



„Konkurs po nowemu”

Wstęp.

Z danych statystycznych za 2019 r. zaczerpniętych z Biuletynu Zamówień Publicznych wynika, że w 2019 r. zamieszczono w BZP 57 ogłoszeń o konkursie, wobec około 118 000 ogłoszeń o zamówieniu. Choć przywołanie dane statystyczne są niekompletne (nie obejmują ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, które relatywnie powinny zawierać większą liczbę ogłoszeń o konkursie względem ogłoszeń o zamówieniu) to jednak w dostatecznie wyraźny sposób obrazują niepopularność konkursu jako instrumentu mającego na celu uzyskiwanie niektórych zamówień publicznych. Przyczyny takiego stanu rzeczy mogą być różne. Do podstawowych należy jednak zaliczyć otoczenie prawne tj. ustawę Pzp2004, która nie zawsze w dostateczny sposób pozwalała zamawiającemu zapewnić osiągnięcie zamierzonego efektu konkursu jakim, co do zasady, jest uzyskanie zamówienia a nie wyłącznie opracowania pracy konkursowej. Ustawa przy tym generowała znaczną niepewność zamawiających co do prawidłowości stosowania przepisów, poprzez nierzadkie odwoływanie się do „odpowiedniego” stosowania norm zamówieniowych w przepisach dotyczących konkursu. Ustawa Pzp2004, nie zawierała przy tym adekwatnych rozwiązań dla potencjalnych uczestników konkursu, które, z jednej strony, miały zachęcić ich do częstszego brania udziału w konkursie, z drugiej zaś, gwarantowały prawne bezpieczeństwo twórczego dzieła (zakaz udostępniania i upubliczniania dzieł, które nie zdobyły nagrody).

Celami nowej ustawy Pzp w zakresie konkursu było usunięcie barier prawnych, które mogłyby zniechęcać zarówno uczestników konkursu do brania w nim udziału jak również zamawiających - do jego organizowania. W związku z tym gruntownie zmodyfikowano dotychczasowe przepisy ustawy Pzp w zakresie konkursu. Największe zmiany omówione zostały poniżej.

Zmiany w zakresie konkursu, którego nagrodą jest zaproszenie do udziału w postępowaniu w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki.

W Pzp2004 przedmiotem zamówienia udzielanego na skutek przeprowadzenia konkursu, w których nagrodą było zaproszenie do negocjacji autora pracy konkursowej było szczegółowe opracowanie pracy konkursowej. Według Pzp2004, dopuszczalne było jedynie udzielenie zamówienia (w trybie zamówienia z wolnej ręki bądź negocjacji bez ogłoszenia) na doszczegółowienie zwyczajnego opracowania lub koncepcji. Nie można było zatem w procedurze konkursu zlecić np. finalnej usługi projektowania. W obecnym brzmieniu Pzp przedmiotem zamówień udzielanych na skutek rozstrzygnięcia konkursu może być wykonanie usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej, a zatem urzeczywistnienie zamierzonego przedsięwzięcia twórczego a nie jedynie uszczegółowienie autorskiej wizji (pracy konkursowej). Stanowi to istotne *novum*, gdyż ustawa rozszerzyła zakres prac, które można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki lub trybie negocjacji bez ogłoszenia. Tytułem przykładu: nagrodą za najlepszą pracę konkursową w dziedzinie projektowania



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

architektonicznego będzie mogło być zamówienie na usługę wykonania projektu budowlanego lub wykonawczego a nagrodą za najlepszą pracę konkursową w dziedzinie urbanistycznej (projekt makiety) będzie mogło być zamówienie na usługę wykonania makiety, w zakresie projektowania informatycznego przygotowanie projektu technicznego czy podobnie w zakresie zamierzenia innowacyjnego przygotowanie projektu czy rozwiązań technicznych.

Przedmiotem zamówienia udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji z ogłoszeniem nie mogą być natomiast dostawy lub roboty budowlane. Przykładowo przedmiotem zamówienia z wolnej ręki (negocjacji bez ogłoszenia) udzielonym na skutek rozstrzygnięcia konkursu na opracowanie projektu architektonicznego nie będzie mogło być wykonanie robót budowlanych.

Konkurs fakultatywny i obligatoryjny.

