

Zwiększenie udziału MSP w rynku zamówień publicznych



**Rzeczpospolita
Polska**



Unia Europejska
Europejski Fundusz Społeczny



**Efektywne zamówienia publiczne
– wzmocnienie potencjału administracji**

Włodzimierz Dzierżanowski

Zwiększenie udziału MSP w rynku zamówień publicznych

Publikacja została opracowana w ramach projektu
„Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji”.

Projekt realizowany w ramach Programu Operacyjnego
Wiedza Edukacja Rozwój, Oś priorytetowa II: Efektywne polityki publiczne
dla rynku pracy, gospodarki i edukacji, Działanie 2.18: Wysokiej jakości usługi
administracyjne, w latach 2017–2018.

Warszawa, wrzesień 2018 r.

Zwiększenie udziału MSP w rynku zamówień publicznych

Skład, łamanie i druk:

CC Professionals Group, www.ccpog.com.pl

Wydawca: Urząd Zamówień Publicznych, www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

Opracowanie i druk współfinansowane
przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

ISBN 978-83-88686-59-7

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2018 r.

Spis treści

1. Wstęp	5
2. Zamówienia nieobjęte ustawą Prawo zamówień publicznych	8
3. Wybór trybu udzielania zamówienia	10
4. Ogłoszenie o zamówieniu	14
5. Opis przedmiotu zamówienia	15
6. Ustalanie wartości zamówienia	19
7. Przestanki wykluczenia	22
8. Warunki udziału w postępowaniu	23
9. Dokumenty i oświadczenia	28
10. SIWZ	31
11. Termin składania ofert	34
12. Oferty częściowe	35
13. Wadium	37
14. Kryteria oceny ofert	40
15. Wynagrodzenie – ryczałt czy kosztorys	42
16. Wzór umowy	45
17. Podwykonawstwo	50
18. Rozstrzyganie sporów	53

1. Wstęp

a. Wyjaśnienie pojęć „małe i średnie przedsiębiorstwo”

Do kategorii średnich przedsiębiorstw należą te, które zatrudniają mniej niż 250 pracowników, których roczny obrót nie przekracza 50 milionów euro a całkowity bilans roczny nie przekracza 43 milionów euro. Małe przedsiębiorstwo definiuje się jako przedsiębiorstwo zatrudniające mniej niż 50 pracowników i którego roczny obrót lub całkowity bilans roczny nie przekracza 10 milionów euro. Natomiast do kategorii mikroprzedsiębiorstwa zalicza się przedsiębiorstwa zatrudniające mniej niż 10 pracowników i którego roczny obrót lub całkowity bilans roczny nie przekracza 2 milionów euro. Dane te odnoszą się do co najmniej jednego z dwóch ostatnich lat obrotowych. Nie każdy przedsiębiorca, który spełnia powyższe warunki, będzie jednak uznany za małe lub średnie przedsiębiorstwo i może korzystać ze szczególnych ułatwień przewidzianych w polityce UE. W wyroku z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-91/01 Republika Włosa przeciwko Komisji Europejskiej Trybunał stwierdził, iż kryteria kwalifikacji przedsiębiorcy jako małego lub średniego należy stosować z uwzględnieniem celu, dla którego małe i średnie przedsiębiorstwa objęte są korzystniejszymi zasadami traktowania. Celem tym jest przede wszystkim udzielenie wsparcia przedsiębiorstwom, dla których rozmiar działalności jest przyczyną szeregu trudności w dostępie do czynników rynku. W rezultacie przedsiębiorcy, którzy spełniają formalne przesłanki uznania za małe lub średnie przedsiębiorstwo, lecz działają w ramach grupy kapitałowej, zależnej od dużego przedsiębiorcy lub osiągniętej łącznie parametry przekraczające definicję MSP, nie będą uznani za małego/średniego przedsiębiorcę.

b. Wpływ udziału MSP na konkurencję

Według „Raportu o stanie sektora MSP w Polsce 2017” opublikowanym przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości dostępnym na stronach Agencji pod adresem: (https://www.parp.gov.pl/images/PARP_publications/pdf/raport%20o%20stanie%20sektora%20msp%20w%20polsce_2017.pdf), w Polsce aktywnie działa około 1,91 mln przedsiębiorstw. Sektor MSP (mikro, małe i średnie firmy) stanowi przeważającą większość przedsiębiorstw w Polsce – 99,8%. Najliczniejsze są oczywiście najmniejsze podmioty – 96%, to mikroprzedsiębiorstwa (1,84 mln). Udział firm małych w strukturze polskich przedsiębiorstw wynosi 3,0% (56,7 tys.), średnich – 0,8% (15,6 tys.), zaś dużych – tylko 0,2% (3,4 tys.).

Rynek zamówień publicznych bez małych i średnich przedsiębiorstw byłby skazany na niezmiernie ograniczoną konkurencję. Konkurencja ta kształtująca się w obrębie 0,2% potencjalnych zainteresowanych miałaby charakter pozorny, a o jej faktycznym istnieniu przesądza udział w rynku zamówień przedsiębiorców z sektora MSP. Jednak konkurowanie podmiotów o różnym potencjale nie jest łatwe dla przedsiębiorstw mniejszych. Zasada równego traktowania zawarta w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych rozumiana w sposób nieco uproszczony daje naturalną przewagę dużym wykonawcom, a obawa mniejszych przedsiębiorców przed konkurowaniem z silnymi podmiotami powoduje odsunięcie się od rynku zamówień publicznych.

Zasada ustawowa (równego traktowania wykonawców) nie zostanie jednak naruszona, gdy zamawiający ustalą w postępowaniu o udzielenie zamówienia takie reguły przetargowe, które będąc równe dla wszystkich, uwzględnią możliwości mniejszych przedsiębiorstw, wyrównując ich szanse w konkurowaniu o zamówienie publiczne.

W preambułach do dyrektyw UE dotyczących udzielania zamówień publicznych (2014/24UE oraz 2014/25UE) wskazano, że ich celem jest ułatwienie udziału małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych i że wynika to z polityki UE wobec MSP w tym strategii „Europa 2020” zawartej w komunikacie Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanym „Europa 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”. Stosowanie prawa krajowego w zgodności z takim celem dyrektyw jest obowiązkiem każdego zamawiającego. Niniejsze opracowanie zawiera wskazówki jak przygotować i prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, by wyrównać szanse mniejszych przedsiębiorców.

Także polskie przepisy zwracają uwagę na potrzebę wsparcia małych i średnich przedsiębiorców. – art. 16 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. poz. 646) oraz art. 1 ustawy z dnia 6 marca o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców (Dz.U. poz. 648) stanowią, że na straży ich praw stoi Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców, chroniąc poszanowanie zasady wolności działalności gospodarczej, pogłębiania zaufania przedsiębiorców do władzy publicznej, bezstronności i równego traktowania, zrównoważonego rozwoju oraz zasady uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów przedsiębiorców.

c. Wpływ udziału MSP na „polonizację” zamówień

Przepisy Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej zabraniając ograniczania swobód w przepływie usług oraz osób, nie pozwalają na zapewnienie łatwiejszego dostępu do krajowego rynku zamówień publicznych przedsiębiorcom krajowym w stosunku do przedsiębiorców z innych krajów UE (i państw z którymi Unia podpisała umowy o równym traktowaniu). Jednakże traktatowe swobody doznają ograniczenia, tam gdzie „z powodu szczególnych okoliczności, na przykład niewielkiego znaczenia gospodarczego podmioty gospodarcze z siedzibą w innych państwach członkowskich nie byłyby zainteresowane udzielaniem zamówieniem, skutki dla swobód podstawowych należałoby uznać za zbyt nieokreślone i pośrednie, by uzasadniały stosowanie norm zaczerpniętych z pierwotnego prawa wspólnotowego” (Wyrok TSUE z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Consorzio Aziende Metano – Coname przeciwko Comune di Cingia de’ Botti).

Nie byłyby tym samym sprzeczne z TFUE, by zamówienia najmniejsze zarezerwować dla sektora MSP bez względu na siedzibę przedsiębiorcy. Jednocześnie z racji kształtu rynku europejskiego większość (zdecydowana) małych i średnich przedsiębiorstw, które ubiegają się o zamówienia lub w dowolnej formule uczestniczą w realizacji zamówień w Polsce, to przedsiębiorcy krajowi. Wsparcie dla MSP to w sposób oczywisty korzyść w pierwszym rzędzie dla przedsiębiorców prowadzących działalność lokalnie. Wsparcie takie to także korzyść dla gospodarki krajowej. Wsparcie pozostaje zgodne z prawem i politykami UE.

Każdy zamawiający może wspierać dostęp MSP do rynku zamówień publicznych. Osiągnie to poprzez kształtowanie w sposób nienadmierny warunków udziału w postępowaniu, nie żądając dokumentów tam, gdzie wystarczą oświadczenia, rozsądnie ustalając wysokość wadium, prawidłowo dzieląc między zamawiającego a wykonawcę ryzyka wynikające z umowy o zamówienie publiczne. Te i szereg innych przedstawionych niżej rekomendacji mogą istotnie wpłynąć na udział sektora MSP w wykonywaniu zamówień na rzecz sektora publicznego.

Zwiększenie dostępu MSP do zamówień publicznych zamawiający może realizować poprzez świadome korzystanie z instrumentów prawnych i narzędzi przewidzianych w Pzp.

2. Zamówienia nieobjęte ustawą Prawo zamówień publicznych

Do udzielania zamówień przepisy ustawy Pzp znajdują zastosowanie, jeśli wartość zamówienia jest co najmniej równa 30 000 euro. Zamówienia poniżej wartości 30 000 euro cieszą się szczególnym zainteresowaniem mikro przedsiębiorców. Podczas ich udzielania nie mogą być pomijane zasady równego dostępu wszystkich wykonawców do wykonywania zadań publicznych (art. 43 ustawy o finansach publicznych). Do udzielania zamówień, które nie są objęte ustawą Prawo zamówień publicznych, należy więc stosować postanowienia Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a także reguły wynikające z art. 44 ustawy o finansach publicznych, w szczególności obowiązek dokonywania wydatków z zachowaniem zasady efektywności.

Powstaje więc obowiązek równego traktowania, niedyskryminacji, zachowania proporcjonalności i przejrzystości, zgodnie z Traktatem o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Z drugiej strony wiąże zamawiającego obowiązek osiągnięcia z poniesionego wydatku jak najlepszego rezultatu. Wymagające respektowania zasady TFUE to w szczególności:

– art. 18 Traktatu:

„(...) zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową”.

– art. 49 Traktatu:

„Ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego Państwa Członkowskiego na terytorium innego Państwa Członkowskiego są zakazane”.

– art. 56 Traktatu:

„(...) ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii są zakazane w odniesieniu do obywateli Państw Członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w Państwie Członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia”.

– art. 102 Traktatu:

„Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami Członkowskimi”.

– art. 106 Traktatu:

„Przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom Traktatów, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Unii”.

Udzielanie zamówień nieobjętych ustawą Pzp, bez dopuszczania jakiegokolwiek konkurencji, stoi w sprzeczności z postanowieniami Traktatu. Właściwe jest więc, by przy ich udzielaniu stosować konkurencyjne metody ponoszenia wydatków. Im wydatek wyższy – tym sposób wyboru wykonawców powinien być bardziej otwarty. O ile w zamówieniach najmniejszych organizowanie nawet najprostszych procedur porównawczych jest nieefektywne, a ich organizacja nie równoważy korzyści osiągniętych z konkurencji, to wraz ze wzrostem wartości zakres dostępu do zamówienia winien także wzrastać. Albo poprzez zwiększanie liczby zaproszonych do składania ofert, albo poprzez publiczne ogłoszenie o zamówieniu.

Każdy wydatek podlega także traktatowej zasadzie przejrzystości, która oznacza, że procedura zakupu jest możliwa do prześledzenia przez zainteresowane podmioty. To samo prawo zapewnia ustawa o dostępie do informacji publicznej. Zamówienia, niezależnie od wartości, nie mogą być więc udzielane w sposób dyskrecyjny.

Zasada efektywności wydatków publicznych:
najlepszy rezultat z danego nakładu.

Zasady traktatowe: równego traktowania,
niedyskryminacji, proporcjonalności, przejrzystości.

3. Wybór trybu udzielania zamówienia

a. Dlaczego przetarg nieograniczony?

Przetarg nieograniczony jest najprostszym dla wykonawców trybem, w którym są udzielane zamówienia, a w przypadku wykonawców z sektora MSP nie jest bez znaczenia przy podejmowaniu decyzji o udziale w postępowaniu jest stopień skomplikowania procedury, w których zamówienie jest udzielane. Tryb ten wymaga od wykonawców najmniej czynności formalnych, tj. w zasadzie sprowadza się do przygotowania i złożenia oferty. W odróżnieniu od większości innych trybów z ogłoszeniem, w przetargu nieograniczonym już od początku (od wszczęcia postępowania) wiadomo dokładnie, jaki będzie przedmiot zamówienia z racji udostępniania SIWZ i szczegółowego, precyzyjnego, jednoznacznie sformułowanego opisu przedmiotu zamówienia. W przypadku mniejszych przedsiębiorców jest to ważne przy podejmowaniu decyzji o uczestnictwie bądź rezygnacji z udziału w postępowaniu, gdyż w odróżnieniu od większych konkurentów, częściej o takim udziale przesądzają szczegółowe wymagania zamawiającego i możliwość ich spełnienia. Ponadto tryb ten nie przewiduje stosowania kryteriów selekcji, a więc konkurencja opartego na cechach podmiotowych (doświadczeniu, środkach finansowych itp.), stawia MSP w lepszej sytuacji w stosunku do dużych podmiotów niż w innych trybach. Wystarczające dla skutecznego konkurencja z większymi podmiotami jest bowiem spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego na właściwym (niezawyżonym) i takim samym dla wszystkich poziomie co sprawia, że w toku dalszych czynności w przetargu pozycja wykonawców jest równa i MSP mają te same szanse na uzyskanie zamówienia co silniejsza konkurencja. Reasumując – ten podstawowy tryb udzielania zamówienia, w odróżnieniu od trybu przetargu ograniczonego, zwiększa (wyrównuje) szanse mniejszych wykonawców. Jednocześnie w żadnych okolicznościach nie można zamawiającemu postawić zarzutu przeprowadzenia postępowania w tym trybie, który jest zaliczany do trybów podstawowych (art. 10 ust 1 ustawy). Tryb przetargu nieograniczonego należy więc uznać za najlepszy dla sektora MSP i jednocześnie najbezpieczniejszy dla zamawiających.

