Andrzej Borowicz

Rozdział 5. Analiza możliwości systemowego oddziaływania ustawy *Prawo zamówień publicznych* na innowacyjność wykonawców oraz udział MSP w rynku zamówień publicznych

Wstęp

W niniejszym rozdziale przedstawione zostaną wyniki analizy możliwości systemowego oddziaływania rozwiązań wynikających z ustawy z 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych*¹ na innowacyjność gospodarki oraz na udział podmiotów sektora MSP w polskim rynku zamówień publicznych. Tłem dla tej analizy będzie syntetyczna prezentacja struktury ustawy *Prawo zamówień publicznych*, a także wizualizacja, na przykładzie przetargu nieograniczonego oraz przetargu ograniczonego, przebiegu procedury zamówienia publicznego w funkcji czasu. Wspomniana prezentacja ma na celu zilustrowanie tezy mówiącej o tym, że system zamówień publicznych jest koherentną całością składającą się z określonych modułów. Niektóre z tych modułów nadają się natomiast do wykorzystania w charakterze nośników (stymulatorów) rozwiązań proinnowacyjnych, jak również do wprowadzania rozwiązań mających na celu zwiększenie udziału MSP w całkowitym rynku zamówień publicznych.

Dodatkowo w niniejszym rozdziale przedstawiona zostanie udokumentowana analiza mająca na celu ustalenie czy, i ewentualnie w jaki sposób, wyodrębnione rozwiązania polskiego systemu zamówień publicznych (szp) były wykorzystywane w latach 2004–2010, przy okazji kolejnych nowelizacji ustawy, jako nośniki rozwiązań proinnowacyjnych oraz stymulatory udziału MSP w rynku zamówień publicznych.

5.1. Struktura ustawy *Prawo zamówień publicznych*

Ustawa Pzp jest obszernym aktem prawnym. W swojej **strukturze formalnej** dzieli się na artykuły, działy, rozdziały i oddziały. W **strukturze merytorycznej** omawianej ustawy można natomiast wyróżnić trzy części problemowe, które prezentuje tab. 12.

¹ Tekst jednolity DzU, 2010, nr 113, poz. 759, ze zm. – dalej zwana ustawą Pzp.

Tabela 12

Struktura merytoryczna ustawy *Prawo zamówień publicznych*

Część A Przepisy ogólne	Część B Tryby udzielania zamówień	Część C Przepisy szczególne
Dz. I R 1 – Przedmiot regulacji (art. 1–6a) R 2 – Zasady udzielania zamówień (art. 7–10) R 3 – Ogłoszenia (art. 11–13)	(a) Art. 10	Dz. III R 1 – Umowy ramowe (art. 99–101) R 2 – Dynamiczny system zakupów (DSZ) (art. 102–109) R 3 – Konkurs (art. 110–127) R 4 – Udzielanie zamówień przez koncesjonariuszy robót budowlanych (art. 128–131) R 5 – Zamówienia sektorowe (art. 132–138f)
Dz. II R 1 – Zamawiający i wykonawcy (art. 14–28) R 2 – Przygotowanie postępowania (art. 29–38) R 4 – Wybór najkorzystniejszej oferty (art. 82–95) R 5 – Dokumentowanie postępowań (art. 96–98)	ust. 1 podstawowe przetarg nieograniczony (PNO) przetarg ograniczony (POG)	ust. 2 pozostałe negocjacje z ogłoszeniem (N+OG) dialog konkurencyjny (DK) negocjacje bez ogłoszenia (NBOG) tryb z wolnej ręki (WR) zapytanie o cenę (ZC) licytacja elektroniczna (Lic. EL)
Dz. IV (art. 139–151) Umowy w sprawach zamówień publicznych	(b) Struktura przepisów dotyczących trybów (Dz. II, R 3)	
Dz. V Prezes Urzędu Zamówień Publicznych R 1 – Zakres działania (art. 152–156) R 2 – Rada Zamówień Publicznych (art. 157–160) R 3 – Kontrola udzielania zamówień (art. 161–171a) R 4 – Krajowa Izba Odwoławcza (art. 172–176a)	tryb	scenariusz
Dz. VI Środki ochrony prawnej R 1 – Przepisy wspólne (art. 179) R 2 – Odwołanie (art. 180–198) R 3 – Skarga do sądu (art. 198a–198g)	definicja	warunki
Dz. VII Odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy (art. 199–203).	art. 39 art. 47 art. 54 art. 60a art. 61 art. 66+72 § 1 kc art. 69 art. 74 ust. 1	art. 10 ust. 1 art. 10 ust. 1 art. 55 art. 60b art. 62 art. 67 art. 70 art. 74 ust. 2 art. 75–81

Źródło: oprac. własne.

Części problemowe ustawy wyróżnione w tabeli obejmują odpowiednio: przepisy ogólne (część A), przepisy dotyczące trybów udzielania zamówień przewidzianych ustawą (część B) oraz przepisy szczególne (część C). Poniżej każdą z tych części poddamy dokładniejszej charakterystyce.

Część A – przepisy ogólne

Pod pojęciem przepisów ogólnych składających się na część A ustawy Pzp rozumieć należy te postanowienia ustawy, które, co do zasady, odnoszą się do wszystkich zamówień publicznych, niezależnie od ich rodzaju, wartości i trybu udzielenia.

Część B – tryby

Przepisy tej części ustawy odnoszą się do określonych w niej sposobów udzielania zamówień, zwanych **trybami udzielania zamówień publicznych**. Listę trybów udzielania zamówień publicznych zawiera art. 10 ustawy. Wymienia on osiem następujących trybów:

- 1) przetarg nieograniczony (PNO),
- 2) przetarg ograniczony (POG),
- 3) negocjacje z ogłoszeniem (N+OG),
- 4) dialog konkurencyjny (DK),
- 5) negocjacje bez ogłoszenia (NBOG),
- 6) tryb z wolnej ręki (WR),
- 7) zapytanie o cenę (ZC) oraz
- 8) licytacja elektroniczna (Lic. El).

Sposoby klasyfikowania trybów przewidzianych ustawą są następujące (por. tab. 13).

Tabela 13

Klasyfikacja trybów udzielania zamówień publicznych przewidzianych ustawą

Podstawa klasyfikacji	Kryteria klasyfikacyjne	Tryby
1	2	3
Możliwość zastosowania trybu	• tryby podstawowe – ich zastosowanie zawsze jest możliwe	PNO, POG
	• tryby pozostałe – ich zastosowanie możliwe jest tylko wtedy, gdy spełnione zostaną warunki określone ustawą	PNO, POG, N+OG, DK, Lic. El
Sposób wszczęcia postępowania	• tryby otwarte – wszczęcie postępowania następuje przez publikację ogłoszenia publicznego	PNO, POG, N+OG, DK, Lic. El
	• tryby zamknięte – wszczęcie postępowania następuje przez wysłanie zaproszenia do złożenia oferty lub negocjacji	NBOG, WR, ZC

Tabela 13 (cd.)