Inaczej niż miało to miejsce w Pzp2004, gdzie konkurs był mechanizmem wyłącznie fakultatywnym, nowa ustawa wprowadza konkurs częściowo obligatoryjny. Jest to zmiana o charakterze systemowym. Konkurs będzie obligatoryjny, w okolicznościach gdy poprzedzać ma zamówienie na wykonanie projektu architektonicznego lub architektoniczno-budowlanego. Zatem przedmiot konkursu obligatoryjnego dotyczyć będzie przygotowania pracy konkursowej w zakresie projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego. Celem regulacji jest zerwanie z wieloletnią praktyką wskazywania jako dominującego (lub jedyne) kryterium cenowego w postępowaniach, których przedmiotem są usługi projektowe, z pominięciem lub zmarginalizowaniem kryteriów odnoszących się do walorów użytkowych i estetycznych, czy jakości projektu. Dodatkowym celem jest odejście od niewłaściwej praktyki wyboru trybu przetargu nieograniczonego do udzielenia zamówienia na usługi projektowe, których elementem są rozwiązania twórcze. Co do zasady, nie będzie zatem dopuszczalne udzielenie zamówienia publicznego na usługi projektowe (np. na wykonanie dokumentacji projektowej), jeśli uprzednio nie zostanie przeprowadzony konkurs w przedmiocie wyboru najlepszej pracy konkursowej odnośnie twórczych aspektów oczekiwanego projektu (z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 325 ust. 3). Nadmienić należy, że obowiązek przeprowadzenia konkursu dotyczy planowanego zamówienia na usługi. Jeśli natomiast przedmiotem planowanego zamówienia będą roboty budowlane realizowane w formule zaprojektuj i wybuduj (gdzie zarówno projekt, jak i roboty wykonuje wybrany wykonawca), to pomimo iż ich elementem jest wykonanie dokumentacji projektowej – nie będzie obowiązkiem poprzedzania takiego zamówienia konkursem. Konkursy, które za przedmiot mają pozostałe typy prac (np. informatyczne) pozostają mechanizmem całkowicie fakultatywnym.

Ustawa wprowadza wyjątki, które pozwalają zamawiającemu na odstąpienie od obowiązku przeprowadzenia konkursu, pomimo iż przedmiot planowanego zamówienia publicznego dotyczy usług projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego. Nie będzie konieczne przeprowadzenie konkursu, jeżeli zamówienie na wykonanie projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego zamawiający zamierza przeprowadzić w jednym z następujących trybów: negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Tryby negocjacji z ogłoszeniem, czy dialogu konkurencyjnego są trybami konkurencyjnymi udzielania zamówień publicznych. Ich przewaga nad nieadekwatnym trybem przetargu nieograniczonego lub ograniczonego polega na obowiązku przeprowadzenia negocjacji z uczestnikami rynku zdolnymi do należytego wykonania zamówienia. W trakcie negocjacji zamawiający będzie miał możliwość zapoznania się z potencjalnymi rozwiązaniami, co będzie niezbędną pomocą przy przygotowaniu specyfikacji



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

warunków zamówienia. W odniesieniu natomiast do trybów negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki - bezprzedmiotowe jest przeprowadzenie konkursu w sytuacji, gdy planowane do udzielenia zamówienie na usługi spełnia przesłanki pozwalające na zastosowanie, któregośkolwiek z tych trybów zamówienia wskazanych w art. 214 lub art. 209 Pzp. Nie ma konieczności przeprowadzenia konkursu na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego, jeśli wartość przyszłego zamówienia będzie mniejsza niż progi unijne. Wartość zamówienia, o której mowa w przepisie należy odnosić do wartości usług projektowania a nie wartości ewentualnych robót budowlanych. Ustawa Pzp z 2019 r. wprowadza również odstępianie od obligatoryjnego wymogu przeprowadzenia konkursu, jeżeli przedmiotem zamówienia na usługę jest obiekt budowlany liniowy. Przepis odsyła w swoim brzmieniu do art. 3 pkt 3a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz.U. z 2020 r., poz. 1333), który stanowi, że poprzez obiekt liniowy należy rozumieć obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, w szczególności droga wraz ze zjazdami, linia kolejowa, wodociąg, kanał, gazociąg, ciepłociąg, rurociąg, linia i trakcja elektroenergetyczna, linia kablowa nadziemna i, umieszczona bezpośrednio w ziemi, podziemna, wał przeciwpowodziowy oraz kanalizacja kablowa, przy czym kable w niej zainstalowane oraz kable zainstalowane w kanale technologicznym nie stanowią obiektu budowlanego lub jego części ani urządzenia budowlanego.

Procedura nieograniczona i ograniczona.

Ustawa Pzp wprowadza istotne novum jakim jest określenie dwóch niezależnych procedur konkursowych w miejsce jednej tylko procedury z Pzp2004. Procedurami tymi są: procedura konkursu nieograniczonego i procedura konkursu ograniczonego. Nie jest możliwe przeprowadzenie konkursu w innej procedurze niż powyższe. Ustawa nie uzależnia zastosowania którejkolwiek z procedury konkursowej od przedmiotu konkursu. Procedura ograniczona nawiązuje do procedury z Pzp2004. Procedura nieograniczona jest rozwiązaniem całkowicie nowym zalecanym dla tych konkursów, w których zamawiającemu zależy na możliwie szybkim rozstrzygnięciu.