Przetarg nieograniczony – brak konkurencja wykonawców kryterium podmiotowym.

b. Zasady prekwalfikacji w trybach „dwustopniowych”

Tryby dwustopniowe to te, w których zaproszeni do składania ofert są tylko ci wykonawcy, którzy uzyskają najwyższe oceny podczas oceny podmiotowej w świetle tzw. kryteriów selekcji. Tryby te to przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny oraz partnerstwo innowacyjne. Ustawa nie określa katalogu kryteriów selekcji. Stanowi jedynie (w art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp), że kryteria te mają być obiektywne i niedyskryminacyjne. Ze względu na fakt, że kryteria selekcji stosowane są w fazie poprzedzającej złożenie ofert, kryteria te najczęściej nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia, lecz do cech podmiotowych wykonawców. Mogą dotyczyć np. doświadczenia wykonawcy, kwalifikacji osób kierowanych do wykonania zamówienia, zdolności finansowej, potencjału technicznego. Łatwo jednak zauważyć, że wybór wykonawców, którzy najlepiej spełniają kryteria selekcji, z istoty rzeczy prowadzi do kwalifikowania do grupy zapraszanych do składania ofert tych wykonawców, których potencjał jest największy. Nie można jednak tracić z pola widzenia zasady proporcjonalności. Stosowanie kryteriów selekcji w sposób, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia i preferuje np. niezmiernie wysoki potencjał finansowy (poprzez proste ustanowienie kryterium selekcji, tj. „im wyższy potencjał finansowy – tym lepiej”), podczas gdy do wykonania zamówienia jest to potencjał na tym poziomie całkowicie zbędny, może naruszyć zasadę proporcjonalności. Obniży też szanse wykonawców z sektora MSP na zakwalifikowanie się do składania ofert. Zasadne jest więc kształtowanie kryteriów selekcji w taki sposób, by powyżej pewnego poziomu ich spełniania (wysokiego, ale wciąż adekwatnego do przedmiotu zamówienia) nie przyznawać już wykonawcom wyższych ocen. Bardziej racjonalne jest zastosowanie kilku kryteriów selekcji łącznie niż wybieranie tych spośród wykonawców, którzy jedno kryterium selekcji spełnią na niezmiernie wysokim, a więc być może zbędnym poziomie.

Proporcjonalne warunki udziału w postępowaniu i kryteria selekcji umożliwiają konkurowanie MSP z dużymi wykonawcami.

c. Zaproszenie wykonawców do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie bez ogłoszenia

Zapytanie o cenę – tryb służący nabywaniu standardowych i powszechnie dostępnych zamówień pozostawia zamawiającemu w zasadzie nieograniczoną swobodę w doborze wykonawców, których zaprosi do złożenia oferty (wymogiem jest tylko, by byli to wykonawcy, którzy w ramach swojej

działalności świadczą usługi lub dostawy będące przedmiotem zamówienia). Z racji tego, że tryb ten służy nabywaniu zamówień stosunkowo niewielkich (poniżej kwot, od których stosuje się przepisy dyrektyw UE), warte rozważenia jest, by zaproszenie do udziału kierować do przedsiębiorstw mniejszych. Taki wybór daje większą szansę, że zamówienie będzie dla wykonawcy ważnym zleceniem (w odróżnieniu od zamówień mniejszych udzielnych dużym wykonawcom, gdy nie stanowią one czasami priorytetowych realizacji). Daje też szansę na zwiększenie udziału w rynku zamówień sektora MSP. Jednocześnie warto podkreślić, że właśnie ten najprostszy tryb stanowi często pierwszy kontakt wykonawców z rynkiem zamówień. Celowe byłoby więc także, aby nie kierować zapytań o cenę stale do tych samych wykonawców, lecz zachęcać poprzez zaproszenie kolejnych, nowych wykonawców. Może to sprawić, że w kolejnych postępowaniach, wszczynanych w drodze ogłoszenia, wykonawcy ci, z własnej inicjatywy złożą oferty, zwiększając tym samym konkurencyjność postępowania z korzyścią także dla zamawiającego. Warto także rozważyć, by przy kierowaniu zaproszenia do wykonawców wziąć pod uwagę rynek właściwy także ze względu na kryteria geograficzne. Zaproszenie wykonawców z odległych lokalizacji do udziału w postępowaniu o świadczenie prostych zamówień w wielu przypadkach będzie mniej efektywne niż zaproszenie wykonawców z właściwego geograficznie rynku.

Tryb wszczynany zaproszeniem, ale jednak ciągle konkurencyjny, to negocjacje bez ogłoszenia. Byłoby dobrym standardem, by zamawiający w każdym przypadku, w którym korzysta z tego trybu, rozważył, czy okoliczności (wartość zamówienia, podstawa stosowania trybu, przedmiot zamówienia) umożliwiają zaproszenie wykonawców z sektora MSP. Jeśli taka możliwość istnieje – zasadne byłoby zwrócenie się do tych wykonawców z zaproszeniem. Zachowanie przeciwne, tj. zapraszanie wyłącznie przedsiębiorców większych, gdy ze względu na skalę zamówienia jego wykonaniu podotaliby także przedsiębiorcy mniejsi może być oceniane jako sprzeczne z art. 103 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej zobowiązującej Państwo do tworzenia warunków rozwoju MSP. Państwo w zamówieniach publicznych to zamawiający, a więc nie powinni się oni czuć zwolnieni z obowiązku wyrażonego w tym przepisie.

W przypadku trybów na zaproszenie, by dostęp podmiotów z sektora MSP do zamówienia był łatwiejszy, warto także w treści zaproszenia wskazać, że zaproszenie, mimo iż kierowane jest zawsze do określonego imiennie wykonawcy, nie wyklucza się (a wręcz umożliwia się), by wykonawca ten złożył ofertę w konsorcjum z wybranym przez siebie innym wykonawcą. Konsorcja zwiększając potencjał wykonawcy, dają bowiem MSP większą szansę na spełnienie warunków stawianych w postępowaniu. Tym samym

zaproszenie mniejszych wykonawców nabierze charakteru realnej szansy na podołanie wymogom zamawiającego.

Zaproszenie do udziału w zapytaniu o cenę
kierowane do podmiotów z sektora MSP.

d. Licytacja elektroniczna czy zapytanie o cenę?

Licytacja elektroniczna i zapytanie o cenę – dwa tryby możliwe do zastosowania wyłączenie w zamówieniach o wartości niższej niż wynikającej z dyrektyw UE – są jednymi z mniej sformalizowanych trybów udzielania zamówienia. Z tego powodu są więc szczególnie predestynowane dla wykonawców mniejszych, niektórzy nie są zaznajomieni z procedurami udzielania zamówień. Nie ulega wątpliwości, że trybem prostszym jest zapytanie o cenę. Jego zasadniczą przewagą jest brak konieczności posiadania umiejętności posługiwania się narzędziami elektronicznymi. W wielu dziedzinach życia – w szczególności w sferze najprostszyc usług materialnych – taka umiejętność to ciągle bariera uczestnictwa w rynku. Zamawiający rozważając zastosowanie innego niż przetarg nieograniczony trybu udzielania zamówienia, powinien brać pod uwagę nie tylko (co w sensie formalnym najważniejsze) ustawowe przesłanki zastosowania danego trybu, ale także faktyczny wpływ tego trybu na zainteresowanie wykonawców udziałem w procedurze. Zapytanie o cenę jest więc trybem predestynowanym do wykorzystania w przypadku zamówień o *stricte* lokalnym charakterze – dostaw oferowanych raczej bez wykorzystywania narzędzi e-handlu, usług świadczonych lokalnie, których opłacalność znacząco spada przy konieczności świadczenia zamiejscowo.

W przypadku zamówień na standardowy przedmiot zamówienia, ale taki, który powszechnie jest oferowany w sklepach internetowych, warto rozważyć rezygnację z zapytania o cenę na rzecz licytacji elektronicznej. Tryb ten zwiększa zakres zainteresowania zamówieniem, a więc zwiększa także konkurencję i szansę na efektywny wydatek.

Licytacje elektroniczne dla zamówień
oferowanych w sklepach internetowych.

4. Ogłoszenie o zamówieniu

Mali (mikro) przedsiębiorcy, o ile uczestniczą w postępowaniach o udzielenie zamówienia, to w ograniczonym kręgu zamawiających. Informacje o wszczynanych postępowaniach znacznie częściej niż duże podmioty czerpią bezpośrednio ze stron internetowych zamawiającego lub ogłoszeń zamieszczanych w siedzibie zamawiającego, nie zaś z Biuletynu Zamówień Publicznych lub Dziennika Urzędowego UE. Ważne jest więc, by ogłoszenia te były dokładnie tej samej treści co ogłoszenia publikowane we wspomnianych dziennikach urzędowych.

Warto także pamiętać, że w każdym trybie wszczynanym w drodze ogłoszenia, zamawiający może bez naruszenia przepisów ustawy Pzp zwrócić się do znanych sobie wykonawców z informacją, że postępowanie zostało wszczęte. Nie wcześniej niż w momencie opublikowania ogłoszenia zamawiający może znanym sobie wykonawcom przekazać informację o prowadzonym postępowaniu. Ustawa nie ogranicza form przekazania tej informacji. Można to zrobić telefonicznie, mailowo, osobiście, pisemnie itp. Nie ma także przeszkód, by do przekazywanej informacji dołączyć także treść ogłoszenia, wtedy wykonawca nie musi odszukiwać go w Dzienniku publikacyjnym. Takie starania zamawiającego wpływają pozytywnie na zwiększenie zainteresowania zamówieniem, poszerzają konkurencję, a jednocześnie mogą spowodować, że wykonawcy lokalni zaczną uczestniczyć w przetargach organizowanych na ich terenie.

Identyczna treść ogłoszeń zamieszczanych
na stronach internetowych i w siedzibie zamawiającego
co ogłoszeń publikowanych w BZP i Dz.U. UE.

5. Opis przedmiotu zamówienia

a. Prostota opisu

Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) sporządza się w sposób, jednoznaczny, zrozumiały, wyczerpujący i dokładny (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Każde z tych czterech wymagań ma na celu zapewnienie wykonawcom, by nie musieli dociekać jakie są oczekiwania zamawiającego, lecz by informacja ta pozwoliła im przygotować oferty, które nie będą obciążone ryzykiem niezgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Zgodnie z zasadą *in dubio contra proferentem* wszelkie wątpliwości, co do zakresu wymagań zamawiającego, będą rozstrzygane na jego niekorzyść, a wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, jakie cechy powinno mieć świadczenie objęte zamówieniem.

„Jednoznaczny” opis przedmiotu zamówienia, tj. sporządzony tak, by jego prawidłowe rozumienie (oparte na znajomości języka polskiego, wiedzy profesjonalnej, logicznej i całościowej wykładni treści SIWZ) było możliwe tylko w jeden sposób. Jeżeli przy zachowaniu tych zasad odczytywania OPZ ciągle możliwe jest zrozumienie go na dwa lub więcej sposobów, oferta, która jest zgodna z dowolnym z nich, jest zgodna z SIWZ i nie może być odrzucona. Trzeba też zwrócić uwagę, że niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia przyczynia się do zwiększenia ilości pracy u zamawiającego. Wykonawcy bowiem uprawnieni są do złożenia wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji, a zamawiający powinien z należytą starannością odpowiedzieć na prośby wykonawców.

„Zrozumiały” opis przedmiotu zamówienia wymaga, by był on zrozumiały dla profesjonalisty, tj. wykonawcy, który prowadzi działalność powodującą zainteresowanie uzyskaniem zamówienia. Opis zrozumiały nie oznacza więc, że musi być on zrozumiały dla każdego. Jednakże również taki opis – sporządzony prostym potocznym językiem, jest prawidłowy. Przepisy ustawy Pzp nie nakazują, by zamawiający posługiwał się branżowymi, specjalistycznymi określeniami, lecz może on także opisać swoje wymagania co do przyszłego zamówienia językiem „zwykłego człowieka”. W przypadku zamówień adresowanych do najmniejszych przedsiębiorców, ten sposób sporządzania OPZ jest nawet właściwszy od stosowania języka profesjonalnego. Pozwala bowiem zyskać pewność, że także początkujący wykonawcy właściwie zrozumieją zakres wymagań.

„Wyczerpujący” opis przedmiotu zamówienia zawiera informacje o wszystkich ważnych dla zamawiającego cechach świadczenia. Ta cecha OPZ nie

oznacza więc, by opis odnosił się do wszystkich bez wyjątku cech jakie posiadają usługi, dostawy lub roboty budowlane, takie jak nabywane zamówienie. Pominięcie jakiegoś wymogu oznacza, że cecha ta jest dla zamawiającego nieważna, a decyzję, czy oferowany przedmiot ją posiada, czy też nie lub jakie parametry ma przedmiot w tym zakresie pozostawiono wykonawcy. Milczenie zamawiającego co do pewnej cechy przedmiotu oznacza więc, że zamawiający nie formułuje żadnych wymagań i wykonawca dowolnie zdecyduje o kształcie świadczenia w tym aspekcie. Najprostszy przykład to rezygnacja z określenia koloru nabywanego samochodu oznaczająca gotowość do przyjęcia pojazdu w dowolnym kolorze.

