego przedsiębiorców w ubieganiu się o zamówienia publiczne,
- Wdrożenie nowych elektronicznych technik i metod udzielania zamówień publicznych.

Obecnie UZP realizuje zadania *Krajowy Plan Działań w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2010-2012, który został przyjęty przez Radę Ministrów 14 czerwca 2010 r.* Zielone zamówienia publiczne stanowią skuteczne narzędzie kształtowania zrównoważonych wzorców produkcji i konsumpcji oraz wprowadzania technologii środowiskowych i innowacyjnych rozwiązań prowadzących do poprawy konkurencyjności przedsiębiorstw. Obok aspektów środowiskowych Urząd zwraca uwagę na uwzględnianie kwestii społecznych w zamówieniach publicznych, m.in. poprzez zwalczanie różnych przejawów dyskryminacji i społecznego wykluczenia czy poprawę warunków pracy. Społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne mogą być istotnym narzędziem wsparcia zrównoważonego rozwoju na szczeblu unijnym i poszczególnych państw członkowskich.

Jednym z głównych celów projektu *Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo* jest promowanie rozwiązań przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych związanych z nowym podejściem do zamówień w celu ich szerszego stosowania. Procedura udzielania zamówienia publicznego to doskonały instrument, za pomocą którego można realizować zasadnicze cele: otwarcie na konkurencję na zasadach niedyskryminacyjnych, efektywne wydatkowanie środków oraz zwiększenie przejrzystości ich wydatkowania. Umiejętne wykorzystywanie odpowiednich instrumentów w procesie udzielania zamówień prowadzi do:

- Wzmacniania potencjału małych i średnich przedsiębiorstw,
- Podnoszenia stopnia innowacyjności produktów i kreowania powstawania nowych produktów i technologii,

- Podnoszenia innowacyjności administracji publicznej poprzez stosowanie procedur elektronicznych (e-zamówienia),
- Ochrony środowiska poprzez nabywanie produktów przyjaznych środowisku,
- Zwalczenia bezrobocia, zwiększania zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

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

Urząd Zamówień Publicznych zrealizował dotychczas szereg działań, wpływających na stosowanie nowego podejścia do zamówień publicznych, wśród których można wymienić:

- Odformalizowanie procedury otwartej (konkurencyjnej),
- Zlikwidowanie zbędnych barier w środkach ochrony prawnej,
- Zmniejszenie kosztów udziału w przetargach poprzez szybszy zwrot wadium oraz zabezpieczenia,
- Zwiększenie nadzoru nad trybami niekonkurencyjnymi (w efekcie ponad 13% wzrost liczby przetargów zapewniających otwarty dostęp wykonawcom),
- Poszerzenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne (dopuszczenie do odwoływania się do potencjału podmiotów trzecich, uregulowanie kwestii związanych ze stawianiem warunków formalnych i wprowadzenie jednoznacznej zasady dopuszczalności podwykonawstwa),
- Elektronizacja systemu zamówień publicznych,
- Promowanie zamówień publicznych jako instrumentu ochrony środowiska,
- Uregulowania dotyczące kwestii społecznych (zatrudnianie osób niepełnosprawnych czy bezrobotnych),
- Współpraca z organizacjami branżowymi w celu promowania innych niż cenowe kryteriów oceny ofert,
- Działania w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego.

Plany kolejnych inicjatyw legislacyjnych ukierunkowanych na wdrażanie nowego podejścia do zamówień publicznych dotyczą m.in.:

- Wprowadzenia dialogu technicznego jako instrumentu wspierającego podnoszenie innowacyjności produktów,
- Ułatwienia w zakresie stosowania licytacji i aukcji elektronicznej oraz dynamicznego systemu zakupów,
- Dalszej likwidacji barier formalnych w dostępie do zamówień publicznych, szczególnie małym i średnim przedsiębiorcom poprzez zmniejszenie kosztów udziału w postępowaniu (ograniczenie ryzyka utraty wadium), ograniczenie wymogów dotyczących składanych dokumentów (system kwalifikowania wykonawców w „zamówieniach sektorowych”),
- Szerszego otwarcia rynku na konkurencję poprzez uregulowanie zasad udzielania zamówień sektorowych poniżej progów unijnych.

Wyrażamy nadzieję, że projekt Nowe podejście do zamówień publicznych spotka się z zainteresowaniem przedsiębiorców i zamawiających oraz przyniesie w efekcie szersze niż dotychczas stosowanie rozwiązań innowacyjnych.

Jacek Sadowy – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Informacja na temat działań Urzędu Zamówień Publicznych

Działania Urzędu Zamówień Publicznych podejmowane w projekcie „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo” przede wszystkim koncentrują się na organizacji i prowadzeniu szkoleń dla zamawiających oraz aktywności informacyjno-promocyjnej.

W latach 2010 – 2013 Urząd zorganizuje 50 dwudniowych szkoleń, na terenie całej Polski, dla przedstawicieli administracji publicznej, w tym rządowej centralnej i terenowej oraz samorządowej. Planowane jest przeszkolenie 1000 osób zatrudnionych w administracji publicznej, zajmujących się zamówieniami publicznymi, reprezentujących 500 zamawiających.

Przyjęty harmonogram szkoleń wskazuje, iż w 2011 r. zostanie przeprowadzonych 17 szkoleń, w 2012 r. – 18 oraz w 2013 r. – 13. W 2010 roku odbyły się dwa szkolenia. Rekrutacja będzie prowadzona przez Urząd Zamówień Publicznych. Do instytucji będą kierowane zaproszenia do udziału w szkoleniach.

Zakres tematyczny przedsięwzięć edukacyjnych bezpośrednio nawiązuje do rekomendacji wskazanych w dokumencie rządowym z 2008 r. „Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój”, opracowanym przez Ministerstwo Gospodarki we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych i dotyczy:

- 1) kryteriów oceny ofert – różnicowania kryteriów, dostosowania kryteriów do przedmiotu zamówienia,
- 2) trybów negocjacyjnych,
- 3) rozwiązań innowacyjnych,
- 4) korzystania z instrumentów elektronicznych w postępowaniach o zamówienie publiczne.

Działania informacyjno-promocyjne realizowane będą poprzez opracowanie materiałów informacyjno-promocyjnych oraz publikacji związanych z funkcjonowaniem rynku zamówień publicznych w kontekście nowego podejścia do zamówień publicznych.

Urząd udostępni za pośrednictwem instrumentów elektronicznych (w tym przede wszystkim strony internetowej) materiały edukacyjne i informacyjne adresowane do zamawiających i wykonawców.



Podczas realizacji projektu organizowane będą również konferencje dla beneficjentów projektu oraz spotkania informacyjne dla osób zajmujących się kontrolą udzielania zamówień publicznych.

Zakłada się, iż efektem przedsięwzięć realizowanych przez Urząd będzie otwarcie zamawiających na innowacyjność i nowoczesne rozwiązania, szersze stosowanie instrumentów elektronicznych w procedurze udzielania zamówień publicznych, korzystanie z trybów negocjacyjnych oraz stosowanie kryteriów oceny ofert adekwatnych do przedmiotu zamówienia (jakość, koszty użytkowania, rentowność, itd.) i ograniczenie praktyki stosowania wyłącznie kryterium ceny.

Informacje o aktualnych wydarzeniach w projekcie będą zamieszczane na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

Dane teleadresowe UZP

Urząd Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

www.uzp.gov.pl

Usługa szkoleniowo-doradcza w zakresie nowego podejścia do zamówień publicznych

W ramach usługi szkoleniowo-doradczej w zakresie nowego podejścia do zamówień publicznych wykonawca przeprowadzi działania mające na celu:

- wzrost wiedzy przedsiębiorców w zakresie ustawy Prawo zamówień publicznych,
- nabycie praktycznych umiejętności zastosowania rozwiązań przewidzianych ustawą, ukierunkowanych na wybór innowacyjnych i nowoczesnych produktów i usług,
- nabycie praktycznych umiejętności zastosowania środków elektronicznych w procesie udzielania zamówień publicznych,

w kontekście nowego podejścia do zamówień publicznych.

W usłudze przewidziano trzy komponenty:

Komponent I

Przeprowadzenie szkoleń, mających na celu zwiększenie teoretycznej i praktycznej wiedzy przedsiębiorców oraz ich pracowników w zakresie nowego podejścia do zamówień publicznych.

Zakres

- Szkoleniami objętych zostanie 2000 osób z 1500 podmiotów,
- Każda z osób weźmie udział w 4-dniowym szkoleniu (2 x po 2 dni),
- Szkolenia będą miały charakter zarówno teoretyczny jak i praktyczny (warsztaty m. in. : aukcje elektroniczne, licytacje elektroniczne, dynamiczny system zakupów, podpis elektroniczny),
- Uczestnikom świadczone będą konsultacje bezpośrednio związane z tematyką szkoleń (3 godz./osobę, łącznie ok. 6000 godz.).

Tematyka szkoleń obejmie najważniejsze aspekty nowego podejścia, m.in.:

- Kryteria oceny ofert – różnicowanie kryteriów, dostosowanie kryteriów do przedmiotu zamówienia w kontekście nowego podejścia do zamówień publicznych,
- Procedury udzielania zamówień publicznych w wybranych krajach UE – jak przygotować się do udziału w europejskich postępowaniach,
- Ubieganie się o zamówienie publiczne przez podmioty z sektora MSP – konsorcja, podmioty trzecie, podwykonawstwo,
- Tryby negocjacyjne,
- Podział zamówienia na części i składanie ofert częściowych,
- Oferty uwzględniające rozwiązania innowacyjne.
- Korzystanie z instrumentów elektronicznych w postępowaniach

Tematyka szkoleń i doradztwa może być dostosowywana, w trakcie realizacji usługi, do aktualnych potrzeb szkoleniowych i doradczych, wynikających z przepisów prawa lub wyników badań przeprowadzonych w ramach projektu.



Komponent II

Przeprowadzenie doradztwa dla firm i instytucji świadczących usługi informacyjno-doradcze w zakresie prawa zamówień publicznych, mającego na celu zwiększenie teoretycznej i praktycznej wiedzy w zakresie nowego podejścia do zamówień publicznych na poszczególnych etapach procedury zamówień z naciskiem na możliwości zastosowania rozwiązań w praktyce.

Doradztwem objętych zostanie 1000 podmiotów świadczących usługi informacyjno-doradcze w zakresie Prawa zamówień publicznych, w tym:

- podmioty zarejestrowane w Krajowym Systemie Usług (KSU),
- punkty konsultacyjne,
- ośrodki Krajowej Sieci Innowacji KSU,
- podmioty, będące Regionalnymi Ośrodkami EFS.
- instytucje szkoleniowe specjalizujące się w szkoleniach z zakresu zamówień publicznych oraz doradcy udzielający przedsiębiorcom usług w zakresie prawa zamówień publicznych.

W ramach usługi zrealizowanych zostanie co najmniej 8000 godzin doradztwa.

Szkolenia i doradztwo będzie realizowane od II kw. 2011 roku do 2013 roku.

Komponent III

Utworzenie, prowadzenie i aktualizacja bazy podmiotów świadczących usługi informacyjno-doradcze i szkoleniowe oraz szkoleń w obszarze zamówień publicznych, celem ułatwienia dostępu MSP do tych usług. W bazie będą zawarte informacje o aktualnych szkoleniach oraz doradztwie świadczonym przez podmioty wprowadzone do bazy.

Baza będzie administrowana przez wykonawcę od chwili jej uruchomienia, które jest planowane na 2012 rok do 2013 roku.

Wykonawcą usługi szkoleniowo-doradczej w zakresie nowego podejścia do zamówień publicznych jest PM Group (Project Management Group) z siedzibą w Białymstoku.

PM Group jest firmą szkoleniowo-doradczą realizującą projekty o zasięgu ogólnopolskim i regionalnym. Od 2007 roku zrealizowała ponad 35 projektów szkoleniowych, w ramach których przeszkolono ponad 15 tysięcy osób. Z jej usług skorzystał szereg instytucji publicznych oraz przedsiębiorstw.

Kluczowe obszary działalności firmy to:

- Szkolenia,
- Doradztwo (w tym doradztwo strategiczne, wspieranie powiązań kooperacyjnych),
- Pozyskiwanie funduszy unijnych,
- Badania marketingowe.

Do realizacji usługi będzie zaangażowany zespół specjalistów z PM Group oraz eksperci specjalizujący się w obszarze zamówień publicznych ze strony podwykonawcy: Centrum Zamówień Publicznych.

Biuro projektu:

PM Group sp. j.

ul. Legionowa 28/101

15-281 Białystok

www.szkolenia-polska.pl

e-mail: biuro@szkolenia-polska.pl



Badania w projekcie „Nowe podejście do zamówień publicznych – szkolenia i doradztwo”

- Cykliczne badania rynku zamówień publicznych.
- Analizy dotyczące przedkomercyjnych oraz elektronicznych zamówień publicznych.



Badania są realizowane w trzech częściach.

Realizacja części I

Przeprowadzenie badań z zakresu udzielania zamówień publicznych w Polsce wśród:

- zamawiających,
- wykonawców,
- trenerów i doradców.

Obszary badawcze:

- identyfikacja barier w dostępie małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych oraz barier w rozwoju innowacyjnych zamówień publicznych,
- identyfikacja barier w rozwoju innowacyjnych zamówień publicznych,
- badania wśród trenerów i doradców świadczących usługi edukacyjne dla przedsiębiorstw z zakresu zamówień publicznych nt. barier sektora MSP w dostępie do zamówień publicznych i potrzeb informacyjnych środowiska szkoleniowego w obszarze zamówień publicznych.

Badanie obejmie następujące elementy:

- badania jakościowe w formie analizy desk research (opracowanie raportu z analizy desk research),
- badania jakościowe wśród zamawiających (studia przypadków),
- badania jakościowe wśród wykonawców z sektora MSP,
- badania jakościowe wśród trenerów i doradców,
- badania ilościowe wśród zamawiających i wykonawców,
- przygotowanie raportów z badań jakościowych,
- przygotowanie raportów podsumowujących.

Wykonawcą tej części zamówienia jest:

Pentor Research International
ul. Postępu 18b
02-676 Warszawa

Realizacja części II

Przeprowadzenie analizy nt. możliwości przeprowadzania innowacyjnych zamówień publicznych w Polsce, ze szczególnym uwzględnieniem przedkomercyjnych zamówień publicznych oraz zdefiniowanie barier ograniczających udzielanie tego typu zamówień oraz wskazanie możliwości pokonania tych barier. Zagadnienia będą analizowane w świetle przepisów krajowych i unijnych.

W wyniku przeprowadzonej analizy zostaną opracowane rekomendacje dotyczące:

- zakresu i sposobu promowania rozwiązań prawnych oraz dobrych praktyk związanych z innowacyjnymi i przedkomercyjnymi zamówieniami publicznymi,
- ewentualnych zmian krajowych przepisów prawa, których stosowanie ułatwiłoby rozwój przedkomercyjnych zamówień publicznych,
- zwiększenia świadomości i wiedzy na temat tej formy zamówień wśród zamawiających,
- tematyki i zakresu szkoleń dla zamawiających i wykonawców w obszarze zamówień innowacyjnych i przedkomercyjnych.

Wykonawcą tej części zamówienia jest:

Kancelaria Radcy Prawnego Irena Skubiszak-Kalinowska
ul. Balonowa 13/1
02-635 Warszawa



Realizacja części III

Przeprowadzenie analizy rozwoju elektronicznych zamówień w Polsce.

Celem analizy jest zdefiniowanie barier ograniczających udzielanie zamówień elektronicznych w Polsce, ustalenie barier dotyczących udziału wykonawców w zamówieniach elektronicznych i wskazanie możliwości ich pokonania. Powinno to pozwolić na dokonanie oceny możliwości zwiększenia ilości zamówień elektronicznych w Polsce w świetle przepisów krajowych i unijnych dotyczących zamówień publicznych.

W wyniku przeprowadzonej analizy powinny zostać zdefiniowane działania, które należy podjąć w celu zwiększenia liczby udzielanych zamówień elektronicznych w Polsce:

- w zakresie wzrostu świadomości i umiejętności udzielania zamówień elektronicznych wśród zamawiających w Polsce,
- w zakresie promowania zamówień elektronicznych i korzyści z ich stosowania,
- w zakresie tematyki i zakresu szkoleń oraz materiałów promocyjnych,
- w zakresie zmian przepisów prawa.

Wykonawcą tej części zamówienia jest:

Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o.
ul. Górnośląska 1/188
00-443 Warszawa

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

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2011

Autor tekstu: Dariusz Koba

Współpraca i konsultacje: Magdalena Olejarz

Informacje wprowadzające

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

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

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

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

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

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

Mimo zmiany przepisów oraz akcentów okazuje się, że większość zamawiających nie wykorzystuje wszystkich narzędzi, które przewiduje ustawa Pzp dla zwiększenia efektywności zamówień publicznych. Postępowanie zamawiających nie musi być schematyczne i nieelastyczne. Zamawiający mogą brać pod uwagę

wszystkie aspekty zamówienia i dostosować wymagania do specyfikacji zakupu. Wielokrotnie można jednak odnieść wrażenie, że celem zamawiającego jest jak najszybsze i „bezproblemowe” zawarcie umowy. Tymczasem procedura udzielania zamówienia nie służy szybkiemu zawieraniu umów (choć i ten aspekt nie jest bez znaczenia), lecz przede wszystkim zapewnieniu należytej realizacji zamówienia, maksymalnie efektywnemu zaspokojeniu potrzeb. Ustawa o finansach publicznych w art. 44 ust. 3 definiuje to w sposób następujący: „wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów”.

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

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

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

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

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

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

1) Opis przedmiotu zamówienia i przygotowanie postępowania

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

2) Tryb udzielenia zamówienia

- a) Usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności mogą być zlecane z pominięciem przepisów ustawy Pzp, jednak w celu zapewnienia optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, zamawiający może (powinien) prowadzić postępowania konkurencyjne, zwane przedkomercyjnymi zamówieniami.
- b) W przypadku skomplikowanych zamówień należy stosować tryby dialogu konkurencyjnego lub negocjacji z ogłoszeniem, gdyż jest to najlepszy sposób, aby ostatecznie, po rozmowach z wykonawcami, określić realne i najefektywniejsze warunki realizacji zamówienia.
- c) Tam, gdzie może to mieć zastosowanie, należy rozważyć zorganizowanie konkursu, zwłaszcza na opracowanie koncepcji nowatorskich rozwiązań.

- d) W przypadku standardowych zamówień należy częściej stosować aukcję elektroniczną oraz – w przypadku zamówień podprogowych – licytację elektroniczną, gdyż przynoszą one wyraźne oszczędności w stosunku do standardowego przetargu (bez aukcji) lub zapytania o cenę (poniżej progu).
- e) We wszystkich postępowaniach należy dopuszczać porozumiewanie się między zamawiającym a wykonawcami drogą elektroniczną, a także należy, w miarę możliwości, dopuszczać składanie ofert drogą elektroniczną.

3) Warunki udziału w postępowaniu

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

4) Kryteria oceny ofert

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

5) Istotne postanowienia umowy

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

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

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

A. Przedmiot zamówienia

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

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

1. Określenie zakresu zamówienia i podział zamówienia na części

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

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

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

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

Jeśli chodzi o zakres przedmiotowy zamówienia, czyli problem łączenia (lub nie) różnych dostaw w jedno zamówienie, to regulacja Dyrektywy klasycznej – Dyrektywa (2004/18/WE) jest następująca: Jeśli w przypadku zamiaru nabycia podobnych dostaw może dojść do zamówień udzielanych w tym samym czasie w różnych częściach, całkowita wartość szacunkowa wszystkich takich części jest uwzględniana przy szacowaniu wartości zamówienia (art. 9 ust. 5 pkt b). Zamówienie na dostawę winno więc obejmować **wszystkie**:

- 1) **planowane** do zakupienia
- 2) **w krótkim okresie czasu**
- 3) **produkty podobne**, czyli
 - a) **normalnie** (w standardowej ofercie) **dostępne u zapewniającej konkurencję liczby wykonawców i**
 - b) **przeznaczone do tego samego celu.**

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

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

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

Prawo europejskie (a za nim polskie) zawiera również rozwiązania dalej idące: **zamawiający może zdecydować o udzieleniu zamówienia w częściach**. Może się to odbyć albo poprzez dopuszczenie składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania, albo udzielanie zamówienia w odrębnych postępowaniach, których przedmiot obejmuje jedynie część zamówienia (np. część dostaw podobnych). Takie działanie w jeszcze większym stopniu wspiera MSP, które – ubiegając się jedynie o część zamówienia – muszą wykazać spełnianie warunków adekwatnych jedynie do tej części. Procedury te są mocno zalecane w niektórych przepisach krajowych (np. w Niemczech i we Francji). Należy jednak pamiętać, że dzieląc zamówienie na części zamawiający zobowiązany jest szacować wartość zamówienia z uwzględnieniem wartości wszystkich jego części i stosować do każdej z tych części procedury/przepisy właściwe ze względu na wartość zamówienia. Uklonem w kierunku MSP jest w tym wypadku derogacja od tej zasady przewidziana w ustawie Pzp, zgodnie z którą do poszczególnych części zamówienia można stosować przepisy właściwe ze względu na wartość tej części zamówienia, jeśli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość 80 000 euro dla dostaw i usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% zamówienia.

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

2. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych

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

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

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

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

3. Wymagania przedmiotowe w zakresie oddziaływania na środowisko

Wszędzie tam, gdzie może to mieć zastosowanie, należy w opisie przedmiotu zamówienia pamiętać o wymaganiach z zakresu ochrony środowiska czy też kwestiach społecznych, takich jak np. dostępność przedmiotu zamówienia dla osób niepełnosprawnych. Możliwość stawiania tego typu wymagań w odniesieniu do przedmiotu zamówienia daje omawiany w poprzednim punkcie przepis dotyczący formułowania wymagań funkcjonalnych: Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów ust. 1–3 (w oparciu o normy), jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Wymagania te mogą obejmować m.in. opis oddziaływania

na środowisko (art. 30 ust. 6 Pzp). Nie oznacza to jednak, że w przypadku powoływania norm nie należy formułować wymagań odnoszących się do środowiska naturalnego.

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

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

Należy jednak pamiętać, że ww. wymagania muszą mieć związek z przedmiotem zamówienia i nie można narzucać wymagań środowiskowych niezwiązanych z zamawianym produktem czy usługą, np. w przypadku zakupu mebli nie można domagać się, aby producent stosował w swoich biurach papier z makulatury. W celu ułatwienia identyfikacji ekologicznych produktów rozwijane są systemy znakowania (m.in. na podstawie dyrektywy w sprawie etykiet efektywności energetycznej, rozporządzenia w sprawie Energy Star, rozporządzenia w sprawie znakowania Ecolabel). Na razie, z uwagi na dobrowolność większości oznaczeń oraz ich różnorodność, co do zasady, nie można wymagać oznakowania produktu konkretną etykietą (spełnienie wymagań środowiskowych może zostać udowodnione także w inny sposób – inna, równoważna etykieta, ekspertyza itd.). Można natomiast:

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

4. Dialog techniczny

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

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

Oprócz ww. możliwości filozofia nowego podejścia zachęca do konsultowania rynku przed wszczęciem postępowania, zwanego w Dyrektywie **dialogiem technicznym**: „przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia instytucje zamawiające mogą, z wykorzystaniem dialogu technicznego, poszukiwać lub korzystać z doradztwa, które może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowywania specyfikacji” (pkt 8 Preambuły).

Dialog techniczny to możliwość zbadania opinii rynku i istniejących na nim rozwiązań zanim zacznie się proces przetargowy, w celu identyfikacji rozwiązań, które w największym stopniu spełniają potrzeby zamawiającego i które mogą znaleźć odzwierciedlenie w specyfikacji warunków zamówienia. Rozmowy z potencjalnymi wykonawcami, firmami konsultingowymi, ekspertami czy naukowcami nie mogą, oczywiście

ście, mieć skutku ograniczenia konkurencji, a zatem nie powinny dawać potencjalnemu wykonawcy konkurencyjnej przewagi, na przykład przez ustalenie specyfikacji technicznych przez odniesienie do takich specyfikacji, które spełnia jeden wykonawca, krajowy lub inny.

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

5. Wymagania społeczne

Ustawa Pzp jednoznacznie dopuszcza rozszerzenie opisu przedmiotu zamówienia o wymagania związane z realizacją zamówienia dotyczące:

- 1) zatrudnienia osób:
 - a) bezrobotnych lub młodocianych w celu przygotowania zawodowego, o których mowa w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
 - b) niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,
 - c) innych niż określone w lit. a lub b, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym – lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.
- 2) utworzenia funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, w którym wpłaty pracodawców stanowiąc będą co najmniej czterokrotność najniższej wpłaty określonej w tych przepisach;
- 3) zwiększenia wpłat pracodawców na rzecz funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, do wysokości określonej w pkt 2.

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

B. Tryb udzielenia zamówienia

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

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

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

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

1. Tryby negocjacyjne

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

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

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

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

- negocjacje z ogłoszeniem i
- dialog konkurencyjny.

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

2. Konkurs

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

Konkurs może stanowić doskonałą metodę opracowywania i testowania nowych pomysłów, rozwiązań, technologii. Warunki konkursu winny dawać wykonawcy maksymalną swobodę w doborze sposobu podejścia, wizji, rozwiązań, środków realizacji itp., a więc w maksymalnym stopniu promować kreatywność

wykonawców. Z natury rzeczy kryteria stosowane do wyboru najlepszej pracy konkursowej w niewielkim tylko zakresie (o ile w ogóle) poddają się algorytmizacji, choć – w miarę możliwości – zamawiający powinien konkretyzować sposób oceny prac, nie poprzestając jedynie na wskazaniu nazw kryteriów i ich wag (znaczenia).

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

3. Zamówienia przedkomercyjne

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

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

- ustawy nie stosuje się do przyznawania dotacji ze środków publicznych, jeżeli dotacje te przyznawane są na podstawie ustaw (art. 4 pkt 7),
- ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności (art. 4 pkt 3 ppkt e), co oznacza, że przepisom Pzp podlegają wyłącznie te usługi, które zarazem są w całości opłacane przez zamawiającego oraz służą tylko jemu.

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

Finansowanie nauki w tradycyjny sposób będzie nadal miało miejsce, podobnie jak udzielanie pomocy publicznej na dotychczasowych zasadach. W pewnym zakresie jednak można i należy zmienić to podejście. Niektóre nowatorskie projekty nie potrzebują dotacji „na projekt”, lecz szansy na rozwój. Mimo że są obiecujące, we wstępnych fazach obarczone są dużym ryzykiem, co skutkuje niechęcią sektora prywatnego do ich finansowania. W takiej sytuacji projekty te nie mają szansy na finansowanie na normalnych, rynkowych warunkach. Mogą jednak zostać sfinansowane przez sektor publiczny.

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

Zamówienia przedkomercyjne, mimo że w co do zasady nie podlegają procedurom zamówień publicznych, powinny jednak być udzielane z poszanowaniem podstawowych zasad przejrzystości, równego

traktowania i uczciwej konkurencji. Powinny także uwzględniać, tam gdzie będzie to miało zastosowanie, przepisy z zakresu pomocy publicznej oraz przewidywać odpowiednie rozwiązania związane z ochroną i przenoszeniem praw autorskich.

4. Aukcja i licytacja

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

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

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

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

Po drugie, w tym samym postępowaniu mogą być stosowane również kryteria niezmienne, niepoddawane procedurze aukcji, w tym kryteria niewymierne. Ocena oferty pisemnej w ramach tych kryteriów pozostaje niezmienna, a liczba punktów przyznana ofercie jest automatycznie dodawana (jako stała) do wzoru uwzględniającego kolejne postąpienia oferowane w ramach kryteriów podlegających aukcji. Procedura ta pozwala na opracowanie skomplikowanego algorytmu oceny ofert zapewniającego wybór najkorzystniejszej, niekoniecznie najtańszej oferty.