W konkursie nieograniczonym, w odpowiedzi na opublikowane ogłoszenie prace konkursowe mogą składać wszyscy zainteresowani uczestnicy konkursu. W tej procedurze ewentualna weryfikacja uczestników konkursu pod kątem posiadania uprawnień do przygotowania pracy konkursowej ma charakter następczy tj. dokonywana jest po wyborze pracy konkursowej. W konkursie ograniczonym, w odpowiedzi na opublikowane ogłoszenie uczestnicy konkursu składają wnioski o dopuszczenie do udziału w konkursie, a prace konkursowe mogą składać wyłącznie uczestnicy zaproszeni do składania prac konkursowych. Procedura ograniczona zakłada weryfikację uczestników pod kątem posiadania uprawnień do przygotowania pracy konkursowej i spełniania obiektywnych wymagań. Weryfikacja poprzedza etap składania pracy konkursowej.

Zgodnie z definicją konkursu tj. publicznego przyrzeczenia oraz w świetle art. 340 ust. 1 nowej ustawy Pzp każdy konkurs wszczyna się przy pomocy publicznego ogłoszenia o konkursie. W zależności od wartości konkursu, wszczęcie następuje za pośrednictwem ogłoszenia przekazywanego do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczonego w BZP. Do przekazywania (zamieszczania) właściwych ogłoszeń o konkursie zastosowanie znajdują odpowiednie przepisy dotyczące ogłoszeń o zamówieniu. Jeżeli wartość konkursu przekracza kwoty unijne, do konkursu zastosowanie znajdują przepisy art. 86-88 i art. 90 Pzp, które stanowią m.in. (a) o obowiązku przygotowania ogłoszeń zgodnie z wzorami standardowych formularzy określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r., (b) o obowiązku



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

przekazywania ogłoszeń zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, (c) o obowiązku dokumentowania (art. 87 ust. 3 Pzp), (d) o obowiązku udostępnienia ogłoszeń na stronie internetowej i fakultatywnej możliwości udostępnienia w innych miejscach, (e) o dopuszczalności zmiany ogłoszenia. Jeżeli wartość konkursu jest mniejsza niż kwoty unijne zastosowanie znajdują przepisy art. 267 (typy ogłoszeń, w tym m.in. ogłoszenie o konkursie) oraz art. 269-272 Pzp. Przepisy te stanowią m.in. (a) o obowiązku przekazywania ogłoszeń przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, (b) o obowiązku dokumentowania (art. 267 ust. 3 Pzp), (c) o fakultatywnej możliwości udostępnienia ogłoszenia w innych miejscach, w tym na stronie internetowej (d) o dopuszczalności zmiany ogłoszenia. Nowa ustawa Pzp nie przewiduje dla konkursów, niezależnie od ich wartości, wstępnych ogłoszeń informacyjnych.

W każdej z wymienionych procedur konkursowych, regulamin konkursu zamieszczany jest wraz z publikacją ogłoszenia o konkursie. Nowe Pzp, odmiennie niż Pzp2004, nie przewiduje przekazywania regulaminu konkursu na wniosek. Regulamin, podobnie jak SWZ, zamieszcza się na stronie internetowej w sposób określony w przepisie. Dla konkursów o wartości równej lub przekraczającej kwoty unijne moment udostępnienia regulaminu jest analogiczny jak moment udostępniania SWZ dla takich zamówień (art. 133 ust. 1 Pzp). Z kolei dla konkursów o wartości mniejszej niż kwoty unijne moment udostępnienia regulaminu jest analogiczny jak moment udostępniania SWZ dla takich zamówień (art. 280 ust. 1 pkt 1 Pzp). Kierując się zasadą przejrzystości konkursu, zamawiający organizujący konkurs jedno- lub dwuetapowy zapewnia, na stronie internetowej prowadzonego konkursu, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do regulaminu konkursu, nie krócej niż do upływu terminu na składanie prac konkursowych.

Ustawa w art. 341 Pzp reguluje zagadnienie wyjaśniania regulaminu konkursu, które było nieuregulowane w Pzp2004. Ustawodawca dopuścił uczestnikom konkursu możliwość zwrócenia się z wnioskiem do zamawiającego o wyjaśnienie treści regulaminu, na zasadach określonych w art. 284 Pzp. W przypadku konkursu nieograniczonego ostatecznym terminem na złożenie zapytania jest upływ terminu na składanie prac konkursowych, przy czym, tylko w sytuacji złożenia takiego wniosku, nie później niż na 4 dni przed upływem tego terminu – Pzp nakazuje zamawiającemu udzielenie odpowiedzi. W przypadku konkursu ograniczonego, ostatecznym terminem na złożenie zapytania jest również upływ terminu na składanie prac konkursowych. Oznacza to, że pytania o wyjaśnienie treści regulaminu mogą być składane przez uczestników konkursu także po upływie terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, a przed upływem terminu na składanie prac konkursowych na zasadach określonych jak dla konkursu nieograniczonego. W takim jednak przypadku zamawiający kierując się treścią normy art. 342 Pzp winien zapewnić, że udzielane po upływie terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie odpowiedzi nie będą w jakikolwiek inny sposób wpływały na zakres uczestników konkursu, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie lub na sposób oceny tych wniosków.