„Dokładny” to opis, który precyzyjnie określa wymagane cechy zamówienia. Nie wypełnia więc tego wymogu opis zawierający określenia „około”, „zbliżony”, „podobny” itp. Jeśli jednak takie sformułowania w opisie się znalazły, to prawem wykonawcy, a nie zamawiającego, będzie przyjęcie ich rozumienia. Niedokładności w OPZ nie mogą bowiem oddziaływać negatywnie na pozycję wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Jednorodny, zrozumiały, wyczerpujący i dokładny OPZ.

b. Wymaganie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę

Ustawodawca w trosce o respektowanie przepisów prawa pracy i ochronę tej podstawowej formy zatrudnienia nałożył na zamawiających obowiązek, by w opisie przedmiotu zamówienia wskazywali czynności wymagające zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawców osób na podstawie przepisów prawa pracy. Troska o prawa pracownicze nie może jednak przybierać charakteru dyskryminacji wykonawców, którzy samodzielnie, bez zatrudnienia kogokolwiek wykonują świadczenie.

Wymaganie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę oznacza więc jedynie, że czynności wskazanych w OPZ nie mogą wykonywać zatrudnieni na podstawie umów cywilnoprawnych. Nie jest to jednak zakaz osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę – osobę fizyczną prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą. Wykładnia szczegółowego przepisu ustawy Pzp nie może bowiem prowadzić do naruszenia konstytucyjnej i traktatowej zasady niedyskryminacji, zakazującej różnicować pozycję przedsiębiorców w zależności od formy prowadzonej działalności gospodarczej.

Wymaganie zatrudnienia na podstawie przepisów prawa pracy wiąże się ze wskazaniem dokumentów, za pomocą których wykonawcy wykażą spełnienie wymagania. Utrudnieniem dla mniejszych wykonawców będzie żądanie złożenia dokumentów w formie uwierzytelnionych notarialnie kopii. Ustawa Pzp co prawda nie wyklucza takiego żądania (gdyż nie są to dokumenty objęte rozporządzeniem Ministra Rozwoju „w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia”, a tym samym przewidziane w nim formy nie wiążą), jednak skoro dla dokumentów wymienianych w tym rozporządzeniu wystarcza poświadczenie składanej kopii przez wykonawcę – nie sposób uzasadnić w zgodzie z zasadą proporcjonalności obowiązku składania kopii dowodów zatrudnienia w formie kopii uwierzytelnionej notarialnie.

Samozatrudnienie – wypełnienie wymogu zatrudnienia na umowę o pracę.

c. Zastrzeżenie części kluczowej zamówienia

Art. 36a ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi. W przypadku zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania części zamówienia, tę część może wykonać wyłącznie wykonawca. Nie może on korzystać z podwykonawstwa, w tym podwykonawstwa podmiotów udostępniających doświadczenie. Zastrzeganie części kluczowej może być więc dla wykonawców o mniejszym potencjale wymaganiem utrudniającym udział w postępowaniu z dwóch powodów. Po pierwsze muszą samodzielnie taką część wykonać, co wymaga potencjału (ludzkiego, sprzętu itp.) większego niż w przypadku możliwości posłużenia się podwykonawcami. Po wtóre – warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia (i dysponowania ludźmi) wykonawca musi spełnić samodzielnie. Nie może on korzystać z potencjału podmiotów trzecich, gdyż te, aby udostępnić potencjał, musiałyby być podwykonawcami, a podwykonawstwo w części kluczowej jest niedopuszczalne.

Zastrzeżenie osobistego wykonania części kluczowych zamówienia ogranicza możliwość korzystania z podwykonawców – stosowane z rozważą.

Zastrzeżenie obowiązku świadczenia osobistego powinno więc być czynione z zachowaniem zasady proporcjonalności, a art. 49 i 56 TFUE nie pozwalają, by **żądanie osobistego spełnienia świadczenia** stosowane było nadmiernie i ponad wykazaną przez zamawiającego konieczność (wyrok TSUE z 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-298/15.). Trybunał w tym wyroku wskazał, że zastrzeżenie części kluczowej, właśnie ze względu na ryzyko ograniczenia konkurencji może mieć miejsce tylko wówczas, gdy zamawiający wykaże, że korzystanie z podwykonawstwa przynosiłoby gorszy rezultat niż samodzielne wykonawstwo przez wybranego wykonawcę. Ciężar dowodu, że takie okoliczności mają miejsce, obciąża zamawiającego, a więc zastrzeżenie części kluczowej wymaga niezmiernie ostrożnych decyzji.

6. Ustalanie wartości zamówienia

a. Nadmierna agregacja

Prawidłowość ustalenia wartości zamówienia ma szczególne znaczenie dla prostoty postępowania, ważnej dla mniejszych wykonawców ubiegających się o zamówienie. Zamówienia o wartości niższej od określonej w dyrektywach UE (i przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp) są udzielane wg prostszych procedur. Jednocześnie ustawa Pzp nakazuje, by w przypadku zamówień udzielanych w częściach (art. 32 ust. 4), wartość zamówienia była ustalana łącznie dla wszystkich części, a podział zamówienia na odrębne zamówienia w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości jest zabroniony normą art. 5b pkt 2 ustawy Pzp.

Zakaz dzielenia zamówienia na części należy jednak odróżnić od domniemywanego czasami przez zamawiających obowiązku łączenia wartości odrębnych zamówień. Z treści przepisów ustawy Pzp nie wynika w żaden sposób obowiązek łączenia wartości zamówień, lecz jedynie zakaz ich dzielenia.

Jedynie więc w sytuacji ustalenia, że zamówienie stanowi całość (z uwzględnieniem przepisów prawa i orzecznictwa), należy przyjmować łączną wartość całości prac i obowiązek ich całościowego traktowania przy ocenie obowiązku stosowania ustawy Pzp.

Aby ustalić, czy zamawiający ma do czynienia z jednym, czy też wieloma zamówieniami, a więc czy zachodzi konieczność łącznego ustalania wartości, czy też nie, należy uwzględnić, czy:

- zamówienia to dostawy, usługi, roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu (tzw. tożsamość przedmiotowa),
- możliwe jest udzielenie zamówienia w tym samym czasie (tzw. tożsamość czasowa),
- możliwe jest wykonanie zamówienia przez jednego wykonawcę (tzw. tożsamość podmiotowa).

Innymi słowy konieczne jest ustalenie, czy ten sam rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę przy założeniu prowadzenia przez wykonawcę typowej działalności. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia z przyczyn obiektywnych jest udzielany w innym czasie, ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy, to znaczy nie zostanie spełniona choćby jedna z ww. przesłanek.

Oczywiście przepisy ustawy Pzp nie zabraniają wprost łącznego ustalania wartości zamówienia, nawet gdy nie zachodzi któraś z 3 powyższych okoliczności, jednakże należy mieć na uwadze brzmienie art. 5b pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie można w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy łączyć zamówień, które odrębnie udzielane wymagają zastosowania różnych przepisów ustawy. Zamawiający z nadmiernej ostrożności (obawy zarzutu podziału zamówienia w celu uniknięcia stosowania ustawy Pzp), czasami takie zamówienia traktują łącznie, a to utrudnia dostęp do zamówień przedsiębiorstw z sektora MSP, gdyż powoduje stosowanie trudniejszych procedur.

Taka nadmierna ostrożność zamawiającego, mimo (jak wspomniano) wprost wyrażonego zakazu łącznego traktowania zamówień odrębnych, może prowadzić do naruszenia zasady niedyskryminacji oraz zasady proporcjonalności. Zamawiający zbędnie łącząc ze sobą zamówienia, w konsekwencji wymaga bowiem od wykonawców spełnienia trudniejszych wymagań formalnych i tworzy barierę dostępu do rynku zamówień, która nie jest wymagana prawem. Nie jest też wymagana ochroną interesu publicznego, a wręcz przeciwnie – poprzez zmniejszenie konkurencji może w ten interes godzić. Próba nadmiernej ochrony interesów własnych zamawiającego (osób prowadzących postępowanie) może więc prowadzić do niepożądanych skutków i uszczerbku zarówno w interesie publicznym, jak i godzić w uzasadnione prawa wykonawców do swobodnego dostępu do rynku zamówień.

Zakaz dzielenia zamówień nie oznacza zasady łączenia (sumowania) zamówień.

Tożsamość podmiotowa, czasowa i przedmiotowa wyznacznikiem zamówienia.

b. Stosowanie art. 6a

Zgodnie z art. 6a ustawy Pzp, w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia. Zamówienia udzielane na podstawie art. 6a ustawy Pzp są częścią zamówienia większego, tj. takiego,

co do którego występuje tożsamość czasowa, przedmiotowa i podmiotowa, taka jak opisywana wyżej w lit a). Nie jest jednak wymagane, by zamawiający, chcąc skorzystać z przepisu art. 6a, musiał to wcześniej w jakikolwiek sposób sygnalizować. Nie musi też z zastosowania tego przepisu tłumaczyć się jakimikolwiek przyczynami. Jest to bezwarunkowe prawo każdego zamawiającego wynikające wprost z ustawy Pzp, a jego wpływ na sektor małych przedsiębiorstw jest niezmiernie ważny. Zamawiający, chcąc udzielić zamówienia w dopuszczalnym procentowo i kwotowo wymiarze, nie musi bowiem stosować reguł właściwych dla całości zamówienia, lecz takie, które stosowałby, gdyby nabywał tylko wielkość odpowiadającą wielkości części. Te reguły są prostsze, łatwiej je zachować małym przedsiębiorcom. Taki sposób stosowania art. 6a ustawy Pzp oznacza także, że jeśli wartość wydzielanej (mniejszej niż 20% części) jest niższa od 30 000 euro, wówczas do jej nabycia zamawiający nie stosuje przepisów o zamówieniach publicznych. W stosunkowo sporych zamówieniach można więc wyodrębnić taką część, która bez konieczności zachowania reguł przetargowych zostanie skierowana do mniejszych (np. lokalnych) wykonawców, bez ryzyka naruszenia ustawy i reguł traktatowych.

Zasady szacowania zamówień z art. 6a umożliwiają skierowanie mniejszych zamówień do mikroprzedsiębiorców.

7. Przesłanki wykluczenia

a. Stosowanie przesłanek fakultatywnych

Jeżeli zamawiający decyduje się na zastosowanie którejkolwiek przesłanki fakultatywnej, powinien mieć świadomość celu, który przez to chce osiągnąć. Każdorazowo zamawiający powinien ocenić, czy brak oceny wykonawcy pod kątem przesłanek faktycznych zagrozi prawidłowemu wykonaniu zamówienia, zakłóci konkurencję, czy też spowoduje inne trudno do zaakceptowania konsekwencje. Jeśli ocena będzie negatywna, zamawiający powinien zrezygnować z zastosowania przesłanki fakultatywnej.

Powyższe nie jest równoznaczne z przesądzeniem o całkowitej rezygnacji z żądania, by wykonawców nie dotyczyły fakultatywne podstawy wykluczenia. Nie wymaga bowiem głębszego uzasadnienia, np. sytuacja, w której zamawiający prowadzi przetarg na wdrożenie czystych technologii służących ochronie środowiska i nie chce, by uczestniczyli w nim wykonawcy, którymi kierują osoby karane za wykroczenia przeciwko środowisku. Nawet gdyby wpływ takiej kary na samą prawidłowość realizacji zamówienia był odległy, to wizerunkowo wdrażanie czystych technologii przez władze publiczne siłami podmiotów, których władze za wykroczenia przeciw środowisku były karane, byłoby niepożądane. To tylko przykład sytuacji, w której przyczyna formułowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia jest słuszna, choć nie wynika bezpośrednio z przedmiotu zamówienia, lecz ważnych okoliczności i celów, dla jakich umowa będzie realizowana.

Fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania stosowane tylko świadomie dla osiągnięcia jakiegoś celu, który stawia sobie zamawiający.

8. Warunki udziału w postępowaniu

a. Czy stawiać warunki?

Zgodnie z brzmieniem art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, bez konieczności spełnienia jakichkolwiek przesłanek ustawowych, może podjąć decyzję o rezygnacji z formułowania określonego warunku udziału w postępowaniu. Przepis brzmi bowiem w sposób następujący:

Art. 22. 1. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu;
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

O ile warunki udziału w postępowaniu nie zostały określone przez zamawiającego, to wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie musi ich spełniać. Jest przy tym decyzją zamawiającego, czy odstąpi od formułowania wszystkich, czy też niektórych wybranych warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca nie musi składać dokumentów ani oświadczeń dotyczących spełnienia warunku gdy go nie postawiono. Żądanie takich oświadczeń bez sformułowania warunku, byłoby zabronione ze względu na treść art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, który dozwala na żądanie jedynie niezbędnych oświadczeń i dokumentów. Dokumenty żądane w postępowaniu, w którym nie postawiono warunku potwierdzanego tymi dokumentami byłyby zbędne.

Odstąpienie od żądania spełnienia warunków może przybrać zarówno postać wyraźnego wskazania, że zamawiający takiego warunku nie formułuje, jak i może być wnioskowane z milczenia w ogłoszeniu i SIWZ na temat żądania zamawiającego. Brak wzmianki (w ogłoszeniu i SIWZ) o wymaganiu spełnienia określonego warunku oznacza, że zamawiający takiego warunku nie postawił.

Rezygnacja z formułowania warunków jest zawsze rozszerzeniem konkurencji. Nie będzie więc w żadnych okolicznościach stanowiła naruszenia przepisów ustawy.