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

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

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

5. Narzędzia elektroniczne

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

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

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

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

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

C. Warunki udziału w postępowaniu i sposób oceny ich spełnienia

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

Aby zapobiec takiej ewentualności, ustawa określa:

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

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

1. Wiedza i doświadczenie wykonawcy

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

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

W takiej sytuacji zamawiający może:

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

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

2. Warunki „środowiskowe”

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

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

Powyższe oznacza, że:

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

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

3. Promocja zatrudnienia osób niepełnosprawnych

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

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

D. Kryteria oceny ofert

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

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

1. Kryterium cenowe

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

- zakupu,
- użycia i
- likwidacji produktu.

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

- 1) szkolenia pracowników w zakresie obsługi nowego urządzenia (oprogramowania), w tym kosztów nieobecności pracowników w pracy podczas szkolenia,
- 2) dostarczenia części zamiennych, narzędzi, urządzeń diagnostycznych niezbędnych do realizacji przeglądów, napraw, modernizacji (rozwoju, upgradów), a także przeszkolenia personelu zamawiającego w tym zakresie (ewentualnie przyznania zamawiającemu statusu partnera, autoryzowanego serwisu – jeśli to konieczne, a zamawiający posiada taki status dla urządzeń, systemów eksploatowanych),
- 3) zapewnienia ciągłości eksploatacji, w tym przeniesienia danych z dotychczasowego systemu do nowego, zapewnienie porównywalności danych archiwalnych i aktualnych,
- 4) innych kosztów towarzyszących, które nie występują w sytuacji, gdy zamawiający dokupuje produkty już używane.

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

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

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

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

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

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

2. Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie

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

Można wyodrębnić następujące rodzaje kryteriów:

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

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

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

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

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

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

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

3. Kryteria podmiotowe

Stosowanie kryteriów podmiotowych w ocenie ofert jest, co do zasady, zakazane. Wyjątkiem są usługi niepriorytetowe (tzw. „usługi grupy B”) wymienione w załączniku IIB do dyrektywy 2004/18/WE i XVII B do dyrektywy 2004/17/WE oraz w załączniku nr 2 do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym. Do usług tych należą w szczególności: usługi prawnicze, edukacyjne i szkoleniowe, społeczne i zdrowotne, rekreacyjne, kulturalne i sportowe. Część usług grupy B to usługi intelektualne, których jakości na etapie oceny ofert nie można w żaden sposób ocenić (efekty powstaną w wyniku realizacji zamówienia). W takiej sytuacji jedynym sposobem zapewnienia należytego wykonania zamówienia jest dokonanie wyboru również w oparciu o wiarygodność wykonawcy. Dlatego przy zamawianiu tych usług zamawiający może stosować kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy (art. 5 ust. 1 Pzp). Do kryteriów tego typu należą: wiedza i doświadczenie, potencjał kadrowy, techniczny, ekonomiczny i finansowy.

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

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

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

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

4. Oferty wariantowe

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

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

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

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

Warunkiem dopuszczenia ofert wariantowych jest ustalenie innych niż cena kryteriów oceny ofert. Jest to zrozumiałe, zważywszy, że rozwiązania wariantowe różnią się zwykle od podstawowego wieloma cechami, które winny podlegać ocenie. Trzeba natomiast zwrócić uwagę, że w ramach kryterium cenowego istotne

będzie uwzględnienie wszystkich kosztów zakupu, instalacji, dostosowania się zamawiającego do realizacji rozwiązania wariantowego (np. zamiast dokupienia części do tego, co zamawiający posiada, zna, użytkuje – wymiana całości na nowe).

E. Istotne postanowienia umowy

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

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

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

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

1. Zarządzanie ryzykiem w umowach o zamówienie publiczne

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

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

Pojęcie „korzystne warunki przetargu”, ma swoje obiektywne znaczenie. Rozważając kwestię korzystności, zaczynamy zwykle od pytania: „dla kogo korzystne?”, przyjmując najczęściej, iż to, co jest korzystne dla jednej strony, jest zarazem niekorzystne dla drugiej. Umowa w sprawie zamówienia publicznego nie jest „grą o sumie zerowej”, w której zamawiający może wygrać jedynie kosztem wykonawcy. Przypisywanie wykonawcy wszystkich zobowiązań i całego ryzyka i odmawianie mu jakichkolwiek uprawnień nie jest korzystne dla zamawiającego, gdyż skutkuje co najmniej niepotrzebnym wzrostem ceny. Korzystne warunki przetargu to warunki, które pozwalają na zawarcie najkorzystniejszej ekonomicznie umowy, czyli **umowy, która zapewnia maksymalizację efektów w stosunku do nakładów**. Aby to osiągnąć, należy m.in. przypisać poszczególne rodzaje ryzyka tej stronie umowy, która lepiej umie nim zarządzać i dla której koszt ponoszenia danego ryzyka jest niższy.

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

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

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

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

2. Zaliczki

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

W każdym przypadku, wymagającym zaangażowania (zwłaszcza na początkowym etapie realizacji zamówienia) znacznych środków finansowych, powstaje problem ich pozyskania. Zamawiający może, oczywiście, oczekiwać zapewnienia finansowania zamówienia przez wykonawcę (stawiając wymagania w zakre-

sie dysponowania środkami potwierdzone informacją z banku). Może jednak przyjąć na siebie obowiązek bieżącego finansowania zamówienia.

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

Wydaje się pewne, że powyższe analizy powinny znacznie częściej wskazywać na konieczność (zasadność) udzielania zaliczek wykonawcom na poczet realizacji zamówień publicznych. Zamawiający powinni znacznie częściej korzystać z tego narzędzia, zwłaszcza w czasach kryzysu finansowego i w przypadku zamówień skierowanych do małych i średnich przedsiębiorstw, które przeżywają szczególne trudności z uzyskaniem zewnętrznego finansowania. Na marginesie należy wskazać, że zamawiający może (powyżej 20% – musi) żądać zabezpieczenia zaliczki, co oznacza, że wypłata zaliczki staje się całkowicie bezpieczna. Szczegółowe warunki dotyczące możliwości wypłacania zaliczek na poczet realizacji zamówienia określa art. 151 a) ustawy Pzp.

3. Płatności

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

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

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

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

F. Podsumowanie

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

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

Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2010

Autorzy tekstu:

dr hab. prof. UwB Andrzej Panasiuk: wstęp, cz. III

mgr Zbigniew Kłoda: cz. I–II

Wstęp

W różnych okresach zamówienia publiczne różnie były wykorzystywane. Najczęściej służyły jako instrument polityki ekonomicznej, dzięki któremu państwo miało możliwość interwencji w obszarach takich, jak kreowanie popytu w celu stymulowania aktywności gospodarczej, ochrona krajowego wykonawcy przed konkurencją zagraniczną, wspieranie rozwoju i postępu technicznego¹. W konsekwencji efektem działania mechanizmu zamówień publicznych była m.in. stymulacja wzrostu gospodarczego poprzez wymuszanie restrukturyzacji i adaptacji przedsiębiorstw do warunków rynkowych, co z kolei prowadziło do rozwoju innowacyjnej gospodarki.

Poniższe opracowanie koncentruje się na zamówieniach publicznych jako części szeroko rozumianej strategii innowacyjnej gospodarki. Wyjaśnia, w jaki sposób zamówienia publiczne mogą motywować rozwój i sposób implementacji innowacyjnych rozwiązań.

Bardzo ważnym zadaniem sektora publicznego jest wspieranie wszelkich wysiłków i działań w kierunku promowania innowacyjnych rozwiązań oraz technologii poprzez wykorzystywanie procedur zamówień publicznych. Należy w pełni zdać sobie sprawę również z tego, że sama właściwie kreowana polityka zamówień publicznych nie będzie wystarczającym elementem rozwoju innowacyjnej gospodarki, a zamówienia publiczne mogą być jedynie częścią szeroko zakrojonej polityki wspierania innowacyjnej gospodarki.

Aby tak się działo, musi zaistnieć odpowiednia świadomość możliwości wykorzystywania instrumentów prawnych w ściśle określonym celu przy ogólnej akceptacji społecznej.

Tylko przy takim podejściu zamówienia publiczne mogą przyczynić się do podtrzymywania ciągłego wzrostu innowacyjnych rozwiązań, technologii, produktów bądź też świadczonych usług. Będą też pomocne przy ustanawianiu bardziej korzystnych warunków dla tworzenia nowych marek, szczególnie w obszarach zainteresowania sektora publicznego.

Proponowane rozwiązania mają pomóc sektorowi publicznemu w wykorzystaniu rozwiązań prawnych, jakie znajdują się w przepisach regulujących zamówienia publiczne, przy budowie podstaw innowacyjnej gospodarki. Problem, jak promować i wprowadzać innowacyjne rozwiązania przez zamówienia publiczne, sprowadza się do odpowiedzi na pytanie: ***jak udzielać zamówień publicznych w taki sposób, by uzyskać innowacyjne rozwiązania?***

Przepisy UE – pakiet dyrektyw² i przepisy krajowe oferują szereg możliwości wykorzystania instrumentów prawnych w procesie udzielania zamówień publicznych, tak by były one zorientowane proinnowacyjnie. Jednakże, jest też wiele przeszkód przy wykorzystywaniu zamówień do nabywania innowacyjnych produktów, między innymi brak praktycznych doświadczeń oraz ekspertów mogących podpowiedzieć właściwe sposoby przeprowadzenia zamówienia.

Intencją autorów niniejszego podręcznika jest wskazanie rozwiązań, które będą mogły stanowić wskazówki dla zamawiających, jak i wykonawców, w procesie podejmowania decyzji, przygotowania, udzielania i realizacji zamówień publicznych na innowacyjne dostawy, usługi czy też roboty budowlane.

W zamierzeniu autorów podręcznik opisuje, w jaki sposób, przy wykorzystaniu instrumentów zawartych w przepisach prawa zamówień publicznych, przeprowadzić innowacyjne zamówienia, pomija zaś kwestie innowacyjnych sposobów wyłaniania wykonawców w procedurach zamówień publicznych (np. aukcja bądź licytacja elektroniczna).

¹ O. Lissowski, *Zamówienia publiczne w Stanach Zjednoczonych i Unii Europejskiej*, Warszawa 2001, s. 59.

² Dyrektywa 2004/18 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30 kwietnia 2004 r.) oraz Dyrektywa 2004/17 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134/1 z 30 kwietnia 2004 r.).

I. Podstawowe pojęcia i teorie dotyczące innowacji i procesów innowacyjnych

Charakterystyka

Pojęcie innowacja pochodzi z języka łacińskiego *innovare*, czyli tworzenie czegoś nowego.

Według Davida Begg³ innowacje to zastosowanie nowej wiedzy w procesie produkcji. Z kolei E. Okoń-Horodyńska⁴ zdefiniowała innowację jako proces polegający na przekształceniu istniejących możliwości w nowe idee i wprowadzenie ich do praktycznego zastosowania.

Najszerzej stosowaną definicję innowacji określił Joseph Schumpeter⁵, charakteryzując ją jako:

- wprowadzenie do produkcji nowych wyrobów lub doskonalenie już istniejących,
- udoskonalenie lub wdrożenie nowego procesu produkcji,
- opracowanie nowego sposobu dystrybucji produktów,
- otwarcie nowego rynku,
- zastosowanie nowych materiałów, surowców do produkcji,
- wprowadzenie nowej organizacji produkcji.

Zgodnie z wytycznymi OECD i Eurostatu innowacje to „wdrożenie nowego lub znacząco udoskonalonego produktu (wyrobu lub usługi) lub procesu, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w praktyce gospodarczej organizacji miejsca pracy lub stosunkach z otoczeniem”⁶.

Wyróżnia się kilka źródeł innowacji (wg E. Okoń-Horodyńskiej⁷):

- Działalność badawcza (B+R);
- Zakup nowej wiedzy w postaci patentów, licencji, usług technicznych itp.;
- Nabycie tzw. technologii materialnej, czyli innowacyjnych urządzeń i maszyn o podwyższonych parametrach technicznych.

Innowacje odzwierciedlają poziom innowacyjności gospodarki m.in. poprzez zakres jak i częstotliwość ich stosowania. Każdy kraj rozwinięty stara się podnieść poziom innowacyjności swojej gospodarki, ponieważ ten bezpośrednio wpływa na konkurencyjność całego kraju.

Cechy innowacji

W literaturze przedmiotu⁸ wielu autorów wyróżnia następujące cechy innowacji:

- Innowacje są ciężką, celową, skoncentrowaną pracą wymagającą wiedzy, pilności, wytrwałości, zaangażowania: wymagają od innowatorów wykorzystania swoich najsilniejszych stron i są one skutkiem wywołanym w gospodarce i społeczeństwie, powodują bowiem zmianę zachowań tak przedsiębiorców, jak i konsumentów.
- Innowacje są w stanie ułatwiać jak i utrudniać nasze życie przez ciągłe komplikowanie otoczenia. W ujęciu innowacji sensu stricto pomija się innowacje związane ze zmianami społecznymi

³ D. Begg, S. Fisher, R. Dornbush, „Makroekonomia”, PWE, Warszawa 1994, Tom. 2, s. 338.

⁴ E. Okoń-Horodyńska, wykłady „Polityka innowacyjna UE”.

⁵ J. Schumpeter, „Teoria rozwoju gospodarczego”, PWN, Warszawa 1960, s. 104.

⁶ Podręcznik OSLO. Zasady gromadzenia i interpretacji danych dotyczących innowacji, wydanie trzecie, wspólna publikacja OECD i Eurostatu, s. 51.

⁷ E. Okoń-Horodyńska, wykłady... op.cit.

⁸ E. Stawasz, „Innowacje a mała firma”, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1999, s. 11–18; W. Świtalski „Innowacje i konkurencyjność”, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, 2005, s. 68–70; E. Okoń-Horodyńska, wykłady... op.cit.

i organizacyjnymi, koncentrując się na innowacjach technicznych i technologicznych. Innowacja technologiczna ma miejsce wtedy, gdy nowy lub zmodernizowany wyrób zostaje wprowadzony na rynek albo gdy nowy lub zmieniony proces zostaje zastosowany w produkcji.

- Innowacje technologiczne powstają w wyniku działalności innowacyjnej obejmującej wiele działań o charakterze badawczym, technicznym, organizacyjnym, finansowym i handlowym.
- Innowacje zorientowane na proces będą dotyczyć rozwoju nowych metod, instrumentów i podejść, jak również poprawy istniejących metod.

Proces innowacyjny

Podażowa i popytowa definicja procesu innowacyjnego

W teorii i literaturze ekonomicznej występują dwie konkurencyjne definicje procesu innowacyjnego: definicja podażowa J.A. Schumpetera⁹ i popytowa P. Druckera¹⁰.

Od strony podażowej proces innowacyjny stanowi pewien ciąg zdarzeń:

powstanie pomysłu (inwencja),

ucieleśnienie pomysłu (innowacja),

upowszechnienie (imitacja/dyfuzja).

Proces ten zachodzi niejako autonomicznie, poza procesami przemysłowymi i konieczne jest wyszukanie przedsiębiorcy, który innowację wykorzysta w procesie produkcyjnym. Zaś najlepszym motywatorem będzie zapotrzebowanie sektora publicznego na innowacyjne rozwiązania. Natomiast patrząc od strony popytowej, proces innowacyjny to ciąg zdarzeń podejmowany na podstawie procesów rynkowych, na podstawie których wdrażanie innowacji pozwala przedsiębiorcy na uzyskanie przewagi konkurencyjnej.

⁹ J. Schumpeter, *op.cit.*, s. 104–107.

¹⁰ P.F. Drucker, „Innowacje i przedsiębiorczość. Praktyka i zasady”, PWE, Warszawa 1992, s. 42–45.

II. Podejście do innowacyjnych zamówień publicznych w Unii Europejskiej oraz w Polsce

Innowacyjne zamówienia publiczne w Unii Europejskiej

Unia Europejska od dawna zwraca dużą uwagę na innowacyjność własnej gospodarki. Już w Traktacie powołującym Wspólnotę Węgla i Stali z 1951 r. możemy zaobserwować załączki polityki w sferze innowacji. W Traktacie powołującym Europejską Wspólnotę Gospodarczą z 1957 r. wprowadzone zostały następujące działania: wspieranie badań naukowych i technologicznych, prowadzenie polityki współpracy w dziedzinie rozwoju oraz stwarzanie warunków podnoszenia poziomu edukacji i szkoleń. Uzupełnienie Traktatu EWG stanowił Euratom, który był odpowiedzią na europejski kryzys energetyczny lat 50. oraz miał wspomóc rozwój przemysłów atomowych w krajach członkowskich. W roku 1986 został przyjęty Jednolity Akt Europejski, który określił problem konkurencyjności europejskich towarów jako jeden z priorytetów polityki Wspólnoty. Kolejne Traktaty rozszerzyły listę dziedzin, które mają być objęte polityką proinnowacyjną.

Ostatni traktat, tzw. Traktat z Lizbony, ugruntował problem innowacyjności wyodrębniając go jako jeden z najważniejszych kierunków polityki unijnej. Przykładem, jak ważne są innowacje w UE, może być art. 179 Traktatu z Lizbony:

„Unia ma na celu wzmocnienie swojej bazy naukowej i technologicznej przez utworzenie europejskiej przestrzeni badawczej, w której naukowcy, wiedza naukowa i technologie podlegają swobodnej wymianie, oraz sprzyjanie rozwojowi swojej konkurencyjności, także w przemyśle, a także promowanie działalności badawczej...”

Dokumentem, w którym Unia Europejska po raz pierwszy zajęła się w sposób szczególny innowacyjnymi zamówieniami publicznymi, był Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 12 października 2005 roku pt. „Więcej badań i innowacji – inwestycje na rzecz wzrostu i zatrudnienia: Wspólne podejście”¹¹.

Głównym celem dokumentu było:

- zaprezentowanie propozycji działań zmierzających do poprawy warunków inwestowania w badania i innowacje w Europie,
- wskazanie zamówień publicznych jako instrumentu wspierającego szeroko rozumiane innowacje.

W komunikacie po raz pierwszy uwypuklono konieczność opracowania podręcznika na temat zamówień publicznych przyjaznych badaniom i innowacjom.

Rok 2006 rok sprzyjał dalszym działaniom proinnowacyjnym.

Grupa niezależnych ekspertów opublikowała Raport Esko Aho pt. „Creating an Innovative Europe”¹² odnoszący się do badań, które będą stymulować innowacje, a co za tym idzie napędzać gospodarkę. W dokumencie wskazano jako jedno z głównych problemów stworzenie bardziej przyjaznego dla innowacji otoczenia biznesowego.

Bardzo ważnym czynnikiem, który wpłynął na podejście do zamówień publicznych jako stymulatora innowacyjności, był bez wątpienia półroczny okres prezydencji fińskiej w drugiej połowie 2006 roku.

Finlandia podczas swojego przywództwa w Radzie UE poruszyła wiele istotnych kwestii dotyczących rozwiązań innowacyjnych. Podczas nieformalnego posiedzenia Rady UE ds. Konkurencyjności, które odbyło

¹¹ COM(2005)488.

¹² Creating an Innovative Europe, Report of the Independent Expert Group on R&D and Innovation appointed following the Hampton Court Summit and chaired by Mr. Esko Aho, 01.2006.

się w Jyväskylä w Finlandii, wiodącym był dokument pt. „Demand as a driver of innovation...”¹³, w którym wskazano najważniejsze inicjatywy na rzecz zwiększania innowacyjności gospodarki UE, takie jak:

- tworzenie zamówień publicznych bardziej przyjaznych innowacjom,
- zwiększanie współpracy sfery B+R z gospodarką,
- tworzenie silnej i mobilnej bazy badawczej oraz rozwój instrumentów finansowych dla innowacyjnych przedsiębiorców.

Wprowadzona w życie w 2005 roku Strategia Lizbońska na rzecz wzrostu i zatrudnienia¹⁴ określiła wszechstronny zestaw polityk i reform, których celem jest uczynienie europejskich ram prawnych i gospodarczych bardziej sprzyjających innowacyjności. Zawiera ona bardzo ważny cel, jakim jest zwiększenie nakładów na badania naukowe i rozwój do 3% PKB.

W odpowiedzi na powyższe dokumenty i strategie Komisja Europejska opracowała w dniu 13 września 2006 roku Komunikat pt. „**Wykorzystanie wiedzy w praktyce: Szeroko zakrojona strategia innowacyjna dla UE**”¹⁵. Powyższy Komunikat zawiera główne tezy, które zdaniem Komisji są nieodzowne dla utworzenia rynku innowacyjności w Europie:

Nasza przyszłość zależy od innowacji

- Unia Europejska może stać się wszechstronnie innowacyjna tylko, jeśli w procesie będą uczestniczyć wszystkie zainteresowane strony – świat biznesu, sektor publiczny i konsumenci, ponieważ proces innowacji nie dotyczy wyłącznie podmiotów sektora biznesowego, ale także władz publicznych szczebla krajowego, regionalnego i lokalnego, organizacji społeczeństwa obywatelskiego, związków zawodowych i klientów. Innowacja zależy od silnego popytu na nowe i innowacyjne produkty oraz usługi ze strony obywateli i klientów. Dlatego oprócz stworzenia optymalnych ram i możliwości wprowadzenia innowacji, musi istnieć sprzyjający innowacjom rynek i popyt na innowacyjne produkty.

Uczynienie UE bardziej przyjaznej innowacjom poprzez:

- rozwój systemów edukacyjnych państw członkowskich w taki sposób, aby gwarantowały dostępność kluczowych umiejętności w celu rozwijania innowacyjności oraz zwiększenie geograficznej i międzybranżowej mobilności naukowców,
- wykorzystanie potencjału rynku wewnętrznego w celu stworzenia warunków, które sprawią, że działalność firm unijnych stanie się opłacalna na wszystkich rynkach, na których obecne osiągnięcia europejskich inwestycji i europejskiego eksportu są niezadowalające,
- poprawę otoczenia regulacyjnego i zapewnienie skutecznych ram ochrony praw własności intelektualnej,
- polepszenie instytucjonalnych ram normalizacji europejskiej i przyspieszenie przyjmowania otwartych, interoperacyjnych norm oraz włączenie MŚP i konsumentów do procesu stanowienia norm,
- wspieranie łączenia się firm, instytucji naukowych i zasobów w klastry, które przyczynią się do zwiększenia produktywności, przyciągną inwestorów, będą wspierały badania naukowe, wzmocnią bazę przemysłową i doprowadzą do rozwoju konkretnych produktów i usług,
- poprawienie transferu wiedzy pomiędzy publiczną bazą naukową a przemysłem w Europie,
- wspieranie rozwoju europejskich platform technologicznych,
- zastosowanie ulepszonych procedur zamówień publicznych w taki sposób, aby pomóc we wprowadzeniu na rynek innowacyjnych produktów i usług, jednocześnie zwiększyć jakość usług publicznych na rynkach, na których sektor publiczny jest znaczącym nabywcą. Zamówienia mogą w tym pomóc,

¹³ Demand as a driver of innovation-towards a more effective European Innovation Policy, Jyväskylä, Finland, 10–11.07.2006.

¹⁴ Wspólne działania na rzecz wzrostu i zatrudnienia: Wspólnotowy program lizboński COM/2005/330.

¹⁵ COM/2006/502.

określając potrzeby w ujęciu funkcjonalnym, co umożliwi składającym oferty zaproponowanie szerszej gamy lepszych rozwiązań danego problemu. Nabywcy z sektora publicznego muszą stać się „inteligentnymi klientami”, którzy planują co i jak kupić oraz kto ma dokonać zakupu. Nabywcy publiczni powinni połączyć także siły, aby wymieniać się doświadczeniem i pomysłami oraz aby osiągnąć optymalną wartość zamówienia. Spowoduje to wzrost popytu na innowacje, jednocześnie umożliwiając nabywcom publicznym pozyskanie produktów i usług o lepszej jakości,

- sprzyjanie powstawaniu pionierskich rynków opartych na innowacjach,
- stworzenie mapy drogowej dla innowacyjności.

Zwrócono uwagę na znaczącą rolę sektora publicznego w wykorzystywaniu mechanizmów rynkowych i stymulowaniu popytu na rozwiązania innowacyjne. Podkreślono konieczność większego wykorzystania technologii informacyjnych i komunikacyjnych, a także zastosowania ulepszonych procedur zamówień publicznych, aby wprowadzać na rynek więcej innowacyjnych produktów i usług.

Jak osiągnąć powyższe zamierzenia?

W komunikacie Komisji Europejskiej z dnia 21 grudnia 2007 roku pt. „Inicjatywa rynków pionierskich dla Europy”¹⁶, który zainaugurował inicjatywę rynków pionierskich (lead market initiative – LMI) oraz określił pierwszą grupę potencjalnych rynków pionierskich jako klucz do udanej strategii innowacyjnej dla Europy, wskazano, w jaki sposób można osiągnąć powyższe cele:

- uwzględniać potrzeby rynków globalnych oraz preferencje klientów w celu maksymalizacji potencjału rynkowego,
- ułatwiać akceptację norm i propozycji KE przez rynki krajów spoza UE zwłaszcza w dziedzinach kształtowanych przez trendy globalne (np. kwestie środowiskowe),
- dążyć do redukcji kosztów wprowadzania na rynek nowych produktów i usług,
- ułatwiać dostęp do rynku i środków ułatwiających koncentrację popytu,
- zapewniać konkurencję pomiędzy różnymi projektami innowacyjnymi, aby w ten sposób sprzyjać stałemu dostosowywaniu się do rozwijających się wymagań rynku.

Na podstawie powyższych zasad Komisja podjęła konsultacje z zainteresowanymi podmiotami i ustaliła następującą grupę kryteriów dla rynków pionierskich:

- kierowanie się zapotrzebowaniem, a nie impulsem technologicznym,
- szeroki segment rynku,
- strategiczny interes społeczny i gospodarczy,
- wartość dodana potencjalnych, wspólnych i ukierunkowanych, lecz elastycznych instrumentów polityki,
- bez „wybierania zwycięzców”.

Na podstawie szeroko prowadzonych konsultacji z różnymi sektorami przemysłu wybrano sześć następujących rynków, które charakteryzowały się wysoką innowacyjnością: e-zdrowie, rynek budowlany, tekstylia ochronne, produkty pochodzenia biologicznego, recykling, energia odnawialna.

W powyższym komunikacie zwrócono też uwagę, że wydatki na zamówienia publiczne stanowią 16% PKB Unii Europejskiej, ale sięgają aż 40% wydatków w budownictwie i prawie 100% w zakresie działań związanych z obronnością, bezpieczeństwem cywilnym i sytuacjami kryzysowymi. W związku z powyższym powtarzającym się w planach działania punktem jest mobilizowanie władz publicznych do występowania w charakterze „klientów inicjujących” poprzez promowanie wykorzystania procedur zamówień publicznych dla wspierania innowacyjności.

¹⁶ COM/2007/0860.

Jak umożliwić zwiększenie odsetka innowacyjnych produktów i usług zamawianych na podstawie przepisów zamówień publicznych?

Kolejnym kluczowym dokumentem – istotnym dla innowacyjnych zamówień publicznych – był opublikowany w dniu 23 lutego 2007 roku przez służby Komisji Europejskiej „Przewodnik po innowacyjnych rozwiązaniach w zamówieniach publicznych” – „Guide on dealing with innovative solutions In public procurement”¹⁷.