Dopuszczalność zmiany regulaminu konkursu, nieuregulowaną w Pzp2004, przesądza treść art. 342 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że w uzasadnionych przypadkach zamawiający może zmienić treść regulaminu konkursu:

- 1) w konkursie nieograniczonym, przed upływem terminu składania prac konkursowych;
- 2) w konkursie ograniczonym, przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie.

Ustawodawca jednoznacznie dopuścił zmianę regulaminu konkursu po dacie jego upublicznienia. Przepisy dotyczące zmiany regulaminu wzorowane są na przepisach dotyczących zmiany SWZ.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Szczególnym wyjątkiem co do zakresu zmiany jest zmiana składu sądu konkursowego. Zgodnie z art. 342 ust. 2 zakaz zmiany treści regulaminu konkursu po upływie terminów, o których mowa w art. 342 ust. 1 Pzp, nie dotyczy składu sądu konkursowego. Przepis ma na celu oddalenie ryzyka unieważnienia konkursu w okolicznościach, gdy z przyczyn obiektywnych członkowie lub członkowie sądu konkursowego nie mogą dalej pełnić swoich funkcji. Przesłanki niemożności pełnienia dalej funkcji członka sądu mogą być obiektywne (np. choroba uniemożliwiająca wypełnianie funkcji) lub związane z naruszeniem zasady bezstronności przez członka sądu. Przepis umożliwia zamawiającemu zmianę polegającą zarówno na usunięciu członka sądu konkursowego jak i wprowadzeniu nowego członka sądu do istniejącego składu.

W procedurze ograniczonej konkursu, Pzp jednoznacznie opisała przebieg etapu, w którym następuje złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie. Procedura w tym zakresie nawiązuje do trybu przetargu ograniczonego w klasycznych zamówieniach unijnych. W ślad zatem za przepisami dotyczącymi trybów: (a) nie jest dopuszczalne zapoznawanie się z zawartością wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie przed upływem terminu na ich składanie, (b) możliwe jest ograniczanie liczby uczestników konkursu, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niepodlegające odrzuceniu na podobnych zasadach jak kryteria selekcji w zamówieniach publicznych. Znaczenie i funkcja wniosku o dopuszczenie do udziału w konkursie jest analogiczna jak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nowością jest czytelne wskazanie przestanek odrzucenia wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie, co nie miało miejsca w Pzp2004.

Zgodnie z art. 343 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca wniosek, jeżeli:

- 1) został złożony po upływie terminu składania wniosków;
- 2) został złożony przez uczestnika konkursu, który nie wykazał spełnienia wymagań zamawiającego wskazanych w ogłoszeniu o konkursie i regulaminie konkursu;
- 3) jest niezgodny z przepisami ustawy;
- 4) jest nieważny na podstawie odrębnych przepisów;
- 5) nie został sporządzony lub przekazany w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania wniosków przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego.

Na etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający weryfikuje zdolność uczestnika konkursu do wykonania pracy konkursowej. Sposób weryfikacji i podstawę weryfikacji opisano w art. 330 Pzp. Regulacja w zakresie badania podmiotowego uczestników konkursu również jest nowym rozwiązaniem konkursowym w nowej ustawie Pzp. Przepis stanowi, że w przypadku konkursu ograniczonego – podstawą oceny mogą być uprawnienia do opracowania pracy konkursowej, jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania takich uprawnień (uczestnikami konkursu mogą być zatem wyłącznie osoby fizyczne posiadające wymagane uprawnienia lub podmioty posługujące się osobami fizycznymi posiadającymi wymagane uprawnienia) oraz obiektywne wymagania opisane przez zamawiającego spośród podstaw wykluczenia, warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (art. 330 ust. 3 ustawy Pzp). Wymaganie posiadania przez uczestnika konkursu uprawnień na etapie procedury konkursowej, jeśli do przygotowania pracy konkursowej lub wykonania usługi na podstawie tej pracy wymagane są specjalne uprawnienia na mocy innych szczególnych przepisów – jest jedynym obligatoryjnym wymaganiem kwalifikacyjnym uczestników konkursu jakie przewidziano w procedurze konkursowej. W procedurze ograniczonej zamawiający jest jednak zobowiązany określić również inne obiektywne wymagania, spośród podstaw wykluczenia, warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Wybór obiektywnych wymagań spoczywa na zamawiającym, który określając warunki udziału w postępowaniu czy kryteria selekcji zobowiązany jest do przestrzegania