Warte podkreślenia dodatkowo jest to, że wyłącznie sformułowanie przez zamawiającego konkretnego warunku udziału w postępowaniu może uzasadniać żądanie przez zamawiającego od wykonawcy przedłożenia określonego środka dowodowego – oświadczenia lub dokumentu, który ma go potwierdzić.

Odstąpienie od formułowania warunków udziału w postępowaniu jest legalne!

b. Kilka odrębnych warunków doświadczenia zamiast jednego warunku agregującego wszystkie oczekiwania zamawiającego

Zamawiający, formułując warunki udziału w postępowaniu – w szczególności warunków zdolności zawodowej w zakresie odnoszącym się do posiadania odpowiedniego doświadczenia, częstokroć w jednym warunku ujmują obowiązek wykazania się wieloma aspektami doświadczenia. Oznacza to, że dla spełnienia tego nierozłącznego warunku wykonawca musi wykazać, iż w ramach jednej zrealizowanej umowy nabył doświadczenia w kilku zakresach. MSP zazwyczaj realizują mniejsze i nie aż tak kompleksowe umowy. Posiadają więc często rzeczowo takie samo doświadczenie, jednakże nabyte w ramach odrębnej dla każdego zakresu umowy. Zasada proporcjonalności przesądza, że takie żądanie, by całość doświadczenia wykonawca nabył w ramach jednej umowy lub też w ramach jednego przedsięwzięcia nawet realizowanego na podstawie kilku umów jest nadmierne i z punktu widzenia ochrony interesów MSP nie powinno mieć miejsca, gdyż utrudnia przedsiębiorcom z sektora MSP dostęp do rynku. Istotą badania zdolności zawodowej jest badanie zakresu posiadanego doświadczenia, a nie jego łączne lub rozłączne nabycie (w ramach jednej czy też wielu umów lub na rzecz jednego czy też wielu podmiotów). Zamiast jednego skomplikowanego warunku zamawiający powinien więc raczej określić kilka warunków, z których każdy odnosiłby się pojedynczo do skonkretyzowanego zakresu doświadczenia.

Warunek doświadczenia sprzyjający MSP nie powinien kumulować zakresów doświadczenia wymaganego od przedsiębiorcy.

c. Zasady spełniania warunków przez konsorcja

Prawo zamówień publicznych nie przewiduje uprawnienia zamawiającego do ograniczenia możliwości uczestnictwa w postępowaniu przez tzw. konsorcjum, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Nie przewidują też prawa do ograniczania liczebności konsorcjum. Konsorcjum jest więc jedną z form łączenia potencjałów wykonawców mniejszych, którzy samodzielnie nie są w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu lub ponosić ryzyka realizacji zamówienia i w celu uzyskania i wykonania zamówienia umawiają się o wspólny udział w postępowaniu.

Małe, średnie przedsiębiorstwa niezmiernie rzadko posiadają na rynku pozycję umożliwiającą wspólnie z innym przedsiębiorcą osiągnąć pozycję dominującą, a więc konsorcja tworzą co do zasady zgodnie z przeznaczeniem przepisu, tj. zwiększenia swojej szansy na uzyskanie zamówienia.

Wskutek nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r. swoboda w kształtowaniu konsorcjum może być jednak czasami ograniczona przez zamawiającego. Nowo dodany do ustawy przepis art. 23 ust. 5 (Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020)) dozwala bowiem, by zamawiający określił szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.

Oznacza to, że swoboda łączenia potencjałów poszczególnych członków konsorcjum może zostać ograniczona. Zamawiający nie ma jednak całkowitej swobody w tym zakresie. Jego celem przy korzystaniu z przepisu art. 23 ust. 5 ustawy Pzp powinno być uzyskanie od konsorcjum takiego samego efektu, jak gdyby zamówienie uzyskał wykonawca spełniający samodzielnie wszystkie określone w SIWZ warunki.

Przykładowo można wskazać, w przypadkach gdy przedmiot zamówienia uzasadnia konieczność wykazania się przez wykonawców określonym doświadczeniem (np. powtarzalnością należytej realizacji umowy), możliwość sformułowania warunku narzucającego wykonawcom występującym wspólnie taki sam warunek jak w przypadku pojedynczego wykonawcy, tj., że jeden z wykonawców występujących wspólnie będzie musiał wykazać się całością lub wskazaną przez zamawiającego (nie podlegającą sumowaniu) częścią doświadczenia. Aby nie naruszać zasady proporcjonalności, takie żądanie zamawiającego może dotyczyć tylko zamówień, przy których nie jest możliwe rozłączne wykonanie ich składników, zgodnie z posiadanym doświadczeniem, a więc zamówień, których przedmiot jest niepodzielny lub co najmniej trudny do podzielenia w toku wykonawstwa. Podobnie zasadne będzie żądanie, by parametry ekonomiczne (np. płynność finansową) posiadał ten podmiot, który jednocześnie posiada wymagane przychody. Istnieje jednak szereg wymagań, które z takim samym skutkiem i dając taką samą rękojmię prawidłowości wykonania zamówienia, mogą być spełnione zarówno przez jeden podmiot, jak i kilka podmiotów łącznie. Nie sposób np. znaleźć uzasadnienie, by całość środków finansowych wymaganych od wykonawców posiadał jeden członek konsorcjum. Istotne jest bowiem jaką sumą środków dysponuje wykonawca, a nie na czyim rachunku są one zgromadzone. Nie ma też znaczenia, czy potencjał techniczny (narzędzia, urządzenia) jest w dyspozycji jednego

czy też grupy podmiotów. Co do zasady także bez znaczenia, jest czy osoby, które są kierowane do wykonania zamówienia, są zatrudniane przez jeden czy kilka odrębnych podmiotów. Jednakże w tym przypadku bardziej istotne mogą być szczególne uwarunkowania w konkretnej sprawie. Na przykład konieczność wykazania się zespołem osób, który ma za sobą udaną współpracę (gdy jest to ważne dla powodzenia realizacji zamówienia) co do zasady preferuje zespoły skupione wokół pojedynczego wykonawcy.

Jak widać z powyższych przykładów prawo, by zamawiający określał, jak konsorcjum winno spełniać warunki udziału w postępowaniu odbierając prawo decyzji konsorcjantom, powinno być traktowane jako uprawnienie, z którego zamawiający winien korzystać z rozważą. Nadużycie tego uprawnienia i skorzystanie z niego mimo braku uzasadnienia, będzie stanowiło istotne ograniczenie konkurencji, tj. naruszenie zasady, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, godząc w szczególności w mniejsze podmioty skłonne do uzyskania zamówienia.

Szczególny sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcja nie może wprowadzać dodatkowych dyskryminacyjnych warunków dla konsorcjów.

d. Objaśnienie zasad korzystania z potencjału podmiotów trzecich

Tworzenie konsorcjów jest formą wspólnego dążenia do uzyskania zamówienia, która najlepiej sprawdza się, gdy konsorcjanci dysponują zbliżonymi podmiotami i spodziewają się zbliżonych korzyści z wykonywania zamówienia. Wiąże się bowiem z solidarną odpowiedzialnością za całość zamówienia (solidarna odpowiedzialność to nieograniczona odpowiedzialność każdego konsorcjanta za całość zobowiązań). Jeśli więc potencjały konsorcjantów są zróżnicowane, a dodatkowo jeden z nich spodziewa się wykonać znacząco większą część świadczenia niż inni – solidarna odpowiedzialność może skutecznie zniechęcać partnerów do tworzenia konsorcjum. Ustawodawca przewidział więc inną formę współpracy przedsiębiorców przy ubieganiu się i realizacji zamówienia. Jest to prawo do posługiwania się jednym wykonawcy potencjałem tzw. podmiotów trzecich. Zasada ta, wynikająca z art. 22a ustawy Pzp, sprowadza się do tego, że stroną umowy z zamawiającym jest jeden podmiot. On też ponosi w całości odpowiedzialność wobec zamawiającego. Może natomiast skorzystać z kompetencji (finansowych, ekonomicznych, potencjału technicznego, dostępnych osób, doświadczenia) innych podmiotów. Musi jednak udowodnić zamawiającemu,

że te kompetencje (tzw. potencjał) będzie miał do dyspozycji w trakcie realizacji zamówienia. Najtrudniej zwykle wykazać, że wykonawca, który nie ma własnego doświadczenia lub osób, które je posiadają, będzie mógł realnie wykorzystywać doświadczenie takiego udostępniającego je podmiotu. Ustawodawca nakazał więc, by w celu realności korzystania z potencjału wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy konieczne było, aby podmioty udostępniające potencjał zostały podwykonawcami i zrealizowały roboty budowlane lub usługi, do których realizacji zdolności te są wymagane. Ta regulacja zapewnia mniejszym podmiotom, które nie chcą lub nie są w stanie zrealizować całości zamówienia, faktyczny udział w wykonywaniu umowy o zamówienie (jako podwykonawca). Ich posiadane zasoby ludzkie lub doświadczenie dają więc wymierne korzyści polegające na udziale w rynku zamówień, jednocześnie bez ponoszenia wspólnie z wykonawcą solidarnej odpowiedzialności za całość zamówienia.

Obowiązek podwykonawstwa może przesądzać o braku możliwości powołania się na potencjał wielu podmiotów jednocześnie. Każdy z nich musiałby bowiem wykonać jako podwykonawca część zamówienia, dla której udostępnia potencjał, a jeśli to będzie ta sama część – jej pełne podwykonawstwo realizowane przez kilka podmiotów jest trudno wykonalne. Ważne jest więc, aby formułowane warunki udziału w postępowaniu były raczej zbiorem odrębnych warunków niż jednym wieloaspektowym warunkiem. Wówczas bowiem każdy podmiotu udostępnia potencjał w określonym specjalistycznym zakresie, co daje możliwość faktycznej kumulacji doświadczenia różnych podmiotów (por. lit. b).

Podmiot trzeci, udostępniający swój potencjał wykonawcy, nie odpowiada solidarnie z wykonawcą za prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

9. Dokumenty i oświadczenia

a. Żądanie oświadczeń

Przepisy ustawy Pzp (w szczególności art. 26 ust. 2), stosowane w zamówieniach o wartościach niższych niż wynikające z dyrektyw UE, nie zobowiązują zamawiającego do żądania od wykonawców (w tym wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej) jakichkolwiek oświadczeń, czyli dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia. W takich zamówieniach wystarczające jest złożenie przez wykonawcę wraz z ofertą oświadczenia potwierdzającego jego podmiotową kwalifikację do realizacji zamówienia (tzw. wstępne oświadczenie). Ustawodawca dąży w ten sposób do odformalizowania procesu udzielania najmniejszych zamówień, by ułatwić udział w tych procedurach mniejszym wykonawcom. Stosowanie przepisu zgodnie z intencją ustawodawcy powinno opierać się raczej na rezygnacji z żądania dokumentów i porzestaniu na oświadczeniach, a jedynie w sytuacjach, gdy ze względu na znane zamawiającemu w chwili wszczęcia postępowania okoliczności same oświadczenia mogą nie zapewnić prawidłowego wyboru – żądać składowania dokumentów.

Szczególnie istotne jest również, że w przypadku warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać od wykonawcy oświadczeń lub dokumentów tylko wówczas, gdy konkretny warunek udziału w danym przypadku postawi ze względu na treść art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, który dozwala na żądanie jedynie niezbędnych oświadczeń i dokumentów. Dokumenty żądane w postępowaniu, w którym nie postawiono warunków, byłoby zbędne.

Warta rozważenia jest rezygnacja z żądania dokumentów formalnych potwierdzających niekaralność i brak zaległości w daninach publicznoprawnych. Praktyka rynku zamówień publicznych wskazuje, że o zamówienia niezmiernie rzadko ubiegają się wykonawcy, którzy nie spełnialiby tych wymagań, a więc potwierdzanie tego dokumentami jest rygoryzmem niezasadnym.

Zamawiający powinni także rozważyć rezygnację z żądania wykazu osób, narzędzi, doświadczeń, uzależniając tę decyzję od konkretnych okoliczności. Są nimi łatwość w dostępie do takich zasobów oraz ryzyko wadliwego wykonania zamówienia przy braku takich zasobów.

Żądanie wykazania się osobami o określonych kwalifikacjach nie jest konieczne, gdy kwalifikacje te są powszechnie dostępne na rynku i nie zachodzi

obawa, że profesjonalny wykonawca nie będzie miał do nich dostępu. Dostępność narzędzi poprzez wynajem, leasing i inne formy pozwalające na ich czasowe posiadanie jest w praktyce wystarczająca, by bez nadmiernego ryzyka przyjąć, że wykonawca, który uzyska zamówienie, będzie dysponował określonym zapleczem.

W przypadku warunku udziału w postępowaniu dotyczącym doświadczenia utrudnieniem jest w praktyce nie tyle żądanie posiadania doświadczenia, co jego nadmierność (por. wyżej 8b.) oraz formalny wymóg złożenia referencji. Warto przypomnieć, że zamawiający nawet w zamówieniach o wartości powyżej progu UE nie musi żądać wykazu robót czy usług, ale także referencji i dozwala na to § 2 ust. 7 rozporządzenia „W sprawie dokumentów...”. Odstąpienie od tego żądania nie wyłącza weryfikacji oświadczeń o posiadanym doświadczeniu. Po pierwsze, sama treść oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu może zobowiązywać do podania skonkretyzowanych informacji o posiadanym doświadczeniu (np. odbiorcy i danych kontaktowych), a po wtóre zamawiający może zwrócić się do podmiotów, na których rzecz wykonawca wykonywał dotychczasowe świadczenia, o potwierdzenie prawidłowości wykonania. Uzyskanie informacji o nieprawidłowej realizacji może być podstawą do wykluczenia z postępowania (ze względu na niespełnienie warunku, a w przypadku działania celowego, także ze względu na nieprawdziwość informacji dotyczącej spełniania warunku), jednakże nie obciąża ona obowiązkami formalizującymi postępowania, wykonawcy.