1	2	3
Usytuowanie w czasie rankingowania wykonawców oraz ofert	• tryby pojedynczego rankingu – rankingowanie wykonawców oraz złożonych przez nich ofert następuje w jednym etapie procedury trybu	PNO, NBOG, ZC, Lic. El
	• tryby podwójnego rankingu – rankingowanie wykonawców oraz złożonych przez nich ofert następuje odrębnie, w dwóch różnych etapach procedury trybu	POG, N+OG, DK
Dopuszczalność negocjacji w scenariuszu trybu	• tryby dopuszczające negocjacje – ich scenariusze dopuszczają negocjacje zamawiającego z wykonawcami, określając szczegółowo dopuszczalny przedmiot negocjacji	N+OG, DK, NBOG, WR
	• tryby wykluczające negocjacje – ich scenariusze wykluczają jakiegokolwiek negocjacje zamawiających z wykonawcami dotyczące złożonych ofert	PNO, POG, ZC, Lic. El
Stosunek do konkurencji	• tryby dopuszczające konkurencję – konkurencja pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o dane zamówienie jest możliwa	PNO, POG, N+OG, NBOG, DK, ZC, Lic. El
	• tryb wykluczający konkurencję – konkurencja pomiędzy wykonawcami jest wykluczona definicją trybu	WR

Źródło: oprac. własne.

W „Części B – tryby”, w odniesieniu do każdego z ośmiu trybów wyróżnionych przez ustawę, prawodawca odpowiada normatywnie na trzy jednakowe pytania. Są one następujące:

- jaka jest definicja trybu,
- jakie są warunki dopuszczające dany tryb oraz
- jaki jest scenariusz trybu.

W tab. 12 zestawiono przepisy Pzp, które w odniesieniu do każdego trybu zawierają odpowiedzi na te pytania. Na podkreślenie zasługuje również fakt, iż w przepisach scenariuszowych poszczególnych trybów prawodawca z reguły określił, jaka czynność zamawiającego **wszczyna postępowanie** o udzielenie zamówienia publicznego w danym trybie.

Część C – przepisy szczególne

Ostatnią wyróżnioną w tab. 12 merytoryczną częścią ustawy Pzp jest „Część C – przepisy szczególne”. Na tę część składają się przepisy Działu III ustawy. Przepisy te normują problematykę umów ramowych, dynamicznego systemu zakupów, konkursów, koncesji na roboty budowlane oraz zamówień sektorowych. Rozwiązania, jakie z tych przepisów wynikają, nie będą w niniejszym opracowaniu omawiane.

5.2. Procedura zamówienia publicznego w funkcji czasu

Zamówienie publiczne możemy zdefiniować jako *uporządkowany logicznie w funkcji czasu ciąg czynności i działań oraz związanych z nimi dokumentów, mający na celu zawarcie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą umowy odpłatnej, której przedmiotem jest dostawa, usługa lub robota budowlana oraz jej zrealizowanie*.

W przebiegu każdego zamówienia publicznego dają się zatem wyróżnić trzy fazy, a mianowicie:

- faza przygotowania postępowania,
- faza prowadzenia postępowania oraz
- faza realizacji zawartej umowy, czyli zarządzania zawartą umową.

Faza **przygotowania postępowania** kończy się w momencie **wszczęcia postępowania**. Czynnością zamawiającego wszczynającą postępowanie jest publikacja ogłoszenia (tryby otwarte) lub wysłanie zaproszenia do negocjacji bądź do złożenia oferty (tryby zamknięte).

Faza **prowadzenia postępowania** rozpoczyna się w momencie wszczęcia postępowania, natomiast kończy – w momencie **zawarcia umowy**.

Faza **realizacji zawartej umowy**, która wieńczy każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, rozpoczyna się w momencie zawarcia umowy, natomiast kończy z chwilą zrealizowania świadczenia niepieniężnego, czyli zobowiązania wykonawcy, jakie z niej wynika.

Na rys. 5 zaprezentowano w sposób graficzny zależności omówione powyżej. Ponadto na wykresie tym wyszczególnione zostały czynności, jakie należy wykonać w poszczególnych fazach, wraz ze wskazaniem na ich podstawy prawne.

Zauważyć trzeba, iż czynności fazy przygotowania postępowania i fazy realizacji zawartej umowy są jednakowe dla wszystkich trybów, natomiast czynności fazy prowadzenia postępowania różnicują się, w zależności od wymagań, jakie wynikają ze szczegółowych scenariuszy każdego z trybów. Na rys. 5 czynności tej fazy odnoszą się do jednego z dwóch trybów podstawowych przewidzianych ustawą Pzp, a mianowicie do przetargu nieograniczonego realizowanego z pominięciem dogrywki internetowej, czyli aukcji elektronicznej.

Rysunek 5. Zamówienie publiczne w funkcji czasu (na przykładzie PNO bez aukcji elektronicznej)

Uwaga: * aw = akt wykonawczy do Pzp;
** Rb = zamówienie publiczne na roboty budowlane;
*** TSO = termin składania ofert, TOO = termin otwarcia ofert;
**** TW = termin powiadomienia o wyniku postępowania.

Rysunek 6. Wizualizacja oraz bilans czasu fazy prowadzenia postępowania w trybie PNO

- (a) Zamówienie o wartości mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp;
(b) Zamówienia o wartości równej lub większej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp;
(c) Krótsze terminy składania ofert dotyczą przypadków, w których informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych o terminie 12 miesięcy, przekazanych lub zamieszczonych w profilu nabywcy co najmniej na 52 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (art. 43 ust. 3 Pzp).

Źródło: oprac. własne

Jak łatwo zauważyć analizując rys. 5 i 6, najważniejszym momentem fazy drugiej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest procedura selekcyjna. Zastosowanie tej procedury ma na celu doprowadzenie do wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę, który spełnia postawione w tym postępowaniu przez zamawiającego warunki podmiotowe. Przebieg tej procedury ilustruje tab. 14.

Tabela 14

Ideogram procedury selekcyjnej polskiego systemu zamówień publicznych

A. Badanie wykonawców według warunków udziału w postępowaniu (warunków podmiotowych) (0-1) art. 22 ust. 2; art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6; art. 38 ust. 5	B. Badanie ofert według przesłanek ich odrzucenia oraz kryteriów oceny art. 2 pkt 5 + art. 91 ust. 1, 2 i 3 + art. 5 ust. 1 + art. 38 ust. 5	
I „sito selekcyjne” (a) <u>Ustawowa lista warunków podmiotowych</u> art. 22 ust. 1 + art. 24 ust. 1 i 2 (b) <u>Ustawowy sposób weryfikacji warunków podmiotowych</u> art. 25 + art. 26 + art. 44 + art. 50 + + art. 56 ust. 2 + 60c ust. 2 + art. 68 ust. 2 + art. 73 <div>↓</div>	III „sito selekcyjne”	
	<u>Rankingowanie ofert nie odrzuconych według jednego z modeli:</u>	
	jednokryteriowy model oceny C = 100%	wielokryteriowy model oceny ofert C = X% NC = Y% X + Y = 100%
	<div>↑</div>	
	II „sito selekcyjne” Badanie ofert według przesłanek ich odrzucenia	
SANKCJA: wykluczenie wykonawcy	SANKCJA: odrzucenie oferty	
Katalog wykluczeń: art. 24 ust. 1 i 2	Katalog odrzuceń: art. 89 ust. 1 + art. 24 ust. 4	
Sposób powiadomienia o wykluczeniu art. 24 ust. 3 art. 92 ust. 1 pkt 3 (PNO, ZC, NBOG)	Sposób powiadomienia o odrzuceniu (art. 89 ust. 2) → art. 92 ust. 1 pkt 2 <i>uchylony</i> <div>→</div>	
KATALOG UNIEWAŻNIEŃ POSTĘPOWANIA: art. 93 ust. 1 i 2 Sposób powiadamiania o unieważnieniu: art. 93 ust. 3		

Źródło: oprac. własne.