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zasad udzielania zamówień publicznych znajdujących zastosowanie w konkursie, w szczególności zasady proporcjonalności, równego traktowania wykonawców, czy zapewnienia uczciwej konkurencji. W przypadku określenia tych wymagań w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, aktualność zachowają przepisy dotyczące warunków udziału w postępowaniu, tj. art. 112-117 Pzp, choć stosowane będą odpowiednio. Na zamawiającym ciążyć będzie obowiązek precyzyjnego określenia wymagań w ogłoszeniu i regulaminie konkursu, w szczególności w sposób zgodny z art. 112 Pzp. W przypadku określenia obiektywnych wymagań w oparciu o przesłanki niepodlegania wykluczeniu zamawiający winien mieć na uwadze, że podział przesłanek dotyczących niepodlegania wykluczeniu na obligatoryjne (wyrażone w art. 108 Pzp) i fakultatywne (wyrażone w art. 109 Pzp) nie znajduje tutaj zastosowania. Zamawiający nie jest w szczególności zobowiązany do weryfikacji uczestnika konkursu pod kątem spełniania wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 108 Pzp. Zamawiający może jednak zweryfikować uczestników konkursu pod kątem wszystkich przesłanek z art. 108 i 109 Pzp, podobnie jak może przeprowadzać weryfikację w oparciu o niektóre z tych przesłanek, bądź odstąpić od weryfikacji (nie określając żadnej przesłanki z art. 108 i 109 Pzp). Zaleca się natomiast aby jedną z podstaw weryfikacji uczestników konkursu była weryfikacja dotycząca potencjalnych konfliktów interesów z członkami sądu konkursowego (art. 109 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp). Warunkiem dokonania weryfikacji w toku konkursu jest zamieszczenie stosowanej informacji o wybranych podstawach wykluczenia w ogłoszeniu o konkursie i regulaminie.

Na potwierdzenie określonych wymagań zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 124 Pzp. Podmiotowe środki dowodowe powinny odpowiadać tym wskazanym w treści odpowiedniego rozporządzenia w sprawie dokumentów, o czym wprost stanowi art. 128 Pzp. Pzp nie przewiduje jednak obligatoryjnego wymagania legitymowania się jednolitym europejskim dokumentem zamówienia w konkursie, choć zamawiający może go zażądać na potwierdzenie niektórych okoliczności w nim wymienionych. Zamawiający może żądać środków dowodowych zarówno w postaci oświadczeń, jak i dokumentów. Zastosowanie znajdą także przepisy dotyczące uzupełniania środków dowodowych. Brak jest podstaw merytorycznych do niezastosowania przepisów dotyczących mechanizmu "samooczyszczenia" określonego w art. 110 Pzp.

Po zakończeniu czynności weryfikacyjnych, ustawa w art. 343 ust. 4 Pzp nakazuje zamawiającemu poinformować uczestników konkursu o wynikach oceny wniosków. Informacja musi być wystarczająco precyzyjna, ażeby umożliwić ewentualne złożenie odwołania. Z systematyki ustawy wynika, że informacja o wynikach oceny musi poprzedzać zaproszenie do złożenia prac konkursowych lub co najmniej nastąpić w tym samym momencie. Informację przekazuje się wszystkim uczestnikom postępowania, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w konkursie. Zaproszenie do udziału w konkursie (art. 343 ust. 5 Pzp) kieruje się do uczestników, których wnioski nie podlegają odrzuceniu, przy czym w przypadku ograniczenia przez zamawiającego liczby uczestników konkursu, którzy zostaną zaproszeni do składania prac konkursowych – wnioski uczestników niezaproszonych uważa się za odrzucone.

Zaproszenie do składania prac konkursowych rozpoczyna etap oceny tych prac. Etap oceny prac konkursowych jest podobny w procedurze nieograniczonej i ograniczonej. Zwieńczeniem etapu oceny prac konkursowych jest rozstrzygnięcie sądu konkursowego przekazywane kierownikowi zamawiającego. W przypadku procedury ograniczonej rozstrzygnięcie bezpośrednio poprzedza decyzję kierownika zamawiającego co do zatwierdzenia rozstrzygnięcia. W przypadku konkursu nieograniczonego Zamawiający niezwłocznie po rozstrzygnięciu konkursu nieograniczonego wzywa autora wybranej pracy konkursowej lub autorów wybranych prac konkursowych do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających posiadanie uprawnienia do opracowania pracy konkursowej, jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

takich uprawnień wyznaczając termin na ich przedłożenie. Możliwość weryfikacji wykonawcy następuje po rozstrzygnięciu konkursu przez sąd konkursowy, a zatem po przyporządkowaniu pracy konkursowej od jej autora. Zważywszy, że ocena spełnienia wymagania podmiotowego dokonywana po merytorycznym rozstrzygnięciu konkursu, konsekwencją jaką przewiduje ustawa dla uczestnika konkursu, który wziął w nim udział, pomimo niespełnienia wymagania posiadania uprawnień, jest brak możliwości uzyskania nagrody przez tego uczestnika. Zatem, mimo że praca tego uczestnika w ocenie sądu konkursowego uzyskała najwyższą ocenę, nie otrzymuje on nagrody.

Kierownik zamawiającego (osoba przez niego upoważniona) zatwierdza (lub odmawia zatwierdzenia) rozstrzygnięcia konkursu. Brak jest natomiast możliwości modyfikacji rozstrzygnięcia sądu konkursowego. Zakończeniem każdej procedury konkursowej jest wydanie (wypłatanie) nagrody, zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, ewentualnie unieważnienie konkursu.