Udostępnienie potencjału dotyczącego kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przy usługach i robotach budowlanych wiąże się z koniecznością podwykonawstwa.

W zamówieniach o wartości poniżej progów UE wystarczające jest żądanie od wykonawców oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia.

b. Żądanie dokumentów od dowolnego wykonawcy – stosowanie art. 26 ust. 2f.

W uzasadnionych przypadkach zamawiający mogą rozważyć skorzystanie z przepisu art. 26 ust. 2f ustawy Pzp i wezwać do przedłożenia dokumentów, także innych wykonawców niż ten, którego oferta została najwyżej oceniona. Przepis ten zezwala bowiem, by na dowolnym etapie postępowania

o dowolny dokument mógł być wezwany dowolny wykonawca. Jest to przepis o charakterze wyjątku, a jego nadużywanie niweczyłoby cel ustawodawcy, jakim było odstąpienie od szerokiego żądania dokumentów na rzecz zastąpienia ich oświadczeniami. Za szczególnie niezgodne z celem przepisu należy więc uznać próby uczynienia z art. 26 ust. 2f zasady i żądanie wszystkich wskazywanych w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ dokumentów od wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Zasadne jest wykorzystywanie tego przepisu, gdy w toku postępowania ujawnią się okoliczności wskazujące, np. na nieprawdziwość informacji w oświadczeniach albo na zmianę sytuacji od czasu złożenia oświadczeń i ich dezaktualizację. W szczególnych okolicznościach (np. niezawinionego pośpiechu) za uzasadnione, a więc dozwolone przepisem art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, można będzie uznać także wezwanie łączne wykonawców, którzy złożyli dwie – trzy kolejno najwyżej ocenione oferty, o ile wezwanie tylko jednego z wykonawców grozi ryzykiem przewlekłości postępowania prowadzącym do unicestwienia jego celu.

Przepis art. 26 ust. 2f ustawy Pzp winien być jednak przede wszystkim podstawą badania, czy oświadczenia wykonawców kwalifikowanych do drugiego etapu w trybach dwustopniowych są rzetelne i prawdziwe. Badanie ich dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej może w skrajnym przypadku doprowadzić nawet do sytuacji, w której okaże się, że wszyscy zaproszeni do składania ofert nie spełnili warunków, a to musiałoby skutkować unieważnieniem postępowania.

Żądanie złożenia dokumentów podmiotowych od wszystkich wykonawców jest wyjątkiem od zasady i jako takie powinno być stosowane w wyjątkowych sytuacjach.

Żądanie złożenia dokumentów podmiotowych na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp dotyczy przede wszystkim trybów wieloetapowych.

10. SIWZ

a. Sposób wyjaśniania treści SIWZ

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień, jeśli wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął w pierwszej połowie wyznaczonego terminu składania ofert. W żadnym razie nie oznacza to jednak zakazu udzielania wyjaśnień, gdy wniosek o wyjaśnienie treści wpłynął później. Decydując się na ich udzielenie, zamawiający pozostaje w zgodzie z zasadą jawności i przejrzystości, a także zwiększa szansę na uzyskanie świadczenia, które najlepiej spełnia jego oczekiwania, wskutek pełnego poinformowania wszystkich wykonawców o rozumieniu SIWZ. Udzielając odpowiedzi na pytania, które wpłynęły w drugiej połowie wyznaczonego terminu składania ofert, zamawiający powinien pamiętać także o zasadzie równego traktowania wykonawców. Ryzyko jej naruszenia powstawałoby, gdyby zamawiający wybiórczo traktował zadane w tym czasie pytania i uznaniowo decydował, które z nich zasługują na udzielenie odpowiedzi, a które nie. Wykonawcy wnioskujący o wyjaśnienie treści SIWZ znajdują się w takiej samej sytuacji, tj. każdy z nich pragnie uzyskać informacje, które w jego przekonaniu będą przydatne przy składaniu ofert. Zamawiający nie jest uprawniony do ich wartościowania i różnego traktowania. Brak tego uprawnienia zachodzi także wówczas, gdy wg oceny zamawiającego udzielone wyjaśnienie nie wpłynie w żaden sposób na prawidłowość wykonania zamówienia. Ocena tego wpływu nie należy bowiem do zamawiającego. Zasada proporcjonalności w tej sytuacji przejawia się na zważeniu, czy istotniejszy jest w takiej sytuacji prywatny, jednostkowy interes wykonawcy przejawiający się w dążeniu do uzyskania informacji, czy też interes publiczny, który konkretyzuje się w sprawności prowadzenia postępowania. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego nie jest dozwolona taka wykładnia prawa, która wskazywałaby na trwałą przewagę interesu publicznego nad prywatnym. Ochrona wartości konstytucyjnej, jaką jest respektowanie zasad wolności gospodarczej i zasady Traktatu jaką jest ochrona konkurencji, prowadzi do wniosku, że interes publiczny jakim jest sprawność procedur nie może godzić w interes wykonawców oczekujących prawidłowej informacji o treści SIWZ.

Podczas udzielania wyjaśnień dotyczących treści SIWZ równie istotny jak sam fakt odpowiedzi jest sposób jej udzielenia. Nieprawidłową praktyką jest udzielanie odpowiedzi, które można byłoby skwitować skrótem „Tak jak w SIWZ”. Taka odpowiedź tylko formalnie stanowi odpowiedź na wniosek o wyjaśnienie, gdyż w rzeczywistości nic nie wyjaśnia. Nie stanowi więc

wykonania obowiązku zamawiającego wynikającego z art. 38 ust. 2 ustawy Pzp i jest sprzeczna z zasadą przejrzystości, która powinna prowadzić do takiego zapoznania wykonawców z treścią dokumentacji postępowania, by nie budziła ona ich wątpliwości, co podkreślił TSUE w orzeczeniu C-42/13 wskazując, że „obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób”.

W celu ułatwienia MŚP ubiegania się o zamówienie zamawiający w przypadku istnienia uzasadnionych wątpliwości co do rozumienia postanowień SIWZ powinien udzielić odpowiedzi także na pytania, które wpłynęły po upływie ustawowego terminu na ich zgłoszenie.

Wyjaśnienia treści SIWZ nie mogą sprowadzać się do stwierdzenia „Tak jak w SIWZ”.

b. Czas od wyjaśnień do składania ofert

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, a zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert (a w zamówieniach podprogowych na 2 dni przed upływem terminu składania ofert). Zamawiający najczęściej pomijają w treści przepisu słowo „niezwłocznie”, uznając, że wystarczające jest udzielenie odpowiedzi na 6 (2) dni przed terminem składania ofert. Obowiązek niezwłoczności jest tymczasem niezmiernie istotny. Ma zapewniać wykonawcom odpowiedni czas na zapoznanie się z wyjaśnieniami i uwzględnienie ich w przygotowywanych ofertach. Zamawiający nie powinien więc zwlekać z udzielaniem odpowiedzi i udzielać wszystkich (lub znaczącej części z nich) jednocześnie, respektując jedynie minimalne ustawowe terminy. W postępowaniach, w których konieczne jest udzielanie wielu wyjaśnień wobec treści SIWZ, zasadne jest, by do złożenia ofert pozostawiano wykonawcom więcej czasu niż wskazane terminy minimalne, a czas ten powinien być ustalany wskutek rozsądnej oceny długości czasu, jaki rzeczywiście jest potrzebny dla złożenia prawidłowej, przemyślanej oferty.

Zamawiający powinien więc terminy 6-, 2-dniowe traktować jako terminy minimalne, co nie zawsze oznacza wystarczające. Należy więc zwracać uwagę na ich zachowanie także wówczas, gdy zamawiający z własnej woli (nie wskutek wniosków o wyjaśnienie SIWZ) modyfikuje treść specyfikacji. Art. 38 ust. 6 ustawy Pzp nie wskazuje co prawda, że w takim przypadku zachowanie 6-, 2-dniowego terminu jest ustawowo wymagane, jeśli jednak w wyniku zmiany SIWZ niezbędny będzie dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuży termin składania ofert. Czas ten ma być czasem realnie wystarczającym. Wydaje się więc, że skoro wskutek zmian lub wyjaśnień będących odpowiedzią na wnioski wykonawców, konieczny jest co najmniej 6-, 2-dniowy okres przedłużenia, to zasada proporcjonalności powinna skłaniać do respektowania takich terminów także w przypadku zmian SIWZ dokonywanych z woli zamawiającego.

Zamawiający, udzielając odpowiedzi na zapytania do SIWZ, jak również modyfikując z własnej inicjatywy jej postanowienia, powinien pozostawić wykonawcom wystarczający czas na przygotowanie właściwej oferty.

11. Termin składania ofert

Prawo zamówień publicznych przewiduje minimalne terminy składania ofert. W podstawowym trybie przetargu nieograniczonego termin ten wynosi 7 dni w przypadku zamówień o wartościach poniżej progów UE (o wartości równej i przekraczającej progi UE) nieobjętych stosowaniem dyrektyw UE oraz 40 dni w przypadku zamówień dużych. Ustawowe terminy mogą jednak (i w wielu przypadkach powinny) być wydłużane przez zamawiającego. Normą o charakterze *ius cogens* jest bowiem ustalanie terminu składania ofert „z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty”. Termin nie może być więc krótszy niż 7 (40) dni, ale jednocześnie nie może być krótszy niż potrzebny realnie czas na przygotowanie i złożenie oferty. Czas ten powinien dawać wykonawcy szansę oceny pracochłonności, weryfikacji własnych możliwości wykonawczych, wyceny własnego świadczenia, uzyskania informacji od podwykonawców o oferowanych przez nich rozwiązaniach i ich kosztach, zaplanowania harmonogramu prac, wyszukania i uzgodnienia warunków współpracy z osobami, które będą zaangażowane w realizację zamówienia, a także faktyczne przygotowanie dokumentów wymaganych przez zamawiającego i składanych wraz z ofertą. Konkretny termin składania ofert musi być więc ustalany starannie w każdym przypadku, po analizie, czy przedmiot zamówienia i zakres jego skomplikowania wymaga przedłużenia minimalnego terminu ustawowego. Z istoty terminów minimalnych wynika, że są one wystarczające dla zamówień najprostszych, gdyż ustanawiając je ustawodawca przesądza, że nigdy termin krótszy nie wystarczy na przygotowanie i złożenie oferty. I jedynie w tych całkowicie prostych, standardowych zamówieniach analiza konieczności wydłużenia terminu nie jest konieczna.

Dobłą praktyką jest także wydłużanie terminu składania ofert nawet wówczas, gdy nie jest to niezbędne. Dłuższy niż minimalny termin zapewnia szersze zainteresowanie zamówieniem, zgłoszenie wykonawców, którzy stosunkowo późno zapoznali się z dokumentacją postępowania. Jest to szczególnie ważne dla wykonawców z sektora MSP, którzy nie posiadają wyspecjalizowanych służb zajmujących się śledzeniem ogłoszeń o zamówieniu i częstokroć rezygnują z udziału w przetargu ze względu na zbyt krótki czas, który pozostał do złożenia oferty.

Terminy składania ofert określone w ustawie Pzp są terminami minimalnymi. Z punktu widzenia uzyskania lepiej przygotowanych ofert zamawiający powinien każdorazowo rozważyć wyznaczenie dłuższych terminów.

12. Oferty częściowe

Decyzja zamawiającego o możliwości złożenia ofert częściowych jest dla wykonawców z sektora MSP jedną z najistotniejszych decyzji warunkujących nierzadko ich udział w postępowaniu. Duży zakres rzeczowy i duża wartość, a tym samym duża odpowiedzialność za wykonanie zamówienia potrafią stanowić skuteczną przeszkodę ubiegania się o zamówienie. Podział zamówienia na części jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Jednakże w przypadku gdy przedmiot zamówienia jest podzielny i udzielenie go w drodze odrębnych umów większej liczbie wykonawców jest możliwe, zamawiający, który nie dopuszcza złożenia ofert częściowych, musi wytłumaczyć swoją decyzję w protokole postępowania o udzielenie zamówienia. Uzasadnienie braku zgody na składanie ofert częściowych nie może przy tym opierać się o założenie, że wykonanie całości zamówienia przez jednego wykonawcę będzie jednostkowo tańsze. Taka sytuacja bowiem będzie miała miejsce prawie zawsze i obowiązek uzasadnienia byłby zbyt liczny. Oznacza to, że ustawodawca nakazując wyjaśnienie, czemu nie dopuszczono ofert częściowych, uznał, że korzyść ekonomiczna zamawiającego nie może przesądzać o odstąpieniu od zwiększania szans mniejszych przedsiębiorców w przetargu. Uzasadnienie takie może natomiast opierać się np. na konieczności nabycia rozwiązań tożsamyh (zgodnych technicznie), ze względu na łatwość w późniejszej obsłudze. Warto natomiast pamiętać, że dopuszczalność ofert częściowych to częstokroć także korzyść dla zamawiającego. Wiąże się ona bowiem z dywersyfikacją świadczeń, a tym samym obniża ryzyko braku realizacji całości zamówienia, np. w przypadku kłopotów finansowych lub wręcz upadłości wykonawcy. O ile sytuacja ta wystąpi przy zawarciu umów z więcej niż jednym wykonawcą, z każdym na część zamówienia – upadłość lub problemy jednego z nich nie wpływają na realizację zamówienia w drugiej z części. Obopólne korzyści z dopuszczenia ofert częściowych powinny więc skłaniać do szerokiego korzystania z tej możliwości prawnej.