Dokument ten zawierał 10 wymienionych poniżej rekomendacji umożliwiających zwiększenie odsetka innowacyjnych produktów i usług zamawianych na podstawie przepisów zamówień publicznych:

Rekomendacje:

- Skłonienie administracji do zachowania się jako inteligentny klient.
- Konieczność przeprowadzenia konsultacji rynkowych przed złożeniem zamówienia.
- Zaangażowanie kluczowych aktorów podczas realizacji całego procesu.
- Przekazanie inicjatywy rynkowi w kwestii proponowania innowacyjnych rozwiązań.
- Poszukiwanie value for money – oferty maksymalizującej korzyści.
- Większe wykorzystanie możliwości płynących z zastosowania elektronicznych rozwiązań.
- Podjęcie decyzji co do zarządzania ryzykiem w procesie zamawiania.
- Przygotowanie odpowiednich zapisów w umowie, by zachęcić do innowacyjnych rozwiązań.
- Sporządzanie planu rozwoju i przebiegu zamówienia.
- Wyciąganie wniosków z istniejących faktów na przyszłość.

Dokumentem, który w pośredni sposób ma znaczenie dla innowacyjnych zamówień, jest opracowany 25 czerwca 2008 roku przez służby Komisji Europejskiej „Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych”¹⁸.

Kodeks przedstawia możliwe rozwiązania dla głównych problemów napotykanych i zgłaszanych przez MŚP, m.in. w takich dziedzinach jak:

- zapewnianie dostępu do istotnych informacji,
- podnoszenie jakości i zrozumienia udostępnianych informacji,
- zmniejszanie obciążenia administracyjnego,
- przywiązywanie większej uwagi do opłacalności niż do ceny,
- zapewnienie wystarczającej ilości czasu na przygotowanie ofert.

Zamówienia przedkomercyjne

Dalsze prace w celu wspierania rozwoju innowacyjnych zamówień zaowocowały Komunikatem Komisji Europejskiej pt. „Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie” z dnia 14 grudnia 2007 roku¹⁹.

W Komunikacie zajęto się tzw. zamówieniami przedkomercyjnymi, które dotyczą etapu badań i rozwoju poprzedzającego komercjalizację i co do zasady podlegają wyłączeniu ze stosowania dyrektyw w zakresie zamówień publicznych.

Najistotniejsze elementy charakteryzujące zamówienia przedkomercyjne:

- zakres zamówienia obejmuje jedynie usługi badawczo-rozwojowe.
Zamówienia przedkomercyjne (pre-commercial procurement), zdaniem Komisji Europejskiej, to zamówienia na usługę badawczą, odnoszące się do innowacji technologicznych, prowadzące do powstania prototypu innowacyjnej usługi lub produktu.

¹⁷ SEC/2007/0280.

¹⁸ SEC/2008/2193.

¹⁹ COM/2007/0799.

- ▶ stosuje się podział ryzyka i korzyści – instytucje publiczne i branża przemysłowa dzielą się ryzykiem i korzyściami związanymi z pracami badawczo-rozwojowymi potrzebnymi do opracowania nowych, innowacyjnych rozwiązań, przewyższających rozwiązania dostępne na rynku, a samo udzielanie zamówień odbywa się na zasadach konkurencyjnych, aby wykluczyć pomoc państwa.

Zamówienia przedkomercyjne, mimo iż do ich udzielania nie jest wymagane stosowanie przepisów prawa zamówień publicznych, można zaliczyć do innowacyjnych zamówień publicznych sensu largo.

Zamówienie przedkomercyjne jest siłą rzeczy działaniem przygotowawczym. Umożliwia nabywcom publicznym przefiltrowanie ryzyka związanego z badaniami i rozwojem technologicznym różnych potencjalnych rozwiązań przed udzieleniem zamówienia na produkt komercyjny wprowadzany na rynek na szeroką skalę.

Co istotne – dotyczy etapu badań i rozwoju poprzedzającego komercjalizację. Polegają na udzielaniu zamówień na usługi badawczo-rozwojowe, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności. W tego typu zamówieniach zarówno ryzyko związane z tworzeniem danej usługi lub produktu, jak i korzyści z realizacji projektu są podzielone między zamawiającego (sektor publiczny) i wykonawcę (sektor prywatny).

Do zamówień przedkomercyjnych nie stosuje się przepisów dyrektywy w sprawie zamówień publicznych – art. 16 lit. f Dyrektywy 2004/18/WE i art. 24 lit. e Dyrektywy 2004/17/WE, natomiast w polskim prawodawstwie jest to unormowane w art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Art. 4. Wyłączenie stosowania ustawy

Ustawy nie stosuje się do:

- 3) zamówień, których przedmiotem są:
 - e) usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności”.

Jednocześnie Komisja Europejska podkreśla, iż potrzeby publiczne stanowią zawsze ważny czynnik innowacyjny w wielu sektorach, takich jak: telekomunikacja, energetyka, służba zdrowia, transport, bezpieczeństwo i obronność.

W zglobalizowanym środowisku konkurencyjnym należy przededefiniować rolę sektora publicznego w zakresie korzystania z innowacji oraz jej wspierania²⁰.

Dla podkreślenia, jak ważne i istotne są dla krajów członkowskich innowacyjne zamówienia, warto przytoczyć tezę numer 28 z Opinii Komitetu Regionów:

„Strategia promowania zamówień przedkomercyjnych na usługi badawczo-rozwojowe uległaby znacznemu uproszczeniu, gdyby skorzystano z pomocy działających w gminach i regionach uniwersytetów, ośrodków badawczych, a szczególnie małych i średnich przedsiębiorstw kładących nacisk na wiedzę i innowacyjność technologiczną, poprzez sięgnięcie do nowych ram współpracy z władzami lokalnymi lub regionalnymi państwa członkowskiego ich siedziby lub gdyby za ich pośrednictwem stworzyć sieć wraz z innymi samorządami lokalnymi i regionalnymi różnych państw członkowskich i z partnerskimi uniwersytetami, ośrodkami badawczymi i MSP²¹.”

W dniu 3 lutego 2009 roku Parlament Europejski podjął Rezolucję w sprawie zamówień przedkomercyjnych: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie²².

²⁰ Komunikat Komisji z dnia 14 grudnia 2007 roku pt. „Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie COM/2007/799, s. 4–6.

²¹ Opinia Komitetu Regionów „Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie – DzU C 325 z 19.12.2008, s. 44.

²² 2008/2139(INI).

Podsumowując i uwzględniając dotychczasowe działania i dokumenty instytucji europejskich, Parlament Europejski zaapelował do Komisji Europejskiej i państw członkowskich, m.in. o to, aby:

- zbadano ustawodawstwo krajowe w celu sprawdzenia czy władze publiczne nie są ograniczane w dokonywaniu zamówień przedkomercyjnych przez nieistniejące, nieprawidłowe czy też niepotrzebnie skomplikowane przepisy transpozycyjne dotyczące właściwych odstępstw bądź też zbędnie rozbudowane krajowe wymogi w zakresie przetargów czy modele składania zamówień,
- przekazano zamawiającym władzom lokalnym i regionalnym wytyczne i instrumenty szkoleniowe pokazujące, w jaki sposób można wykorzystywać zamówienia przedkomercyjne w dziedzinie badań i rozwoju,
- skonsolidowano strategię w jedną politykę w zakresie zamówień publicznych, mającą na celu zachęcanie do innowacji poprzez zamówienia publiczne, zamówienia przedkomercyjne, rozwój rynków pionierskich oraz wzrost MŚP dzięki zamówieniom publicznym.

Innowacyjne zamówienia publiczne w Polsce

Postrzeganie zamówień publicznych jako stymulatora innowacyjnej gospodarki w Polsce wciąż nie jest wystarczające.

Ponadto wydatki z budżetu państwa na badania i rozwój (B+R) na przestrzeni ostatnich lat kształtowały się na niedostatecznym poziomie: od 0,3% do 0,6% PKB. Sektor prywatny również wydatkuje zbyt mało środków na rozwój innowacji. Wzrost nakładów na B+R nawet przy maksymalnym wykorzystaniu możliwości związanych z funduszami strukturalnymi jest wciąż zbyt niski.

Formalnym dokumentem, który dotyczy m.in. innowacyjnych zamówień publicznych, był przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 8 kwietnia 2008 roku dokument, opracowany przez Ministerstwo Gospodarki we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych, pt. „Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój”.

W powyższym dokumencie zostały przedstawione rekomendacje, które powinny przyczynić się do zwiększenia wpływu zamówień publicznych na innowacyjność gospodarki, takie jak: szkolenia i kampanie promocyjne, opracowanie i upowszechnienie wzorów umów pomocnych w rozwiązaniach innowacyjnych, utworzenie „centrum informacji” dostępnej bezpłatnie on-line dla zamawiających przygotowujących i prowadzących postępowania, których przedmiotem są innowacyjne rozwiązania.

Innowacyjne zamówienia publiczne mogą nie tylko sprzyjać rozwojowi popytu na innowacje, ale też są wysoce konkurencyjnym sposobem na dofinansowanie działań B+R, realizowanych przez sektor prywatny.

Podsumowując powyższe informacje wprowadzające, należy wskazać, że:

Innowacyjne zamówienia publiczne to proces, w którym, poprzez odpowiednie wykorzystanie i realizację procedur i instrumentów prawnych z zakresu prawa zamówień publicznych, dochodzi do udzielenia zamówień publicznych, których skutkiem jest opracowanie nowych technologii bądź zakup innowacyjnych produktów.

Mogą charakteryzować się następującymi pozytywnymi przesłankami:

- odpowiednie przygotowanie i prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (profesjonalne komisje przetargowe),
- wcześniejsze upublicznienie zamierzeń (wstępne ogłoszenie informacyjne),
- konsultacje z rynkiem przed udzieleniem zamówienia (dialog techniczny),
- skorzystanie z odpowiednich trybów udzielenia zamówienia (np. dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia),

- uwzględnienie zasady wskaźnika korzyści, tzw. value for money,
- przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób umożliwiający realizację innowacyjnych rozwiązań,
- dopuszczenie składania ofert wariantowych i równoważnych,
- zdefiniowanie kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, a nie cenowo,
- dopuszczenie udzielania zaliczek dla wykonawców,
- uwzględnienie proinnowacyjnych rozwiązań w umowie w sprawie zamówienia publicznego.



Wszystkie wymienione elementy zostaną omówione w dalszej części opracowania.

III. Praktyczne wskazówki

– jak wdrażać innowacyjne zamówienia

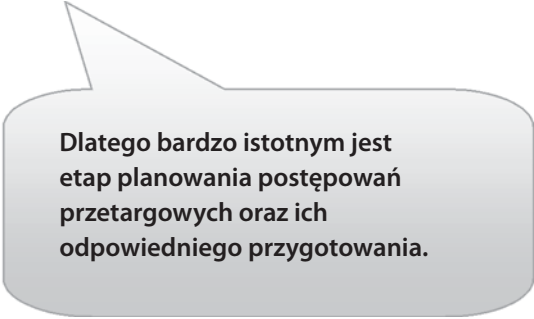
1. Działaj jako inteligentny podmiot zorientowany na innowacje

Planuj zamówienia

O właściwym wykorzystaniu instrumentów innowacyjnych zamówień publicznych można mówić tylko wtedy, gdy cały proces podejmowanych działań zostanie dużo wcześniej zaplanowany. Sektor publiczny musi z wyprzedzeniem określać swoje oczekiwania co do tego, co chce nabyć oraz w jaki sposób realizować zamówienie.

Zdiagnozowanie potrzeb zamawiającego jest niezwykle ważnym elementem w procesie zachowań proinnowacyjnych w zamówieniach publicznych. Jedynie bardzo dobrze zorganizowana komunikacja pomiędzy:

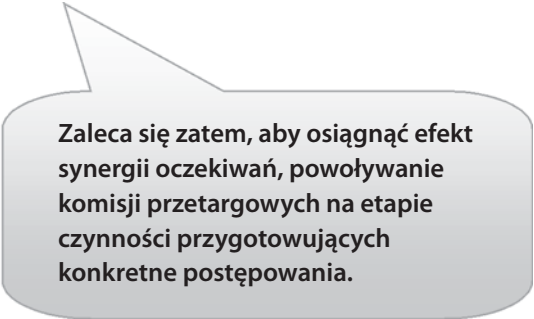
- służbami zamawiającego zajmującymi się zorganizowaniem postępowania przetargowego,
- służbami zajmującymi się planowaniem finansowym,
- kierownikiem zamawiającego określającym konkretne kształty przyjmowanych rozwiązań, będzie skutkowałą efektami w postaci implementacji innowacyjnych technologii.



Dlatego bardzo istotnym jest etap planowania postępowań przetargowych oraz ich odpowiedniego przygotowania.

Niejednokrotnie sama komisja przetargowa nie jest w stanie nic zrobić w kierunku wprowadzania innowacyjnych rozwiązań w organizowanym postępowaniu z tego względu, że rozpoczyna swą pracę dopiero na etapie prowadzenia samego postępowania.

Tylko na etapie przygotowania całego procesu udzielania zamówienia publicznego możliwa jest wymiana poglądów, informacji oraz pomysłów, mogąca przerodzić się w konkretne zapisy w dokumentacji przetargowej (SIWZ). Etap przygotowania postępowania jest bardzo ważny, bowiem dokonane czynności i podjęte decyzje mają wpływ na całe postępowanie i jego wynik.



Zaleca się zatem, aby osiągnąć efekt synergii oczekiwań, powoływanie komisji przetargowych na etapie czynności przygotowujących konkretne postępowania.

W celu prawidłowego przeprowadzenia postępowania „na innowacyjny produkt”, należy zwrócić szczególną uwagę na następujące czynności przygotowawcze:

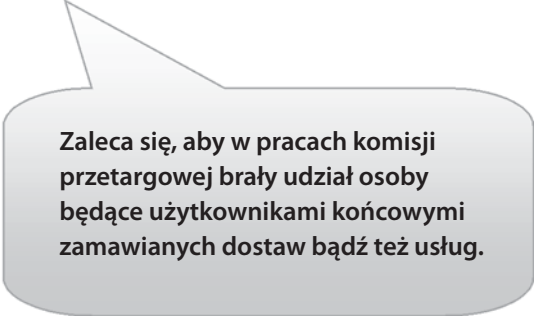
- określenie przedmiotu zamówienia,
- oszacowanie jego wartości,
- wybór trybu, w jakim zostanie udzielone zamówienie oraz
- przygotowanie odpowiedniej dokumentacji postępowania.

Komisja przetargowa kolegialnie podejmuje decyzje, co do poszczególnych etapów postępowania, następnie przekazuje ustalenia do zatwierdzenia przez kierownika jednostki (art. 19 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Pierwszą czynnością, jakiej powinien dokonać zamawiający, jest określenie przedmiotu zamówienia. Komisja przetargowa z reguły samodzielnie opisuje przedmiot zamówienia, jednakże jeżeli przedmiot zamówienia ma specjalistyczny charakter, nic nie stoi na przeszkodzie, aby opis został dokonany np. przez wybraną jednostkę organizacyjną zamawiającego lub podmiot zewnętrzny.

W tym jednak przypadku członkowie komisji przetargowej powinni dokładnie zweryfikować określenie przedmiotu zamówienia tak, aby odpowiadał zasadom wyrażonym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz spełniał oczekiwania samego zamawiającego pod kątem innowacyjności rozwiązań²³.

Właściwy dobór osób, którym przyznane zostaną kompetencje do dokonywania określonych czynności w postępowaniu, zależy od decyzji kierownika zamawiającego. Jednocześnie od sposobu określenia zakresu zadań komisji przetargowej, miejsca i roli przewodniczącego komisji przetargowej w procesie udzielania zamówienia publicznego oraz relacji między nim a kierownikiem zamawiającego w dużym stopniu zależy jakość przeprowadzanych postępowań, ich zgodność z przepisami, a także ich skuteczność.



Zaleca się, aby w pracach komisji przetargowej brały udział osoby będące użytkownikami końcowymi zamawianych dostaw bądź też usług.

Zaangażowanie takich osób w proces przetargowy pomoże w dokładniejszym zidentyfikowaniu potrzeb poprzez wyeliminowanie potencjalnych zagrożeń prowadzących do unieważnienia postępowania. Niejednokrotnie mogą wskazać na nowe możliwości wykonywania procesów w organizacji lub też zaproponować wykorzystanie nowych funkcjonalności umożliwiających bardziej efektywne wykonywanie zadań. Zgodnie z dyspozycją art. 15 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej.

W przypadku udzielania zamówień innowacyjnych dobrze jest powierzyć prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego profesjonalnemu podmiotowi, który będzie potrafił wykorzystać w jak największym stopniu możliwości, jakie daje procedura.

²³ Należy w szczególności uwzględniać dyspozycje art. 7 w zw. z art. 29–31 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Upublicznij swoje zamierzenia

Jasne sprecyzowanie potrzeb sektora publicznego musi być w kolejnym kroku działań przekazane potencjalnym podmiotom zainteresowanym udziałem w konkretnym zamówieniu.

Jedynie stosunkowo wczesne upublicznienie zamierzeń sektora publicznego może pozwolić odpowiednio przygotować się zainteresowanym wykonawcom, tak aby mogli opracować najkorzystniejsze rozwiązania i zdefiniować potrzeby.



Prawo zamówień publicznych wyróżnia dwa rodzaje ogłoszeń: ogłoszenia informacyjne oraz ogłoszenia o wszczęciu konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z punktu widzenia możliwości wykorzystania procedur zamówień publicznych do udzielania zamówień innowacyjnych, szczególne znaczenie będą miały **ogłoszenia informacyjne**.

Wcześniejsza informacja o planowanych zamówieniach publicznych może być zamieszczona:

- w siedzibie zamawiającego,
- na stronie internetowej zamawiającego,
- w prasie lokalnej lub ogólnokrajowej,
- w ogłoszeniu informacyjnym o planowanych zamówieniach publicznych.

To ostatnie narzędzie jest najbardziej efektywne do powiadamiania potencjalnych wykonawców o zamiarach zamawiającego.

Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający, po zatwierdzeniu albo uchwaleniu planu finansowego, może przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich lub zamieścić na własnej stronie internetowej wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanych w terminie następnym 12 miesięcy zamówieniach²⁴.

WAŻNE:
Art. 13 ust 1 pzp umożliwia zamieszczanie ogłoszeń o planowanych zamówieniach.

Przy zamówieniach innowacyjnych możliwość zastosowania ogłoszeń informacyjnych powinna przetrwać się w obowiązek.

Opublikowanie ogłoszenia informacyjnego nie zwalnia zamawiającego od obowiązku późniejszego publikowania ogłoszeń dotyczących konkretnych zamówień.

Z prawnego punktu widzenia opublikowanie ogłoszenia o planowanych zamówieniach umożliwia zamawiającemu jedynie wyznaczenie krótszych terminów składania ofert w przyszłych postępowaniach. Z punktu widzenia zamawiającego poszukującego innowacyjnych rozwiązań umożliwia również przygotowanie się potencjalnych wykonawców oferujących innowacyjne rozwiązania do złożenia ofert.



Czas

Należy również pamiętać, że stosowanie rozwiązań prawnych zmierzających do skracania ustawowych terminów procedury udzielania zamówień publicznych nie sprzyja udziałowi podmiotów oferujących innowacyjne rozwiązania.

Ostatnie nowelizacje ustawy Prawo zamówień publicznych z 2009 r. wprowadziły dość istotne zmiany w zakresie minimalnych terminów składania ofert w trybach podstawowych, tj. przetargu ograniczonym oraz przetargu nieograniczonym²⁵. Terminy te uległy zasadniczo skróceniu, dając mniej czasu na przygotowanie się potencjalnych wykonawców do złożenia ofert w szczególności zawierających innowacyjne rozwiązania²⁶.

Zaleca się zatem, przy realizacji innowacyjnych zamówień, stosowanie jak najdłuższych terminów składania oferty, by dać jak najwięcej czasu wykonawcom na dopracowanie swoich ofert pod względem rozwiązań innowacyjnych.

Pośpiech przy zamówieniach innowacyjnych nie jest wskazany.

WAŻNE:

Daj czas wykonawcom na przygotowanie i złożenie ofert.

3. Informuj potencjalnych wykonawców

W art. 40 ust. 5a ustawy Prawo zamówień publicznych została uregulowana możliwość informowania, bezpośrednio przez zamawiającego, o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą dostawy, usługi lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia.

²⁵ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (DzU Nr 206, poz. 1591).

²⁶ W podstawowym trybie przetargu nieograniczonego terminy uległy skróceniu w następujący sposób: przy robotach budowlanych o wartości zamówienia poniżej progów unijnych termin został skrócony z 20 do 14 dni, zaś powyżej progów unijnych terminy uległy skróceniu z 29 do 22 dni oraz z 36 do 29 dni.

Jest to kolejna możliwość, jaką wprowadził ustawodawca do katalogu przepisów prawa zamówień publicznych, umożliwiającą poszerzenie kręgu potencjalnych wykonawców, którzy z różnych powodów nie mogliby zapoznać się z zamieszczonym ogłoszeniem.

Zamawiający może poinformować bezpośrednio znanych sobie wykonawców po zamieszczeniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub po przekazaniu ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.



Należy jednak pamiętać, że informacja dla wykonawców o wszczęciu postępowania nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazanych Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich i jednocześnie powinna zawierać informację o dniu zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie lub przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ugruntowanie zasady jawności, szczególnie na etapie wszczęcia postępowania, stanowi jeden z kardynalnych warunków powodzenia procedury a w ślad za tym spełnienia oczekiwań zamawiającego.

4. Konsultuj koncepcje z rynkiem przed udzieleniem zamówienia publicznego

Jak dość powszechnie podkreśla się w literaturze, nie tylko sam popyt, lecz zbilansowanie oczekiwań pomiędzy stroną popytową i podażową jest ważnym elementem wpływającym na rozwój innowacyjności²⁷. A zatem głównym czynnikiem wpływającym na rozwój innowacyjnych rozwiązań jest umożliwienie prowadzenia dialogu pomiędzy stroną publiczną będącą użytkownikiem oraz konsumentem wprowadzanych rozwiązań a innymi zainteresowanymi stronami tak, aby jak najdokładniej zdiagnozować oczekiwania, możliwości oraz preferencje stron przedsięwzięcia.

Należy przychylić się do spostrzeżenia M.E. Portera, iż skala i charakter popytu na danym obszarze stanowią główną determinantę konkurencyjności dynamiki innowacyjności²⁸.

Zdefiniowanie własnych oczekiwań i potrzeb jest pierwszym krokiem w procesie udzielania zamówień publicznych. Ta czynność zamawiającego tak naprawdę determinuje kolejne czynności oraz daje wskazówki dla kręgu potencjalnych wykonawców, czy mogą złożyć oferty zawierające innowacyjne rozwiązania.

Sektor publiczny najczęściej nie będzie profesjonalistą w zakresie wdrażania nowoczesnych technologii, a zatem definiując swoje potrzeby sektor publiczny zmuszony jest do poszukiwania pomocy od zewnętrznych firm będących profesjonalistami w danej dziedzinie. Musi dokładnie zidentyfikować swoje potrzeby, by następnie móc przeanalizować rynek potencjalnych wykonawców zamówienia.

²⁷ Literaturę podają za W. Starzyńską, Zamówienia Publiczne a kierunki działalności wytwórczej i rozwój innowacyjności; D. Moverly, N. Rosenberg, The influence of market demand upon innovation, a critical review of some recent empirical studies, Research Policy 8 (2), 1979, s. 148; K. Smith, Innovation indicators and the Knowledge Economy: Concepts, Results and Policy Challenges, STEP Group 2000.

²⁸ Por. M.E. Porter, The Competitive Advantage of Nations, Macmillan, London/Basingstok, 1990.



Przepisy dyrektyw unijnych koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych zarówno klasycznych, jak i sektorowych dopuszczają możliwość prowadzenia dialogu technicznego przed wszczęciem konkretnej procedury.

Dyrektywa klasyczna w pkt 8 preambuły wskazuje, aby przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia wykorzystać dialog techniczny, czyli poszukać lub skorzystać z doradztwa, które może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pod warunkiem jednak, że takie doradztwo nie spowoduje ograniczenia konkurencji²⁹.

Po raz pierwszy propozycja akceptacji rozmów pomiędzy zamawiającym a wykonawcami na temat kształtu specyfikacji znalazła się już w Zielonej Księdze z 1996 r. – „Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej. W poszukiwaniu rozwiązań”. Komisja Europejska przyznała, że w świetle złożoności pewnych przedsięwzięć, niektóre z nich wymagają nowych rozwiązań i mógłby to być dialog techniczny przed wezwaniem do przetargu, który byłby prowadzony przez zamawiającego i zainteresowane podmioty prywatne. Również Dyrektywa sektorowa w pkt 15 preambuły dopuściła możliwość zastosowania dialogu technicznego do przygotowywania dokumentacji przetargowej³⁰.

Instrument dialogu technicznego nie został jednak przeniesiony z postanowień dyrektyw do treści prawa zamówień publicznych, co nie wyklucza jednak możliwości jego stosowania w praktyce³¹.

WAŻNE:
Wykorzystuj potencjał podmiotów zewnętrznych.

Dialog techniczny jest zatem instrumentem w rękach podmiotu publicznego, umożliwiającym wykorzystywanie potencjału firm doradczych i konsultingowych, ekspertów oraz naukowców przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co powinno przyczynić się do korygowania nieścisłości w formułowaniu treści dokumentacji przetargowej.

Wszelka pomoc na etapie przygotowania dokumentacji przetargowej korygowałaby ewentualne nieścisłości w formułowaniu przedmiotu zamówienia, jak i kryteriów, co przyczyniłoby się do sprawniejszego przebiegu dalszych etapów udzielania zamówienia. Stosując dialog techniczny podmiot publiczny musi mieć świadomość, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności

²⁹ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.

³⁰ Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors.

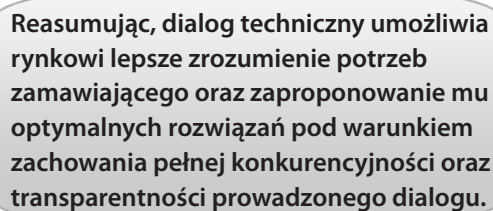
³¹ Pogląd powyższy jest jednolicie przyjmowany w doktrynie prawa zamówień publicznych.

związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Kiedy udział ww. wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji?

Interpretacją przedmiotowej normy prawnej zajął się Europejski Trybunał Sprawiedliwości w jednym ze swych orzeczeń³², w którym stwierdził, że przepisy krajowe, które uniemożliwiają lub utrudniają udział potencjalnych wykonawców w postępowaniu, wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celu równego traktowania oferentów. Konsekwencją stosowania takich obostrzeń może być bowiem wykluczenie z procedury przetargowej osób, których uczestnictwo nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla uczciwej konkurencji mimo ich wcześniejszego zaangażowania.

Zatem przepis, zgodnie z którym bezwarunkowo nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub oferty przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie robót budowlanych, dostaw i usług będących przedmiotem zamówienia, nie jest zgodny z przepisami unijnych dyrektyw, o ile nie pozwala wykonawcy na wykazanie, że w danym przypadku zdobyte przez niego doświadczenia nie mogą zakłócić uczciwej konkurencji.



Reasumując, dialog techniczny umożliwia rynkowi lepsze zrozumienie potrzeb zamawiającego oraz zaproponowanie mu optymalnych rozwiązań pod warunkiem zachowania pełnej konkurencyjności oraz transparentności prowadzonego dialogu.

5. Pozwól rynkowi zaproponować kreatywne rozwiązania

Najważniejszym rodzajem procedury w wyniku której wyłoniony ma być podmiot realizujący innowacyjne zamówienia będzie procedura z elementami negocjacji

Co do zasady może to być każda procedura zawierająca w swoim zakresie negocjacje z potencjalnymi wykonawcami i jednocześnie zapewniająca pełną transparentność i konkurencyjność wyboru. Przepisy prawa zamówień publicznych posiadają w swoim zakresie szereg możliwości wyboru wykonawcy, które ilustruje tabela na s. 25.

6. Jaką procedurę wybrać z punktu widzenia realizacji założeń polityki ukierunkowanej na innowacje?

Odpowiedni dobór procedury zamówienia publicznego jest bardzo ważny z punktu widzenia realizacji założeń polityki ukierunkowanej na innowacje.