Merytoryczna ocena prac konkursowych.

Reguły dotyczące oceny prac konkursowych nie uległy istotnym zmianom względem przepisów Pzp2004. Utrzymane w mocy pozostały reguły anonimowości prac konkursowych, dopuszczalności złożenia tylko jednej pracy konkursowej, czy przepisy dotyczące sądu konkursowego i jego wyłącznej kompetencji w zakresie oceny prac konkursowych. Nowa ustawa Pzp wprowadza jednak dwa istotne doprecyzowania dotychczasowych przepisów w zakresie: (a) podstaw „odrzućcia” pracy konkursowej oraz (b) kryteriów oceny prac konkursowych.

W art. 345 ust. 2 Pzp, ustawa wprowadza czytelne przesłanki określające w jakich okolicznościach prace konkursowe nie będą podlegały ocenie. Zgodnie z tym przepisem nie podlega ocenie praca konkursowa nieodpowiadająca ogłoszeniu o konkursie lub regulaminowi konkursu, złożona po terminie oraz złożona przez uczestnika, którego wniosek został odrzucony. Nie będzie podlegać ocenie praca niezgodna z ustawą. Za taką może być uznana praca, która nie zawiera informacji o planowanych łącznych kosztach wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej, w okolicznościach na jakie wskazuje art. 351 Pzp. Nie będzie podlegała ocenie także praca konkursowa „nieodpowiadająca ogłoszeniu o konkursie lub regulaminowi konkursu”. Praca złożona po terminie (podobnie jak oferta złożona po terminie) to taka, która wpłynęła do zamawiającego z uchybieniem określonego w regulaminie, ogłoszeniu lub zaproszeniu do złożenia prac konkursowych terminu na jej złożenie określonego w dniach i godzinach. Nie podlega ocenie praca złożona przez uczestnika, którego wniosek został odrzucony, w tym także tego uczestnika, który nie został zaproszony do składania prac konkursowych.

Nowe Pzp w art. 347 ust. 2 określa w jaki sposób opisywać kryteria oceny prac konkursowych. Zgodnie z tą normą zamawiający określa kryteria oceny prac konkursowych w sposób jednoznaczny i zrozumiały, zapewniający możliwość wyboru najlepszej pracy konkursowej, z uwzględnieniem maksymalnego planowanego łącznego kosztu wykonania prac realizowanych na podstawie pracy konkursowej. Ponadto, w świetle art. 347 ust. 3 kryteria oceny prac konkursowych nie mogą dotyczyć właściwości uczestnika konkursu. Nowa regulacja podkreśla, że w przypadku kryteriów oceny prac konkursowej – celem ich jest umożliwienie wyboru najlepszej pracy tj. takiej która posiada najwyższe walory artystyczne w ramach możliwości finansowych zamawiającego. Kryteria oceny pracy konkursowej mają być więc jednoznaczne i zrozumiałe, ale mogą pozostawiać znaczną swobodę sądowi konkursowemu do oceny pracy (brak jednoznacznego ograniczenia swobody zamawiającego, jak w art. 240 ust. 2 Pzp). W związku z powyższym, na podstawie kryteriów oceny prac konkursowych sąd konkursowy może dokonywać oceny mającej także charakter



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

subiektywny, gdyż nie jest możliwe wskazanie pracy posiadającej obiektywnie najwyższe walory artystyczne, wyłącznie przy pomocy mierzalnych kryteriów takich jak: termin realizacji, wymagania związane z gwarancją etc. Przykładowymi kryteriami oceny prac konkursowych mogą być: kryteria oceniające rozwiązania (walory) funkcjonalne pracy, kryteria dotyczące walorów estetycznych, lub też użytkowych pracy (konkursy na prace architektoniczne lub architektoniczno-urbanistyczne), kryteria uwzględniające stopień wykorzystania posiadanego potencjału zamawiającego (działki w przypadku konkursów na prace architektoniczne lub architektoniczno-urbanistyczne, sprzętu teleinformatycznego), etc. Kryteria oceny ofert nie mogą odnosić się do właściwości uczestników konkursu, a tym samym także do sposobu ujęcia pracy konkursowej. Zamawiający nie może przyznawać dodatkowych punktów, kierując się przesłankami organizacyjnymi po stronie uczestnika i odmiennie oceniać prace złożone przez uczestnika konkursu-autora, a uczestnika konkursu będącego biurem projektowym lub firmą IT. Nie jest też dopuszczalne przyznanie wyższej oceny pracy tym uczestnikom konkursu, którzy używali aktualniejszych, precyzyjniejszych środków przedstawienia pracy (np. nowszego oprogramowania komputerowego).