Wspomniane wyżej ryzyko upadłości lub trudności w wykonywaniu zamówienia przez pojedynczego wykonawcę mogą być także podstawą dalszej decyzji zamawiającego. Art. 36aa ust. 4 ustawy Pzp dozwala, by zamawiający z góry wskazał w SIWZ liczbę części, w których wykonawca może uzyskać zamówienie. Możliwa jest więc sytuacja, w której ten sam wykonawca złoży najlepsze oferty w wielu lub nawet we wszystkich częściach, a zamawiający zawrze z nim umowę w mniejszej liczbie części, w pozostałych udzielając go kolejnym (sklasyfikowanym na drugiej pozycji w danej części) wykonawcom, właśnie ze względu na dążenie do dywersyfikacji świadczeń.

W przypadku takiego zastrzeżenia zamawiający powinien określić w SIWZ obiektywne kryteria lub zasady, które zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie, gdy ocena ofert wskaże wykonawcę, że uzyskiwałby zamówienie na większą liczbę części niż wynosi maksymalna liczba, na którą zamówienie może uzyskać.

Jedną z metod ustalania tych zasad jest przyjęcie, że wykonawca, który uzyskałby zamówienie w większej niż maksymalna liczba części, zostanie pozbawiony prawa zawarcia umowy w tych spośród części, w których wybór następniej w kolejności oferty wiązałby się z najmniejszym zwiększeniem wydatku po stronie zamawiającego.

Ustalone zasady nie powinny jednak prowadzić do zniechęcenia wykonawców do składania ofert na wiele części. Prowadziłyby one wówczas do zniweczenia konkurencji, przez co mogłyby być również traktowane jako sprzeczne z podstawowymi zasadami ustawy. Ustalone zasady wyboru oferty z ograniczeniem w SIWZ liczby części w przypadku części o zróżnicowanej wartości nie powinny więc np. prowadzić do uzyskania przez wykonawcę zamówienia na mniejszą (mniej atrakcyjną dla wykonawcy) część i pozbawić go możliwości zawarcia umowy na część większą.

Zamawiający każdorazowo powinien rozważyć możliwość podziału zamówienia na części, a w przypadku rezygnacji z tego podziału uzasadnić powyższe w protokole z postępowania.

13. Wadium

a. Zasadność żądania

Żądanie wadium w zamówieniach o wartości niższej niż progi UE (wartość określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp) jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Wadium zgodnie z jego istotą powinno uniemożliwiać odstąpienie od obowiązku zawarcia umowy przez wykonawcę. Jednakże w konkurencyjnej gospodarce odstąpienie od zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta jest najkorzystniejsza stanowi zachowanie marginalne. W zasadzie jedynie w przypadku zmowy przetargowej obawa odmowy zawarcia umowy przez wykonawcę wybranego może być istotna. W postępowaniach podprogowych, w tych segmentach rynku, w których zmowy przetargowe nie stanowią istotnego zagrożenia, zamawiający powinien rozważyć rezygnację z żądania wniesienia wadium. Wniesienie wadium w postępowaniach o niewielkiej wartości może być w praktyce trudniejsze niż w postępowaniach większych. Wadium w kwotach kilku – kilkunastu tysięcy złotych najczęściej bowiem jest wnoszone w gotówce i stanowi o faktycznym zablokowaniu środków, które przedsiębiorcy wykorzystują w prowadzeniu działalności, co powoduje decyzję, o rezygnacji z udziału w przetargach publicznych.

Decyzja zamawiającego o rezygnacji z żądania wadium poszerza konkurencję w postępowaniu. Zasadnym jest więc, by zamawiający żądali wadium jedynie w takich postępowaniach, w których ryzyko zachowań, którym wadium ma zapobiegać, jest znaczne.

Brak wadium w zamówieniach o wartości poniżej progów UE legalne.

Zamawiający w zamówieniach o wartości poniżej progów UE powinni rozważyć możliwość odstąpienia od żądania wadium.

b. Wysokość

Wysokość wadium jest dla mniejszych wykonawców barierą finansową w ubieganiu się o zamówienia, choć z punktu widzenia zamawiającego zabezpiecza jego słuszne interesy. Konieczne jest więc, by przy żądaniu wadium prawidłowo wyważyć wysokość żądanego wadium z uwzględnieniem możliwości finansowych MSP. Zasadne byłoby, aby w postępowaniach, w których

gros zainteresowanych wykonawców stanowią najmniejsze przedsiębiorstwa, nie stosować stawki wadium wyższej niż 1–1,5%. Warto też pamiętać, że nie stanowi wady wadium fakt, że zostało wpłacone na rachunek zamawiającego poprzez wpłatę gotówki, a nie dokonanie tej wpłaty przelewem z innego rachunku. Mimo iż literalna treść przepisu art. 45 ust. 7 ustawy Pzp wskazuje na drogę wniesienia wadium, jaką jest przelew, to jednak orzecznictwo (np. sąd okręgowy we Wrocławiu z dnia 29 września 2009 r., X Ga 260/08.) wskazuje, że cel wadium jest spełniony bez jakichkolwiek skutków negatywnych także wówczas, gdy wadium wpłacono na rachunek zamawiającego z pominięciem przelewu. Również wpłata wadium w formie gotówki wprost na rachunek zamawiającego nie powinna przesądzać o odrzuceniu oferty, gdy kwota wadium nie jest wyższa od tej, która w obrocie gospodarczym może być przedmiotem obrotu gotówkowego, tj. 15 000 zł. Byłby to przejaw niezrozumiałego formalizmu, którym czasami staje się stosowanie prawa wyłącznie na podstawie wykładni językowej. Przedsiębiorcy jednak powinni pamiętać, że w przypadku wadium przekraczającego wysokość 15 000 zł dochodzi przy jego wniesieniu w gotówce do naruszenia ustawowego sposobu płatności. W takiej sytuacji właściwe organy karnoskarbowe poza procedurą udzielenia zamówienia publicznego mogłyby dochodzić od przedsiębiorcy określonych praw.

Zamawiający, jeżeli decyduje się na żądanie wadium, powinien ustalić jego wysokość w taki sposób, aby nie utrudniać dostępu do zamówień dla MSP.

c. Opis wymagań przy składaniu oferty w konsorcjum

W orzecznictwie i piśmiennictwie pojawiają się czasami poglądy, iż wadę złożonej gwarancji wadialnej stanowi objęcie jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań jednego z konsorcjantów. Dominująca linia orzecznicza, potwierdzona również wyrokiem SN (IV CSK 86/17), a także prawidłowa wykładnia przepisu przesądza jednak, że w przypadku wykonawców, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp (konsorcjum), dopuszczalne jest wniesienie wadium zarówno przez jednego wykonawcę w pełnej wysokości, jak i wspólnie przez wszystkich uczestników konsorcjum. Jednakże milczenie zamawiającego w SIWZ co do sposobu wnoszenia wadium przez konsorcja pozostawia stan niepewności prawnej po stronie wykonawców. Zamawiający z mocy przepisu art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie tylko może, ale powinien określić wymagania dotyczące wadium. Przepis ten nie nakazuje przenoszenia do treści SIWZ przepisów ustawy Pzp dotyczących wadium (co często czynią zamawiający), lecz został przyjęty po to, by ustalić reguły

wnoszenia wadium niewynikające wprost z ustawy, zapewniając jednakowe rozumienie przez zamawiającego i wykonawców zakresu praw i obowiązków stron co do wadium. Zalecane jest więc przesądzanie przez zamawiającego w SIWZ, że wadium wnoszone przez konsorcjum wnosi dowolny z wykonawców, a wskazanie w treści gwarancji dowolnego z wykonawców jest wystarczające, by zabezpieczyć ofertę konsorcjum. O ile bowiem dowolny konsorcjant nie dopełni obowiązków skutkujących zaborem wadium, to podpisanie umowy staje się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie całego konsorcjum.

Określenie w SIWZ reguł, że wadium wniesione przez jednego członka konsorcjum jest prawidłowe.

14. Kryteria oceny ofert

Ustawodawca stara się zwracać uwagę zamawiających na znaczenie kryteriów pozacenowych. Dla ułatwienia uzyskiwania zamówień publicznych przez sektor MSP jest to istotny składnik oceny. Stosowanie jedyne go kryterium cenowego preferuje z istoty rzeczy podmioty większe, które mają łatwiejszy dostęp do tańszych źródeł zaopatrzenia, mają niższe koszty nabywania świadczeń wykorzystywanych w celu wykonania zamówienia, z racji skali działania, mają łatwiejszy dostęp do tańszych źródeł finansowania działalności. Mniejsi wykonawcy mogą natomiast konkurować skutecznie kompetencjami. W tym aspekcie najważniejszym kryterium dopuszczonym wskutek nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) jest kryterium kwalifikacji i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Dopuszczalność kryterium kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia ma miejsce tylko, jeżeli mogą mieć one znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Powyższe jednak znacząco nie ogranicza możliwości jego zastosowania. Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia praktycznie zawsze mają ważny wpływ na jakość wykonania zamówienia. Wyjątkiem są jedynie dostawy towarów oznaczonych co do gatunku, niewiążące się z ich spedycją, transportem, świadczeniem gwarancyjnym itp.

Określając kryterium pozacenowe (kwalifikacji osób), zamawiający powinien mieć na względzie, że podstawą powinna być przydatność tych kwalifikacji do jak najlepszego wykonania zamówienia. Nie będzie więc kryterium prawidłowym podwyższanie oceny wyłącznie za posługiwanie się osobami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, gdy przepisy prawa pracy takiej formy zatrudniania nie wymagają. Kwalifikacje osobiste nie zależą bowiem od tego jaka umowa łączy wykonawcę z zatrudnioną osobą, lecz przede wszystkim od wiedzy i doświadczenia takiej osoby.

Kryteria nie mogą wprost promować przedsiębiorców z sektora MSP. Nie są zatem zabronione kryteria, które preferują sposób wykonywania zamówienia, który łatwiej jest osiągnąć mniejszym przedsiębiorcom niż wielkim organizacjom. Na przykład przewagą małych przedsiębiorców jest posługiwanie się w lokalnych zamówieniach osobami zamieszkałymi w bezpośredniej bliskości miejsca realizacji zamówienia. Przewaga ta może się (w wymagających tego zamówieniach) konkretyzować w kryterium wskazującym

na czas reakcji wykonawcy i stawiennictwa na zgłoszenie kierowane przez zamawiającego (w celu awarii, obowiązku wyświadczenia usługi doradczej, nieplanowe sprzątnięcie pomieszczeń itp.). Miejscowi przedsiębiorcy mają w tym zakresie naturalną przewagę nad wykonawcami działającymi w skali globalnej.

Przewaga ta przejawia się także przy zastosowaniu kryterium nieuciążliwości dla otoczenia sposobu realizacji zamówienia. Preferowanie wykonywania usług sprzątnięcia lub robót remontowych po godzinach pracy w sprzątanym/remontowanym biurze lub wykonanie napraw drogi z pominięciem godzin szczytu jest łatwiejsze dla wykonawców, których siedziba (a tym samym lokalizacja bazy sprzętu i osób) jest nieodległa od miejsca wykonywania zamówienia, stanowi ich kolejną naturalną przewagę nad innymi podmiotami.

Kryterium kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia ma wpływ na jakość zamówienia i może ułatwiać jego realizację przez MSP.

15. Wynagrodzenie – ryczałt czy kosztorys

Ustawa Pzp nie zawiera żadnych przepisów dotyczących form wynagrodzenia. Odesłanie zawarte w art. 139 ust. 1 wskazujące, że do umów o zamówienie publiczne w zakresie nieuregulowanym ustawą stosuje się przepisy kc, wskazuje, że wynagrodzenie może być przede wszystkim kształtowane jako ryczałtowe lub kosztorysowe. Wybór w tym zakresie należy do zamawiającego jako twórcy wzorca umowy. Powinien być dokonywany z uwzględnieniem tego, co stanowi przedmiot zamówienia, jaki jest czas jego wykonywania i na ile zmienne są warunki ekonomiczne realizacji umowy. Proste krótkotrwałe umowy, których przedmiotem jest jednorodne świadczenie to umowy, w których proste wynagrodzenie ryczałtowe wydaje się właściwsze. Natomiast umowy obciążone większym ryzykiem zmienności warunków realizacji są bezpieczniejsze dla wykonawcy, gdy zamówienie ma charakter kosztorysowy.

a. Wynagrodzenie ryczałtowe

Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła lub usługi w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie tego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytwarzania zamawianego dzieła czy usługi. Powyższe potwierdził Sąd Najwyższy, np. w wyroku z dnia 8 maja 2003 roku (sygn. akt: II CKN 46/01) czy wyroku z dnia 22 listopada 2001 roku (sygn. akt: I PKN 690/00) lub z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt: II CKN 913/97).

Ryczałt polega więc na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego, ale również zamawiający nie może żądać obniżenia ustalonego wcześniej przez strony ryczałtu. W konstrukcji wynagrodzenia ryczałtowego zamawiający nie może więc nigdy żądać od wykonawcy obniżenia umówionego ryczałtu, natomiast przyjmujący zamówienie wykonawca, co do zasady ponosi ryzyko straty w sytuacji zmiany stosunków, z zastrzeżeniem sytuacji wyjątkowych – klauzula *rebus sic stantibus* (art. 358¹ § 3 kc) lub art. 632 § 2 kc (tj. zmiana siły nabywczej pieniądza lub nadzwyczajna zmiana stosunków w trakcie trwania umowy, co narażałoby wykonawcę na rażącą stratę). Wynagrodzenie ryczałtowe wiąże się dla wykonawców z ryzykiem niedoszacowania przy składaniu oferty jakichś składników świadczenia i mimo to koniecznością ich wykonania za umówioną cenę. Co więcej – zamawiający częstokroć

nieślusnie utożsamiają wynagrodzenie ryczałtowe z zakazem zmiany umowy zwiększającej wynagrodzenie w zamian za świadczenia dodatkowe zamówień dodatkowych. W sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli w trakcie wykonania umowy wystąpi zasadność wykonania świadczeń, w okolicznościach przewidzianych art. 144 ust. 1 pkt 2) lub 3) ustawy Pzp możliwa jest zmiana umowy i podwyższenie wynagrodzenia, gdyż podniesione wynagrodzenie ustala się wówczas za świadczenie niemieszczące się w zakresie umowy z wynagrodzeniem ryczałtowym, lecz szersze, a więc nie musi być wykonane w ramach ryczałtu.