Rysunek 7. Wizualizacja oraz bilans czasu fazy prowadzenia postępowania w trybie POG

Faza 1					Faza 2 – Prowadzenie postępowania		Faza 3	
Wp		Przygotowanie postępowania			Realizacja zawartej umowy			
TSW		Z _a			T _{oo}		T _w	
Tu								
Etap 1		Etap 2			Etap 3			
Wnioski o dopuszczenie do udziału w POG		Oferty						
▪ przygotowanie wniosków o dopuszczenie do POG wraz z oświadczeniem o spełnieniu warunków w postępowaniu oraz ewentualnie dokumentami potwierdzającymi spełnienie tych warunków (art. 50 Pzp)	▪ badanie wniosków wraz z załącznikami, ▪ rankingowanie wykonawców według stopnia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (RANKING I) ▪ przygotowanie zaproszenia do składania ofert oraz SIWZ	▪ odpowiedzi na pytania do SIWZ (art. 38 ust. 1 i 2 Pzp) ▪ ewentualnie zmiana SIWZ (art. 38 ust. 4–6 Pzp) ▪ ewentualnie zebranie przedofertowe oferentów *art. 38 ust. 3 Pzp, ▪ przygotowanie ofert na podstawie otrzymanych SIWZ	▪ zastosowanie określonego w SIWZ modelu wyboru oferty najkorzystniejszej (RANKING II) ▪ wybór oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania	▪ „uprawomocnienie się” wyniku postępowania (art. 94 ust. 1 i 1a Pzp)				

Bilans czasu w dniach					
	<div>Wszczęcie postępowania</div> <div>TSW</div>	<div>Termin składania wniosków (art. 49 Pzp)</div>	<div>Przekazanie zaproszenia do składania wraz z SIWZ (art. 51 ust. 43 Pzp)</div> <div>TSO</div>	<div>Termin składania ofert</div> <div>Powiadomienie o wyniku postępowania (art. 92 Pzp)</div> <div>Uprawnoczenie wyniku</div>	<div>Zawarcie umowy</div>
a	min. 7 dni od Wp		min. 7 dni od Z_0^0 (d/n) min. 14 dni od Z_0 (tb)	min. 7 dni od Tw	
b	min. 30/37 dni od Wp min 10/15 dni od Wp c		min. 7/14 dni od Z_0 min. 46/36 dni od Z_0	min. 10 dni od Tw	

- (a) Zamówienie o wartości mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp;
- (b) Zamówienia o wartości równej lub większej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp;
- (c) Krótsze terminy składania ofert zamawiający może zastosować wówczas, gdy zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia (art. 49 ust. 3 Pzp).
- Termin składania ofert nie krótszy niż 36 dni zamawiający może wyznaczyć wówczas, gdy informacja o tym zamówieniu została ujęta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, przekazanym lub zamieszczonym w profilu nabywcy co najmniej na 52 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (art. 52 ust. 3 Pzp).
- Termin składania ofert nie krótszy niż 10 dni zamawiający może wyznaczyć wówczas, gdy zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia (art. 52 ust. 4 Pzp).

Rysunki 6 i 7 stanowią wizualizację zasad postępowania w odniesieniu do dwóch trybów podstawowych udzielania zamówień przewidzianych ustawą, a mianowicie przetargu nieograniczonego (PNO) oraz przetargu ograniczonego (POG).

Przetarg nieograniczony (PNO)

Scenariusz fazy prowadzenia postępowania (Faza 2) w trybie PNO oraz bilans czasu tej fazy można wizualizować w sposób przedstawiony na rys. 6. Jak wynika z wykresu, w scenariuszu omawianego trybu wyróżnić można 3 etapy, a mianowicie:

- **etap 1** – wszczęcia postępowania, udostępnienia SIWZ oraz wyjaśnienia wątpliwości i wprowadzenia zmian do tego dokumentu;
- **etap 2** – zastosowania procedury selekcyjnej mającej na celu dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz
- **etap 3** – „uprawomocnienia się” wyniku postępowania i zawarcia umowy.

Przetarg ograniczony (POG)

Przetarg ograniczony to tryb udzielania zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają **wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu** (podkr. A.B.), a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert (art. 47 Pzp).

Przetarg ograniczony jest pierwszym z trybów podwójnego rankingu przewidzianych ustawą. Przypomnijmy zatem, że w trybach tych badanie oraz ranking wykonawców według stopnia spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu oraz analizy i oceny ofert według przyjętego w danym postępowaniu modelu – odbywa się w odrębnych etapach fazy 2, czyli fazy prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Scenariusz tej fazy oraz jej normatywny bilans czasu w trybie POG daje się wizualizować w sposób przedstawiony na rys. 7. W scenariuszu fazy 2 omawianego trybu wyróżnić można, podobnie jak w przypadku trybu PNO, trzy etapy:

- **etap 1** – składanie i analiza wniosków o dopuszczenie do udziału w POG, skutkujące rankingowaniem wykonawców według stopnia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (ranking I);
- **etap 2** – przygotowanie, składanie i badanie ofert złożonych przez najlepszych wykonawców, skutkujące rankingiem ofert (ranking II) i wyborem oferty najkorzystniejszej,
- **etap 3** – „uprawomocnienia się” wyniku postępowania i zawarcia umowy.

5.3. Rozwiązania systemu zamówień publicznych umożliwiające oddziaływanie proinnowacyjne

Rozwiązaniami systemu zamówień publicznych, które można uznać za stimulatory innowacyjności, są:

- a) wymagania systemu dotyczące opisu przedmiotu zamówienia;
- b) oferowane przez system tryby udzielania zamówień;
- c) określone przez system warunki stawiane wykonawcom, czyli tzw. warunki udziału w postępowaniu;
- d) dopuszczone przez system modele oceny ofert.

Poniżej poddamy analizie wrażliwość proinnowacyjnego oddziaływania wynikającą z każdego z wymienionych rozwiązań.

5.3.1. Wymagania systemu dotyczące opisu przedmiotu zamówienia

Czynność opisu przedmiotu zamówienia publicznego powinna zostać wykonana przez zamawiającego w sposób określony w art. 29–31 Pzp oraz, w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane, odpowiedniego aktu wykonawczego do tej ustawy². Dwa pierwsze z przytoczonych artykułów Pzp zawierają rozwiązania o charakterze *les generalis*, czyli odnoszące się do wszystkich zamówień publicznych, natomiast przepis trzeci, czyli art. 31 zawiera rozwiązania *lex specialis* dotyczące wyłączenia zamówień publicznych na roboty budowlane.

Z art. 29 Pzp wynikają dwa podstawowe rozstrzygnięcia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Pierwsze z nich wymaga od zamawiającego precyzji tego opisu, natomiast drugie – zachowania zasad uczciwej konkurencji przy formułowaniu treści opisu przedmiotu zamówienia. Konsekwencją drugiego z tych wymogów jest ustawowy zakaz stosowania w opisie przedmiotu zamówienia wszelkich wyróżników wskazujących na określony produkt lub usługę bądź też ich wykonawcę.

Opis przedmiotu zamówienia powinien zostać skonkretyzowany za pomocą Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. W przypadku braku norm, o których mowa powyżej, prawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek zastosowania innych, wyszczególnionych w ustawie, opracowań normatywnych.

Opis przedmiotu zamówienia powinien ponadto zostać doprecyzowany za pomocą nazw i kodów określonych we *Wspólnym Słowniku Zamówień Wspólnot Europejskich*³.

² Aktem tym jest *Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 2.09.2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego* (DzU, 2004, nr 202, poz. 2072).