Warto także w tym miejscu zauważyć, że nowa ustawa Pzp zawiera własną definicję przedmiotu konkursu wyrażoną w art. 331 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 331 Pzp przedmiot konkursu opisuje się w sposób jednoznaczny i zrozumiały, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie pracy konkursowej. Precyzja opisu ma pozwolić na otrzymanie porównywalnych prac konkursowych zgodnych z celami jakie chce osiągnąć zamawiający. Zamawiający przygotowując opis przedmiotu konkursu zobowiązany jest rozważyć jak wiele swobody twórczej zamierza pozostawić autorom prac konkursowych, przy czym pozostawienie takiej swobody jest w konkursie niezbędne. Opis przedmiotu konkursu nie musi być zatem wyczerpujący w takim stopniu, w jakim jest to wymagane od opisu przedmiotu zamówienia (art. 99 Pzp), gdyż w niektórych konkursach wyczerpujący opis mógłby utrudnić autorom, w założeniu swobodnie przygotowujących swoje dzieła, przygotowanie prac konkursowych.

Zasada jawności i sposób udostępniania prac konkursowych.

W dotychczasowym ujęciu zasady jawności w konkursie podkreślano kwestię anonimowości prac konkursowych. Regulacja konkursowa Pzp2004 nie dotyczyła zagadnienia udostępniania prac konkursowych. Brak kompleksowego ujęcia tego zagadnienia był jedną ze zidentyfikowanych przyczyn ograniczonego zainteresowania rozwiązaniami konkursowymi przez potencjalnych uczestników konkursu. W okolicznościach bowiem, gdy każda praca ma charakter twórczy i ze swojej istoty zawiera rozwiązania autorskie, powszechny dostęp do takiej pracy przez innych autorów (nierzadko konkurentów) nie jest pożądane. W odpowiedzi na powyższe, Pzp przesądza w art. 328 ust. 3, że udostępnieniu podlegają wyłącznie prace nagrodzone oraz opracowania studialne, na podstawie których wykonano te prace, od chwili przekazania zawiadomienia o wynikach konkursu, o którym mowa w art. 354 Pzp. Zawiadomienie to zawiera informację o merytorycznym rozstrzygnięciu konkursu. Przepis art. 328 ust. 3 Pzp łączy ponadto obowiązek udostępnienia nagrodzonych prac konkursowych i opracowań studialnych z obowiązkiem przestrzegania przez zamawiającego przepisów dotyczących ochrony praw autorskich. Regulacja podkreśla zatem, że zamawiający winien dobrać właściwy sposób udostępnienia do charakteru pracy i obowiązujących przepisów. Art. 328 ust. 3 oraz art. 358 ust. 4 Pzp stanowią ponadto literalnie, że prace, które nie otrzymały nagród oraz opracowania studialne, na podstawie których wykonano te prace – nie podlegają udostępnieniu na żadnym etapie toczącego się postępowania konkursowego oraz po jego zakończeniu. Ponadto, na podstawie art. 358 ust. 2 nowej ustawy Pzp prace konkursowe i opracowania studialne stają się częścią dokumentacji konkursu



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

w takim zakresie, w jakim uczestnik konkursu, który je złożył, nie zażąda ich zwrotu. Jeżeli praca konkursowa lub opracowanie mają postać elektroniczną – zwrot takich prac i opracowań wiąże się z koniecznością usunięcia wszystkich dokumentów elektronicznych zawierających te prace i opracowania ze środowiska zamawiającego. Nie zwraca się prac konkursowych nagrodzonych i opracowań studialnych, które prowadziły do sporządzenia takich prac. Wnioski uczestników konkursu w przedmiocie zwrotu ich prac lub opracowań są elementem dokumentacji konkursu.

Specjalna regulacja dotycząca konkursu z nagrodą stanowiącą zaproszenie do negocjacji.

Art. 356 ust. 2 nowej ustawy Pzp wprowadza całkowicie nową regulację konkursową mającą zastosowanie do zamówienia publicznego, które zamawiający zamierza udzielić na skutek rozstrzygnięcia konkursu. Zgodnie z tą normą jeżeli negocjacje prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki z autorem wybranej pracy konkursowej nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający może zaprosić do negocjacji w tym trybie uczestnika konkursu, którego praca konkursowa otrzymała drugą w kolejności najwyższą ocenę, a zamawiający przewidział taką możliwość w regulaminie konkursu. Użycie przez ustawodawcę sformułowania „negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy” wskazuje na obiektywny charakter braku podpisania umowy. Brak ów spowodowany był niemożnością zbliżenia stanowisk negocjacyjnych uczestnika konkursu (a obecnie wykonawcy) i zamawiającego, której skutkiem była niemożność podpisania umowy o zamówienie publiczne. Użycie sformułowania "zamawiający może zaprosić do negocjacji" wskazuje na uprawnienie zamawiającego do dokonania tych czynności, a nie na jego obowiązek. Zaproszony kolejny uczestnik konkursu powinien być skonfrontowany z tymi samymi wymaganiami zamawiającego, które przesądziły o niemożności zawarcia umowy z pierwszym uczestnikiem.

Inne rozwiązania przeznaczone dla uczestników konkursu.