Do procedury, która najlepiej nadaje się do testowania oraz weryfikacji nowych pomysłów, możemy zaliczyć w szczególności:

- konkurs
- dialog konkurencyjny.

Tryby podstawowe	Pozostałe tryby	Przyrzeczenie publiczne
<p>1. Przetarg nieograniczony – to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.</p> <p>2. Przetarg ograniczony – to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert.</p>	<p>1. Negocjacje z ogłoszeniem – jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert.</p> <p>2. Negocjacje bez ogłoszenia – jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert.</p> <p>3. Dialog konkurencyjny – jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert.</p> <p>4. Zamówienie z wolnej ręki – jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.</p> <p>5. Zapytanie o cenę – jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert.</p> <p>6. Licytacja elektroniczna – jest to tryb udzielenia zamówienia, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia) podlegające automatycznej klasyfikacji.</p>	<p>Konkurs – jest to publiczne przyrzeczenie, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych.</p>

6.1. Konkurs

Procedura konkursowa umożliwia przedstawianie nowatorskich rozwiązań oraz kreowanie myślenia innowacyjnego. Jest bardzo dobrą platformą do wymiany doświadczeń i prezentowania nowych koncepcji sektorowi publicznemu przez biznes.

Procedura konkursowa została uregulowana w dyrektywie klasycznej³³ oraz w dyrektywie sektorowej³⁴. Konkurs nie jest procedurą obowiązkową nawet wtedy, gdy mamy do czynienia z pracami z zakresu planowania przestrzennego, projektowania czy też przetwarzania danych. Podmiot publiczny może więc zdecydować się na bezpośrednie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na taki przedmiot zamówienia.

W prawie zamówień publicznych procedura konkursowa została uregulowana w rozdziale trzecim w art. 110–127 ustawy Prawo zamówień publicznych. **W konkursie podmiot publiczny może oczekiwać na przedstawienie przez jego uczestników prac konkursowych, które można ocenić. Ten właśnie etap stanowi płaszczyznę do prezentacji rozwiązań innowacyjnych, które po akceptacji można zacząć wdrażać.**

Konkurs z punktu widzenia prawa stanowi przyrzeczenie publiczne. W świetle przepisów kodeksu cywilnego (art. 919–921 k.c.) konkurs jest publicznym oświadczeniem woli zamawiającego, w którym zobowiązuje się on do dotrzymania warunków konkursu.

Oświadczenie będzie kierowane do nieoznaczonej grupy podmiotów biorących udział w procedurze konkursowej, a przez to uprawnionych do uzyskania nagrody w zamian za wykonanie czynności stanowiących przesłankę przyrzeczenia.

³³ Zobacz art. 60–66 dyrektywy nr 2004/17 WE.

³⁴ Zobacz art. 66–74 dyrektywy nr 2004/18 WE.

W odróżnieniu od klasycznego zamówienia publicznego, procedura konkursowa nie kończy się umową odpłatną, a wymiar finansowy wyrażony jest jedynie w nagrodach pieniężnych lub rzeczowych. Zgodnie bowiem z postanowieniami art. 111 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wartością konkursu jest wartość nagród. W przyrządzeniu zamawiający zobowiązują się do przyznania nagrody wykonawcy wybranej pracy konkursowej. W konkursie zainteresowani wykonawcy rywalizują więc o nagrody.

WAŻNE:
**Procedura konkursowa umożliwi
zamawiającemu zapoznanie się z nowymi
doświadczeniami, pomysłami czy też
koncepcjami.**

Natomiast w postępowaniu o zamówienie publiczne podmiot publiczny może ocenić tylko zamiary wykonawców, a konkretna praca zostanie przedłożona dopiero w wyniku wykonania umowy³⁵.

W doktrynie wskazuje się, iż przedmiotem konkursu mogą być jedynie takie działania, które mają charakter utworu, jako że dla skutecznego przeprowadzenia konkursu wymagane jest, aby jego przedmiot mógł podlegać ochronie i przenoszeniu praw wykonawcy³⁶. Również orzecznictwo wskazuje, że przedmiotem konkursu jest wykonanie określonej pracy intelektualnej, której efektem jest opracowanie koncepcji rozwiązania problemu stanowiącego przedmiot konkursu³⁷. Konkurs nie jest procedurą obowiązkową nawet wtedy, kiedy mamy do czynienia z pracami z zakresu planowania przestrzennego, projektowania czy przetwarzania danych. Zamawiający może więc zdecydować się na bezpośrednie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na taki przedmiot zamówienia.

Jak również podmiot publiczny, w wyniku rozstrzygnięcia konkursu może udzielić zamówienia bezpośrednio wykonawcy, którego pomysł oraz zaproponowane rozwiązania okazały się najlepsze, na podstawie dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ten sposób zachęca się sektor przedsiębiorców do proponowania innowacyjnych oraz nowatorskich rozwiązań.

Zgodnie z art. 117 ustawy Prawo zamówień publicznych, konkurs może być zorganizowany jako:

- jednoetapowy
lub
- dwuetapowy.

W konkursie dwuetapowym, na pierwszym etapie zostają wyłonione opracowania studialne, odpowiadające wymaganiom określonym w regulaminie konkursu. Na drugim etapie sąd konkursowy, na podstawie kryteriów określonych w regulaminie konkursu, ocenia prace konkursowe wykonane na podstawie opracowań studialnych, wyłonionych na pierwszym etapie.

Do opisu przedmiotu konkursu należy zastosować zasady umożliwiające wybór najlepszego dzieła i jego wykonawcy, któremu zostaną powierzone dalsze czynności polegające na opracowaniu złożonej pracy konkursowej. A zatem opis przedmiotu konkursu powinien wyczerpująco określać cel, któremu ma służyć realizacja pracy konkursowej oraz opisywać warunki, w których urzeczywistniony pomysł będzie funkcjonował.

³⁵ J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz wyd. 9, C. H. Beck Warszawa 2009, s. 357.

³⁶ Komentarz do art. 110 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III.

³⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2006 r. (V Ca 2164/06).

6.2. Dialog konkurencyjny

Kolejną procedurą umożliwiającą wspieranie rozwiązań innowacyjnych jest dialog konkurencyjny.

Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert³⁸.

Dialog konkurencyjny został przewidziany w postanowieniach dyrektywy klasycznej (2004/18 WE) w jej art. 29. Ponadto w preambule do przedmiotowej dyrektywy ustawodawca stwierdził, że w zakresie, w jakim zastosowanie procedur otwartych lub ograniczonych nie pozwala na udzielenie zamówień szczególnie złożonych, należy stosować procedurę na tyle elastyczną, że z jednej strony będzie chroniła konkurencję, z drugiej zaś stwarzała możliwość omówienia wielu aspektów z wykonawcami.

Stosuj jak najczęściej dialog konkurencyjny udzielając zamówień innowacyjnych

Dialog konkurencyjny daje szerokie możliwości zamawiania innowacyjnych aktywów, które z definicji są zamówieniami niestandardowymi, często złożonymi, gdzie ważne jest uwzględnienie wielu okoliczności mających wpływ na efekt końcowy.

W procedurze dialogu konkurencyjnego zamawiający określa swoje brzegowe wymagania co do przedmiotu zamówienia, a następnie wykonawcy mogą proponować swoje nowatorskie rozwiązania, które po etapie dialogu zamawiający może uznać za spełniające jego aktualne potrzeby.

W przypadku dialogu konkurencyjnego wykonawcy biorący w nim udział mogą szczegółowo przedstawić swoje rozwiązania oraz mają pośrednio wpływ na to, co zostanie opisane ostatecznie w dokumentacji przetargowej. Występują oni nie tylko w roli konkurujących ze sobą wykonawców, ale stają się też doradcami, ekspertami w danej dziedzinie, których zadaniem jest wskazanie najlepszego rozwiązania. Dzięki zsumowaniu różnych doświadczeń, propozycji i opinii podmiot publiczny otrzymuje informacje pozwalające mu sprecyzować oraz ulepszyć założenia przygotowywanego projektu. **Rozmowy z doświadczonymi specjalistami mają ułatwić wybór najlepszego rozwiązania, aby rozsądnie wykorzystać środki publiczne na zakup innowacyjnych technologii oraz produktów.**



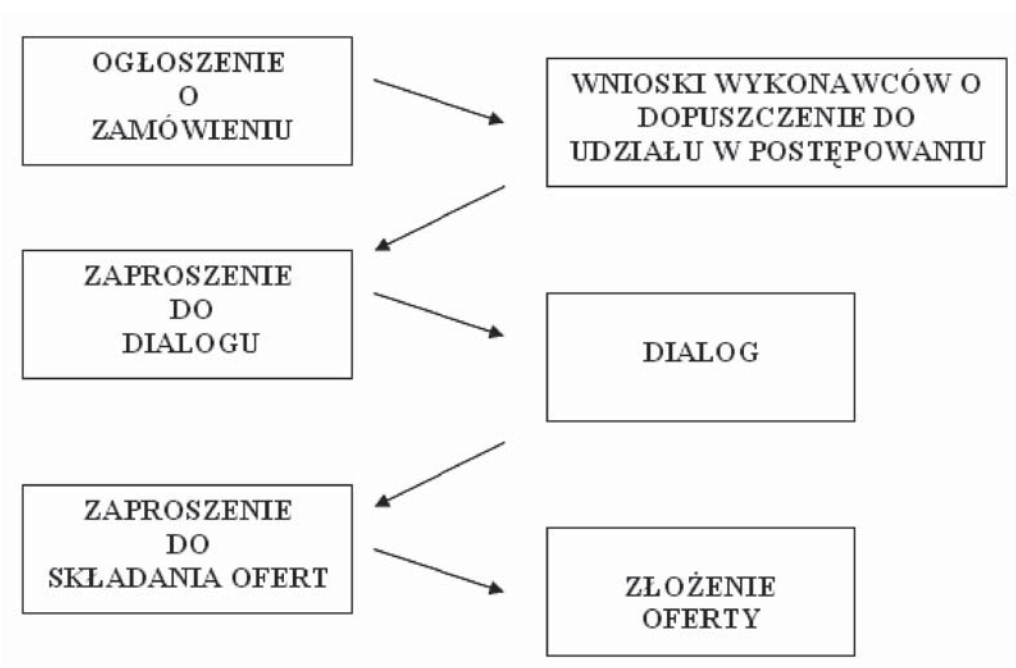
³⁸ Jak wynika z danych zawartych w rocznych sprawozdaniach o udzielonych zamówieniach, w roku 2008 dominował tryb przetargu nieograniczonego – zastosowano go w ponad 70% przypadków. Dialog konkurencyjny znalazł zastosowanie jedynie w 0,03% postępowań, nie lepiej było w 2007 r. – 0,04% organizowanych postępowań.

- Zamawiający używając procedury dialogu konkurencyjnego powinien mieć jasno skonkretyzowane oczekiwania, tak aby w opisie potrzeb i wymagań dookreślił np. konieczność zaprezentowania przez potencjalnych wykonawców wysokiego poziomu innowacyjności przedstawianych rozwiązań.
- Dialog konkurencyjny jest jedynie wtedy najbardziej optymalnym rozwiązaniem, kiedy zamawiający zna cel swojego działania, ale nie może znaleźć najlepszej metodologii oraz narzędzi jego realizacji.
- Rozmowy prowadzone z konkurującymi podmiotami są okazją do zapoznania się z różnymi rozwiązaniami oraz sugestiami odnośnie do optymalnego wykonania zadania.
- Jest doskonałą metodą rozpoznania rynku poszukiwanych zamówień.

W dialogu konkurencyjnym elementem rozstrzygającym postępowanie nie będzie jedynie cena, ale także inne kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty, jak np. skuteczność czy stopień innowacyjności realizacji zamówienia.

Zalecamy zatem stosowanie trybu dialogu konkurencyjnego przy wyłanianiu wykonawców oferujących innowacyjne rozwiązania.

Poniżej przedstawiamy poszczególne etapy dialogu konkurencyjnego w formie diagramu:



6.3. Tryb negocjacyjny

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, jedną z barier rozwoju innowacyjnych zamówień publicznych jest **obawa samych zamawiających przed trybami negocjacyjnymi udzielania zamówień i angażowania wykonawców w definiowanie warunków oraz ostatecznego kształtu przedmiotu zamówienia**³⁹. Świadczy o tym również odsetek postępowań o udzielanie zamówień publicznych w trybach negocjacyjnych. W przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych, tryby negocjacyjne zastosowano jedynie w 1,09% postępowań, zaś przy zamówieniach powyżej progów unijnych w 2,18% postępowań⁴⁰.

³⁹ Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia Publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój, dokument opracowany przez Ministerstwo Gospodarki i UZP, Warszawa 2008.

⁴⁰ Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2009 r., UZP, Warszawa 2010, s. 24.

Dyrektywy europejskie koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych, jak i prawo zamówień publicznych przewidują możliwość udzielenia zamówienia publicznego przy zastosowaniu zarówno:

- negocjacji z ogłoszeniem, jak i
- negocjacji bez ogłoszenia.

Procedury negocjacyjne mogą być zastosowane przez zamawiających jedynie po spełnieniu przesłanek wymienionych w art. 30 dyrektywy 2004/18, a zatem:

udzielenie zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej stanowi wyjątek w prawie zamówień publicznych, w odniesieniu do dyrektywy klasycznej.

Procedury negocjacyjne mogą rozpoczynać się ogłoszeniem o zamówieniu lub – po spełnieniu przesłanek z art. 31 dyrektywy 2004/18 – bez obowiązku publikacji stosownego ogłoszenia.

6.3.1. Negocjacje z ogłoszeniem

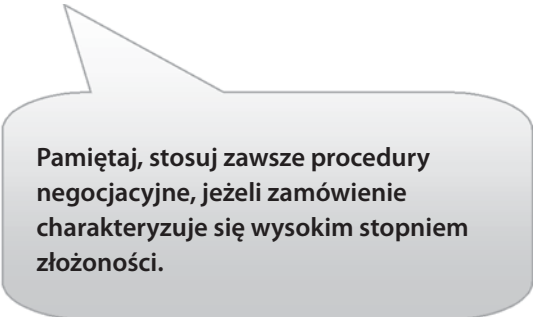
Zgodnie z brzmieniem art. 55 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zajdzie co najmniej jedna z okoliczności wymienionych w ustawie.

Z punktu widzenia innowacyjnych zamówień publicznych szczególnie przydatne będą następujące okoliczności umożliwiające zastosowanie tego trybu:

- w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- w wyjątkowych sytuacjach, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny;
- nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego;
- przedmiotem zamówienia są roboty budowlane prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju.

Zastosowanie procedury negocjacyjnej jest zatem możliwe zasadniczo wtedy, kiedy dokonuje się zamówień wymagających nowoczesnych technologii, oryginalnych rozwiązań czy nietypowych materiałów.

Tryb negocjacyjny będzie właściwy do zastosowania w sytuacji, gdy zamówienie charakteryzuje się znacznym stopniem złożoności, co oznacza, że dopuszcza wiele możliwości dotyczących sposobu podziału ryzyka pomiędzy zamawiającego a wykonawców, którzy będą mogli przedstawić zamawiającemu własne rozwiązania idące w kierunku jak największej innowacyjności.



Pamiętaj, stosuj zawsze procedury negocjacyjne, jeżeli zamówienie charakteryzuje się wysokim stopniem złożoności.

6.3.2. Negocjacje bez ogłoszenia

Procedurą o nieco bardziej ograniczonym zakresie możliwości złożenia swojej oferty przez krąg potencjalnych wykonawców są negocjacje bez ogłoszenia.

Treść art. 31 dyrektywy 2004/18⁴¹ określa przypadki, w których zamawiający mogą skorzystać z trybu procedury negocjacyjnej bez obowiązku publikacji ogłoszenia o planowanym udzieleniu zamówienia publicznego. Przepis ten reguluje zatem sytuację, w których dopuszczalne jest odstępstwo od podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, w tym zasady obowiązkowego ogłaszania informacji o zamówieniach, zawartej w art. 35 dyrektywy 2004/18⁴². Podobnie przepis art. 40 ust. 3 dyrektywy 2004/17 określa wyjątki od zasady publikacji ogłoszeń o zamówieniu.

Co do zasady bowiem na gruncie tej dyrektywy zamawiający mogą stosować którąkolwiek z przewidzianych procedur udzielania zamówień publicznych, a więc również procedurę negocjacyjną. Zamawiający mają obowiązek dokonać publikacji ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia i tylko w wyjątkowych sytuacjach mogą one wszcząć postępowanie bez wymogu uprzedniej publikacji takiego ogłoszenia. Zastosowanie trybu negocjacyjnego bez publikacji ogłoszenia przez zamawiających stanowi wyjątek od stosowania trybów podstawowych, zgodnie z orzecznictwem ETS przesłanki jego stosowania podlegają wykładni zawężającej⁴³.

Tryb negocjacji bez ogłoszenia do zamawiania innowacyjnych rozwiązań może zostać wykorzystany na podstawie następujących ustawowych okoliczności udzielenia zamówienia publicznego:

- został przeprowadzony konkurs, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych;
- przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju⁴⁴.

Zgodnie z dyspozycją art. 62 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju.

Tryb negocjacyjny jest jednym z postępowań, gdzie zamawiający ma znaczny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty, nie tylko poprzez wybór podmiotów, które zaprosi do negocjacji, lecz również przez swobodną wymianę informacji w zakresie istotnych postanowień zawieranego kontraktu. Daje to zamawiającemu silniejszą pozycję w stosunku do podmiotów, z którymi są prowadzone negocjacje, niejednokrotnie pozycja zamawiającego w prowadzonych negocjacjach jest wykorzystywana do partykularnych interesów osób biorących udział po stronie zamawiającego w toczących się negocjacjach. Przy stosowaniu trybu negocjacyjnego najważniejszą rolę odgrywa zamawiający, który musi w sposób umiętny, przy zachowaniu pełnej transparentności, prowadzić negocjacje z zainteresowanymi podmiotami, tak aby maksymalnie uzyskać założone innowacyjne cele.

⁴¹ Dyrektywa 2004/18 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30 kwietnia 2004 r.)

⁴² Zob. sprawa C-24/91 Komisja przeciwko królestwu Hiszpanii (1992), ECR s. I-1989.

⁴³ Porusza ETS w swych orzeczeniach; C- 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch (1987), ECR s. 1039, C – 57/94 Komisja przeciwko Republice Włoch (1995) ECR s. I-1249.

⁴⁴ Art. 62 ustawy Prawo zamówień publicznych określa katalog przesłanek umożliwiających zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia do udzielenia zamówienia publicznego.

6.4. Innowacyjne zamówienia poza procedurami zamówień publicznych

Przepisy prawa zamówień publicznych przewidują również odstępianie od sformalizowanej procedury wyboru wykonawcy w przypadku zamówień na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych.

Skorzystanie z możliwości wyłączenia zamówień na usługi badawczo-rozwojowe spod procedur zamówień publicznych możliwe będzie po spełnieniu przesłanek określonych w art. 4 pkt 3 lit. e) ustawy Prawo zamówień publicznych, których zaistnienie zamawiający musi być w stanie wykazać.

Wyłączenie zamówień, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, ma miejsce w sytuacji, gdy rezultaty usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie stanowią wyłącznie własności zamawiającego lub wtedy, gdy usługi te nie są w całości opłacane przez zamawiającego.

Wyłączenie to daje zamawiającemu możliwość zamawiania usług badawczo-rozwojowych bez zastosowania procedur ustawowych, co oznacza łatwiejsze zamawianie innowacyjnych usług badawczo-rozwojowych.

7. Przygotuj postępowanie tak, by uzyskać największy możliwy efekt z posiadanych nakładów finansowych (value for money)

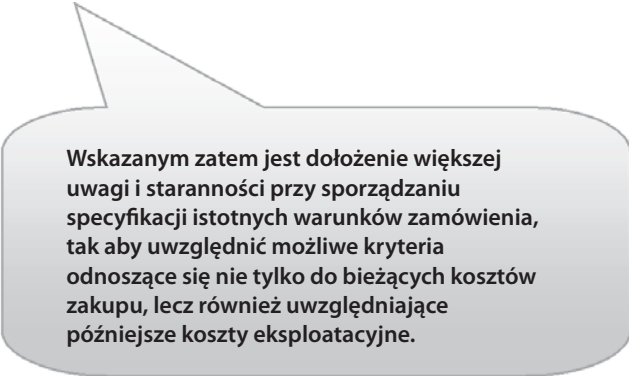
Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego mające na celu uzyskanie innowacyjnych efektów nie może być oparte wyłącznie na uzyskaniu jak najniższej ceny.

Innowacyjność potrzebuje ciągłych badań i rozwoju, co z kolei stymuluje konieczność pogłębiania wiedzy przez każdy z podmiotów uczestniczących w łańcuszku innowacyjnej gospodarki, począwszy od przedsiębiorstwa innowacyjnego a skończywszy na podmiocie publicznym nastawionym na innowację, a to powoduje konieczność ponoszenia wyższych kosztów na uzyskanie i implementację nowych rozwiązań.

Najlepszym rozwiązaniem w przypadku zamówień innowacyjnych będzie konstruowanie warunków przedmiotowych, jak i kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty uwzględniających wskaźnik korzyści value for money, który zostanie osiągnięty wtedy, kiedy osiągniemy możliwie maksymalne korzyści w warunkach posiadanych zasobów i możliwości.

Innowacyjne zamówienia publiczne mają zazwyczaj mniejszy negatywny wpływ na środowisko oraz są droższe od innych podobnych zamówień, które nie są innowacyjne.

Jak wynika z analizy udzielanych zamówień publicznych, zamawiający najczęściej koncentrują się na bieżącym koszcie zakupu, nie interesując się dalszymi kosztami eksploatacji i ewentualnej konserwacji i naprawy.



Wskazany zatem jest dołożenie większej uwagi i staranności przy sporządzaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak aby uwzględnić możliwe kryteria odnoszące się nie tylko do bieżących kosztów zakupu, lecz również uwzględniające późniejsze koszty eksploatacyjne.

Może się bowiem okazać, że większy wydatek na etapie udzielania zamówienia publicznego będzie skutkował większymi oszczędnościami w trakcie eksploatacji.

Rozważając powyższe elementy, należy zastanowić się czy nie zwrócić szczególnej uwagi przy udzielaniu zamówienia na te dodatkowe aspekty, dzięki którym możemy kumulować oszczędności, takie jak:

- mniejsze zużycie energii, wody,
- dłuższa żywotność eksploatacyjna produktu,
- tańsze elementy zapasowe czy też eksploatacyjne,

w konsekwencji czego faktycznie korzystniejszą ekonomicznie może być oferta droższego wykonawcy, ale pod warunkiem że zamawiający przewidział i uwzględnił wszystkie te aspekty w opisie przedmiotu zamówienia oraz wymaganych warunkach, na etapie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonując zakupów w sposób rozsądny można oszczędzić materiały i energię, zmniejszyć ilość odpadów, a także zanieczyszczenia oraz zachęcić do postępowania zgodnego ze wzorcami zachowań dla zrównoważonego rozwoju.

Kiedy definiujemy przedmiot zamówienia publicznego, musimy zwrócić szczególną uwagę na wypośrodkowanie naszych oczekiwań i znaleźć równowagę między z jednej strony naszymi finansowymi oczekiwaniami, z drugiej zaś strony efektem innowacyjnym udzielanego zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga bowiem, iż zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zmierza do nabycia przedmiotu zgodnego z jego bieżącym oczekiwaniem. Na okoliczność tego nabycia opisuje przedmiot zamówienia w sposób adekwatny do tej potrzeby.

WAŻNE:
Przy opisie przedmiotu
zamówienia stosuj art. 29
i art. 30 pzp.

Wytyczne w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zawiera treść art. 29 i 30 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nakazuje opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym tego opisu nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.



Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

Z powyższych rozstrzygnięć wynika, że opis przedmiotu zamówienia, jego poszczególnych komponentów, powinien być dokonany w sposób jednoznaczny i precyzyjny, odpowiadający wymaganiom, właściwościom i cechom danego przedmiotu.

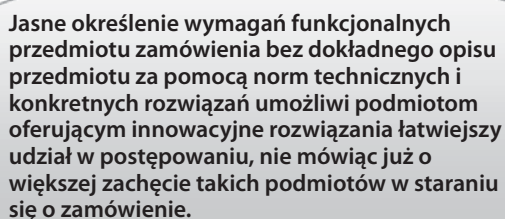
Opisu tego dokonać można poprzez jak najdokładniejszą charakterystykę jego elementów składającą się na definicję przedmiotu zamówienia czy jego części bądź poprzez wskazanie nazwy, która w sposób niewątpliwy będzie odnosiła się do tego przedmiotu. Zamawiający może zatem i powinien posługiwać się nazwami na cele dokonywanego przez siebie opisu przedmiotu zamówienia, które to nazwy będą jednak powszechnie znane i zrozumiałe, których odnalezienie desygnatów będzie obiektywnie możliwe.

W sytuacji nowoczesnych technologii i rozwiązań innowacyjnych aparatura pojęciowa jest niejednoznaczna, używana w różnych znaczeniach przez różne podmioty, zaś znaczenie nazw przypisane konkretnym przedmiotom dokonywane jest przez użytkowników czy producentów i używane często intuicyjnie, do czasu, gdy do tych pojęć, nazw nie zostaną przypisane definicje powszechnie zrozumiałe i używane.

I odwrotnie – wobec wynikającej z dynamiki współczesnego życia konieczności nazwania tych kategorii, które dotychczas nie funkcjonowały, konsekwentnie nie były też nazwane ani zdefiniowane, a trafiły do obrotu czy użytku, mamy do czynienia z występowaniem własnych, często autorskich oznaczeń dla opisu tych kategorii. W takim wypadku konieczne staje się opisowe podejście do oznaczenia przedmiotu zamówienia.

Dalej, o ile tylko jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, dopuszczalne jest nawiązanie do znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Wskazaniu takiemu muszą jednak towarzyszyć wyrazy „lub równoważny”.

Zgodnie z dyspozycją art. 30 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Wymagania te mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko.



Jasne określenie wymagań funkcjonalnych przedmiotu zamówienia bez dokładnego opisu przedmiotu za pomocą norm technicznych i konkretnych rozwiązań umożliwi podmiotom oferującym innowacyjne rozwiązania łatwiejszy udział w postępowaniu, nie mówiąc już o większej zachęce takich podmiotów w staraniu się o zamówienie.

7.1. Możliwość składania ofert wariantowych i równoważnych

Możliwość dość elastycznego podejścia do przygotowania oferty przez wykonawców jest jednym z warunków powodzenia udzielenia innowacyjnego zamówienia publicznego.

Możliwość taką daje dopuszczenie możliwości złożenia:

- oferty równoważnej lub
- wariantowej

przez podmiot organizujący postępowanie przetargowe.



Oferta równoważna

Ofertę równoważną może złożyć wykonawca tylko wtedy, kiedy zamawiający dopuści w dokumentacji przetargowej możliwość złożenia takiej oferty.

Zamawiający również nie ma pełnej swobody przy dopuszczeniu lub nie możliwości złożenia oferty równoważnej, bo

ofertę równoważną można dopuścić do udziału w postępowaniu tylko wtedy, kiedy przedmiotu zamówienia nie można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia.

Możliwość składania ofert równoważnych pozwala każdej innowacyjnej firmie zaproponować najlepsze rozwiązanie. Oferta równoważna zdefiniowana za pomocą warunków projektowo-technologicznych lub za pomocą wskazania standardu powoduje również to, że zamawiający odpowiada za projekt i związane z jego realizacją błędy lub braki.

WAŻNE:

Art. 30 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość złożenia oferty zawierającej równoważne rozwiązania.