Zasadne jest więc, by zamawiający uwzględniał dopuszczalność zmiany wynagrodzenia w przypadku umów bazujących na cenie ryczałtowej. Zasadne jest także, by ze względu na większe ryzyko wynagrodzenia ryczałtowego niż kosztorysowego, zamawiający w przypadku postępowań niewielkich, szczególnie ważnych dla sektora MSP, w których przedmiot zamówienia nie polega na jednorazowej czynności tylko jest rozłożony w czasie i podatny na szereg czynników ekonomicznych trudnych do pełnego przewidzenia, rozważali kosztorysowe zasady wynagradzania.

Zmiana umowy w sprawie Pzp możliwa także przy wynagrodzeniu ryczałtowym.

b. Wynagrodzenie kosztorysowe

Art. 629 kodeksu cywilnego stanowi, że wynagrodzenie kosztorysowe to wynagrodzenie ustalone na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów wytworzenia określonego dzieła.

Uwzględniając wskazany przepis, wynagrodzenie kosztorysowe jest więc następstwem jego wyliczenia metodą kalkulacji (własnej wykonawcy lub np. opartej na publikowanych informacjach o cenach jednostkowych). Wynagrodzenie to charakteryzuje się przewidywaniem zmienności ilości pracy (a czasami również kosztu) w przyszłości i wprowadza zasadę ostatecznego rozliczenia po zakończeniu prac czy po wytworzeniu dzieła.

Obliczenia należnego wynagrodzenia, w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, dokonuje się dopiero po wykonaniu dzieła na podstawie kosztorysu. Ustalenie w ten sposób wynagrodzenia jest więc o wiele bardziej elastyczne. W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, jeśli zachodzi konieczność zwiększenia wynagrodzenia, odbywa się to z reguły na podstawie kosztorysu powykonawczego, uwzględniającego rzeczywiste ilości pracy i jej

jakość, z uwzględnieniem uzgodnionych cen jednostkowych, wynikających z zastosowanych podstaw rozliczenia, którymi zazwyczaj są powszechnie dostępne cenniki, a także uzgodnionych przez strony klauzul waloryzacyjnych. Zazwyczaj wartość ostatecznego wynagrodzenia (kosztorysowego) określa się na podstawie szczegółowych uregulowań zawartych w umowie lub uzgodnień między stronami.

Taka formuła wynagrodzenia zachęca do udziału w rynku zamówień publicznych. Nie rodzi bowiem ryzyka braku zapłaty, gdy okaże się, że faktycznych czynności do wykonania jest w ramach umowy znacznie więcej niż wykonawca zakładał, składając ofertę.

Zachęta do ubiegania się o zamówienie dla
MSP – wynagrodzenie kosztorysowe.

16. Wzór umowy

a. Postanowienia niepożądane

Zamawiający jako twórca wzorca umowy lub katalogu istotnych postanowień umowy powinien pamiętać, że tworząc je nie może ograniczać się do ochrony interesów własnych. Rolą każdego z zamawiających jest także ochrona uczciwej konkurencji na rynku, tj. ich działanie powinno mieć na celu zwiększenia liczby chętnych do udziału w postępowaniu. Zbyt restrykcyjne postanowienia umowy odnoszą efekt przeciwny. Są także sprzeczne z zasadą proporcjonalności, która nakazuje racjonalne tworzenie wzorca umowy zabezpieczającego interesy obu stron i uniemożliwia przeniesienie wszelkich ryzyk na wykonawcę. Umowa nie powinna w szczególności przewidywać:

- stosowania zasady odpowiedzialności wykonawcy z tytułu ryzyka, pozostając przy odpowiedzialności z tytułu winy,
- stosowania kar umownych za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu zamówienia, nakładając je jedynie w przypadku zwłoki,
- odpowiedzialności odszkodowawczej przekraczającej wartość umowy,
- kar umownych wyższych niż wskazany rozsądny procent wartości umowy za odstąpienie od umowy,
- postanowień o rozstrzyganiu kwestii spornych przez arbitrów będących osobami wskazanymi przez zamawiającego,
- postanowień zakazujących odstąpienia przez wykonawcę od umowy.

Zasada proporcjonalności wymaga od zamawiającego takiego sformułowania wzorca umowy, aby nie zawierał niepożądanych postanowień.

b. Postanowienia zalecane

Aby wykonawcy o mniejszym potencjale ekonomicznym i mniej odporni na trudne warunki realizacji zamówień przystępowali do postępowań, umowa powinna gwarantować im odpowiednie instrumenty prawne związane z pewnością finansowania czynności w toku wykonywania umowy, a także instrumenty, które pozwolą uniknąć ryzyka na nieakceptowalnym poziomie. Aby to osiągnąć, zasadne jest, by umowa o zamówienie publiczne zawierała co najmniej dwa kluczowe postanowienia, które w ocenie mniejszych przedsiębiorców stanowią istotne ryzyka kontraktowe na rynku zamówień publicznych:

- termin wykonania umowy ustalony w jednostkach czasu począwszy od dnia zawarcia umowy, co pozwoli wykonawcy przy podejmowaniu decyzji o przystąpieniu do postępowania zyskać pewność, że przedłużające się postępowanie nie spowoduje drastycznego ograniczenia czasu na wykonanie zamówienia i wszelkich konsekwencji z tym związanych a przewidywanych w umowie (kar umownych, odstąpienia itp.), które często i bez uzasadnienia w sposób zbyt rygorystyczny są stosowane przez zamawiających;
- klauzule waloryzacyjne, gdy termin wykonania umowy jest dłuższy niż 12 miesięcy, nie tylko obowiązkowe, stosowane w okolicznościach przewidzianych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, ale także oparte na wskaźniku indeksacji (np. współczynnika inflacji), bazujące na przepisach kodeksu cywilnego i dozwolone ze względu na art. 139 ust. 2 ustawy Pzp.

Wzorce umów powinny przewidywać termin wykonania umowy określany w jednostkach czasu liczonych od zawarcia umowy oraz klauzule waloryzacyjne przy kontraktach dłuższych niż 12 miesięcy.

b. Kary umowne

Postanowieniami umowy, które skutecznie potrafią odstręczyć przedsiębiorców z sektora MSP od udziału w przetargach publicznych, są nadmierne wysokie kary umowne. Kary takie nie powinny być ustalane we wzorze umowy, gdyż przenosząc niewspółmiernie duże ryzyka realizacji umowy na wykonawcę mogą stać w konflikcie z zasadą proporcjonalności. Nie można też zapominać, że wskazanie we wzorze umowy przesadnie wysokich kar umownych nie oznacza jeszcze, że uda się je wyegzekwować. Z art. 484 kc wynika bowiem, że obowiązkową przesłanką miarkowania kary jest jej rażąco wygórowanie.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z 14 lipca 1976 r., (I CR 221/76, OSNCP 1977, nr 4, poz. 76) „kara umowna może być rażąco wygórowana już w momencie jej zastrzegania bądź zostać taką już w następnie późniejszych okoliczności, do których można zaliczyć przykładowo fakt, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary”. W obu tych przypadkach sąd może nakazać jej miarkowanie. Brak więc korzyści z takich kar dla zamawiającego. Nawet przeciwnie – najpierw wskutek kar zawyżonych zmniejszyła się konkurencja w przetargu, a następnie takich kar i tak nie udało się uzyskać. Tyle, że korzyści z art. 484 kc (miarkowania kar umownych w toku realizacji umowy wskutek orzeczenia sądu) odnoszą z reguły duże przedsiębiorstwa.

MSP przy zbyt wysokich karach przewidzianych w przetargu najczęściej rezygnują ze złożenia oferty, gdyż nawet potencjalne ryzyko ich zapłaty jest dla nich nieakceptowane.

Wygórowane kary umowne są niekorzystne nie tylko dla MSP, ale również dla zamawiających.

d. Realizacja i zmiany umów

I. Zaliczki

Ustawodawca w art. 151a ustawy Pzp zawarł przepis zezwalający na udzielanie zaliczek. Skorzystanie z tej normy umożliwia wykonanie zamówienia przez wykonawców, którzy posiadają mniejsze zasoby finansowe, gdyż rozpoczęcie realizacji zamówienia odbywa się wówczas z udziałem środków otrzymanych w formie zaliczki. Jest to zmniejszenie jednej z istotnych barier dostępu małych i średnich przedsiębiorców do rynku zamówień publicznych. Te bariery to zbyt duża wielkość zamówienia w stosunku do wielkości firmy, a także opóźnienia w płatnościach dokonywanych przez zamawiającego. Zaliczki, usuwając te bariery, wpisują się w zasady polityki UE zmierzającej do udziału MSP w rynku zamówień. Zaliczka, obniżając koszty realizacji zamówienia dla wykonawcy o koszt pieniądza, powinna także zwiększać szanse na niższe ceny ofert. Ustawodawca krajowy rozwiewa wątpliwości co do dopuszczalności stosowania zaliczek poprzez treść art. 143a ust. 1 ustawy Pzp. W stosunku do niektórych zamówień na roboty budowlane (o terminie dłuższym niż 12 miesięcy) stosowanie zaliczek (lub wg wyboru zamawiającego płatności częściowych) jest obowiązkowe. Nie sposób więc uznać, że jeśli w zamówieniach o terminie ponad 12 miesięcy udzielenie zaliczki/zapłaty częściowej jest obowiązkowe, to w zamówieniach o krótszym terminie jej udzielenie mogłoby stanowić naruszenie jakiegokolwiek zasady prawnej. Byłaby to wykładnia sprzeczna z logiką i zasadą racjonalnego ustawodawcy. Zasadne jest więc rozważenie zaliczkowania w umowach o zamówieniach publicznych wszędzie tam, gdzie może to przyczynić się do zwiększenia konkurencji, a jednocześnie nie występuje istotne ryzyko niewykonania zamówienia i w konsekwencji konieczności dochodzenia zwrotu udzielonej zaliczki.

Udzielanie zaliczek przez zamawiających jest legalne.

II. Szeroki katalog zmian w SIWZ

Małe i średnie przedsiębiorstwa są bardziej niż duże podmioty podatne na niestabilne warunki rynkowe. Niezbędne jest więc, by zawierając umowę

o zamówienie publiczne, wiedziały, że istnieje możliwość jej zmiany w przypadku zmiany warunków, w których trzeba ją wykonywać. Pewności tej nie daje art. 3571 kc (tzw. klauzula *sic stantibus*), gdyż zapewnia on zmianę wyłącznie wtedy, gdy ziści się ryzyko rażącej straty. Dla MSP rażąca strata oznacza częstokroć upadłość. Konieczne jest więc, by SIWZ przewidywała możliwość zmiany umowy, których zakres będzie stosunkowo szeroki i precyzyjnie opisany. Powinien on wskazywać:

- kiedy (w jakich okolicznościach umowa może być zmieniona),
- w jaki sposób zostanie zmieniona,
- jakie zmiany wynagrodzenia będą wiązać się ze zmianą umowy.

Zamawiający nie powinni obawiać się przewidywania w SIWZ wielu możliwości zmian przyszłej umowy. Ich przewidzenie nie jest bowiem zobowiązaniem do zmiany przyszłej umowy, lecz jedynie stworzeniem sobie takiej możliwości. Mniejsi wykonawcy obawiają się bowiem sytuacji, w której po zawarciu umowy zamawiający odmawia jej zmiany, nie dlatego, że uważa to za nieracjonalne, lecz dlatego, że nie może tego zrobić ze względu na wcześniejsze zaniechanie poinformowania o dopuszczalnych zmianach. W ten sposób bowiem ryzyko zmiany warunków wykonywania zamówienia obciąża w zbyt dużym stopniu wykonawcę, mimo iż to zamawiający zaniechał skorzystania z prawa do takiego ukształtowania SIWZ, by ryzyko to zostało rozłożone bardziej sprawiedliwie.

Zamawiający powinni także pamiętać, że nowe dyrektywy UE zmierzają w stronę lepszej równowagi między ochroną konkurencji, czemu służy ograniczenie zmienności umów, a elastycznością realizacji zadań publicznych, czemu z kolei służy ułatwianie zmian. Szczególne znaczenie ma dopuszczenie bez ograniczeń wprowadzania zmian nieistotnych. Zmiana nieistotna została w znowelizowanym art. 144 ustawy Pzp zdefiniowana *a contrario*, tj. zdefiniowano zmianę istotną. W konsekwencji każda zmiana, która nie mieści się w definicji zmiany istotnej – jest nieistotna, tym samym może być zawsze wprowadzona do umowy o zamówienie publiczne. Potrzebna jest do tego tylko wola stron. W szczególności warto wspomnieć, że zmianą nieistotną będzie także taka zmiana, która nieznacznie zwiększa zakres zamówienia wraz z proporcjonalnym zwiększeniem wynagrodzenia.

Zamawiający wszczynając postępowanie, powinien precyzyjnie określić dopuszczalny katalog zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego.