³ *Common Procurement Vocabulary (CPV)* jest to *Wspólny Słownik Zamówień Wspólnot Europejskich*. W Polsce obowiązek stosowania do opisu przedmiotu zamówienia klasyfikacji

W odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane polski pracodawca okazał się znacznie bardziej wymagający i drobiazgowy, jeżeli chodzi o dokumentacyjne doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia. Szczegółowa odpowiedź na pytanie o formę i treść opracowań dokumentacyjnych mających doprecyzować opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane zależy przy tym od tego, z jakim rodzajem zamówienia publicznego na roboty budowlane mamy do czynienia. Ustawa Pzp w art. 2 pkt 8 dopuszcza w tym zakresie dwie możliwości, a mianowicie zamówienia „tylko wybuduj” oraz zamówienia „zaprojektuj i wybuduj”. A zatem, w zależności od tego, z jakim rodzajem zamówienia publicznego na roboty budowlane mamy do czynienia, obudowa dokumentacyjna opisu przedmiotu takiego zamówienia będzie przedstawiać się w sposób opisany w tab. 15.

Tabela 15

Zakres wymaganej ustawą Pzp obudowy dokumentacyjnej opisu przedmiotu zamówienia publicznego na roboty budowlane

Rodzaj zamówień	Podstawa prawna i wynikająca z niej dokumentacja precyzująca opis przedmiotu zamówienia		
	Ustawa Pzp	Rozporządzenie ministra infrastruktury z 2.09.2004 r.	Wzorce
Wykonanie robót budowlanych	(A) dokumentacja projektowa (art. 31 ust. 1)	rozdz. 2	–
	(B) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (art. 31 ust. 1)	rozdz. 3	(a) wzorce UZP (b) wzorce OWEOB „Promocja” (c) wzorce IPB
Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych	program funkcjonalno-użytkowy (art. 31 ust. 2)	rozdz. 4	(d) wzorce ministra infrastruktury oraz IPB

Uwaga: objaśnienia skrótów użytych w tabeli – UZP = Urząd Zamówień Publicznych; IPB = Izba Projektowania Budowlanego, OWEOB = Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa.

Źródło: oprac. własne.

CPV wprowadzono od 1.05.2004 r. Aktualna wersja słownika wynika z rozporządzenia Komisji (WE) nr 213/2008 z 28.11.2007 zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie *Wspólnego Słownika Zamówień* (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV, DzU L74/1 z 15.03.2008.

Jak wynika z informacji zamieszczonych w tab. 15, opis przedmiotu zamówienia publicznego na roboty budowlane w wersji „tylko wybuduj” powinien zostać doprecyzowany **dokumentacją projektową** oraz **specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót**. Forma i treść tych opracowań dokumentacyjnych doprecyzowana natomiast została odpowiednio w rozdziałach 2 i 3 rozporządzenia ministra infrastruktury z 2.09.2004 r. Z przytoczonych przepisów aktu wykonawczego do Pzp wynika natomiast, że dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, **dla których wymagane jest pozwolenie na budowę**, składa się w szczególności z:

- projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych,
- projektów wykonawczych⁴,
- przedmiaru robót⁵ oraz
- informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w przypadkach, gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów.

Z kolei dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, **dla których nie jest wymagane pozwolenie na budowę**, składa się głównie z:

- planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonania,
- przedmiaru robót,
- projektów, pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych odrębnymi przepisami.

Na podkreślenie zasługuje fakt, iż jeżeli zamówienie na roboty budowlane jest udzielone w trybie **zamówienia z wolnej ręki** lub w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę **wynagrodzenia ryczałtowego**, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót.

Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót.

Konkretyzacją opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w wersji „Zaprojektuj i wybuduj” jest natomiast opracowanie dokumentacyjne o nazwie

⁴ Projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych.

⁵ Przedmiar robót powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych.

„**Program funkcjonalno-użytkowy**”. Opracowanie to, poza stroną tytułową, składać się powinno z:

- części opisowej oraz
- części informacyjnej.

Część opisowa programu funkcjonalno-użytkowego powinna obejmować:

- ogólny opis przedmiotu zamówienia, na który składają się następujące informacje: charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakresu robót budowlanych, aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia oraz ogólne i szczegółowe właściwości funkcjonalno-użytkowe, jak również
- opis wymagań zamawiającego wobec przedmiotu zamówienia, a w tym zwłaszcza: cechy obiektu dotyczące rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych oraz wskaźników ekonomicznych, a także warunki wykonania i odbioru zamawianych robót budowlanych.

Część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje natomiast w szczególności:

- dokumenty potwierdzające zgodność zamówienia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów,
- oświadczenie zamawiającego potwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane,
- przepisy prawne i normy związane z projektowaniem i wykonaniem zamówienia budowlanego,
- inne będące w posiadaniu zamawiającego informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych.

Ponieważ, jak łatwo zauważyć, wymagania prawodawcy dotyczące dokumentacyjnego doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia publicznego na roboty budowlane są drobiazgowo i nader daleko idące, to, jak o tym informuje tab. 14, fachowa literatura przedmiotu oferuje szereg wzorców wymaganych prawem opracowań dokumentacyjnych.

Szczegółowe omówienie zasad opisu przedmiotu zamówienia wynikających z ustawy Pzp pozwala wskazać na dwie z nich, które szczególnie dobrze nadają się do prowadzenia działań proinnowacyjnych. Pierwsze z tych rozwiązań wynika z art. 29 ust. 1 ustawy. Przepis ten stanowi, iż **przedmiot zamówienia musi być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty**.

Wymagana przywołanym przepisem precyzja i szczegółowość opisu przedmiotu zamówienia daje zamawiającemu m.in. podstawę do narzucenia wykonawcom daleko idących wymagań co do poziomu nowoczesności zamawianych świadczeń. Poziom ten może być tak wysoki, iż będzie wymagał od wykonawców opracowania nowych, niespotykanych wcześniej na rynku, rozwiązań technologicznych lub też będzie wymuszał na wykonawcach wdrożenie nowych rozwiązań organizacyjnych. Warunkiem wykorzystania omawianego

rozwiązania systemowego jest wysoki poziom profesjonalizmu zamawiającego, który pozwoli mu, przy ewentualnym udziale konsultantów, na sprecyzowanie w opisie przedmiotu zamówienia wygórowanych, ale jednak realnych wymagań, dotyczących poziomu nowoczesności oraz innowacyjności zamawianego świadczenia.

5.3.2. Zastosowanie przez zamawiającego jednego z trybów konkurencyjnych dopuszczających negocjacje

Jak wynika z tab. 16 osiem trybów udzielania zamówień publicznych przewidzianych ustawą można klasyfikować na pięć różnych sposobów. Kryteria klasyfikacyjne wyróżnione w tabeli pozwalają m.in. na wyodrębnienie trzech trybów konkurencyjnych dopuszczających negocjacje. Są to następujące tryby: negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny oraz negocjacje bez ogłoszenia. Możliwość zastosowania przez zamawiającego, w sposób zgody z ustawą, jednego z tych trybów, uznać należy za kolejne rozwiązanie polskiego systemu zamówień publicznych, które może być potencjalnym nośnikiem/stymulatorem rozwiązań proinnowacyjnych.

Na potrzeby bliższego uzasadnienia tej tezy dokonamy poniżej zestawienia przepisów ustawy określających definicje przywołanych trybów oraz tych przepisów scenariuszy trybów, które odnoszą się do pól negocjacyjnych każdego z nich. Zestawienie to prezentujemy w tab. 16.