Oferta wariantowa

Zamawiający może również dopuścić możliwość składania ofert wariantowych w organizowanym postępowaniu, wówczas wykonawcy mogą wybrać sposób, w jaki będą realizowali przedmiot zamówienia i na tym etapie dokonają również wyboru konkretnej technologii, tak aby uzyskać finalnie przedmiot zamówienia tożsamy z opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

WAŻNE:

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego możliwe jest składanie ofert wariantowych na podstawie dyspozycji wynikającej z art. 83 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oferta wariantowa to taka oferta, która zawiera propozycje odmienne od wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na przykład w zakresie rozwiązań technicznych czy rodzaju stosowanych materiałów.

Oferta wariantowa ma wskazywać wyłącznie na inny sposób wykonania zamówienia w stosunku do tego, który przedstawił zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest zobligowany wskazać w SIWZ warunki, którym powinna odpowiadać oferta wariantowa. Ich określenie umożliwi zamawiającemu dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty. **Możliwość złożenia oferty wariantowej pojawia się wtedy, gdy cena nie jest jedynym kryterium wyboru oferty, w takim przypadku zamawiający jest zobligowany do wskazania innych kryteriów oceny ofert.**

Zamawiający dopuszczając możliwość złożenia oferty wariantowej musi w tym przypadku określić w ogłoszeniu o postępowaniu oraz odpowiednio w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert minimalne warunki, jakim muszą odpowiadać warianty oraz sposób ich przedstawienia, zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dopuszczenie możliwości złożenia oferty wariantowej powoduje, że wykonawca składający taką ofertę odpowiada za projekt, przyjęte rozwiązania konstrukcyjne, zastosowane technologie, przyjęte rozwiązania techniczne i organizacyjne, a w końcowym efekcie osiągnięcie żądanych parametrów eksploatacyjnych oraz efektów innowacyjnych.

7.2. Warunki przedmiotowe

Konstruując warunki w dokumentacji przetargowej, które mają zastosowanie w czasie wyboru wykonawcy oraz realizacji umowy, zamawiający mogą realizować szereg różnych celów swoich kierunków działania.

Na każdym etapie procesu udzielania zamówień publicznych pojawia się możliwość kompleksowego regulowania kwestii związanych z innowacyjnymi zamówieniami.

Modelowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera trzy podstawowe etapy:

- etap przygotowania – opis przedmiotu zamówienia, wybór odpowiednich kryteriów podmiotowych oraz przedmiotowych planowanego postępowania, odpowiednie ukształtowanie przyszłej umowy,
- prowadzenia i
- wykonania zamówienia.

Na każdym z powyższych etapów postępowania podmiot publiczny może w większym lub mniejszym zakresie realizować założoną politykę innowacyjną.

W zakresie czynności przygotowawczych mamy najwięcej możliwości uwzględnienia w przyszłym zamówieniu aspektów innowacyjnych.

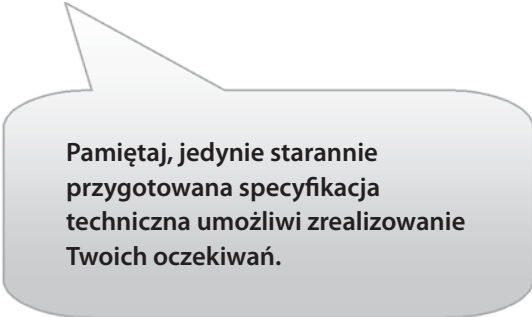
Etap przygotowawczy stanowi kluczowy etap każdej procedury zamówień. Wszelkie błędy popełnione na tym etapie niekorzystnie wpłyną na każdy kolejny etap, a w ostatecznym rozrachunku na wynik końcowy, ze względu na to, iż wszystkie etapy są ze sobą ściśle powiązane. Z tego względu przed rozpoczęciem procedury przetargowej należy zarezerwować sobie wystarczającą ilość czasu w celu określenia przedmiotu umowy oraz instrumentów niezbędnych do osiągnięcia rezultatu końcowego. Zamawiający samodzielnie dokonują opisu przedmiotu zamówienia, samodzielnie definiują podstawowe wymagania podmiotowe i przedmiotowe odnoszące się do tegoż zamówienia.

Zamawiający muszą zatem swobodnie zdefiniować w dokumentacji przetargowej poziom swoich wymagań w zakresie planowanych rozwiązań innowacyjnych. Swoboda ta jest jednak ograniczona koniecznością przestrzegania podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych. Warunki umożliwiające dopuszczenie innowacyjnych rozwiązań są możliwe do wykorzystania jedynie w sytuacji,

kiedy nie wpływają na ograniczenie dostępu do zamówienia publicznego i nie prowadzą do dyskryminacji potencjalnych wykonawców.

Dyrektywa z 2004/18 WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi podkreśla, że specyfikacje techniczne sporządzane przez zamawiających muszą umożliwiać otwarcie procesu udzielania zamówień publicznych na konkurencję. W tym celu musi istnieć możliwość składania ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych. A zatem trzeba umożliwić sporządzanie specyfikacji technicznych na podstawie charakterystyki i wymagań funkcjonalnych, a w przypadku odniesienia do normy europejskiej lub, w przypadku jej braku, do normy krajowej, zamawiający muszą brać pod uwagę oferty oparte na równoważnych ustaleniach. W celu wykazania równoważności, należy umożliwić oferentom przedstawienie dowodów w dowolnej formie. Zamawiający muszą być w stanie uzasadnić każdą decyzję, w której stwierdzają brak równoważności w danym przypadku. Zamawiający, którzy chcą zdefiniować wymagania dotyczące innowacyjnych rozwiązań czy też ochrony środowiska w ramach specyfikacji technicznej danego zamówienia, mogą określić powyższe aspekty poprzez określenie przykładowo metody produkcji lub specyficznego wpływu grupy produktów lub usług na środowisko. Mogą oni wykorzystać, lecz nie są do tego zobowiązane, odpowiednie specyfikacje określone w ekoetykietach, takich jak europejska ekoetykieta, ekoetykiety narodowe lub każdą inną ekoetykieta, pod warunkiem że wymagania dotyczące takich etykiet są opracowane i przyjęte na podstawie informacji naukowych przy zastosowaniu procedury, w której mogą uczestniczyć podmioty zainteresowane takie, jak organy rządowe, konsumenci, producenci, dystrybutorzy, organizacje związane z ochroną środowiska, a także, pod warunkiem że etykieta taka jest dostępna dla wszystkich zainteresowanych stron. Jeżeli jest to możliwe, zamawiający powinni określać specyfikacje techniczne tak, aby uwzględnić kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub przeznaczenie dla wszystkich użytkowników.

Specyfikacje techniczne powinny być jasno wskazane, aby wszyscy oferenci wiedzieli, jakie wymagania określone przez zamawiających należy spełnić⁴⁵. Dla przykładu zabronione jest ograniczanie konkurencji poprzez używanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określeń wskazujących na konkretne produkty konkretnych producentów. Europejski Trybunał Sprawiedliwości rygorystycznie traktuje przepisy dotyczące używania standardów i norm europejskich w określaniu przedmiotu zamówienia, traktując naruszenia tych przepisów jako istotne faktyczne ograniczanie zasady konkurencji i równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, a pośrednio jako czynniki wpływające na ograniczenie swobody kontraktowania.



**Pamiętaj, jedynie starannie
przygotowana specyfikacja
techniczna umożliwi zrealizowanie
Twoich oczekiwań.**

⁴⁵ Pkt 29 preambuły do Dyrektywy z 2004/18 WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Dosyć pragmatyczny pogląd dominuje obecnie w literaturze przedmiotu, wg którego specyfikacje techniczne definiują to, co zamawiający zamierza kupić⁴⁶.

- Specyfikacje techniczne w przypadku dostaw sprowadzają się do opisu charakterystyki nabywanego wyrobu, a także ilości, jakości, trwałości i bezpieczeństwa.
- W przypadku usług wymagania te dotyczą generalnie zdefiniowania oczekiwanych rezultatów czy też skutków implementowania innowacyjnych rozwiązań.

Specyfikacje techniczne często odwołują się do konkretnych obowiązkowych standardów, które należy spełnić. Tylko bowiem przejrzyste oraz obiektywne opisanie przedmiotu zamówienia w specyfikacjach technicznych przez zamawiających może doprowadzić do rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie może dostosowywać specyfikacji do warunków technicznych wygodnych dla poszczególnych wykonawców, obniżając wymagania techniczne w odniesieniu do swoich potrzeb.

Przyjęcie takiej tezy prowadziłoby do konieczności ciągłej zmiany wymagań i w konsekwencji dopuszczenia do postępowania wykonawców, którzy nie oferują usług lub dostaw odpowiedniej (wcześniej zaplanowanej) jakości. Próba bowiem ustalania wymagań technicznych zawartych w specyfikacji przez wykonawców, a nie przez zamawiającego, prowadzi do zachwiania równowagi pomiędzy poszczególnymi wykonawcami i w konsekwencji do naruszenia przepisu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W jednym ze swych orzeczeń Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał za sprzeczne z obowiązującymi regulacjami prawnymi określanie wymogu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, by oferowane produkty posiadały certyfikat zgodności z normami kraju zamawiającego, a produkty posiadające tylko certyfikat zgodności z normami innego kraju unijnego były odrzucone bez zbadania czy są produktami „równoważnymi”⁴⁷. Również określanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretnego typu zamawianego aktywa, bez dodania zwrotu „lub równoważne” jest sprzeczne z dyrektywą, ogranicza konkurencję dyskryminując producentów podobnych aktywów i dodatkowo może naruszyć zasadę swobodnego przepływu towarów wewnątrz Unii⁴⁸.

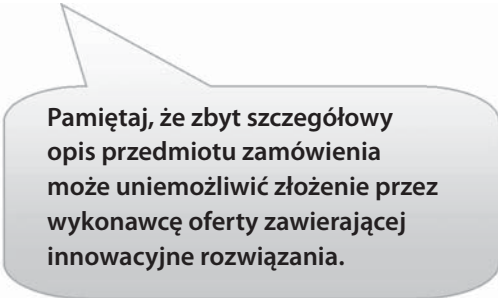
Zamawiający mogą również, przy tworzeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, konstruować zapisy odnoszące się do wymogu zastosowania konkretnych technologii lub konkretnego procesu produkcyjnego przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, np. wymogu wykorzystywania „zielonej energii”. Takie zapisy mogą się znaleźć w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o ile dopuszczymy możliwość udziału innych wykonawców niedysponujących możliwością wykonania przedmiotu zamówienia w wymaganej przez zamawiającego technologii. A zastosowanie innowacyjnych rozwiązań technologicznych będzie odpowiednio punktowane na etapie oceny złożonych ofert, na podstawie kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty. Również i w tym przypadku zamawiający muszą uważać, aby opis specyficznego procesu produkcyjnego nie dyskryminował innych potencjalnych wykonawców.

⁴⁶ Por. P. Trepte, Przewodnik po procedurach zamówień publicznych w wybranych krajach Unii Europejskiej, Warszawa – Katowice 2006, s. 46 oraz P. Trepte, Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną, Warszawa – Katowice 2006, s. 48.

⁴⁷ Por. Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane, UZP, Warszawa 1999, s. 27 oraz orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 22 września 1988 r. w sprawie C – 45/87 (Dundalk).

⁴⁸ Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 1995 r. w sprawie C – 359/93 (UNIX). Por. również publikacja Urzędu Zamówień Publicznych pod red. Lemke M., Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane, s. 27.

W zakresie samej procedury wyboru najkorzystniejszej oferty ważne jest właściwe opracowanie specyfikacji technicznej wpływającej na różnorodność i jakość składanych ofert. **Niezbędne jest bowiem otwarte podejście przez sam podmiot publiczny co do możliwości składania ofert zawierających innowacyjne rozwiązania.** Przykładowo zbyt szczegółowe opisy wszystkich elementów czy też funkcjonalności przedmiotu zamówienia uniemożliwiają albo powstrzymują wykonawców przed prezentowaniem innowacyjnych rozwiązań. Jeżeli dodatkowo kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty nie będą premiowały innowacyjnych rozwiązań prezentowanych w składanych ofertach przez wykonawców, możemy być pewni, że wykonawcy nie przedstawią innowacyjnych rozwiązań, lecz jedynie takie, które ich zdaniem zapewnią im uzyskanie zamówienia.



Pamiętaj, że zbyt szczegółowy opis przedmiotu zamówienia może uniemożliwić złożenie przez wykonawcę oferty zawierającej innowacyjne rozwiązania.

Również opisanie przedmiotu zamówienia w sposób konwencjonalny, bez korzystania z możliwości odstąpienia od posługiwania się normami technicznymi na rzecz funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia, nie będzie zachęcało do przedstawiania innowacyjnych rozwiązań. Należy ponadto pamiętać, że stosowanie zbyt restrykcyjnych kryteriów zarówno podmiotowych, jak i przedmiotowych może doprowadzić do wykluczenia z udziału w postępowaniu młodych innowacyjnych firm.

7.3. Kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty

Kolejnym rozwiązaniem umożliwiającym świadome wykorzystywanie procedury zamówień publicznych do wpływania na rozwój innowacyjnej gospodarki może być właściwe zdefiniowanie oczekiwań w dokumentacji przetargowej.

Jednym z najistotniejszych elementów dokumentacji przetargowej wpływającym na wyłonienie wykonawcy zamówienia publicznego są kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty.

Prawo zamówień publicznych jednoznacznie definiuje obowiązek zamawiającego przygotowania dokumentacji przetargowej będącej podstawą przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zwanej specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Z kolei w art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca zobowiązał zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteria, na podstawie których wybierana jest najkorzystniejsza oferta, muszą być zatem zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie mogą wynikać z innych pozanormatywnych regulacji stanowionych przez określony podmiot udzielający zamówienia⁴⁹.

Konstruując kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający ma do dyspozycji możliwość skorzystania z dwóch sposobów opisu kryteriów zamawianych produktów lub świadczonych usług:

- może dokonać wyboru oferty albo wyłącznie na podstawie najniższej ceny, albo
- po uznaniu oferty za najkorzystniejszą ekonomicznie⁵⁰.

⁴⁹ Wyrok ZA z dnia 18 lipca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1749/05.

⁵⁰ Art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.



W pierwszym przypadku wybór oferty następuje szybko i przejrzysto w oparciu o zupełnie obiektywne kryterium, wpływające w jak najmniejszym stopniu pośrednio na przedmiot zamówienia.

Kryterium ceny z natury swej preferuje oferty jak najtańsze, nie oznacza to jednak, że będą to oferty najlepsze. W takim przypadku od wiedzy i umiejętności zamawiającego dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia będzie zależało, czy faktycznie otrzyma ofertę zarówno najtańszą, jak i najlepszą, jeżeli chodzi o innowacyjność rozwiązań. Nie zawsze też kryterium samej ceny będzie adekwatne do wdrażania innowacyjnych technologii.

Pamiętaj, kryterium ceny z natury swej preferuje oferty jak najtańsze, nie oznacza to jednak, że będą to oferty najlepsze.

W drugim przypadku, wybierając ofertę uznaną za najbardziej korzystną ekonomicznie, zamawiający dokonuje oceny w oparciu o katalog kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Należy pamiętać, że nie zawsze najkorzystniejszym będzie udzielenie zamówienia za jak najniższą cenę, z drugiej jednak strony należy kierować się ogólnymi zasadami, takimi jak zasada gospodarności czy też celowości i w odniesieniu do nich kształtować realne potrzeby zamówień.

Przykładowo nie zawsze niezbędny będzie zakup zaawansowanego technologicznie urządzenia, wystarczy może zwykłe powszechnie dostępne urządzenie o ustalonych parametrach technicznych i funkcjonalnych. W takim przypadku niezwykle istotny będzie odpowiedni dobór kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty. Większy nacisk powinien być położony na kryterium ceny niż na nowatorskie rozwiązania technologiczne.

Zamawiający na etapie przygotowania postępowania, czyli na etapie dookreślenia swoich potrzeb oraz przygotowania dokumentacji przetargowej, powinien odpowiednio dopasować kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zasadnym byłoby w takiej sytuacji odniesienie swoich oczekiwań do podstawowych kryteriów kontroli wydatków publicznych takich, jak w szczególności:

- kryterium celowości,
- gospodarności,
- rzetelności

i o te kryteria zweryfikowanie swoich potrzeb.

Każde dodatkowe kryterium, poza kryterium ceny, które jest obowiązkowe, rzutuje automatycznie na cenę transakcyjną stymulując pośrednio wysokość wydatku publicznego w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych.

Rozmiary poszczególnych interesów ekonomicznych zamawiających, uzasadniające określony dobór kryteriów, mogą być różne. Zamawiający musi zatem dołożyć należytej staranności przy opisie i nadaniu znaczenia poszczególnym kryteriom.

Dodatkowe kryteria pozacenowe powinny mieć taki udział, aby pozostawały w odpowiednim bilansie względem ceny transakcyjnej. Każde dodatkowe kryterium zmniejsza znaczenie kryterium ceny jako kryterium podstawowego w ramach interesów publicznych zamawiającego. Im większą wagę przypisuje się jakimkolwiek kryterium pozacenowemu, tym mniejsze znaczenie mieć będzie w danym postępowaniu cena złożonej oferty. Zamawiający musi zatem określić znaczenie poszczególnych kryteriów w odniesieniu do kryterium ceny i jego znaczenia, tak aby udzielić zamówienia zgodnie ze swoimi oczekiwaniami i aby nie zapłacić zbyt wygórowanej ceny⁵¹.

W jednym ze swoich orzeczeń Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że co prawda dyrektywy wspólnotowe nie zawierają zamkniętego katalogu kryteriów wyboru ofert, to jednak przyjęte przez zamawiającego kryteria muszą mieć na celu wybór oferty ekonomicznie najkorzystniejszej, a ich sprecyzowanie nie może zezwalać zamawiającemu na nieograniczoną swobodę wyboru. Oznaczałoby to, że dodatkowe kryteria o tyle są dopuszczalne, o ile mają pewien walor ekonomiczny⁵².

Pogląd taki nie był jednak poglądem trwałym i jednolitym w linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, bowiem zupełnie odmienne stanowisko zaprezentował Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Concordia Bus Finland⁵³, w którym stwierdził, że nie każde kryterium musi mieć czysto ekonomiczną naturę. Nie można bowiem wykluczyć, że pewne czynniki o innym charakterze mogą też z punktu widzenia zamawiającego wpływać na wartość oferty. Trybunał powołał się tutaj na kryterium wyglądu estetycznego wymienione w obowiązujących wówczas dyrektywach oraz na art. 6 TWE dotyczącym ochrony środowiska. Podkreślił jednak, że takie kryteria muszą mieć bezpośredni związek z przedmiotem zamówienia. Nie do końca jest jednak jasne, czy podmiot zamawiający może uwzględnić jedynie bezpośrednią korzyść ekonomiczną oferty dla danego zamówienia, czy też może wziąć pod uwagę korzyści dla całej gospodarki, regionu czy państwa. Jak widać brak jednolitej linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości również nie wpływał na właściwe stosowanie kryteriów pozaeconomicznych w zamówieniach publicznych. Co również dobitnie wynika ze statystyk prowadzonych przez Urząd Zamówień Publicznych, gdzie kryterium ceny jako jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty było stosowane w aż 90% postępowań w 2009 r.⁵⁴

Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że dobór kryteriów pozafinansowych powinien uwzględniać w szczególności następujące warunki:

- kryteria powinny być związane z przedmiotem zamówienia,
- kryteria nie mogą dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru,
- wszystkie kryteria powinny być wymienione w dokumentacji przetargowej bądź w ogłoszeniu o zamówieniu,

⁵¹ Por. R. Szostak, Głosa do wyroku SN z dnia 18 września 2002 r., III CZP 52/02 w OSP z 2003 r. Nr 5, poz. 57, oraz uchwała SN z dnia 18 września 2002 r., III CZP 52/02 w OSNC z 2003 r. Nr 6, poz. 79.

⁵² Patrz orzeczenie ETS z dnia 18 października 2001 r., w sprawie C 19/00 SIAC Construction, s. I-7725.

⁵³ Orzeczenie ETS z dnia 17 września 2002 r., w sprawie Concordia Bus Finland C-513/99, ECR 2002 s. I-7213.

⁵⁴ Odsetek postępowań tylko z jednym kryterium ceny wynosił w 2008 r. – 89%, a w roku 2007 – 87%, podaje za Sprawozdaniem z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2009 r., UZP 2010 r., s. 26.

- ▶ kryteria powinny pozostawać w zgodności z prawem wspólnotowym, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji⁵⁵.

Przepisy regulujące problematykę zamówień publicznych dają możliwości stosowania rozwiązań ukierunkowanych na jakość dzięki opcji udzielania zamówień na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

WAŻNE:
Art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych daje możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Zamawiający musi jedynie większy nacisk położyć na opłacalność danego zamówienia niż na cenę. Dzięki możliwości zastosowania kryteriów zmierzających do wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, zamawiający mają możliwość oceny nie tylko bezpośrednich kosztów zakupu, ale również kosztów ponoszonych podczas całego okresu użytkowania przedmiotu zamówienia. To z kolei stanowi zachętę dla wykonawców do zapewnienia realnej wartości dodanej dla konkretnego zamawiającego, nie mówiąc już o pozytywnym wpływie na innowacyjność, poprzez zachęcenie wykonawców do opracowywania lepszych, trwalszych czy też energooszczędnych produktów.

Uwypuklanie aspektów opłacalności a nie jedynie ceny konkretnego przedmiotu zamówienia powinno stać się pewnym standardem w prowadzonych procedurach zamówień publicznych. Aby tak się stało, muszą być opracowane określone zasady zachowania się zamawiających. Do takich zasad możemy zaliczyć opracowany przez służby Komisji Europejskiej „Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych”⁵⁶.

Kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty służą również do opisu przedmiotu zamówienia, zatem w sposób pośredni realizują cel, jaki zamawiający chce osiągnąć w wyniku udzielenia konkretnego zamówienia publicznego. Przyłączyć należy się do poglądu M. Partyki, że cele doboru kryteriów mogą być zarówno ekonomiczne, jak i pozaeconomiczne⁵⁷. Cele ekonomiczne mają służyć uzyskaniu przez zamawiającego jak najlepszej ceny lub najlepszego bilansu ceny w stosunku do pozostałych kryteriów. Zaś cele pozaeconomiczne zwracają w szczególności uwagę na potrzeby wynikające z konieczności udzielenia zamówienia na konkretny przedmiot zamówienia, bez zwracania szczególnej wagi na kwestie ekonomiczne, a w przypadku zamówień innowacyjnych ten aspekt jest najważniejszy. W tym przypadku oferowana cena jest oceniana

⁵⁵ Orzeczenie ETS w sprawie C- 513/99 Concordia Bus , (2002) ECR I – 7213.

⁵⁶ Dokument roboczy KE pod nazwą Europejski Kodeks Najlepszych Praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych Bruksela, 25 czerwca 2008 r., SEC(2008)2193. Ogólnym celem „Europejskiego kodeksu najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych” jest umożliwienie państwom członkowskim oraz ich instytucjom zamawiającym wykorzystania w pełni możliwości, jakie stwarzają dyrektywy w sprawie zamówień publicznych w celu zapewnienia równych reguł gry dla wszystkich wykonawców pragnących uczestniczyć w przetargach na zamówienia publiczne. Zdaniem KE zwiększone uwzględnienie MŚP przy dokonywaniu zakupów publicznych będzie skutkowało wzrostem konkurencji w zakresie zamówień publicznych, co z kolei prowadzić będzie do poprawy relacji jakości do ceny odczuwalnej przez instytucje zamawiające. Ponadto bardziej przejrzyste i sprzyjające konkurencji praktyki w dziedzinie zamówień publicznych pozwolą MŚP uwolnić ich potencjał wzrostu i innowacyjności z korzystnym skutkiem dla gospodarki europejskiej.

⁵⁷ M. Partyka, Kryteria oceny ofert, (w:) Zamówienia publiczne doradca, Nr 6 z 2005 r., s. 32.

na w pryzmacie innych wartości, takich jak zaawansowanie technologiczne z punktu widzenia wpływu na środowisko czy wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy, czy chociażby obniżenia kosztów eksploatacji. **Kryteria oceny ofert będą więc przejawem zbilansowanych interesów zamawiającego w zależności od tego, jakie znaczenie przypisze poszczególnym kryteriom pozaekonomicznym**⁵⁸.

8. Zaproponuj odpowiednie zapisy w umowie, by zachęcić do innowacyjnych rozwiązań

Kontrakty zawierane po przeprowadzeniu procedur zamówień publicznych muszą dawać możliwości rozwijania w przyszłości innowacyjnych rozwiązań, szczególnie odnosi się to do kwestii odpowiedniego regulowania praw autorskich w takich kontraktach, tak aby nie uniemożliwiać w przyszłości rozwijania działań zmierzających do implementacji innowacyjnych rozwiązań na bazie posiadanych już technologii.

Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia może również zawierać istotne postanowienia przyszłej umowy, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, by zawarł z nim umowę na takich warunkach.

Ogólne warunki, wzory kontraktów, dla których wydania brak umocowania w obowiązujących przepisach mogą być włączone do treści umowy tylko wówczas, gdy drugi kontrahent po zapoznaniu się z ich treścią wyraził na to zgodę (art. 385 § 2 k. c.).

Art. 385.1 k. c. stanowi wyraźnie, że w razie sprzeczności treści umowy z ogólnymi warunkami umowy, wzorem umowy lub regulaminem, kontrahenci są związani umową. Należy pamiętać, że ogólne warunki umowy nie mogą być sprzeczne z przepisami o charakterze bezwzględnie obowiązującym, w szczególności z zasadami określonymi w kodeksie cywilnym. Należy je zatem uznać za instytucję prawa cywilnego *sui generis*, stanowiącą byt pośredni między aktem prawotwórczym a umową⁵⁹.

Do związania stron wzorcem dochodzi tylko wówczas, gdy jego zastosowanie objęte zostało wolą stron, tzn. strona realnie zapoznała się z treścią wzorca i zgodziła się na włączenie go do treści umowy.

Wykonawca, który otrzymał specyfikację istotnych warunków zamówienia z załączonymi ogólnymi warunkami umowy lub wzorem czy też regulaminem umowy, a następnie złożył swoją ofertę, spełnił niezbędne przesłanki do tego, aby wzorzec wiązał strony w prawomocny sposób.

Uznając bowiem specyfikację istotnych warunków zamówienia jako oświadczenie woli zamawiającego, należy uznać, że złożenie oferty przez wykonawcę na warunkach określonych w SIWZ stanowi zwrotne potwierdzające oświadczenie woli mogące stanowić podstawę do zaciągnięcia zobowiązania. W szczególności określenie ogólnych warunków umowy przez zamawiającego w specyfikacji kształtuje wstępnie kierunek i charakter przyszłego stosunku zobowiązaniowego, nie określając jednak definitywnie poszczególnych zapisów przyszłej umowy.

Dopiero w momencie rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dochodzi do ukształtowania stron przyszłego stosunku zobowiązaniowego.

Następnie strony w drodze wymiany oświadczeń starają się sprecyzować swoje stanowisko w odniesieniu do kolejno analizowanych postanowień przyszłej umowy i uzgodnić to stanowisko ze stanowiskiem strony przeciwnej.

⁵⁸ M. Partyka, op. cit., s. 32.

⁵⁹ Patrz F. Zoll, Glosa do postanowienia SN z dnia 24 września 1993 r., sygn. akt III CZP 77/93, w: PiP z 1995 nr1, poz. 96.

Zgodnie z poglądem wyrażonym przez W. Kubalę wzorce umowne należy traktować jako zaproszenie do negocjacji albo wprost jako ofertę. Wzorzec jest propozycją zawarcia umowy na warunkach w nim określonych skierowaną do jednej lub wielu osób⁶⁰.