Konieczność unieważnienia procedury z uwagi na błędy zamawiającego jest szczególnie dotkliwa dla uczestników konkursu. Wynika to z faktu, że przygotowanie pracy konkursowej często jest wielokrotnie bardziej złożone i kosztotwórcze niż zwykłej oferty przetargowej. Regulacja art. 355 ust. 4 Pzp nakazuje zamawiającemu dokonać zwrotu kosztów przygotowania prac, jeśli konkurs unieważniono z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Przepis dotyczy sytuacji, w których prace konkursowe zostały złożone, zatem unieważnienie konkursu z przyczyn leżących po stronie zamawiającego przed dniem składania prac konkursowych – nie powoduje konieczności zwrotu kosztów. Zwrot kosztów dotyczy wyłącznie prac podlegających ocenie. Zatem koszty przygotowania prac konkursowych, spełniających przesłanki, o których mowa w art. 345 ust. 2 Pzp nie zostaną zrekompensowane. W zamierzeniu, koszty przysługującego zwrotu wskazuje uczestnik konkursu. Niezależnie od ich wysokości nie mogą one przekroczyć kosztów maksymalnych wskazanych przez zamawiającego w regulaminie zgodnie z treścią art. 333 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający może weryfikować zaproponowaną wysokość rekompensaty i zaproponować własne rozwiązanie odpowiadające rzeczywistości poniesionym nakładom.

W przypadku konkursów, w których nagrodą jest zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, nowa ustawa Pzp nakazuje zamawiającemu poinformowanie w regulaminie potencjalnych uczestników konkursu o istotnych aspektach związanych z przyszłym zamówieniem publicznym. Informacje te jak wynika z treści art. 333 ust. 3 ustawy Pzp dotyczą (1) przedmiotu usługi, która ma być realizowana w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

ogłoszenia, na podstawie wybranej pracy konkursowej, (2) istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz (3) podstaw wykluczenia z postępowania oraz warunków udziału w postępowaniu, które zostaną określone w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia. Nie mają one wyłącznie charakteru informacyjnego, gdyż na skutek powziętych w toku prowadzonego konkursu wiadomości – uczestnik konkursu może podejmować decyzje związane z własnym udziałem w konkursie, w szczególności odstąpić od przystąpienia do konkursu. Przedmiot usługi (art. 333 ust. 3 pkt 2 lit. b) Pzp), która ma być realizowana w postępowaniu o zamówienie publiczne na podstawie wybranej pracy konkursowej może być opisany jedynie w tym zakresie, w jakim jest to możliwe na etapie wszczęcia konkursu. Jeżeli zamawiający w momencie wszczynania konkursu dysponuje dokumentacją, która stanie się częścią dokumentacji postępowania o zamówienie – powinien zapoznać uczestników konkursu z tą dokumentacją. Podstawy wykluczenia i warunki udziału w postępowaniu o przyszłe zamówienie publiczne na usługi powinny zostać określone już na etapie konkursu, z wysokim poziomem szczegółowości.

Instytucje konkursu, które nie uległy zmianie w nowym Pzp względem Pzp2004.

Obok wprowadzenia istotnych zmian w procedurze konkursowej nowa ustawa Pzp zawiera również rozwiązania znane Pzp2004. Bez wprowadzenia istotnych zmian merytorycznych przeniesiono do nowej ustawy regulacje dotyczące:

- a) definicji konkursu,
- b) możliwości przeprowadzenia prekwalfikacji merytorycznej przy pomocy etapu opracowań studialnych poprzedzających etap składania prac konkursowych (tzw. konkursy jedno- i dwuetapowe),
- c) składu, kompetencji i uprawnień sądu konkursowego,
- d) regulaminu konkursu jako podstawowego środka określającego charakter konkursu,
- e) regułę anonimowości prac konkursowych i bezstronności sądu konkursowego.

Podsumowanie

Z powyższego wynika, że zakres zmian regulacji konkursowej w nowej ustawie Pzp jest znaczny. Do najważniejszych można zaliczyć zmianę dopuszczalnego w negocjacjach przedmiotu zamówienia udzielanego na skutek rozstrzygnięcia konkursu, którym może być wykonanie usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej, a zatem urzeczywistnienie zamierzonego przedsięwzięcia twórczego a nie jedynie uszczegółowienie autorskiej wizji (pracy konkursowej). Drugą najważniejszą zmianą jest przygotowanie i opisanie nowych procedur konkursowych, które pozwalają zamawiającemu na elastyczność w dopasowaniu procedury i jej elementów do typu i przedmiotu konkursu. Celem wdrażanych zmian jest upowszechnienie konkursu jako instrumentu zmierzającego do udzielenia zamówień niestandardowych, zawierających twórcze elementy w ramach przedmiotu zamówienia. Nowa regulacja w zamierzeniu powinna umożliwić zarówno przeprowadzenie konkursu na wykonanie pracy architektonicznej, jak również pracy z dziedziny informatyki i innowacji – służą temu nowe procedury konkursowego. Regulacje konkursu w nowej odsłonie powinny pobudzić szersze i bardziej efektywne wykorzystanie tej instytucji.