Tabela 16

Definicje i pola negocjacyjne trybów konkurencyjnych w świetle przepisów ustawy Pzp

Nazwa trybu	Definicja trybu	Przepisy dotyczące pola negocjacyjnego
1	2	3
Negocjacje z ogłoszeniem	Jest to tryb, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje , a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 54).	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu (art. 58 ust. 1); ▪ Zamawiający prowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia bądź warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 58 ust. 2); ▪ Prowadzone negocjacje mają charakter poufny. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami (art. 58 ust. 3).

Tabela 16 (cd.)

1	2	3
Dialog konkurencyjny	To tryb udzielania zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wykonawcami wybranymi przez siebie dialog , a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 60a).	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, jest w stanie określić, jeżeli jest to konieczne, rozwiązanie lub rozwiązania najlepiej spełniające jego potrzeby (art. 60e ust. 1); ▪ Zamawiający może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu (art. 60e ust. 2).
Negocjacje bez ogłoszenia	To tryb udzielania zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 61).	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Prowadzone negocjacje mają charakter poufny. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawnić informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami (art. 65 w zw. z art. 68 ust. 3).

Uwaga: wszelkie podkreślenia dokonane zostały przez autora.

Źródło: oprac. własne.

Analiza przepisów ustawy Pzp zestawiona w tab. 12 dotycząca tezy mówiącej o tym, iż zastosowanie jednego z trybów konkurencyjnych dopuszczających negocjacje uznać należy za rozwiązanie systemowe mogące być nośnikiem/stymulatorem innowacji, prowadzi do wniosku, iż w przypadku pierwszego z tych trybów, a mianowicie **negocjacji z ogłoszeniem**, prawodawca określił cel negocjacji jako „doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia”. Owo doprecyzowanie lub uzupełnienie może natomiast, rzecz jasna, dotyczyć szczegółowych parametrów technicznych przesądzających o poziomie innowacyjności zamawianego świadczenia.

Dialog konkurencyjny z kolei ma na celu umożliwienie zamawiającemu dokonanie porównania rozwiązań proponowanych przez poszczególnych, biorących udział w dialogu, wykonawców. Może to prowadzić do dokonania przez zamawiającego zmiany pierwotnych wymagań będących przedmiotem dialogu. Łatwo sobie zatem wyobrazić sytuację, w której przedmiotem dialogu konkurencyjnego są na przykład warunki techniczno-technologiczne lub poziom innowacyjności oferowanych rozwiązań. Zamawiający, poprzez przeprowadzony z wykonawcami dialog, jest w stanie pogłębić swą wiedzę na ten temat i w efekcie uzyskanych informacji może podwyższyć swoje pierwotne wymagania dotyczące poziomu nowoczesności/innowacyjności zamawianego świadczenia.

Na podkreślenie zasługuje fakt, iż prawodawca dopuścił możliwość stosowania dialogu konkurencyjnego m.in. do przypadków, w których ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu

zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych oraz z zastosowaniem odpowiednich norm technicznych i kodów *Wspólnego Słownika Zamówień Unii Europejskiej*. W przypadku zamówień na roboty budowlane nie jest natomiast możliwe sporządzenie opracowań inżynierskich mających konkretyzować opis przedmiotu zamówienia, to znaczy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót lub programu funkcjonalno-użytkowego.

W przypadku ostatniego z analizowanych trybów, a mianowicie **negocjacji bez ogłoszenia**, prawodawca dopuścił definicją trybu możliwość negocjowania w jego trakcie **warunków umowy**. Wśród tych warunków znajduje się przedmiot umowy, tożsamy z przedmiotem zamówienia oraz przedmiotem oferty, zawierający m.in. szczegółowe parametry techniczne przedmiotu umowy. Inaczej mówiąc, szczegółowe warunki techniczne przedmiotu umowy mogą być w omawianym trybie przedmiotem negocjacji, w trakcie których zamawiający może oddziaływać na poziom nowoczesności/innowacyjności zamawianego świadczenia.

5.3.3. Warunki podmiotowe dopuszczane przez system zamówień publicznych

Omówiona w punkcie 5.2 procedura selekcyjna stosowana w szp przewiduje badanie wykonawców według warunków udziału w postępowaniu. Lista tych warunków została określona w art. 22 ust. 1 oraz w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Niektóre spośród warunków udziału w postępowaniu dopuszczonych ustawą, stosowane przez zamawiającego w sposób celowy i świadomy, mogą gwarantować, a nawet wymuszać, wysoki poziom innowacyjności oraz nowoczesności zamawianego świadczenia. Do warunków tych zaliczyć należy:

- a) wiedzę i doświadczenie posiadane przez wykonawców,
- b) potencjał techniczny, jakim dysponują wykonawcy,
- c) osoby zdolne do wykonania zamówienia, jakimi dysponują wykonawcy.

Zdolności wykonawcy opisane wyżej wymienionymi warunkami w sposób bezpośredni korelują z poziomem innowacyjności i nowoczesności zarówno samego wykonawcy, jak i oferowanych przez niego na rynku zamówień publicznych dostaw, usług lub robót budowlanych.

W rozporządzeniu wykonawczym do ustawy Pzp⁶ prawodawca doprecyzował sposób oceny wykonawców według warunków udziału w postępowaniu. W przywołanym akcie prawnym zamieszczono nieprzekraczalną listę oświadczeń i dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców na potwierdzenie faktu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określając zarazem pojemność informacyjną każdego z nich.

⁶ W aktualnym stanie prawnym jest to rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (DzU, 2009, nr 226, poz. 1817).

W odniesieniu do przytoczonych warunków korelujących z innowacyjnością, dokumentami tymi są:

ad a) **wiedza i doświadczenie wykonawcy:**

– wykaz wykonanych **robót budowlanych** w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie,

– wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, **dostaw** bądź **usług** w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie;

ad b) **potencjał techniczny, jakim dysponuje wykonawca:**

– wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca;

ad c) **osoby zdolne do wykonania zamówienia, jakimi dysponuje wykonawca:**

– informacja na temat przeciętnej liczby zatrudnionych pracowników lub liczebności personelu kierowniczego w okresie ostatnich trzech lat, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi,

– wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca, i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności,

– dokumenty stwierdzające, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, dysponują wymaganymi uprawnieniami, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

5.3.4. Dopuszczone przez system modele oceny ofert

We wszystkich trybach udzielania zamówień dopuszczonych ustawą, z wyjątkiem trybu zapytania o cenę, licytacji elektronicznej oraz trybu z wolnej ręki, zamawiający, zgodnie ze swoim wyborem, może zastosować jedno- lub wielokryteriowy model oceny ofert. W modelu jednokryteriowym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, natomiast w modelu wielokryteriowym podstawą oceny ofert obok ceny jest jedno- lub wielopozycyjny zbiór kryteriów innych niż cena.

Podstawą suwerennej decyzji zamawiającego jest w tym zakresie legalna definicja najkorzystniejszej oferty zapisana w art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Definicja ta

stanowi, iż pod pojęciem najkorzystniejszej oferty należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, **albo** ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

Omawiane rozwiązanie systemowe zostało potwierdzone przepisem artykułu 91 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia (ust. 2). Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (ust. 3).

Jak wynika z przytoczonych przepisów ustawy, wśród rekomendowanych przez ustawodawcę niecenowych kryteriów oceny ofert znajdują się m.in. takie zmienne, jak jakość, funkcjonalność, parametry techniczne oraz zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko. Zmienne te są natomiast oczywistymi nośnikami rozwiązań proinnowacyjnych. Problemem polskiego rynku zamówień publicznych jest jednak to, iż zamawiający wykazują nadmierną skłonność do stosowania jednokryterialnego modelu oceny ofert „**the lowest price only**”.