Wydaje się, że tak należy traktować również i tę część specyfikacji istotnych warunków zamówienia⁶¹. Ze względu na zasadę zgodności treści złożonej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia pamiętać należy, aby postanowienia zawieranej umowy nie były sprzeczne z ogólnymi warunkami umowy opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.



W przypadku dołączenia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia gotowego wzoru umowy, zamawiający musi zdawać sobie sprawę, iż umowę będzie musiał zawrzeć na takich warunkach, jakie zostały określone we wzorze umowy.

Dłatego stosowanie gotowych wzorów umów w zamówieniach publicznych powinno mieć miejsce zawsze wtedy, gdy przedmiotem zamówienia publicznego nie jest dostawa, usługa lub robota budowlana, której nie można z góry określić szczegółowych cech technicznych i jakościowych, lub gdy z powodu specjalistycznego charakteru dostaw, usług lub robót budowlanych konieczne są negocjacje z wykonawcami.

Zamawiający jako ta strona, która ma największy wpływ na kształt przyszłego kontraktu, może zaproponować rozwiązania znacznie odbiegające od przyjętych standardów rynkowych.

Zatem niezmiernie istotnym elementem przed podjęciem decyzji o wzięciu udziału przez konkretnego wykonawcę w postępowaniu, będzie analiza zapisów specyfikacji, w szczególności w zakresie istotnych postanowień przyszłej umowy.

WAŻNE:
Wykonawca, przed podjęciem decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu, powinien przeanalizować zapisy SIWZ, a zwłaszcza przyszłej umowy.

Może bowiem się zdarzyć i tak, że zaproponowane istotne warunki umowy w znacznym stopniu będą odbiegały od oczekiwań wykonawcy, powodując nawet rezygnację z udziału w postępowaniu.

⁶⁰ W. Kubala, Wzorce umowne i ich rola w obrocie, Radca Prawny Nr 1 z 1999 poz. 24 – t.1.

⁶¹ Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

9. Dokonaj analizy ryzyka

Przy udzielaniu zamówień, których przedmiotem są innowacyjne rozwiązania i technologie, musimy również pamiętać o konieczności właściwego rozłożenia ryzyka finansowego pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą.

Rozwiązania innowacyjne są ze swej natury rozwiązaniami bardziej kapitałochłonnymi, przynajmniej w pierwszym okresie ich implementacji, niż rozwiązania standardowe.

Z tego powodu zamawiający powinien pamiętać o możliwościach, jakie przewidział ustawodawca w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, a mianowicie zgodnie z art. 151 a tej ustawy zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podkreślić należy, iż finansowanie zaliczkowe może poprawić kondycję ekonomiczną wykonawców, co istotnie wpłynie również na konkurencyjność ofert w poszczególnych postępowaniach, a ponadto może przyczynić się do większego zaangażowania w opracowywanie innowacyjnych rozwiązań.

Ustawodawca zobowiązał jednak zamawiającego poprzez dyspozycję art. 151a ust. 7 ustawy prawo zamówień publicznych do określenia formy zabezpieczenia zaliczki, wysokości zabezpieczenia, a także sposobu jego wniesienia i zwrotu. Zamawiający nie powinien jednak zapominać o innych możliwościach zakończenia umowy, np. na wypadek odstąpienia przez zamawiającego od umowy na podstawie art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych czy też rozwiązania umowy za porozumieniem stron.

Zamawiający powinien w umowie o udzielenie zamówienia pamiętać również o określeniu zasady zwrotu zaliczki w całości lub w nierozliczonej części w przypadku rozwiązania umowy w sytuacji, gdy zaliczka nie zostanie wykorzystana przez wykonawcę bądź zostanie wykorzystana, lecz niezgodnie z jej przeznaczeniem⁶². Przepisy prawa zamówień publicznych ewoluowały w takim kierunku, aby obecnie sam podmiot zamawiający przy udzielaniu zamówień publicznych uczył się na swoim doświadczeniu.

Takie możliwości daje chociażby konstrukcja art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z postanowieniami którego zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Z punktu widzenia możliwości racjonalnego prowadzenia procesu innowacyjnych zamówień przewidywalność zdarzeń podczas realizacji kontraktu jest bardzo istotna. **Należy bowiem pamiętać, że nawet kiedy umowa o zamówienie publiczne została zawarta, proces realizacji innowacyjnego zamówienia publicznego nie został zakończony.** Zarządzanie kontraktem jest bardzo ważnym elementem z punktu widzenia jego finalnej efektywności w sferze nie tylko wdrożeniowej, lecz szczególnie ekonomicznej. Monitorowanie procesu realizacji kontraktu również może przyczynić się do bardziej efektywnego wdrożenia przyszłych rozwiązań innowacyjnych

Zaleca się ścisłą współpracę pomiędzy podmiotem zamawiającym a wykonawcą kontraktu, nie tylko w aspektach objętych postanowieniami umowy, lecz również w aspektach związanych z przyszłymi możliwościami rozwoju wdrażanych rozwiązań.

Przepisy innych ustaw kształtujących system zamówień publicznych w Polsce również zawierają instrumenty prawne odwołujące się do doświadczenia podmiotu udzielającego zamówienia⁶³.

W ustawie o koncesjach na roboty budowlane lub usługi ustawodawca pozostawił organizatorowi postępowania o zawarcie umowy koncesji możliwość określenia w treści ogłoszenia o koncesji oraz opisie warunków koncesji okoliczności uzasadniających odwołanie postępowania. To koncesjodawca musi na etapie sporządzania dokumentacji postępowania dołożyć należytej staranności przy określeniu możliwości odwołania postępowania, tak by nie uniemożliwić dokonania racjonalnego wyboru.

Przykładowo odwołanie postępowania może nastąpić ze względu na interes publiczny, który sprawia, że dalsze prowadzenie postępowania lub realizacja koncesji byłoby wbrew temu interesowi. Ponadto odwołać postępowanie koncesjodawca może poprzez zastrzeżenie jego prawidłowego przebiegu. W związku z powyższym każda wada postępowania, która może być przyczyną jego odwołania, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady nieważna⁶⁴.

Ryzyko jest immanentnym czynnikiem warunkującym proces nabywania innowacyjnych zamówień.

Ryzyko w procesie innowacyjnych zamówień publicznych może występować na wielu płaszczyznach, poczynając od możliwości realizacji wynegocjowanych rozwiązań innowacyjnych, możliwości spełnienia oczekiwań zamawiającego co do warunków zamówienia, możliwości zaimplementowania innowacyjnych technologii oraz oceny ich efektów zarówno w skali ekonomicznej, jak i organizacyjnej.

Każde odchylenie od przyjętych oczekiwań mogą prowadzić do trudności w procesie wdrażania innowacyjnych rozwiązań w strukturach zamawiającego.

W literaturze wielokrotnie podkreśla się, że aby projekt odniósł sukces, należy zawsze dokonywać podziału ryzyka zgodnie z umiejętnościami, doświadczeniem i możliwościami finansowymi każdego z partnerów⁶⁵. Przy zawieraniu umowy o zamówienie publiczne zawsze musimy uwzględnić ryzyko ekonomiczne takiej umowy oraz możliwości sprawnego zrealizowania jej postanowień przez obu kontrahentów. Nie oznacza to, że przy tego typu umowach będziemy mieli do czynienia wyłącznie z ryzykiem ekonomicznym. Do zadań kontraktujących stron będzie należało jak najdokładniejsze zdefiniowanie możliwych obszarów, w których mogą występować ryzyka oraz dokonanie optymalnego transferu ryzyk pomiędzy zamawiającego a wykonawcę.

Ten optymalny transfer ryzyk pomiędzy strony umowy koncesji powinien uwzględniać wskaźnik korzyści **value for money**, który zostanie osiągnięty wtedy, kiedy osiągniemy możliwie maksymalne korzyści w warunkach posiadanych zasobów i możliwości.

Ryzyko jest pewnym stanem, w którym możliwe jest wystąpienie negatywnego odchylenia od pożądanego czy też oczekiwanego wyniku.

Jak podkreśla się w literaturze, ryzyko jest zjawiskiem obiektywnym wynikającym z zewnętrznej rzeczywistości, dającym się zmierzyć⁶⁶. Ryzyko może stanowić o możliwości poniesienia straty, możliwości osiągnięcia wyniku gorszego od oczekiwanego⁶⁷. Element ryzyka powinien zostać odpowiednio zidentyfikowany i opisany w zawieranej umowie, tak aby maksymalnie ograniczyć możliwości niepowodzenia w realizacji zamówienia.

⁶³ Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi z dnia 9 stycznia 2009 r. (DzU Nr 19, poz. 101 ze zm.).

⁶⁴ A. Panasik, Komentarz do ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, C. H. Beck 2009, s. 187 i n.

⁶⁵ Szerzej por. A. Gajewska-Jedwabny, Partnerstwo publiczno-prywatne, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 10.

⁶⁶ M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz, Warszawa 2006, s. 116.

⁶⁷ E. Kowalewski, Ryzyko w działalności człowieka i możliwości jego ograniczenia, (w:) Ubezpieczenia gospodarcze, pod redakcją T. Sangowskiego, Warszawa 1998.

Jest to szczególnie istotne z tego powodu, iż działania innowacyjne stosunkowo często kończą się niepowodzeniem.

Wynika to z błędnych działań marketingowych polegających na nieprawidłowej ocenie potencjalnego rynku, wadliwie oszacowanych kosztów promocji i dystrybucji, zbyt niskiej lub zbyt wysokiej ceny, a ponadto z niedojrzałości technicznej nowego wyrobu, zbyt długiego czasu wdrażania innowacji do produktu itp.

Właściwe rozłożenie ryzyka między zamawiającego a wykonawcę zależy w dużej mierze od właściwego zdefiniowania w dokumentacji przetargowej oczekiwań zamawiającego oraz odpowiedniego określenia warunków udziału w postępowaniu.

Zakończenie

Zamówienia publiczne mogą być jednym z elementów polityki innowacyjnej państwa. Kluczowym działaniem sektora publicznego w tym obszarze powinno być ukierunkowanie myślenia na proinnowacyjne rozwiązania przy udzielaniu zamówień publicznych.

Sektor publiczny może aktywnie promować proinnowacyjne rozwiązania, takie jak odpowiednie zaplanowanie postępowania przetargowego na innowacyjny przedmiot, wybór odpowiedniego trybu jego przeprowadzenia czy też zdefiniowanie odpowiednich warunków oraz kryteriów w dokumentacji przetargowej.

Najważniejszym jednak elementem w poszczególnych postępowaniach o udzielaniu zamówień na innowacje będzie odpowiednie dobranie oraz przygotowanie osób, które będą zaangażowane w ten proces. Jedynie bowiem kompleksowe działania doprowadzą do sukcesu, jakim będzie rozwój innowacyjnej gospodarki.

Mamy nadzieję, iż nasze opracowanie wpłynie na spopularyzowanie innowacyjnych zamówień publicznych, a także umożliwi wyjaśnienie wielu wątpliwości, na które napotykają w swojej praktyce zarówno zamawiający, jak i wykonawcy.

Instrumenty elektroniczne w procesie udzielania zamówień publicznych

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2010

Autor tekstu: Mateusz Szymczak

Publikacja powstała w oparciu o materiały Urzędu Zamówień Publicznych

Wstęp

Licytacja elektroniczna oraz bardzo do niej podobna aukcja elektroniczna to dwa interesujące, zapisane w ustawie Prawo zamówień publicznych, instrumenty pozwalające na zastąpienie tradycyjnej, papierowej formy udzielania zamówień na komputerową i przeniesienie procedur przetargowych do Internetu.

Choć obecnie nie są one zbyt często wykorzystywane w praktyce, to jednak zainteresowanie tymi formami udzielania zamówień stale rośnie. Przyczyną takiego stanu rzeczy są przede wszystkim oszczędności, jakie wynikają ze stosowania aukcji i licytacji – według różnych szacunków sięgają one od 20 do 30% wartości zamówienia. Niewątpliwie również duży udział w zwiększeniu zainteresowania aukcjami i licytacjami miał Urząd Zamówień Publicznych, który w ostatnim czasie uruchomił swoją platformę do prowadzenia aukcji i licytacji elektronicznych i udostępnił ją bezpłatnie wszystkim zamawiającym i wykonawcom.

Wzrost zainteresowania instrumentami elektronicznymi przekłada się na coraz większą liczbę postępowań prowadzonych w trybie licytacji elektronicznej i postępowań, w których wybór oferty najkorzystniejszej jest dokonywany z zastosowaniem aukcji elektronicznej. I tak, podczas gdy w roku 2008 w skali kraju zostało przeprowadzonych jedynie 77 licytacji, to w roku 2009 było ich już 302. W tym samym czasie liczba aukcji elektronicznych w postępowaniach ogłoszonych w Biuletynie Zamówień Publicznych wzrosła ze 194 do 311¹.

¹ Informacje uzyskane na podstawie danych przekazywanych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w formie rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach oraz danych dotyczących liczby ogłoszeń o licytacji zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Oprogramowanie do prowadzenia licytacji i aukcji elektronicznych

Przeprowadzenie zarówno licytacji, jak i aukcji elektronicznej wymaga posiadania specjalistycznego oprogramowania, za pomocą którego wykonawcy będą mogli składać swoje oferty. Początkowo niska dostępność tego rodzaju narzędzi stanowiła główną barierę w stosowaniu licytacji i aukcji w Polsce. W chwili obecnej jednak istnieje już na rynku wiele rozwiązań oferowanych zamawiającym zainteresowanym wykorzystaniem tego rodzaju instrumentów w procesie udzielania zamówień publicznych. Za niewielką opłatą wszyscy zamawiający mogą korzystać z programów licytacyjno-aukcyjnych, udostępnianych na zasadach komercyjnych. Systemy te cechują się różnym poziomem rozbudowania. W przypadku większości z nich istnieje możliwość uzyskania profesjonalnej pomocy w przeprowadzeniu postępowania od firmy udostępniającej system – niektóre z takich firm oferują wręcz możliwość przeprowadzenia całej licytacji w imieniu i na rzecz zamawiającego. Oczywiście powoduje to zwiększenie kosztów, jakie trzeba ponieść w związku z korzystaniem z systemu, ale jednocześnie daje większą gwarancję powodzenia prowadzonych postępowań.

W roku 2009 darmowy system do prowadzenia licytacji elektronicznej udostępnił dla wszystkich zamawiających Urząd Zamówień Publicznych. System ten jest stosunkowo prosty w obsłudze i łatwy do opanowania. Dodatkowo autorytet Urzędu Zamówień Publicznych gwarantuje, że prowadzone w systemie licytacje elektroniczne są w pełni zgodne z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych. Minusem systemu Urzędu Zamówień Publicznych – będącym negatywną konsekwencją braku odpłatności – jest przede wszystkim znacząco ograniczona pomoc świadczona na rzecz użytkowników. Od stycznia 2010 r. system udostępniony przez Urząd umożliwia również prowadzenie aukcji elektronicznych. Warto zauważyć, że zamawiającym udostępnione zostały również wersje demonstracyjne tych systemów – za ich pomocą można zapoznać się z funkcjonowaniem systemów i przećwiczyć prowadzenie aukcji bądź licytacji przed wszczęciem prawdziwego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oczywiście zamawiający może – jeżeli posiada takie możliwości – stworzyć bądź zlecić stworzenie własnego programu licytacyjno-aukcyjnego. Rozwiązanie to jest najbardziej kosztowne, wymaga większego nakładu pracy poświęconego na stworzenie programu i przeprowadzenie niezbędnych testów sprawdzających poprawność jego działania, ale umożliwia uzyskanie programu najbardziej dopasowanego do potrzeb i wymagań zamawiającego, z możliwością zintegrowania go z jego własnym systemem informacyjnym (np. z systemem obiegu dokumentów), a nadto zapewnia najszerszy i bezpośredni dostęp do wszelkich informacji związanych z prowadzonymi aukcjami i licytacjami oraz zapewnia pełną kontrolę nad przebiegiem prowadzonych postępowań.

System służący do prowadzenia aukcji i licytacji powinien – co oczywiste – być stabilny (nie „zawieszać się”) i wolny od błędów. Bardzo ważne jest również zaimplementowanie mechanizmów zabezpieczających przed ewentualnymi problemami sprzętowymi. W toku licytacji mogą przecież zdarzyć się różne nieprzewidziane okoliczności – np. awaria serwera, na którym jest zainstalowany program aukcyjny, przerwy w łączności tego serwera z siecią Internet czy choćby braki w zasilaniu infrastruktury technicznej wykorzystywanej przez aukcję, które mogłyby powodować brak możliwości składania ofert w toku licytacji. Dobrym rozwiązaniem, zapobiegającym negatywnym konsekwencjom wiążącym się z tego rodzaju niechcianymi okolicznościami (w szczególności polegającymi na braku dostępu do systemu w trakcie aukcji lub licytacji), jest uruchomienie systemu jednocześnie na co najmniej dwóch współpracujących ze sobą serwerach, tak, aby w przypadku awarii jednego z nich obsługa systemu mogła być kontynuowana przez drugi.

Niezwykle istotne jest również, aby system cechował się dużą przejrzystością. Oznacza to, że wszelkie operacje podejmowane przez zamawiającego i uczestników aukcji lub licytacji powinny być w systemie zapisywane – tak aby w razie potrzeby zamawiający był w stanie stosunkowo szybko do nich dotrzeć. Pozwoli to odtworzyć przebieg postępowania w przypadku, gdyby wykonawcy zgłaszali zaistnienie nieprawidłowości – i ustalić, czy licytacja lub aukcja była prawidłowa, czy też nie i niezbędne jest jej powtórzenie. Dodatkowo, w przypadku sformułowania ewentualnych zarzutów pod adresem zamawiającego, odtworzony przebieg aukcji lub licytacji będzie dowodem prawidłowego zachowania się zamawiającego i pozwoli na usunięcie wszelkich podejrzeń i zarzutów podważających bezstronność prowadzącego postępowanie. Zapisy takie będą pozwalały ustalić, czy ewentualne nieprawidłowości w toku licytacji w rzeczywistości wystąpiły, czy też były one wyłącznie rezultatem działania wykonawcy lub wręcz zostały przez wykonawcę wymyślone. System powinien zostać skonstruowany w taki sposób, aby zamawiający mógł z łatwością uzyskać dostęp (bezpośrednio z poziomu interfejsu systemu lub za pośrednictwem podmiotu nim administrującego) do danych opisujących wszystkie działania podejmowane przez wykonawcę w toku licytacji.

Wykluczona jest jakakolwiek ingerencja zamawiającego w przebieg postępowania – w szczególności dokonywanie zmian w warunkach aukcji już po jej otwarciu, wpływanie na oferty wykonawców i proponowane przez nich ceny oraz blokowanie w jakikolwiek sposób w trakcie aukcji. Dlatego bardzo ważne jest, aby system był skonstruowany w taki sposób, aby faktycznie niemożliwe było podejmowanie tego rodzaju działań przez zamawiającego, względnie, aby wszelkie takie działania mogły być z łatwością wykryte.

LICYTACJA ELEKTRONICZNA

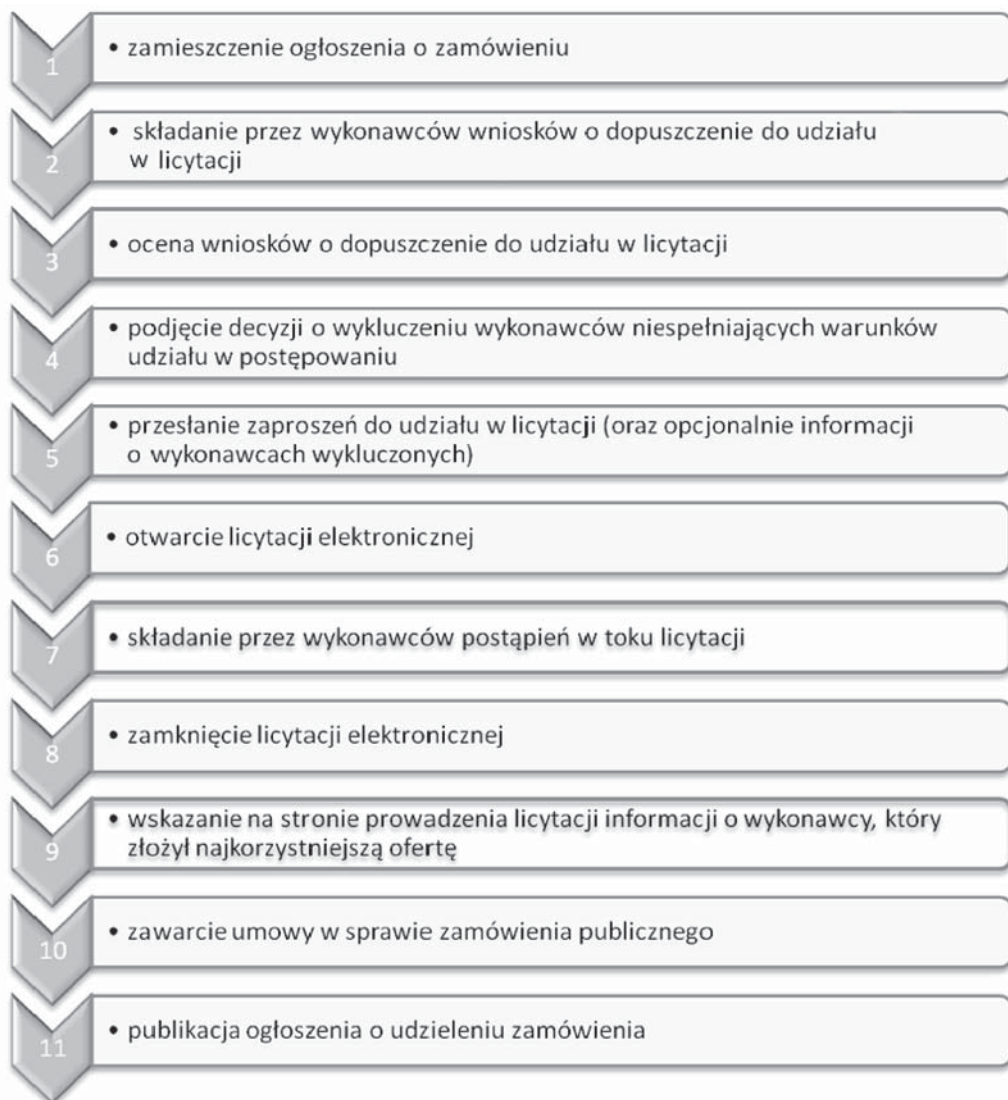
Licytacja elektroniczna jest trybem udzielenia zamówienia, który polega na umożliwieniu wykonawcom spełniającym warunki udziału w postępowaniu składania – za pomocą narzędzia elektronicznego dostępnego za pośrednictwem Internetu – coraz korzystniejszych ofert (postąpień). W toku licytacji wykonawcy przebijają oferty złożone przez konkurentów, oferując coraz niższe ceny. Dzięki wykorzystaniu narzędzi elektronicznych wykonawcy mogą na bieżąco obserwować przebieg licytacji (w tym również zaproponowane przez innych wykonawców ceny) i niezwłocznie reagować na jej przebieg.

Tryb licytacji elektronicznej istnieje w polskim systemie zamówień publicznych od samego początku obowiązywania ustawy – Prawo zamówień publicznych, tj. od 2 marca 2004 r. Początkowo licytacja elektroniczna istniała pod nazwą aukcji elektronicznej. Instytucja ta jednak w 2006 r. została przemianowana na licytację elektroniczną, a dotychczasową jej nazwę przypisano implementowanej z unijnych dyrektyw instytucji „elektronicznej dogrywki”.

Licytacja elektroniczna została zaprojektowana jako prosty i szybki sposób udzielania mniej skomplikowanych zamówień. Wskazuje na to chociażby fakt, iż początkowo możliwość jej stosowania została przez ustawodawcę ograniczona wyłącznie do zamawiania dostaw lub usług powszechnie dostępnych i o ustalonych standardach jakościowych. Jakkolwiek ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień rozszerzyła jej zastosowanie na wszystkie dostawy, usługi i roboty, także na budowlane, to jednak w dalszym ciągu to właśnie do takich prostych zamówień licytacja elektroniczna nadaje się najbardziej.

Może ona być stosowana wyłącznie do udzielania zamówień o mniejszej wartości, nieprzekraczającej tzw. progów unijnych – kwot określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (DzU Nr 224, poz. 1795)². Wynika to z faktu, iż tryb licytacji elektronicznej nie został przewidziany przepisami dyrektyw unijnych – dyrektywy 2004/18/WE oraz 2004/17/WE. Ustawodawca polski, decydując się na wprowadzenie takiego instrumentu do krajowego porządku prawnego, aby nie naraził się na zarzut niezgodności z prawem unijnym, musiał ograniczyć możliwość jego zastosowania tylko do tych postępowań, które znajdują się poza obszarem regulacji dyrektyw.

Schemat prowadzenia licytacji



² Są to, w zależności od rodzaju zamawiającego i przedmiotu zamówienia, kwoty stanowiące równowartość: 125.000 euro, 4 845 000 euro, 193.000 euro albo 387 000 euro.

Stosowanie licytacji elektronicznej niesie za sobą wiele wymiernych korzyści. Do najważniejszych z nich należą:

- możliwość osiągnięcia znaczących oszczędności,
- zapewnienie wyższej niż w tradycyjnych postępowaniach przejrzystości postępowania,
- możliwość udzielenia postępowania szybciej niż w tradycyjnym trybie przetargowym czy wreszcie
- zapewnienie większej konkurencji.

Szacuje się, że ceny uzyskiwane w wyniku zastosowania mechanizmu licytacji elektronicznej są średnio 20% niższe niż w przypadku stosowania procedur „papierowych”. Potwierdzają to statystyki dotyczące licytacji elektronicznych przeprowadzonych na Platformie Licytacji Elektronicznych Urzędu Zamówień Publicznych – z których wynika, że ostateczne ceny najkorzystniejsze były niższe średnio o ok. 21,13% od poziomu ustalanych przez zamawiającego cen wywoławczych. Wynika to przede wszystkim z faktu, że w toku licytacji elektronicznej wykonawcy uzyskują pełną informację o cenach oferowanych przez konkurentów – i mogą na bieżąco reagować na ich oferty, proponując korzystniejsze warunki cenowe.

Do tego należy doliczyć zaoszczędzone koszty administracyjne związane z prowadzeniem procedury w formie elektronicznej, na co składają się w szczególności: brak obowiązku dokonywania oceny ofert przez pracowników zamawiającego, automatyczne generowanie przez system licytacyjny niektórych dokumentów (zaproszenia do udziału w licytacji, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej) czy też przekazywanie wszelkich dokumentów, oświadczeń i wniosków od momentu otwarcia licytacji wyłącznie drogą elektroniczną.

Kolejnym argumentem przemawiającym za stosowaniem licytacji elektronicznej jest wysoka przejrzystość prowadzonego postępowania. Powoduje ją przede wszystkim fakt, iż wszystkie informacje związane ze składanymi postąpieniami są jawne i widoczne dla wszystkich zainteresowanych podmiotów bezpośrednio w systemie informacyjnym. Dodatkowo, informacje te są zwykle w trwały sposób zapisane, a zapisy te mogą stanowić istotną pomoc przy wyjaśnianiu mogących pojawić się zarzutów dotyczących przeprowadzenia licytacji albo stanowić materiał dowodowy w przypadku wystąpienia ewentualnych sporów pomiędzy zamawiającym a uczestnikami postępowania. Zwiększona transparentność postępowania wynika również z faktu, iż oferty składane w toku licytacji elektronicznej są oceniane automatycznie przez system informatyczny, bez jakiegokolwiek ingerencji zamawiającego. Dzięki temu zamawiający pozbawiony jest praktycznie możliwości wpływania na wynik postępowania, co zabezpiecza go przed większością jakiegokolwiek zarzutów w tym zakresie.