III. Zmiany dopuszczalne bez konieczności przewidywania w specyfikacji

Ustawa Pzp dopuszcza (bez konieczności ich sygnalizowania w trakcie przetargu) zmiany umowy o zamówienie publiczne, których wartość nie przekracza 10% (w przypadku usług i dostaw, a w przypadku robót budowlanych 15%) wartości zamówienia określonego w pierwotnej treści umowy. Przy czym wartość tego zwiększenia nie może jednocześnie przekroczyć progu, od którego zamawiający podlega regułom dyrektyw UE (czyli 144 000 lub 221 000 euro w przypadku zamówień na usługi i dostawy albo 5 448 000 euro, gdy zamawia roboty budowlane). Ustawodawca uznał takie zmiany za na tyle nieznaczne, że nie godzą one w uczciwą konkurencję na europejskim rynku. Wprowadzenie takiej zmiany do umowy nie wymaga uzasadnienia jakimikolwiek przesłankami faktycznymi. Niezbędne jest tylko wykazanie, że zmiana jest racjonalna i nie godzi w gospodarne wydatkowanie środków publicznych (lub innych, którymi dysponuje zamawiający), co wynika np. z przepisów o finansach publicznych lub przepisów ssh. Oznacza to, że w zamian za zwiększone wynagrodzenie, zamawiający powinien uzyskać świadczenie, które jest warte zapłacenia wyższej kwoty (świadczenie ekwiwalentne).

Możliwość nieznacznych zmian umowy (10% i 15%) nie wymaga przewidzenia w dokumentach postępowania.

17. Podwykonawstwo

a. Żądanie dokumentów dotyczących podwykonawców

Art. 25a ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający jest uprawniony (zależy to wyłącznie od jego decyzji) do weryfikacji, czy wobec podwykonawców wykazywanych we wszystkich ofertach nie zachodzą przesłanki wykluczenia. Może w tym celu żądać od wykonawców, by proponowani przez nich podwykonawcy złożyli oświadczenia (JEDZ) lub by informację o braku podstaw do ich wykluczenia wykonawca zawarł w oświadczeniu własnym (zamówienia podprogowe). Zamawiający może także w konsekwencji żądać, by podwykonawcy wykazani w ofercie najwyższej ocenionej złożyli wszelkie dokumenty wskazujące na brak podstaw do wykluczenia. Jest to jednak prawo, a nie obowiązek zamawiającego. Wydaje się, że korzystanie z tego uprawnienia powinno być rozważane jedynie w największych zamówieniach (lub zamówieniach wykonywanych w szczególnych okolicznościach). W typowych, codziennych zamówieniach korzystanie z tego prawa przez zamawiających ogranicza udział najmniejszych przedsiębiorców w rynku zamówień, także w roli podwykonawców. Uzyskiwanie zaświadczeń potwierdzających opłacanie składek, podatków, niekaralność itp., jest barierą dostępu do rynku zamówień, szczególnie w mniejszych miejscowościach, w których nie można wymaganych dokumentów uzyskać na miejscu i jest tym samym bardziej czasochłonne i kłopotliwe.

Zamawiający, o ile to przewidzi, ma możliwość weryfikacji podwykonawców, ale powyższe może być barierą dla MSP występujących w tej roli.

b. Wskazanie podwykonawców w ofercie – prawo czy obowiązek

Art. 36b ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego, by w SIWZ żądał wskazania przez wykonawców w ofertach części zamówienia, których wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom, i podania firm tych podwykonawców. Obowiązek zamawiającego jest jasny – musi on nie tylko jak dotychczas żądać, by wykonawca podał zakres zamierzonego podwykonawstwa, ale także wskazał konkretnych podwykonawców.

Nie oznacza to jednak, że wykonawca zawsze musi podać zarówno zakres, jak i firmy podwykonawców. Obowiązek podania zarówno części zamówienia, jak i skonkretyzowania podwykonawców jest uzależniony od „zamiaru”. Zamiar, odnosząc się zarówno do przedmiotu zamówienia, jak i podmiotów

(podwykonawców), może być zróżnicowany co do precyzji. Możliwe jest więc, że wykonawca składając ofertę, wie już jaki zakres zamierza powierzyć podwykonawcom, jednocześnie nie wiedząc jeszcze jacy konkretnie będą to podwykonawcy. Wówczas w ofercie podaje zakres podwykonawstwa, a nie podaje firm podwykonawców, gdyż zamiar w tym zakresie nie jest jeszcze skonkretyzowany. Zamawiający nie ma podstaw prawnych, by domagać się wskazania podwykonawców, gdyż to subiektywny zamiar wykonawcy przesądza o tym obowiązku. Do takiej wykładni skłania prounijna wykładnia przepisu dokonana w świetle art. 71 ust. 2 dyrektywy 2014/24UE, który wskazuje, że żądanie indywidualizacji podwykonawców już przy składaniu oferty dotyczy „ewentualnych, proponowanych podwykonawców”, a więc nie ma charakteru obowiązku. Na powyższe wskazuje też treść Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). Formularz tego dokumentu w sekcji D zawiera pytanie, czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia, wskazując na wykaz proponowanych podwykonawców, z jednoczesnym zaznaczeniem: „o ile jest to wiadome”. Powyższe nie dotyczy jednak nazw podwykonawców, na których zasobach wykonawca polega w celu wykazania spełnienia warunku zdolności zawodowej (doświadczenia) lub dysponowania osobami. Zgodnie z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp to właśnie te podmioty użyczające potencjał muszą zostać podwykonawcą w zakresie posiadanego i użyczanego potencjału i nie sposób uznać, że wykonawca nie wie, kto użycza mu wymaganego potencjału prezentowanego w chwili składania ofert (wniosków), by potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawców niepodanie przez nich na etapie składania ofert informacji o podwykonawcach, o ile nie są oni jeszcze skonkretyzowani.

c. Wymagania wobec umowy podwykonawczej (ochronne)

Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 11) lit. a) ustawy Pzp zamawiający w przypadku zamówienia na roboty budowlane powinien w SIWZ wskazać swe wymagania wobec umowy o podwykonawstwo, które – gdy zostaną pominięte przy zawieraniu umów podwykonawczych – będą podstawą braku akceptacji tych umów. Przepis ten w praktyce jest najczęściej wykorzystywany do ochrony interesów zamawiających, którzy nie akceptują takich postanowień w umowach podwykonawczych, które mogłyby powodować obowiązek wyższej płatności zamawiającego na rzecz podwykonawców

(na podstawie przepisów art. 143c ust. 1 lub 6471 kc), niż gdyby była to zapłata na rzecz wykonawcy. Nie taki był jednak cel przepisu i takie rozumienie normy nie wyczerpuje wszystkich możliwości jakie ona stwarza. Przepis może i powinien służyć przede wszystkim ochronie podwykonawców przed nadmiernie nierównoprawnym ukształtowaniem umowy między wykonawcą a podwykonawcą. Zamawiający jako podmiot publiczny może na podstawie art. 36 ust. 2 pkt 11) lit. a) ustawy Pzp wskazać w SIWZ na zakaz stosowania przez wykonawcę w umowach z podwykonawcami warunków mniej korzystnych niż warunki sformułowane wobec wykonawcy w umowie o zamówienie publiczne. Takie postanowienie może dotyczyć np.: (1) wysokości kar umownych, których wysokość (w ujęciu procentowym) nie powinna być wyższe niż ta, którą może być obłożony wykonawca przez zamawiającego, (2) przesłanek do odstąpienia od umowy, (3) postanowień gwarancyjnych, (4) terminów płatności, (5) sposobu rozstrzygania sporów, (6) zasad odbiorów.

Zamawiający w ramach postanowień SIWZ dotyczących umów o podwykonawstwo powinien wskazywać na zakaz stosowania przez wykonawcę w umowach z podwykonawcą warunków mniej korzystnych niż sformułowane wobec wykonawcy.

18. Rozstrzyganie sporów

a. Celowość odpowiedzi na informację o czynności niezgodnej z przepisami ustawy

W zamówieniach o wartości niższej niż progi unijne, wobec szeregu czynności i zaniechań zamawiającego, nie przysługuje wykonawcom prawo wniesienia odwołania. Jest ono zastąpione możliwością złożenia do zamawiającego informacji wskazującej na naruszenia prawa, których zdaniem wykonawcy dopuścił się zamawiający. Ustawa nie zawiera jednak żadnych obowiązków zamawiającego co do sposobu postępowania z taką informacją. Jedynym ustawowym obowiązkiem jest traktowanie takiej informacji jako załącznika do protokołu postępowania (zgodnie z art. 96 ust. 2 ustawy Pzp). Nie wskazano natomiast na obowiązek udzielenia odpowiedzi na takie pismo wykonawcy (ustosunkowania się do podniesionych zarzutów) ani na obowiązek zapoznania z jego treścią (a nawet faktem złożenia) pozostałych wykonawców.

Należy jednak zwrócić uwagę, że począwszy od 28 lipca 2016 r. (wejście w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020)) brak szczegółowo sformułowanych obowiązków zamawiającego w tym zakresie należy rozumieć nieco inaczej. Od tego dnia obowiązuje bowiem w ustawie Pzp nowa zasada – zasada przejrzystości. Stanowi ona uzupełnienie zasady jawności, jednakże zakres obowiązków, który z niej wynika, jest szerszy. Nie jest bowiem w jej świetle wystarczające tylko, aby dokumenty postępowania były jawne. Konieczne jest, by postępowanie prowadzone było w sposób zapewniający możliwość odtworzenia przebiegu czynności zamawiającego i motywacji jego działania. Stąd szczególnie istotne jest, aby z treści dokumentacji wynikało, jakimi pobudkami kierował się zamawiający podejmując konkretne decyzje. Służą temu w ustawie Pzp np. obowiązki uzasadniania kluczowych czynności w toku postępowania (np. wyboru oferty najkorzystniejszej). Zasada przejrzystości byłaby bez wątpienia prawidłowo realizowana, gdyby zamawiający informację wskazującą na naruszenia prawa, wnoszoną przez wykonawców, opatrywał w protokole uzasadnieniem co do sposobu odniesienia się do sformułowanych w niej zarzutów. Jawność protokołu zapewniałaby pełną transparentność i zrozumiałość działań zamawiającego, a zasada przejrzystości spełniałaby wówczas cel jaki jej nadaje TSUE (np. w wyroku z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C42/13), w którym stwierdza się, że „obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej”.

Zamawiający w zamówieniach poniżej wartości progów UE, w przypadku złożenia przez wykonawcę informacji o czynności niezgodnej z ustawą, powinien udzielić takiemu wykonawcy odpowiedzi.

b. Pisemna odpowiedź na odwołanie

Zgodnie z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Może to być odpowiedź w formie pisemnej lub ustnej do protokołu podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą. Jest to uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Jednakże korzystanie z tego uprawnienia i przygotowanie pisemnej odpowiedzi, przekazywanej odwołującemu przed otwarciem rozprawy, jest rozwiązaniem bardzo korzystnym dla wykonawców z sektora MSP. Udzielenie odpowiedzi na odwołanie może usunąć część ryzyk, jakie powstrzymują takich przedsiębiorców od udziału w przetargach. Wniesienie odwołania przez wykonawcę wiąże się bowiem z koniecznością wniesienia wpisu. W przypadku sektora MSP szczególnie istotne jest, by koszty związane z wniesieniem odwołania były wydatkiem efektywnym, tj., aby odwołania nie w pełni uzasadnione mogły być przez wykonawcę w odpowiednim czasie cofnięte, nie zaś oddalone lub odrzucone orzeczeniem Izby. Wykonawca, który cofnie odwołanie przed otwarciem rozprawy, otrzymuje bowiem zwrot 90% wpisu. Jest bardziej niż w przypadku większych (posiadających stałą obsługę prawną) przedsiębiorców prawdopodobne, że wykonawcy mniejsi dokonają niewłaściwej analizy czynności zamawiającego i wniosą odwołanie niemające szans powodzenia. Zamawiający powinien więc (choć nie ma obowiązku ustawowego) rozważyć udzielenie odpowiedzi na odwołanie z argumentacją prawną i faktyczną, wskazującą na brak w jego ocenie podstaw do formułowania zarzutów i żądań w odwołaniu. Takie dodatkowe objaśnienie motywów działania zamawiającego może spowodować, że odwołanie zostanie przez wykonawcę w odpowiednim czasie, po dodatkowej analizie, cofnięte. Będzie też z korzyścią zarówno dla zamawiającego (skrócenie procedury), jak i wykonawcy (oszczędność finansowa) w przypadku nietrafności zarzutów odwołania. Jest to rodzaj dobrej praktyki, którą sektor publiczny powinien się kierować przy prowadzeniu procedur przetargowych.

Zamawiający powinien udzielić wyczerpującej odpowiedzi na odwołanie i złożyć ją odpowiednio wcześniej, umożliwiając wykonawcom wycofanie odwołanie z najniższymi możliwymi kosztami.

c. Podsumowanie

Przepisy o zamówieniach publicznych stwarzają szereg możliwości, by rynek zamówień stał się rynkiem przyjaznym, opartym na współpracy zamawiających i wykonawców, których wspólnym interesem jest ukształtowanie zgodnych z prawem dobrych praktyk stosowanych w toku przetargu i podczas realizacji umów o zamówienie publiczne. Przedstawione propozycje organizacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowią wyczerpującej listy dobrych praktyk. Są jednak jednymi z ważniejszych i mogą przyczynić się do zwiększenia zainteresowania przedsiębiorców rynkiem zamówień, a co się z tym wiąże, bardziej konkurencyjną ofertą wykonawców dla sektora finansów publicznych.

Publikacja została opracowana w ramach projektu „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji”.

Projekt jest współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

Projekt realizowany w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój, Oś priorytetowa II: Efektywne polityki publiczne dla rynku pracy, gospodarki i edukacji, Działanie 2.18: Wysokiej jakości usługi administracyjne, w latach 2017- 2018.

ISBN: 978-83-88686-59-7

Warszawa 2018