Zmajoryzowanie polskiego rynku zamówień publicznych przez jednokryterialny model oceny ofert jest trudne do przezwyciężenia. Tę niekorzystną sytuację utrwała bowiem szereg czynników o charakterze zarówno prawnym, jak i mentalnościowym oraz psychologicznym. Mówiąc o czynnikach prawnych mamy na myśli fakt, iż znaczna część podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp musi zarazem stosować ustawę z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (DzU, 2009, nr 157, poz. 1240). Tymczasem art. 44 ust. 3 tej ustawy nakazuje dokonywanie wydatków publicznych w sposób celowy, oszczędny i racjonalny. Problem polega jednak na tym, że dokonywanie tych wydatków niecelowo, nieoszczędnie i nieracjonalnie nie pociąga za sobą żadnych sankcji. Sankcji takich nie przewiduje bowiem ustawa z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (DzU, 2005, nr 14, poz. 114 z późn. zm.). Co więcej, kontrole udzielania zamówień publicznych, prowadzone przez RIO bądź inne podmioty, ograniczają się do analizy i oceny jedynie formalno-proceduralnych aspektów kontrolowanych postępowań, pomijając ich aspekty merytoryczne, w tym efektywnościowe.

Jeżeli poczynione powyżej spostrzeżenia skojarzyć z postawą psychiczną znacznej części osób działających po stronie zamawiających, charakteryzującą się asekuranctwem oraz wygodnictwem, staje się rzeczą oczywistą, iż jednokryterialny model oceny ofert (*price only*) będzie się przedstawiał jako szczególnie atrakcyjny. Atrybutami tej atrakcyjności będą bowiem takie cechy tego modelu,

jak pełna transparentność, kwantytatywność, łatwość stosowania oraz zniwelowanie ryzyka ewentualnego zarzutu o „ustawienie” przetargu.

Kierownicy firm zamawiających oraz podległy im personel, umotywowani w taki sposób, nie będą stawiali sobie pytań, czy oferta najtańsza, jaką wybiorą w efekcie zastosowania modelu jednokryteriowego, faktycznie będzie ofertą najkorzystniejszą z punktu widzenia interesu zamawiającego. Tym bardziej trudno oczekiwać, iż wspomniane osoby postawią sobie to pytanie mając na względzie dobro interesu ogólnospołecznego.

Na podkreślenie zasługuje fakt, iż przytoczona ustawą definicja najkorzystniejszej oferty wręcz zabrania stosowania jednokryteriowego (*price only*) modelu oceny ofert w odniesieniu do zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej i naukowej, a więc takich zamówień, które same w sobie powinny być nośnikami innowacyjności i nowoczesności.

Decydując się na zastosowanie wielokryteriowego modelu oceny ofert, zbudowanego z wykorzystaniem kryteriów o charakterze proinnowacyjnym, zamawiający ma do dyspozycji kolejne narzędzie systemowe, które może wykorzystać w charakterze stymulatora innowacyjności. Narzędziem tym są współczynniki wagowe, które ma on obowiązek przypisać poszczególnym kryteriom. Wspomniane współczynniki określają znaczenie każdego pojedynczego kryterium w przyjętym dla danego postępowania zbiorze kryteriów. Nadając wysokie wagi zastosowanym kryteriom proinnowacyjnym, zamawiający jest w stanie wydatnie zwiększyć proinnowacyjne oddziaływanie całego przyjętego w postępowaniu zbioru kryteriów.

5.4. Rozwiązania systemu zamówień publicznych umożliwiające oddziaływanie na udział MSP w rynku zamówień publicznych

Analiza polskiego systemu zamówień publicznych pozwala na wyodrębnienie w nim szeregu rozwiązań szczegółowych umożliwiających oddziaływanie na udział MSP w rynku zamówień publicznych. W chwili obecnej są to następujące rozwiązania:

- dopuszczalność składania przez wykonawców ofert łącznych;
- możliwość składania, za zgodą zamawiającego, ofert częściowych;
- podwykonawstwo zamówień publicznych;
- rola osób trzecich w badaniu podmiotowym wykonawców;
- rozwiązania dotyczące wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- szczegółowe rozwiązania przyjęte w zakresie środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp.

Poniżej przedstawimy szczegółową charakterystykę każdego z tych rozwiązań w zakresie ich oddziaływania na sektor MSP.

5.4.1. Oferty łączne

Dopuszczalność składania w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert łącznych wynika z art. 23 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (ust. 1). W takim przypadku zobowiązani są oni do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (ust. 2). Jeżeli oferta łączna została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę wykonawców, którzy ofertę łączną złożyli (ust. 4).

Dodatkowo, w art. 141 ustawy, prawodawca przesądził o tym, że wykonawcy, którzy złożyli w danym postępowaniu jedną wspólną ofertę, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego jej wykonania.

Możliwość składania ofert przez n wykonawców w sposób oczywisty ułatwia podmiotom należącym do sektora MSP ubieganie się o kontrakty publiczne. Podmioty te bowiem, konfigurując się na potrzeby danego postępowania w formę konsorcjum ofertowego lub spółki cywilnej, są w stanie, dzięki możliwości łączenia swoich potencjałów, w tym zwłaszcza kapitału finansowego, kapitału ludzkiego oraz wyposażenia technicznego niezbędnego do wykonania danego zamówienia, podjąć skuteczną konkurencję z podmiotami większymi.

Zamawiający, zgodnie z zasadą równego traktowania wszystkich wykonawców zapisaną w art. 7 ust. 1 Pzp, nie może w żaden sposób dyskryminować ofert złożonych przez n podmiotów. Nie może tego zrobić nawet wtedy, gdyby uznał, że dokonanie wyboru takiej oferty będzie się dla niego wiązało z dodatkowym, specyficznym ryzykiem. Ryzyko to moglibyśmy określić mianem „ryzyka wielu wykonawców jednego zamówienia”. W ujęciu modelowym ryzyku temu ma przeciwdziałać przywołany wyżej przepis art. 141 ustawy statuujący zasadę solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za wykonanie przedmiotu umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego jej wykonania, o ile zostało ono w danym postępowaniu przez zamawiającego zażądane.

5.4.2. Oferty częściowe

Pojęcie oferty częściowej zostało w słowniku pojęć ustawy Pzp (art. 2 pkt 6) zdefiniowane w sposób następujący: *należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego*. Do oferty częściowej odnoszą się ponadto przepisy art. 83 ustawy. Stanowią one, że zamawiający może dopuścić możliwość

złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny (ust. 2). W takim przypadku wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca (ust. 3).

Również i to rozwiązanie w sposób oczywisty dowartościowuje podmioty sektora MSP w walce konkurencyjnej na rynkach zamówień publicznych. Jeżeli bowiem mały lub średni podmiot gospodarczy jest w stanie zrealizować jedynie określoną część danego zamówienia publicznego, wówczas składa ofertę odnoszącą się wyłącznie do tej części zamówienia.

Podkreślić jednak należy również i to, że o podziale zamówienia publicznego na fragmenty mogące być przedmiotem ofert częściowych w każdym przypadku decyduje zamawiający. Podmiot sektora MSP, ani żaden inny wykonawca, nie może zatem zgłaszać wobec zamawiającego żądań, by dopuścił on w danym postępowaniu możliwość składania ofert częściowych, skoro zamawiający uznał, iż nie należy tego robić. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 82 ust. 2 Pzp, dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych jest **prawem** zamawiającego, ale nie jego **obowiązkiem**.