Nie bez znaczenia jest również fakt, że licytacja elektroniczna jest obecnie trybem umożliwiającym stosunkowo szybkie udzielenie zamówienia. Jak wynika ze statystyk opublikowanych w rocznym Sprawozdaniu Urzędu Zamówień Publicznych z udzielonych zamówień, w roku 2009 średni czas trwania procedury prowadzonej w trybie licytacji elektronicznej wyniósł 34 dni, a więc najkrócej spośród wszystkich trybów udzielenia zamówienia (choć różnice w porównaniu z drugim w kolejności przetargiem nieograniczonym były stosunkowo niewielkie).

Powyższe cechy czynią tryb licytacji elektronicznej bardzo skutecznym narzędziem udzielania mniej skomplikowanych, prostszych zamówień publicznych. Powodują jednak, że zamawianie bardziej skomplikowanych i rozbudowanych dostaw, usług oraz przede wszystkim robót budowlanych w trybie licytacji elektronicznej może już nie być tak efektywne. Krótkie terminy na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji, ograniczony zakres sporządzanej dokumentacji postępowania i brak obowiązku (a zarazem możliwości) oceny ofert pod kątem zgodności z wymaganiami przedmiotowymi, z jednej strony umożliwiają szybkie i sprawne udzielanie zamówień standardowych, z drugiej jednak strony stanowią

znaczące utrudnienie w przypadku zamówień bardziej złożonych, w szczególności tych wymagających twórczego wkładu wykonawcy lub pozostawiające swobodę lub szerokie pole do interpretacji w zakresie wykorzystywanych rozwiązań technicznych.

Również wysokie oszczędności, które są uzyskiwane dzięki stosowaniu licytacji elektronicznej nie zawsze oznaczają, iż zamówienie zostanie efektywnie zrealizowane. W pewnych okolicznościach zbyt niska cena za zamówienie może przekładać się na stosowanie przy realizacji zamówienia tańszych, mniej trwałych materiałów lub gorszych technologicznie rozwiązań, a w konsekwencji prowadzić do obniżenia jakości nabywanych dostaw, usług lub robót budowlanych.

Z uwagi na fakt, że jedynym kryterium oceny ofert jest w tym trybie cena, jego stosowanie do udzielania zamówień, w przypadku których istotne znaczenie ma dla zamawiającego jakość wykonania, nie wydaje się najlepszym rozwiązaniem.

Przedmiot licytacji

W postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej nie sporządza się specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powoduje to konieczność sformułowania wszystkich wymagań odnośnie do przedmiotu zamówienia i jego realizacji w ogłoszeniu o zamówieniu. Dokładne opisanie w ogłoszeniu przedmiotu zamówienia jest tymczasem o tyle utrudnione, że objętość informacji, jakie mogą za pomocą elektronicznego formularza być wpisane do ogłoszenia zamieszczanego w Biuletynie Zamówień Publicznych, jest ograniczona (formularze, za pomocą których zamieszcza się ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, pozwalają bowiem wpisać tylko określoną liczbę znaków). Precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu utrudnia również brak możliwości wprowadzania innej treści, niż znaki tekstowe (co praktycznie wyłącza możliwość załączania jakichkolwiek rysunków, planów lub schematów).

Istnieje jednak rozwiązanie, które pozwala na ominięcie wskazanych ograniczeń. Polega ono na zamieszczeniu na stronie internetowej odrębnego dokumentu, w którym zawarty będzie opis przedmiotu zamówienia. Jakkolwiek nie wynika to wprost z ustawy Prawo zamówień publicznych, to jednak żaden z jej przepisów takiej praktyce nie stoi na przeszkodzie. Co więcej, możliwość sporządzenia takiego odrębnego opisu przedmiotu zamówienia potwierdza jednoznacznie treść załącznika nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (DzU Nr 12, poz. 1042) – zgodnie z którym zamawiający może w pozycji IV.4.7 wskazać adres strony internetowej, na której będzie dostępny opis przedmiotu zamówienia.

Sporządzenie takiego opisu pozwoli przekazać więcej informacji wykonawcom odnośnie do przedmiotu zamówienia, jakiego chce udzielić zamawiający – dzięki czemu możliwe stanie się w miarę precyzyjne opisanie nawet tych bardziej skomplikowanych zamówień (w szczególności dotyczących robót budowlanych).

Jedynym kryterium oceny ofert, jakie może być stosowane w licytacji elektronicznej, jest cena. W rzeczywistości cena jest jedynym elementem oferty składanej w postępowaniu, który pochodzi od wykonawcy – pozostałych elementów oferty składanej w toku licytacji elektronicznej należy szukać w wymaganiach zamawiającego określonych w dokumentacji postępowania, w szczególności w ogłoszeniu o zamówieniu lub opisie przedmiotu zamówienia. Przyjąc należy, że składając ofertę w licytacji elektronicznej wykonawca proponuje zamawiającemu dokładnie taki przedmiot zamówienia, jaki został opisany przez zamawiającego – za cenę określoną w składanym postąpieniu. Dlatego niezwykle ważne jest, aby przedmiot zamówienia był określony w sposób jak najbardziej precyzyjny i wyczerpujący. Im dokładniej bowiem opisany zostanie przedmiot zamówienia, tym automatycznie lepiej będzie sformułowana oferta wykonawcy.

Nie zawsze jednak możliwe będzie wystarczająco precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy wyraźnie wyłączają bowiem możliwość posługiwania się przez zamawiającego określeniami producentów, znaków towarowych oraz wszelkimi zapisami mogącymi powodować ograniczenie konkurencji. W przypadku licytacji elektronicznej oferty składane przez wykonawców będą automatycznie równie nieskonkretyzowane i niedoprecyzowane, co dokumentacja sporządzona przez zamawiającego. Powoduje to, że wykonawca, który zwycięży w licytacji elektronicznej w zasadzie aż do momentu przystąpienia do podpisania umowy może nie wskazywać, jakie konkretnie rozwiązania techniczne w zakresie przedmiotu zamówienia przedstawi zamawiającemu. W praktyce zamawiający może zatem aż do zakończenia licytacji elektronicznej i wezwania wykonawcy, który zaproponował ofertę najkorzystniejszą, nie wiedzieć, jakie konkretnie dostawy, usługi czy roboty budowlane wykonawca uzyska od wykonawcy w zamian za cenę wskazaną w ofercie.

Naturalną konsekwencją tego rozwiązania jest fakt, iż w toku licytacji elektronicznej oferty wykonawców nie podlegają weryfikacji pod kątem zgodności z wymaganiami zamawiającego określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – są one de facto z tymi wymaganiami tożsame. Przepis art. 81 ustawy – Prawo zamówień publicznych wprost wyłącza możliwość odrzucania ofert w licytacji elektronicznej

Oczywiście nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zażądał od wykonawców przedstawienia – wraz z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – sprecyzowania oferty i wskazania konkretnych rozwiązań, znaków towarowych czy wyspecyfikowania oferowanych rozwiązań. Należy jednak zauważyć, że tego rodzaju dokumentacja precyzująca pozbawiona będzie jakiegokolwiek mocy prawnej, gdyż nie znajduje ona oparcia w ustawie. W konsekwencji, nawet w sytuacji, gdy wykonawca – w odpowiedzi na żądanie zamawiającego – przedstawi dokumentację wskazującą, że oferowany przedmiot nie jest zgodny z określeniem przedmiotu zamówienia zapisanym w ogłoszeniu o zamówieniu lub z opisem przedmiotu zamówienia albo gdy wykonawca w ogóle nie przedstawi żadnych dokumentów precyzujących jego ofertę, brak jest podstawy prawnej do wyeliminowania takiego wykonawcy z postępowania. Wykonawca taki będzie uprawniony do złożenia oferty w licytacji i, jeżeli jego oferta będzie najkorzystniejsza, będzie musiał zostać zaproszony do zawarcia umowy.

Co zatem w sytuacji, gdy przy podpisywaniu umowy okaże się, że wykonawca zamierza przedstawić zamawiającemu przedmiot niezgodny z opisem dokonany przez zamawiającego? Wychodząc z założenia, że ofertą złożoną przez wykonawcę w licytacji był przedmiot opisany przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu (lub w odrębnym opisie przedmiotu zamówienia), to uznać należy, że w opisanej powyżej sytuacji wykonawca przedstawia przedmiot zamówienia niezgodny z ofertą. W konsekwencji takie zachowanie wykonawcy należy oceniać w kategorii jego uchylania się od podpisania umowy na warunkach przewidzianych w ofercie.

Jest to o tyle niekorzystne dla zamawiającego, że na tym etapie nie jest już możliwe wyeliminowanie takiego wykonawcy z postępowania i ponowne przeprowadzenie licytacji bez jego udziału. Podstawą do wyłonienia oferty najkorzystniejszej jest wyłącznie ranking ofert uzyskany po przeprowadzonej licytacji. Dlatego w przypadku licytacji elektronicznej niezmiernie istotne jest jak najbardziej precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia – w taki sposób, aby do minimum ograniczyć wykonawcom możliwość uwzględniania w przedstawianych już po zamknięciu licytacji dostawach, usługach lub robotach budowlanych rozwiązań, którymi zamawiający zainteresowany nie jest (lub wręcz takich, których zamawiający wolałby uniknąć). Przedmiot zamówienia powinien zostać opisany w taki sposób, aby nie powodować zbytnich wątpliwości przy ocenie, czy konkretne produkty są z nim zgodne, czy też nie. W przeciwnym razie istnieje

ryzyko prowadzenia już po zamknięciu licytacji przeciągających się sporów z wykonawcami, czy ich produkty są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, czy też nie.

Ogłoszenie o licytacji

Postępowania prowadzone w trybie licytacji elektronicznej wszczyna się zamieszczeniem ogłoszenia o zamówieniu, a właściwie trzech jednakowo brzmiących ogłoszeń: w Biuletynie Zamówień Publicznych, na stronie internetowej zamawiającego oraz na stronie internetowej, na której będzie prowadzona licytacja elektroniczna. Formalnie zatem chwilą wszczęcia postępowania jest dopiero moment, w którym opublikowane zostaną wszystkie trzy ogłoszenia. Moment ten stanowi również początek biegu terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Sytuacja, w której wszystkie trzy ogłoszenia są publikowane jednego dnia, jest sytuacją najbardziej pożądaną – wówczas bowiem nie powstają żadne wątpliwości odnośnie do ustalenia dnia, w którym postępowanie zostało wszczęte. W przypadku natomiast, gdy publikacja ogłoszeń następuje na przestrzeni kilku dni, wówczas za dzień wszczęcia postępowania należy uznać ten dzień, w którym zostało opublikowane ostatnie z nich. W konsekwencji właśnie od tego ostatniego dnia należy liczyć bieg terminu na złożenie wniosków o dopuszczenie do postępowania.

Treść ogłoszenia o licytacji w znacznej części odpowiada treści ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego postępowań prowadzonych w innych trybach – różnice dotyczą tylko paru dodatkowych pól formularza.

Należą do nich:

- wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, w tym wymagania techniczne urządzeń informatycznych,
- sposób postępowania w toku licytacji elektronicznej, w szczególności określenie minimalnych postąpień,
- informacje o liczbie etapów licytacji elektronicznej i czasie ich trwania.

W polu dotyczącym wymagań należy wpisać wszystko, co musi zrobić lub czym musi dysponować wykonawca, aby mieć możliwość wzięcia udziału w licytacji. W szczególności zatem należy określić: wymagania techniczne sprzętu komputerowego, niezbędne oprogramowanie czy też rodzaj i parametry łącza internetowego, niezbędnego do zapewnienia prawidłowej łączności z systemem licytacyjnym. Warto w tej pozycji również wskazać wymagane ustawienia sieci wewnętrznej, maksymalny dopuszczalny poziom zabezpieczeń sieciowych (w szczególności zatory ogniowej) i pozostałych elementów, które mogłyby powodować brak możliwości korzystania z systemu licytacyjnego.

Prawidłowe określenie wymagań systemu licytacyjnego jest niezwykle istotne, gdyż po pierwsze, pozwala wykonawcom właściwie przygotować się do licytacji, a po drugie zabezpiecza zamawiającego przed zarzutami wykonawców dotyczącymi braku możliwości wzięcia udziału w licytacji, gdy wynika to z nieprawidłowego skonfigurowania ich sprzętu informatycznego w zakresie określonym w ogłoszeniu. Z drugiej strony, w przypadku braku wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu określonych wymagań i ograniczeń dotyczących systemów informatycznych wykonawców, gdy niespełnienie takich wymagań uniemożliwi wykonawcy wzięcie udziału w licytacji, wykonawca będzie uprawniony do żądania powtórzenia licytacji z jego udziałem.

Procedura – etap I – kwalifikacja podmiotowa

Postępowanie prowadzone w trybie licytacji elektronicznej składa się z dwóch faz. Jest ono skonstruowane analogicznie jak w przypadku przetargu ograniczonego. W pierwszym etapie jest oceniana wyłącznie podmiotowa zdolności wykonawców do realizacji zamówienia – a więc sprawdzenie ich pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dopiero po dokonaniu podmiotowej kwalifikacji – i określeniu zakresu podmiotowego uczestników dalszej części postępowania – rozpocznie się właściwy proces elektronicznego licytowania.

Faza podmiotowej kwalifikacji wykonawców odbywa się według reguł analogicznych jak w przypadku przetargu ograniczonego. Na tym etapie wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a zamawiający te wnioski ocenia.

Warto zauważyć, że ustawa – Prawo zamówień publicznych nic nie wspomina o formie prowadzenia tej fazy postępowania. Dopiero od otwarcia licytacji elektronicznej – zgodnie z art. 77 ustawy wszelkie wnioski, oświadczenia i inne informacje będą musiały być przekazywane drogą elektroniczną. Tym samym przyjąć należy, do momentu otwarcia licytacji zastosowanie znajdują podstawowe zasady dotyczące komunikowania się zamawiającego z wykonawcami – zgodnie zatem z art. 27 ustawy wymiana wszelkich oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji powinna odbywać się zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Wybór formy komunikacji powinien nastąpić, z uwagi na brak specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ogłoszeniu o zamówieniu. Oczywiście nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby dopuścić porozumiewanie się w formie elektronicznej – jednak nawet w takim przypadku wykonawcy będą mogli wszelkie informacje przysyłać zwykłą drogą pisemną.

Należy jednak pamiętać, że oferty składane w toku licytacji elektronicznej nie są opatrywane podpisem elektronicznym, co może powodować istotne trudności w zakresie ustalenia tożsamości podmiotu składającego ofertę. Brak podpisu identyfikującego wykonawcę utrudnia ustalenie, czy oferta ta pochodzi rzeczywiście od tego wykonawcy, czy też innego podmiotu posługującego się jego danymi. Aby zapobiec tego rodzaju trudnościom, najlepszym rozwiązaniem wydaje się potwierdzenie tożsamości podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia już na etapie składania przez nich wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej – poprzez żądanie, aby wnioski takie zostały złożone w formie pisemnej lub w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Alternatywnie, aby uczynić procedurę bardziej elastyczną, zamawiający może dopuścić składanie wniosków w zwykłej formie elektronicznej lub w formie faksowej, żądając jednak potwierdzenia złożenia wniosku drogą pisemną lub elektroniczną z podpisem elektronicznym. Oczywiście pamiętać należy, że wykonawca w każdym przypadku będzie mógł złożyć wniosek w zwykłej formie pisemnej – zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 27 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przypadku żądania od wykonawców wadium, zamawiający musi sam określić termin, w jakim wadium to musi zostać wniesione. Ustawa wymaga jedynie, aby termin ten został wyznaczony na czas przypadający przed otwarciem licytacji. Teoretycznie zatem zamawiający może wyznaczyć dowolny termin od dnia składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu aż do momentu bezpośrednio poprzedzającego otwarcie licytacji elektronicznej. Należy jednak mieć na uwadze, że termin ten powinien umożliwiać zamawiającemu dokonanie sprawdzenia, czy wadium rzeczywiście wpłynęło, a w razie potrzeby powinien pozwalać na wykluczenie wykonawcy jeszcze przed otwarciem licytacji. W praktyce zatem

najlepszym rozwiązaniem wydaje się wyznaczenie terminu na wniesienie wadium w dniu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji lub w okresie bezpośrednio po nim – tak, aby w momencie wysyłania zaproszeń do udziału w licytacji zamawiający miał pewność, że wszyscy zapraszani wykonawcy wadium wnieśli.

Minimalny dopuszczalny termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej wynosi 7 dni – analogicznie jak w przypadku przetargu ograniczonego o wartości poniżej progów unijnych. Jeżeli przed upływem terminu wyznaczonego przez zamawiającego zostanie wniesione odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (z uwagi na wartość zamówienia odwołanie w tej fazie postępowania może dotyczyć jedynie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu), zamawiający będzie uprawniony do przedłużenia terminu składania wniosków. Choć takie działanie zamawiającego nie jest obowiązkowe, to jednak wydaje się zachowaniem celowym – z uwagi na fakt, że uwzględnienie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą i nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień ogłoszenia w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu już po przeprowadzeniu licytacji będzie powodowało konieczność jej unieważnienia.

Warunkiem dalszego prowadzenia postępowania po upływie terminu składania ofert jest, aby do zamawiającego wpłynęły co najmniej dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Brak spełnienia tego wymagania będzie skutkował obowiązkiem unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Przy czym nie stoi na przeszkodzie kontynuowaniu postępowania nawet fakt, iż jeden wniosek jest nieprawidłowy lub wykonawca, który go złożył, podlega wykluczeniu. Wymóg złożenia dwóch wniosków jest wymogiem czysto formalnym, więc nawet jeżeli po ocenie wniosków okaże się, że tylko jeden z nich jest prawidłowy i tylko jeden wykonawca może zostać zaproszony do licytacji, licytacja będzie musiała być kontynuowana. Dopiero wykluczenie wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji spowoduje konieczność unieważnienia postępowania na zasadzie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Do udziału w licytacji elektronicznej dopuszczeni powinni być wszyscy wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu. Ci wykonawcy, którzy warunków nie spełniają, powinni z postępowania zostać wykluczeni. Warto przy tym zwrócić uwagę, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie wskazuje, w jakim terminie należy takich wykonawców zawiadomić o wykluczeniu. Nie znajdzie tutaj zastosowania ogólna reguła powiadamiania o wykluczeniu wraz z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej – gdyż przepis art. 81 ustawy Prawo zamówień publicznych wyłącza stosowanie określającego tę regułę art. 92.

Z uwagi na konieczność równego traktowania wszystkich wykonawców przyjąć należy, że obowiązek powiadomienia o wykluczeniu powstaje jednocześnie z przekazaniem zaproszeń do udziału w licytacji, gdyż tylko takie rozwiązanie gwarantuje stworzenie wszystkim wykonawcom równego dostępu do informacji o wynikach oceny spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu. Jest to również rozwiązanie najkorzystniejsze z punktu widzenia ekonomiki postępowania. Powzięcie przez wykonawcę informacji o wykluczeniu spowoduje rozpoczęcie biegu terminu na wniesienie odwołania, dzięki czemu, przy odpowiednim ustaleniu terminu otwarcia (a w razie potrzeby również jego przedłużeniu), Krajowa Izba Odwoławcza będzie mogła rozpoznać odwołanie jeszcze przed rozpoczęciem licytacji. Jest to o tyle ważne, że w przypadku, gdyby Izba nakazała przywrócenie wykonawcy do postępowania już po zakończonej licytacji, musiałaby ona zostać powtórzona.

Po zakończeniu weryfikacji spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu zamawiający powinien wysłać zaproszenia do udziału w licytacji elektronicznej. W zaproszeniach należy określić termin związania ofertą. Termin ten – w przeciwieństwie do pozostałych trybów udzielenia zamówienia – nie jest narzucony przez ustawę. Zamawiający może go zatem ustalić w sposób dowolny (oczywiście w granicach rozsądku, jego długość powinna być uzasadniona charakterem zamawianych dostaw, usług lub robót budowlanych).

Termin otwarcia licytacji elektronicznej określa się w ogłoszeniu o zamówieniu. Przy czym na tym etapie nie jest jeszcze konieczne wskazywanie konkretnego dnia. Wystarczające będzie, jeżeli termin otwarcia licytacji zostanie określony jako liczba dni od przekazania zaproszeń. Takie określenie terminu zwiększa elastyczność postępowania – w przypadku opóźnień w procedurze (np. wynikających ze zmian treści ogłoszenia o licytacji lub odwołań wykonawców kwestionujących opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) i późniejszego niż uprzednio planowanego wysłania zaproszeń, zamawiający nie będzie musiał przekładać terminu otwarcia.

Proces licytowania

Druga faza licytacji – właściwy proces licytowania – rozpoczyna się w określonym w ogłoszeniu o licytacji terminie otwarcia. Od tej chwili nie obowiązuje już zasada pisemności, a wszystkie wnioski, oświadczenia i inne informacje mogą być przekazywane wyłącznie drogą elektroniczną.

W toku procesu licytacyjnego wykonawcy mogą składać kolejne, korzystniejsze oferty w trybie bezpośredniego połączenia ze stroną internetową, na której jest umieszczony system licytacyjny. Oferty składane są w zwykłej formie elektronicznej – nie jest wymagane opatrywanie ich podpisem elektronicznym (wymóg taki istniał w początkowym okresie funkcjonowania licytacji elektronicznej, jednak został uchylony przepisami no-welizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 4 września 2008 r.).

Wątpliwości może natomiast budzić, czy zamawiający jest uprawniony do ustalenia ceny wywoławczej licytacji – czyli kwoty, od jakiej powinien rozpocząć się proces licytowania. Ustawa takiej możliwości wprost nie przewiduje. Należy jednak pamiętać, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 zamawiający jest obowiązany unieważnić postępowanie w sytuacji, w której cena oferty najkorzystniejszej lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie temu, aby zamawiający poinformował wykonawców, jaki jest maksymalny poziom środków pieniężnych, jakie jest w stanie przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Poziom taki może określić, wyznaczając właśnie cenę wywoławczą. Nie spowoduje to wprawdzie braku możliwości zaproponowania przez wykonawców ceny wyższej niż cena wywoławcza, lecz wykonawca, który tak uczyni, będzie musiał liczyć się z możliwością unieważnienia postępowania. Praktyka pokazuje jednak, że w przypadku określenia ceny wywoławczej wykonawcy rzadko kiedy przekraczają jej poziom.

Kolejne oferty składane w toku licytacji muszą być coraz korzystniejsze. Ustawa nie wskazuje jednak wprost, czy oznacza to, że każda kolejna oferta wykonawcy powinna być korzystniejsza od jego własnej złożonej poprzednio, czy też musi być bardziej korzystna od wszystkich pozostałych (a więc najkorzystniejsza). Należy jednak pamiętać, że w licytacji elektronicznej każdorazowo wiąże jedynie oferta najkorzystniejsza. W tej sytuacji przyjęcie rozwiązania dopuszczającego złożenie oferty, która już w momencie składania nie jest najkorzystniejsza byłoby w istocie równoznaczne z przyzwoleniem na składanie ofert, które od samego początku nie wiążą wykonawcy. Biorąc pod uwagę niecelowość takiego rozwiązania, należy opowiedzieć się za poglądem, iż w toku licytacji dopuszczalne jest składanie wyłącznie ofert korzystniejszych od oferty aktualnie najkorzystniejszej.

Licytacja powinna przebiegać bez jakiegokolwiek ingerencji zamawiającego. System aukcyjny musi sam weryfikować dopuszczalność składania ofert wykonawców (co sprowadza się do sprawdzenia, czy każda kolejna oferta jest korzystniejsza od dotychczas najkorzystniejszej co najmniej o równowartość minimalnego postąpienia), automatycznie generować ranking (klasyfikację) ofert i na bieżąco przekazywać o nim informację uczestnikom licytacji. Podkreślenia przy tym wymaga, że wśród informacji przekazywanych wykonawcom nie mogą znaleźć się oznaczenia identyfikujące poszczególnych wykonawców. Aby przeciwdziałać ewentualnym znikom wykonawców, ustawodawca zdecydował się zabronić ujawniania takich informacji aż do zamknięcia aukcji. Dlatego oferty ujęte w klasyfikacji widocznej dla wykonawców nie powinny albo w ogóle być opatrzone znakiem identyfikacyjnym wykonawcy, albo winny być opatrzone znakiem zakodowanym w taki sposób, aby nie było możliwe zidentyfikowanie wykonawców, którzy je zaproponowali.

Licytacja może być jednoetapowa albo wieloetapowa. Licytacja jednoetapowa trwa przez oznaczony cały okres od otwarcia do zamknięcia, bez jakichkolwiek przerw. W przypadku podzielenia licytacji na etapy (licytacja wieloetapowa), kolejne etapy mogą odbywać się bezpośrednio po sobie albo mogą zostać podzielone przerwami – okresami nieaktywności, w trakcie których nie będzie możliwości składania postąpień. Podstawowe znaczenie licytacji wieloetapowej dotyczy możliwości ustalenia, że wykonawcy, którzy nie złożą przynajmniej jednej oferty w danym etapie, nie zostaną zakwalifikowani do kolejnego (tracąc tym samym możliwość uzyskania zamówienia). Rozwiązanie to, zmuszając wykonawców do składania ofert we wszystkich etapach, prowadzi do uzyskania znacznie korzystniejszych cen.

Uzyskanie korzystniejszych, tańszych ofert może być również osiągnięte dzięki zastosowaniu rozwiązania polegającego na określeniu terminu zamknięcia licytacji w taki sposób, że zamknięcie nastąpi po upływie określonego przez zamawiającego czasu bez żadnego postąpienia (np. 10 minut). Dzięki zastosowaniu takiego sposobu zamknięcia licytacji nie kończy się ona w sztywno określonym terminie, lecz trwa aż do momentu, w którym wykonawcy nie będą już skłonni obniżyć cen swoich ofert. Ponadto rozwiązanie to zabezpiecza przed powszechnie występującymi w aukcjach internetowych sytuacjami polegającymi na tym, że wykonawcy wstrzymują się ze składaniem ofert do ostatnich chwil przed ich zamknięciem. Efektywność tej metody potwierdzają dotychczasowe obserwacje przebiegu licytacji organizowanych na Platformie Licytacji Elektronicznych Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie największe oszczędności odnotowywane są właśnie w takich licytacjach, w których stosowany jest ten właśnie sposób zamknięcia licytacji.

Zakończenie licytacji

Licytacja kończy się w określonym w ogłoszeniu o licytacji terminie jej zamknięcia:

- albo wraz zakończeniem ostatniego etapu (w przypadku licytacji wieloetapowej),
- albo też – jeżeli zamawiający wybrał taki sposób zamknięcia licytacji – po upływie określonego czasu bez żadnego nowego postąpienia.

Bezpośrednio po zakończeniu licytacji zamawiający powinien wskazać na stronie internetowej, na której licytacja była prowadzona, dane identyfikujące zwycięskiego wykonawcę. W praktyce najczęściej informacje te w imieniu zamawiającego automatycznie upubliczni system licytacyjny.

Zamawiający nie zatwierdza w żaden sposób wyniku licytacji, nie musi dodatkowo jeszcze dokonywać wyboru oferty najkorzystniejszej. Ranking sporządzony przez system licytacyjny zastępuje wybór oferty najkorzystniejszej. Podanie wskazanych danych na stronie internetowej wyczerpuje obowiązki informacyjne zamawiającego wobec wykonawców uczestniczących w postępowaniu, gdyż w trybie licytacji elektronicznej nie ma wymogu przekazywania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Obowiązkowe

jest natomiast zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia – już po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Awarie systemu licytacyjnego i pomyłki w ofertach wykonawców

W przypadku licytacji elektronicznej istnieje pewne ryzyko wystąpienia awarii urządzeń informatycznych wykorzystywanych do jej przeprowadzenia. Nawet najnowocześniejsze zabezpieczenia, chociaż mogą poważnie ograniczyć występowanie tego rodzaju zdarzeń, to jednak nigdy ich nie wyeliminują zupełnie. Awarie mogą występować zarówno w urządzeniach wykonawców biorących udział w licytacji, jak i w infrastrukturze technicznej systemu licytacyjnego.