Swoją decyzję o możliwości składania w danym postępowaniu ofert częściowych zamawiający upublicznia w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie (por. np. art. 41 pkt 4) oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 2 pkt 1).

5.4.3. Podwykonawcy

W ustawie Pzp do problematyki podwykonawstwa odnoszą się dwa przepisy art. 36. Stanowią one co następuje:

- zamawiający w SIWZ ma obowiązek zażądać wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom (ust. 4);
- wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom (ust. 5).

Podwykonawstwo jest szczególnie często stosowane na rynku budowlanym. Jest to uzasadnione cechami specyficznymi produkcji budowlanej i produktu budowlanego, takimi jak długi cykl realizacji, kapitałochłonność oraz złożony charakter.

Tytuł XVI kodeksu cywilnego odnosi się do umów o roboty budowlane. Rozstrzygnięcia tego tytułu kodeksowego mają zatem bardzo istotne znaczenie dla prawidłowego zarządzania umowami o zamówienia publiczne na roboty budowlane. Na szczególne podkreślenie zasługują przepisy art. 647¹ kc. Przepisy te odnoszą się do tzw. **umów podwykonawczych o roboty budowlane**.

W obecnym stanie prawnym art. 36 ust. 4 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zażądania od wykonawców, aby wskazali w ofertach części zamówienia, których wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom. Podwykonawców umowy o roboty budowlane (lub innej umowy) nie należy mylić ze współnikami spółki cywilnej bądź uczestnikami konsorcjum ofertowego, będącymi wykonawcami umów o zamówienie publiczne, którzy działając łącznie, złożyli jedną ofertę w danym postępowaniu. Podwykonawcy umowy o zamówienie publiczne są tzw. osobami trzecimi. W przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane podwykonawcy są podmiotami występującymi w obrębie tzw. systemu generalnego wykonawstwa robót budowlanych (GW). Istotę systemu GW ilustruje rys. 8.

Rysunek 8. Istota systemu generalnego wykonawstwa (GW) robót budowlanych

Źródło: oprac. własne

Jak wynika z wykresu, w systemie GW umowa o zamówienie publiczne zostaje zawarta jedynie pomiędzy zamawiającym (inwestorem) a generalnym wykonawcą. Zamawiającego nie wiążą natomiast jakiejkolwiek umowy z podwykonawcami. Ponieważ jednak w stosunkach pomiędzy generalnymi wykonawcami a podwykonawcami powstawały bardzo często tzw. zatory płatnicze, czyli poważne opóźnienia w terminach płatności faktur wystawianych na podstawie umów podwykonawczych, polski prawodawca postanowił zlikwidować tę nieprawidłowość wprowadzając do kodeksu cywilnego w trybie jego nowelizacji art. 647¹. Przepisy tego artykułu stanowią, że do zawarcia przez generalnego wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcami **jest wymagana zgoda**

inwestora (czyli zamawiającego). Konsekwencją tego faktu jest natomiast to, iż zawierający umowę z podwykonawcą generalny wykonawca oraz **inwestor, czyli zamawiający, ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.**

Przepisy art. 647¹ kc są tzw. bezwzględnie obowiązującą normą prawną, gdyż z paragrafu 6. tego artykułu wynika, że odmienne postanowienia umów są z mocy prawa nieważne.

Dopuszczenie przywołanymi przepisami ustawy Pzp możliwości stosowania podwykonawstwa na rynkach zamówień publicznych na dostawę, usługi i roboty budowlane pozwala w istotny sposób zwiększyć partycypację w tych rynkach podmiotów należących do sektora MSP. To właśnie te podmioty, charakteryzując się w wielu przypadkach wąską specjalizacją produkcyjną lub usługową oraz niewielkim potencjałem wytwórczym, wchodzi w naturalną dla nich rolę specjalistycznych podwykonawców zamówień publicznych. Na szczególne podkreślenie zasługuje fakt, iż w systemach zamówień publicznych niektórych krajów występowały regulacje nakazujące podzlecać określoną część (np. 20%) każdego kontraktu publicznego podwykonawcom. Owo obligatoryjne podwykonawstwo miało zagwarantować podmiotom należącym do sektora MSP partycypację w rynkach zamówień publicznych na określonym, minimalnym poziomie.

5.4.4. Rola osób trzecich w badaniu podmiotowym wykonawców

Istotę i cel badania podmiotowego wykonawców jako elementu procedury selekcyjnej zamówienia publicznego wyjaśniono w punkcie 5.3.3 niniejszego opracowania. W tym miejscu natomiast należy zwrócić uwagę na fakt, iż cztery zbiory określonych w ustawie Pzp warunków podmiotowych mają charakter stopniowalny. Warunki te zostały sformułowane w ustawie w art. 22 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 w następujący sposób: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

- posiadania wiedzy i doświadczenia;
- dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Co więcej, z art. 26 ust. 2b wynika, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Opisane rozwiązanie systemowe, pozwalające wykonawcom na odwoływanie się do udostępnianego im przez osoby trzecie potencjału wytwórczego,

stanowi dla podmiotów sektora MSP istotne ułatwienie w procesie ubiegania się o zamówienia publiczne. Podmioty te bowiem, z samej swojej definicji, dysponują niewielkim potencjałem technicznym oraz kadrowym.

Charakteryzowane rozwiązanie, aczkolwiek korzystne dla sektora MSP, jest jednak dla zamawiającego związane z pewnym specyficznym ryzykiem. Jest to ryzyko uzyskania zamówienia przez „firmę – krzak”, która, aczkolwiek przeszła z wynikiem pozytywnym badanie podmiotowe, to jednak w rzeczywistości nie będzie w stanie wywiązać się z zawartej z zamawiającym umowy o realizację zamówienia publicznego.

5.5. Prawne podstawy zmian w ustawie *Prawo zamówień publicznych* w latach 2004–2010

W okresie swojego dotychczasowego obowiązywania ustawa z 29.01.2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (DzU, 2004, nr 19, poz. 177, ze zm.⁷) była nowelizowana wielokrotnie. Nowelizacje, o których mowa, były wprowadzone w życie następującymi ustawami:

1) *Ustawa z 20.04.2004 roku o zmianie i uchyleniu niektórych ustaw w związku z uzyskaniem przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej* (DzU, 2004, nr 96, poz. 959);

2) *Ustawa z 20.04.2004 roku o pracowniczych programach emerytalnych* (DzU, 2004, nr 116, poz. 1207);

3) *Ustawa z 28.05.2004 roku o zmianie ustawy o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości oraz niektórych innych ustaw* (DzU, 2004, nr 145, poz. 1537);

4) *Ustawa z 25.11.2004 roku o zmianie ustawy o finansach publicznych oraz zmianie niektórych ustaw* (DzU, 2004, nr 273, poz. 2703);

5) *Ustawa z 24.08.2004 roku o państwowym zasobie kadrowym i wysokich stanowiskach państwowych* (DzU, 2006, nr 170, poz. 1217);

6) *Ustawa z 27.07.2005 roku o przeprowadzaniu konkursów na stanowiska kierowników centralnych urzędów administracji rządowej, prezesów agencji państwowych oraz prezesów zarządów państwowych funduszy celowych* (DzU, 2005, nr 163, poz. 1362);

7) *Ustawa z 29.07.2005 roku o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych* (DzU, 2005, nr 184, poz. 1539);

8) *Ustawa z 7.04.2006 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych* (DzU, 2006, nr 79, poz. 551);

⁷ Dalej zwana ustawą lub Pzp.

9) *Ustawa z 6.12.2006 roku o zasadach prowadzenia polityki rozwoju* (DzU, 2006, nr 227, poz. 1658, z późn. zm.);

10) *Ustawa z 7.03.2007 roku o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich* (DzU, 2007, nr 64, poz. 487);

11) *Ustawa z 13.04.2007 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (DzU, 2007, nr 82, poz. 560);

12) *Ustawa z 4.09.2008 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (DzU, 2008, nr 171, poz. 1058);

13) *Ustawa z 17.10.2008 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych* (DzU, 2008, nr 220, poz. 1420);

14) *Ustawa z 21.11.2008 roku o służbie cywilnej* (DzU, 2008, nr 227, poz. 1505);

15) *Ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych* (DzU, 2009, nr 206, poz. 1591);

16) *Ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych* (DzU, 2009, nr 223, poz. 1778).

Kolejne nowelizacje miały różne znaczenie z punktu widzenia proinnowacyjnego oddziaływania przepisów Pzp. W celu lepszego zobrazowania omawianych tendencji, ocena omawianego oddziaływania zmian wprowadzonych kolejnymi nowelami ustawy Pzp dokonana została w skali 3-stopniowej: bardzo istotne (pozytywne lub negatywne), istotne (pozytywne lub negatywne), obojętne.

Pośród kilkunastu nowelizacji ustawy dokonanych w okresie objętym badaniem (lata 2004–2010), proinnowacyjne oddziaływanie systemu zamówień publicznych nie było szczególnie istotnym motywem zmian⁸ wprowadzanych do ustawy. Świadczy o tym następujące zestawienie:

• zmiany obojętne	102,
• zmiany istotne, pozytywne	6,
• zmiany istotne, negatywne	2,
• zmiany bardzo istotne, pozytywne	2,
• zmiany bardzo istotne, negatywne	1.

W trzech ostatnich obszernych nowelizacjach ustawy Pzp, dokonanych w okresie objętym badaniem, powyższy bilans kształtował się podobnie, co potwierdza kolejne zestawienie:

• zmiany obojętne	82,
• zmiany istotne, pozytywne	5,
• zmiany istotne, negatywne	0,
• zmiany bardzo istotne, pozytywne	0,
• zmiany bardzo istotne, negatywne	0.

⁸ Zestawienie zmian wynikających z nowelizacji ustawy Pzp pod kątem ich proinnowacyjnego oddziaływania zawiera Załącznik 1.

5.6. Podsumowanie

Generalny wniosek, który można sformułować wobec znaczenia problematyki proinnowacyjnego oddziaływania systemu zamówień publicznych w licznych nowelizacjach ustawy dokonywanych w okresie objętym badaniem, jest następujący. O ile można wyróżnić obszary tematyczne ustawy najczęściej korygowane nowelizacjami z pewną ogólną myślą przewodnią (np. zakres podmiotowy i przedmiotowy ustawy, działalność kontrolna prezesa UZP, warunki udziału w postępowaniu, środki ochrony prawnej), o tyle **proinnowacyjne oddziaływanie systemu było w tych nowelizacjach reprezentowane marginalnie oraz bez jakiegokolwiek dającej się zauważyć myśli przewodniej polskiego prawodawcy**. Wnioski takie można wysnuć porównując cele i uzasadnienia podstawowych nowelizacji *Ustawy o zamówieniach publicznych*. Nowelizacją z roku 1995 wprowadzono przesłankę stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, jeżeli wartość zamówienia nie przekraczała kwoty 1000 ECU. Kolejne nowelizacje ustawy dokonane w latach: 1997, 1999, 2000, 2001, 2002 i 2003 uszczegóławiały scenariusze postępowań, stanowiły o nowych prawach i obowiązkach stron oraz konkretyzowały wymagania, jakie zamawiający mógł postawić wykonawcom. Nowelizacją ustawy z roku 2001 wyeliminowano możliwość stosowania kryteriów podmiotowych przy ocenie ofert, wprowadzono obowiązek publikacji ogłoszeń na stronach internetowych oraz wprowadzono dolny próg stosowania ustawy na poziomie 3000 euro. Kwotę kolejnego progu zwiększono z 20 000 do 30 000 euro, wprowadzono do ustawy przepisy dotyczące komisji przetargowej oraz instytucję skargi do sądu okręgowego na wyrok zespołu arbitrów. Wtedy też ustanowiono przepisy będące podstawą zamówień sektorowych.

Konsekwentnemu poszerzaniu w kolejnych nowelizacjach ustawy podlegała jedna z zasad systemu zamówień publicznych, a mianowicie zasada jawności postępowania. Objęto nią takie istotne dla postępowania dokumenty, jak protokół, oferty oraz zawarte umowy.

Regulacja dokonana w roku 2002 wprowadziła dolną kwotę progową stosowania ustawy, wynoszącą 6000 euro.

W marcu roku 2004 weszła w życie nowa ustawa *Prawo zamówień publicznych*. Charakteryzując jej główne założenia oraz cele można wskazać na to że:

- umocniono w niej podstawowe zasady udzielania zamówień, w tym przede wszystkim zasadę jawności;
- wprowadzono decentralizację systemu zamówień publicznych poprzez przeniesienie szeregu kompetencji decyzyjnych na rzecz zamawiającego;
- zwiększono obowiązki i uprawnienia kontrolne prezesa UZP w odniesieniu do zamówień o wartości powyżej 5 mln euro (dostawy i usługi) oraz 10 mln euro (roboty budowlane);

- uproszczono procedurę przetargów o mniejszej wartości oraz za tryby podstawowe, czyli możliwe do zastosowania zawsze, uznano przetarg nieograniczony oraz ograniczony;

- umożliwiono zamawiającemu rozstrzygnięcie postępowania także wówczas, gdy wpłynęła tylko jedna oferta nie podlegająca odrzuceniu;

- wykonawcom przyznano uprawnienie wnoszenia środków ochrony prawnej od ówczesnie obowiązującej kwoty dolnego progu stosowania ustawy, czyli od 6000 euro.

Ostatnie istotne nowelizacje ustawy, ogłoszone w roku 2009, realizowały następujące główne zadania:

- ułatwienie wykonawcom działającym na rynku zamówień publicznych zarządzania płynnością finansową w okresie narastającego wówczas ryzyka poważnego kryzysu gospodarczego. Cel ten miał być osiągnięty dzięki zmianom dokonany w przepisach ustawy dotyczących wadium, zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz badania podmiotowego wykonawców. Miało na to również wpływać dopuszczenie ustawą możliwości zaliczkowania zamówień;

- dokonanie gruntownej przebudowy środków ochrony prawnej, obejmującej m.in. likwidację instytucji protestu;

- wprowadzenie nowych rozwiązań systemowych w odniesieniu do trzech trybów ograniczających konkurencję, a mianowicie negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę oraz trybu z wolnej ręki. Rozwiązania te miały na celu racjonalizację stosowania tych trybów, które w poprzednim okresie były nadreprezentowane na polskim rynku zamówień publicznych.

Jak wynika z dokonanego krótkiego przeglądu, proinnowacyjne oddziaływanie systemu zamówień publicznych nie było, jak dotąd, postrzegane przez polskiego prawodawcę jako istotny cel i uzasadnienie zmian wprowadzanych do ustawy Pzp.