Wystąpienie problemów technicznych po stronie wykonawców co do zasady nie będzie zagrażało licytacji. Przyjąć bowiem należy, że to na wykonawcy ciąży obowiązek zapewnienia sobie sprawnego sprzętu i oprogramowania zgodnego z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i utrzymanie go w takim stanie, aby udział w licytacji był możliwy. Zamawiający nie może przecież brać na siebie odpowiedzialności za środki techniczne pozostające w dyspozycji wykonawców. Dlatego w przypadku wystąpienia takich problemów u wykonawcy licytacja może być kontynuowana bez jego udziału.

Inaczej jednak należy ocenić sytuację, w której niemożliwość wzięcia przez wykonawcę udziału w licytacji (tj. składania ofert) jest spowodowana przyczynami technicznymi leżącymi po stronie zamawiającego lub systemu licytacyjnego. Taka sytuacja oznacza bowiem, że zamawiający, pomimo ciążącego na nim obowiązku, nie zapewnił prawidłowego przebiegu licytacji. W konsekwencji cały proces licytacyjny (lub ta jego część, w trakcie której wystąpiły nieprawidłowości) powinien zostać przez zamawiającego unieważniony i przeprowadzony ponownie. Przy czym, jeżeli początkowo licytacja przebiegała prawidłowo i w tym czasie zostały złożone już postąpienia, to oczywiście zachowują one swoją ważność – w takim wypadku należałoby licytację kontynuować od ostatniego momentu, kiedy stwierdzono poprawne działanie systemu. Takim momentem będzie najczęściej czas złożenia ostatniego ważnego postąpienia. Zamawiający nie może w żadnym przypadku unieważnić postąpień wykonawców, gdyż prawo do unieważnienia przysługuje mu wyłącznie wobec własnych czynności.

Innym problemem, jaki może się wydarzyć w toku licytacji, jest błąd wykonawcy polegający na wpisaniu zbyt niskiej ceny, np. 1 000 zł zamiast 100 000 zł. Popęlenie takiego błędu powoduje daleko idące konsekwencje. Oferta przewidująca skrajnie niską cenę oczywiście stanie się – jako najtańsza – ofertą najkorzystniejszą. Z uwagi na treść art. 82 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zamawiający w trybie licytacji elektronicznej nie ma możliwości odrzucenia takiej oferty zawierającej rażąco niską cenę – a zatem oferta pozostanie wiążąca dla wykonawcy. Co więcej złożenie oferty opiewającej na tak niską sumę automatycznie powoduje również brak możliwości składania ofert przez innych wykonawców – gdyż ich oferty, aby mogły być przyjęte przez system licytacyjny, musiałyby być jeszcze od niej tańsze (co najmniej o kwotę minimalnego postąpienia).

W przypadku wystąpienia opisanej sytuacji zamawiającemu nie pozostaje nic innego, jak wezwać wykonawcę do podpisania umowy na zaproponowanych w toku licytacji warunkach. Praktyka pokazuje jednak, że wykonawcy najczęściej w takich sytuacjach podpisują umowy nie chcą (co zrozumiałe, biorąc pod uwagę gospodarczą nieopłacalność takiego przedsięwzięcia) i najczęściej powołują się na błąd przy składaniu postąpienia.

Jakkolwiek każdy tego rodzaju przypadek powinien być oceniany indywidualnie, to jednak wydaje się, że z uwagi na profesjonalny charakter podmiotów biorących udział w postępowaniu dopuszczalność powoływania się na błąd popełniony w trakcie licytacji elektronicznej powinna być ograniczona. Choć nie można wykluczyć, że w niektórych sytuacjach argumentacja wykonawcy zasługuje na uwzględnienie, to jednak w większości przypadków należałoby potraktować takie zachowanie jako uchylanie się wykonawcy od zawarcia umowy na warunkach przewidzianych w ofercie.

Z uwagi na wartość zamówień udzielanych w trybie licytacji elektronicznej wykonawcom nie przysługuje prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej na przebieg licytacji ani też na jej wynik (z uwagi na wartość zamówień udzielanych w tym trybie odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności zamawiającego dotyczących opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczenia wykonawcy z postępowania). Jediną możliwością przedstawienia zarzutów w tym zakresie jest poinformowanie zamawiającego o czynności niezgodnej z przepisami ustawy na zasadach określonych w art. 181 ustawy – Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym ustawodawca zdecydował się zezwolić zamawiającemu na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego niezwłocznie po zakończeniu licytacji – bez typowego dla postępowań prowadzonych w innych trybach 5-dniowego okresu zakazu zawarcia umowy. Rozwiązanie to dodatkowo skraca czas udzielania zamówienia w trybie licytacji elektronicznej i zwiększa tym samym atrakcyjność tej procedury.

AUKCJA ELEKTRONICZNA

Instrumentem bardzo podobnym do licytacji elektronicznej jest aukcja elektroniczna. Stanowi ona swojego rodzaju połączenie tradycyjnej procedury przetargowej z licytacją elektroniczną. Nie jest ona odrębnym trybem udzielania zamówienia, a jedynie dodatkowym elementem zwykłej procedury przetargowej lub negocjacyjnej. Najprościej opisać aukcję jako opcjonalny etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem, umożliwiający wykonawcom poprawienie warunków swoich ofert w zakresie kryteriów wybranych przez zamawiającego spośród tych kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które umożliwiają automatyczną ocenę ofert. Jest to „dogrywka” stosowana na koniec postępowania o udzielenie zamówienia, w trakcie której wykonawcy mogą jeszcze zmienić swoje oferty (przede wszystkim obniżyć cenę) i zwiększyć tym samym swoje szanse na uzyskanie zamówienia.

Zastosowanie aukcji elektronicznej pozwala na uzyskanie korzyści analogicznych do tych, jakie niesie ze sobą licytacja elektroniczna (takich jak oszczędności i zwiększenie przejrzystości postępowania), przy pominięciu negatywnych aspektów wynikających chociażby z braku możliwości sprawdzenia ofert pod kątem zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia czy też stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert.

- Z uwagi na fakt, iż aukcja jest poprzedzona zwykłym, można powiedzieć „tradycyjnym” postępowaniem przetargowym, możliwe jest dokonanie przez zamawiającego szczegółowej i wnikliwej oceny ofert wykonawców i zweryfikowanie prawidłowości oferowanych przez nich rozwiązań jeszcze przed przystąpieniem do samej aukcji.
- Co więcej – w przypadku, gdyby aukcja elektroniczna z jakiegokolwiek przyczyny nie mogła dojść do skutku, zamawiający nie musi ponosić ryzyka unieważnienia postępowania – w takim bowiem przypadku wiążące pozostaną oferty pisemne złożone na wcześniejszym etapie procedury.

W przeciwieństwie do licytacji elektronicznej, aukcja jest przewidziana w przepisach unijnej dyrektywy dotyczącej zamówień publicznych (dyrektywa 2004/18/WE). Powoduje to możliwość stosowania jej również w przypadku udzielania zamówień o wartości przekraczającej progi unijne. Nie można natomiast stosować aukcji w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi w zakresie działalności twórczej lub naukowej. Ograniczenie to wynika przede wszystkim z faktu, iż nie jest możliwe dokonanie rzetelnej i prawidłowej oceny tego rodzaju zamówień w sposób automatyczny przez system aukcyjny.

Warto zwrócić uwagę, że choć ustawa – Prawo zamówień publicznych poświęca aukcji jedynie trzy przepisy, tj. art. 91a – 91c, to jednak jest ona instrumentem bardziej skomplikowanym od licytacji. Spowodowane jest to z jednej strony możliwością stosowania większej liczby kryteriów oceny ofert w toku aukcji, a z drugiej koniecznością opatrywania postąpień składanych przez wykonawców bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Kryteria oceny ofert

Kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej mogą być tylko te spośród kryteriów wskazanych w specyfikacji (na podstawie których oferta była oceniana w toku „pisemnej”, „tradycyjnej” części postępowania), które umożliwiają automatyczną ocenę ofert. Oznacza to możliwość obliczenia punktacji w zakresie danego kryterium na podstawie wzoru matematycznego. Wzór ten musi być znany wykonawcom – podany do ich wiadomości najpóźniej w zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej (por. art. 91b ust. 2 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych). Należy jednak mieć na uwadze, że zgodnie z art. 91b ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych, sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej musi uwzględniać punktację otrzymaną przed otwarciem aukcji elektronicznej. Z praktycznego punktu widzenia, oznacza to, iż zarówno oferta pisemna, jak i oferta składana w toku aukcji elektronicznej za takie same wartości w zakresie poszczególnych kryteriów muszą otrzymać jednakową liczbę punktów. Tym samym do oceny ofert pisemnych należy zastosować ten sam wzór matematyczny, według którego będzie liczona punktacja ofert w toku aukcji elektronicznej. Wzór ten należy zatem podać już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający ma obowiązek podać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które spośród kryteriów oceny ofert będą oceniane w toku aukcji elektronicznej. W przypadku gdy zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje również kryteria, które nie umożliwiają dokonania automatycznej oceny ofert (dotyczące np. oceny wrażeń estetycznych), punktację, jaką otrzymała pisemna oferta w wyniku przeprowadzonej przez zamawiającego oceny należy po prostu dodać do punktacji, jaką otrzyma oferta elektroniczna w toku aukcji.

Oczywiście zamawiający może również zdecydować, że tylko część z kryteriów umożliwiających dokonanie automatycznej oceny, będzie podlegała zmianie w toku aukcji elektronicznej. Takie kryteria, decyzją zamawiającego wyłączone z zakresu oceny w toku aukcji, należy traktować jak kryteria, które nie mogą być oceniane w toku aukcji i dodać do ostatecznej punktacji oferty.

Podpis elektroniczny

Postąpienia składane w toku aukcji elektronicznej składane są pod rygorem nieważności w formie elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Podpis elektroniczny – zgodnie z definicją zapisaną w art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (DzU Nr 130, poz. 1450, z późn. zm.) to dane w postaci elektronicznej, które wraz

z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny.

Bezpieczny podpis elektroniczny natomiast to taki podpis elektroniczny, który:

- 1) jest przyporządkowany wyłącznie do osoby składającej podpis,
- 2) jest sporządzany za pomocą podlegających wyłącznej kontroli osoby składającej podpis elektroniczny bezpiecznych urządzeń służących do składania podpisu elektronicznego i danych służących do składania podpisu elektronicznego,
- 3) jest powiązany z danymi, do których został dołączony w taki sposób, że jakakolwiek późniejsza zmiana tych danych jest rozpoznawalna.

Podpisem spełniającym przywołane wymogi ustawowe będzie podpis wydawany przez kwalifikowany podmiot certyfikujący – wpisany do rejestru prowadzonego przez Narodowe Centrum Certyfikacji. Obecnie w Polsce jest zarejestrowanych pięć kwalifikowanych podmiotów certyfikujących – jednakże tylko trzy z nich faktycznie świadczą usługi. Są to: Unizeto Technologies S.A., Państwowa Wytwórnia Papierów Wartościowych oraz Krajowa Izba Rozliczeniowa (Mobicert Sp z o.o. oraz Safe Technologies S.A. zostały wpisane dopiero we wrześniu 2009 r. i jeszcze nie rozpoczęły faktycznej działalności).

Podpisem elektronicznym muszą dysponować wykonawcy – bez podpisu nie będą bowiem mogli składać ważnych postępień w toku aukcji. Przyznać należy, że wymóg posiadania takiego podpisu w odczuciu niektórych wykonawców może stanowić barierę w ich dostępie do aukcji. Pomimo rosnącej popularności podpisu elektronicznego (na co największy wpływ ma wprowadzenie obowiązku opatrywania nim dokumentów ubezpieczeniowych składanych do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych), w dalszym ciągu nie wszyscy przedsiębiorcy go posiadają. Podkreślenia jednak wymaga, że brak podpisu wcale nie oznacza dla wykonawcy braku możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, w którym została przewidziana aukcja elektroniczna. Wykonawca nieposiadający podpisu elektronicznego może bowiem ustanowić osobę, która go posiada swym pełnomocnikiem i umocować ją do składania postępień w toku aukcji.

Warto również zwrócić uwagę, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie w postępowaniu, w którym ma być przeprowadzona aukcja elektroniczna, wcale nie muszą brać w samej aukcji udziału. Mogą zdecydować się na złożenie bardzo korzystnej oferty pisemnej i później już nie zmieniać jej w toku aukcji elektronicznej.

W takiej sytuacji w rankingu ofertowym sporządzanym automatycznie przez system aukcyjny będą uwzględnione ich oferty pisemne – i będą one podlegały ocenie na równi z ofertami elektronicznymi tych wykonawców, którzy zdecydują się „poprawić” swoje oferty w toku aukcji. Udział w aukcji elektronicznej nie jest obowiązkowy – wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie muszą więc dysponować podpisem elektronicznym, jeżeli nie będą chcieli składać postępień w aukcji (choć oczywiście w takim przypadku sami pozbawiają się możliwości poprawienia ofert i tym samym ograniczają swoje szanse na uzyskanie zamówienia).

Stosowanie podpisu elektronicznego znacząco zwiększa bezpieczeństwo prowadzonych postępowań. Oferty zabezpieczone takim podpisem są równoważne pod względem skutków prawnych z ofertami pisemnymi opatrywanymi podpisem własnoręcznym (co wynika z art. 5 ust. 2 ustawy o podpisie elektronicznym). Fakt opatrzenia oferty podpisem elektronicznym stwarza domniemanie, że pochodzi ona rzeczywiście od osoby podpisującej. Na obecnym poziomie rozwoju technologicznego bezpieczny podpis elektroniczny jest praktycznie nie do podrobienia. Co więcej podpis taki pozwala zweryfikować integralność

i niezmiennosc danych – wszystkie zmiany, jakie moglyby zostac wprowadzone do oferty juz po zlozeniu podpisu elektronicznego, zostalyby z latwoscia wykryte przy sprawdzaniu poprawnosci podpisu. Dzieki temu praktycznie wykluczona jest mozliwosc przerabiania postapien zlozonych w toku aukcji.

OGŁOSZENIE O ZAMÓWIENIU

Aukcja elektroniczna musi byc przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu. W przypadku gdy zostanie juz przewidziana, zamawiający nie moze odstapic od jej przeprowadzenia (jedynym wyjatkiem jest sytuacja, w ktorej w postepowaniu zostaly zlozone mniej niz 3 oferty niepodlegajace odrzuceniu – wowczas aukcja, stosownie do art. 91a ust. 1 przeprowadzona byc nie moze). Jednak nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu sam okreslil okolicznosci, ktorych wystapienie spowoduje, iz aukcja nie zostanie przeprowadzona. Okolicznosci te musza byc jednak dostatecznie jasno sprecyzowane i dotyczyc okolicznosci o obiektywnym charakterze.

Wowczas, jezeli faktycznie zaistnieja takie przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu obiektywne okolicznosci (a takze w przypadku, gdy w postepowaniu „pisemnym” nie zostana zlozone co najmniej trzy oferty niepodlegajace odrzuceniu), aukcja elektroniczna nie zostanie przeprowadzona, a oferta najkorzystniejsza zostanie wybrana spozród pisemnych ofert – tak, jakby aukcja elektroniczna w ogole nie zostala w ogłoszeniu przewidziana. Warto jednak odnotowac, ze w takim przypadku zamawiający musi uzasadnic odstapienie od przeprowadzenia aukcji, wskazujac powody niezastosowania aukcji elektronicznej w protokole postepowania (por. załącznik nr 1 do rozporzadzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 pazdziernika 2007 r. w sprawie protokolu postepowania o udzielenie zamówienia publicznego (DzU Nr 202, poz. 1463 – druk ZP-1/PN pkt 13 – Najkorzystniejsza oferta).

W ogłoszeniu, obok informacji na temat zastosowania w postepowaniu aukcji elektronicznej, nalezy dodatkowo podac tylko adres strony internetowej, na ktorej aukcja bedzie prowadzona – a wiec adres internetowy strony internetowej, z poziomu ktorej jest udostepniany system aukcyjny. Pozostale szczegoly dotyczace aukcji, w szczegolnosci wymagania techniczne systemu aukcyjnego oraz wymagania zwiazane z podpisem elektronicznym oraz informacje dotyczace kryteriów oceny ofert stosowanych w toku aukcji elektronicznej, powinny zostac wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

ZAPROSZENIA DO UDZIAŁU W AUKCJI

Aukcje elektroniczna przeprowadza sie po dokonaniu pelnej oceny ofert. Punktem wyjsciowym dla aukcji sa oferty pisemne zlozone przez wykonawców. Do aukcji musza zostac zaproszeni wszyscy wykonawcy, ktory zlozyli oferty niepodlegajace odrzuceniu.

Oznacza to, ze juz na tym etapie zamawiający musi zweryfikowac wszystkie zlozone oferty oraz odrzucic te, ktore nie odpowiadaja wymaganiom okreslonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przetargu nieograniczonym niezbedne jest rowniez dokonanie oceny w zakresie spealniania warunków udzialu w postepowaniu – gdyz wykonawcy wykluczeni rowniez do aukcji przystapic nie moga (ich oferty uwaza sie za odrzucone).

Stosownie do art. 92 ustawy – Prawo zamówień publicznych, o wykluczeniu wykonawców oraz o ofertach odrzuconych zamawiający informuje wszystkich wykonawców dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej.

szej – a więc w przypadku postępowań, w których stosowana jest aukcja elektroniczna – już po zakończeniu jej przebiegu. Należy jednak zauważyć, że poinformowanie wykonawców o wykluczeniu ich z postępowania oraz odrzuceniu ich ofert już po zamknięciu aukcji byłoby działaniem nieracjonalnym.

W przypadku bowiem uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania wniesionego przez jednego z takich wykonawców, aukcja musiałaby zostać powtórzona (z udziałem przywróconego do postępowania wykonawcy).

Dlatego w przypadku postępowań prowadzonych z zastosowaniem aukcji elektronicznej zasadne jest poinformowanie wszystkich wykonawców o wykluczeniach i odrzuceniu ofert przed rozpoczęciem aukcji elektronicznej. Dzięki powzięciu przez wykonawców wiedzy o informacji o wykluczeniach i odrzuceniach (a także o zaniechaniu tych czynności w stosunku do innych wykonawców) i, co za tym idzie, rozpoczęciu biegu terminu na wniesienie odwołania, będą oni mogli te czynności zaskarżyć zanim jeszcze aukcja zostanie otwarta. Oczywiście w takim przypadku termin otwarcia aukcji powinien być wyznaczony w taki sposób, aby przypadła już po upływie okresu dopuszczalności wnoszenia odwołań.

O wykonawcach wykluczonych i o odrzuconych ofertach najlepiej poinformować uczestników postępowania jednocześnie z przekazaniem zaproszeń do udziału w aukcji – dzięki temu zachowana zostanie zasada równego traktowania wykonawców, gdyż wszyscy oni otrzymają informację o wynikach oceny swoich ofert w jednakowym czasie.

Zaproszenia do udziału w aukcji muszą być przekazane obowiązkowo w formie elektronicznej.

W zaproszeniu przekazywanym wykonawcy musi znajdować się informacja o wynikach oceny jego oferty – w zakresie pozycji zajmowanej przez jego ofertę w rankingu oraz o otrzymanej punktacji. W przypadku gdy w postępowaniu stosowane były oprócz ceny również inne kryteria oceny ofert, możliwe jest podanie także informacji o punktach uzyskanych w ramach poszczególnych kryteriów – przemawia za tym zasada jawności postępowania.

W zaproszeniu należy opisać również kryteria stosowane w toku aukcji oraz podać sposób, w jaki będzie obliczana punktacja przyznawana za ich spełnienie, w tym wzory matematyczne, które będą stosowane przez system aukcyjny do obliczenia punktacji ofert. Przy każdym kryterium odrębnie należy wskazać wartość minimalnego postąpienia – czyli minimalną wartość, o jaką będzie można poprawić ofertę w ramach danego kryterium w toku aukcji. W toku aukcji, podobnie jak w licytacji elektronicznej, nie będzie dopuszczalne składanie postąpień poprawiających ofertę o niższą wartość, niż wynika to z ustalonego przez zamawiającego minimalnego postąpienia.

Dodatkowo w zaproszeniu zamawiający określa termin otwarcia oraz termin i warunki zamknięcia aukcji. Termin otwarcia nie może być krótszy niż dwa dni robocze. W tym miejscu należy zauważyć, że ustawa w żadnym miejscu nie definiuje określenia „dni robocze”, co może powodować wątpliwości przy ustaleniu, które dni należy uznać za dni robocze, a przede wszystkim, czy należy traktować jako dni robocze soboty. Niewątpliwie soboty nie są dniami ustawowo wolnymi od pracy (dni takie określa ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy), jednak należy również mieć na uwadze, że większość podmiotów i instytucji w soboty nie pracuje. Wydaje się, że ustalenie zakresu pojęcia „dni roboczych” należałoby oceniać zawsze w odniesieniu do konkretnego zamówienia. Określony ustawowo na dwa dni robocze minimalny termin otwarcia aukcji ma na celu ochronę interesów wykonawców, a jego znaczenie przejawia się przede wszystkim w zapewnieniu im możliwości właściwego przygotowania się do aukcji. Wydaje się zatem, że ustalenie, czy w danym przypadku sobota winna być uznana za dzień wolny od pracy wymagałoby uwzględnienia, czy w zakresie działalności, której dotyczy udzielane zamówienie, zwyczajowo przedsiębiorcy w sobotę pracują, czy też nie.

Ustawa nie przewiduje natomiast żadnych ograniczeń w odniesieniu do terminu zamknięcia aukcji, co oznacza, że może ona trwać dowolnie długo. W praktyce jednak prowadzenie aukcji dłużej niż kilka godzin nie wydaje się celowe i z pewnością nie przyczyni się do osiągnięcia korzystniejszych cen.

Termin zamknięcia aukcji można ustalić na konkretną datę i godzinę albo określić go poprzez wskazanie, że aukcja zakończy się w przypadku, gdy przez oznaczony czas nie zostaną złożone żadne nowe postąpienia (podobnie jak w licytacji elektronicznej). Zazwyczaj korzystniejsze dla zamawiającego okazuje się zastosowanie tego drugiego rozwiązania – praktyka pokazuje, że warunki ofert uzyskiwanych w aukcjach zamkniętych w ten sposób są znacznie bardziej atrakcyjne.

PROCES AUKCYJNY

Aukcja otwiera się w terminie określonym w zaproszeniu. Poziomem wyjściowym są dla każdego wykonawcy w poszczególnych kryteriach wartości zaproponowane w ofertach złożonych w pisemnej części postępowania. W toku aukcji wykonawcy składają kolejne, korzystniejsze postąpienia, poprawiając swoje oferty w zakresie tych kryteriów, uzyskując dzięki temu wyższą punktację.

W toku aukcji wykonawcy powinni na bieżąco być informowani o pozycjach swoich ofert, otrzymanych przez nie punktacjach oraz o punktacji oferty najkorzystniejszej. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby oprócz tego przekazywać wykonawcom również inne informacje, np. dotyczące punktacji ofert zajmujących kolejne pozycje w rankingu czy też wartości zaproponowanej przez wykonawców w zakresie poszczególnych kryteriów oceny ofert. Jedynym ograniczeniem wynikającym z ustawy – Prawo zamówień publicznych jest zakaz ujawniania informacji umożliwiających identyfikację wykonawców.

Oznacza to, że w toku aukcji oferty nie mogą być opisane nazwami lub nazwiskami wykonawców lub jakimikolwiek innymi informacjami pozwalającymi na powiązanie oferty z konkretnym wykonawcą. Warto przy tym zauważyć, że w pewnych sytuacjach nawet podanie w toku aukcji szczegółowej punktacji, jaką uzyskały poszczególne oferty, może umożliwiać zidentyfikowanie wykonawców stojących za tymi ofertami. W przypadku bowiem stosowania w toku aukcji wielu różnych kryteriów, w szczególności takich, które nie mogą być w trakcie aukcji zmieniane, szczegółowa analiza punktacji uzyskiwanych w ramach poszczególnych kryteriów i porównanie ich z wartościami zaproponowanymi w ofertach pisemnych może pozwolić na taką identyfikację. Warto zatem, aby system aukcyjny ograniczał, przynajmniej we wskazanych wyżej przypadkach, zakres przekazywanych w toku aukcji informacji na temat punktacji poszczególnych ofert – wskazując tylko ogólną liczbę uzyskanych punktów.

Inaczej niż w przypadku licytacji elektronicznej, w aukcji oferty wiążą wszystkich wykonawców. Termin związania jest jednak liczony nie od daty złożenia postąpienia, lecz od terminu składania ofert pisemnych w postępowaniu przetargowym lub negocjacyjnym. Postąpienia składane w toku aukcji nie wpływają w żaden sposób na związanie wykonawców tymi ofertami.

Warto zwrócić uwagę, że przepis art. 91c ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych wyłącza stosowanie art. 89 ustawy dotyczącego odrzucania ofert. Na jego podstawie nie można jednak wysunąć wniosku, iż nie jest w ogóle możliwe odrzucanie ofert złożonych w trakcie aukcji. Należy bowiem zauważyć, że wyłączenie stosowania przepisów o odrzuceniu oferty dotyczy – zgodnie z przywołanym art. 91c ust. 1 ustawy – wyłącznie „toku aukcji elektronicznej”. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie temu, aby ofertę złożoną w aukcji odrzucić z uwagi np. na rażąco niską cenę (w sytuacji, gdy wykonawca zbyt nisko opuścił cenę oferty) już

po zamknięciu aukcji. Jest to o tyle uzasadnione, że postępowanie, w którym stosowana jest aukcja elektroniczna, jest w dalszym ciągu postępowaniem przetargowym lub negocjacyjnym i nie ma powodów ku temu, aby dopuszczać w nim zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z ceną rażąco niską – prowadziłoby to do zaakceptowania przez zamawiającego dokonanego przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji (por. art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

ZAMKNIĘCIE AUKCJI

Po zamknięciu aukcji – w terminie określonym w zaproszeniach – zamawiający powinien zweryfikować jej przebieg i dokonać formalnego wyboru oferty najkorzystniejszej, opierając się na automatycznej klasyfikacji ofert sporządzonej przez system aukcyjny.

Istnieje jednak również i taka możliwość, że aukcja zakończy się w taki sposób, że więcej niż jedna oferta uzyska najwyższą punktację. W takiej sytuacji nie znajdują zastosowania reguły określone w art. 91 ust. 4–6 ustawy, dotyczące przedstawienia ofert dodatkowych lub wyboru oferty z niższą ceną – przepisów tych bowiem się nie stosuje w przypadku aukcji. W konsekwencji sytuacja, w której po zakończeniu aukcji dwie lub więcej ofert uzyskało taką samą, a jednocześnie najwyższą punktację, musi prowadzić do unieważnienia całego postępowania. Jest jednak rozwiązanie pozwalające uniknąć konieczności unieważnienia postępowania w takiej sytuacji. Warto bowiem zauważyć, że zamawiający ma pewną swobodę w zakresie ustalania warunków zamknięcia aukcji. Możliwe jest wprowadzenie w warunkach zamknięcia aukcji rozwiązania, zgodnie z którym w przypadku, gdy na zakończenie regulaminowego czasu aukcji dwie lub więcej ofert uzyskało najwyższą punktację, aukcja nie była zamknięta, lecz przedłużona o określony czas. Pozwala to wykonawcom na złożenie ofert dodatkowych, dzięki czemu możliwe będzie wyłonienie jednej oferty najkorzystniejszej.

Definitywne zamknięcie aukcji nie kończy jeszcze postępowania – o jego wyniku zamawiający musi poinformować wykonawców, przesyłając im zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w trybie art. 92 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zamieszczając wymaganą informację na własnej stronie internetowej.

