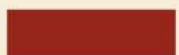
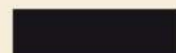
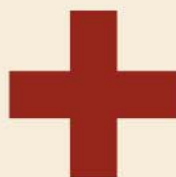
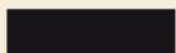




RAPORT PRAWNY

NOWE PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

nr **12**



Przetargi publiczne bardziej konkurencyjne

**TERESA SIUDEM**

redaktor prowadząca

Nowe prawo zamówień publicznych zacznie obowiązywać już za dwa tygodnie. I co ważne, tego samego dnia – 1 stycznia 2021 roku – wejdzie w życie także jego nowelizacja, podpisana już przez prezydenta. W ostatnich tygodniach część zamawiających postulowała wprawdzie, by datę wejścia w życie nowej ustawy przesunąć o kilka miesięcy. Jednak bezskutecznie, a przeciwnicy tego pomysłu wskazywali, że było przecież wystarczająco dużo czasu – ponad rok, by odpowiednio przygotować się do tych zmian.

Nowe przepisy to wyzwanie przede wszystkim dla zamawiających publicznych. Plany postępowań na dany rok finansowy będą musieli zamieszczać w Biuletynie Zamówień Publicznych (od 1 stycznia ma być dostępny na platformie e-Zamówienia). Tak, by przedsiębiorcy z wyprzedzeniem mogli je poznać i dostosować swoje zamierzenia biznesowe do tych planów.

W nowej ustawie pojawiają się nowe regulacje, jak choćby zasada efektywności ekonomicznej, którą będzie musiał kierować się zamawiający. Nakazuje ona, by nie koncentrował się on na formalnej stronie procedury, ale na realizacji zadań publicznych.

Jak sobie poradzą z nowymi przepisami zamawiający – pokaże praktyka. Ważne, by nie zniechęciły one przedsiębiorców do przetargów publicznych. Wszak głównym celem wyznaczonym przez projektodawców nowej ustawy było zwiększenie konkurencyjności zamówień publicznych. A osiągnie się go tylko wtedy, gdy celem każdego zamówienia będzie zaspokojenie potrzeby gospodarczej, a nie samo przeprowadzenie postępowania.

Więcej o nowych postępowaniach w sprawie zamówień w dzisiejszym Raporcie „Rzeczpospolitej”. Zapraszamy do lektury.

/©©

SPIS TREŚCI

Nowe prawo zamówień publicznych

■ PRZYGOTOWANIE POSTĘPOWANIA

Nowe prawo zamówień publicznych reguluje zasady ustalania polityki zakupowej państwa przez rząd oraz działania zamawiających w tym obszarze. Celem wprowadzenia tej regulacji jest ukierunkowanie zakupów zamawiających publicznych na innowacyjne i zrównoważone produkty i usługi. Kierunki te wyznaczane są w dyrektywach zamówieniowych. ➔4–7

■ KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW

Procedura w sprawie udzielenia zamówienia to proces eliminacji wykonawców, którzy nie posiadają zdolności dających rękojmię należytego wykonania zamówienia. Są dwa rodzaje przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania: obligatoryjne oraz fakultatywne, uregulowane w art. 108 i 109 nowego PZP. ➔8–11

■ POSTĘPOWANIA KLASYCZNE O WARTOŚCI MNIEJSZEJ NIŻ PROGI UNIJNE

Zamawiający może określić, że jedynym środkiem weryfikacji podmiotowej wykonawców jest oświadczenie wstępne, które dołącza się do oferty. Zamawiający nie ma obowiązku żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie zarówno spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, jak i braku podstaw wykluczenia. ➔12–15

ZAMAWIAJĄCY | Analiza potrzeb i wymagań

Przygotowanie postępowania

Ustawa – Prawo zamówień publicznych (dalej nowe PZP), która wejdzie w życie 1 stycznia 2021 roku reguluje zasady ustalania polityki zakupowej państwa przez rząd oraz działania zamawiających w tym obszarze. Jest to nowość, bowiem nigdy wcześniej prawo zamówień publicznych nie odnosiło się do tego zagadnienia. W polityce zakupowej państwa określa się planowane działania administracji rządowej, a także cele i kierunki strategii rozwoju dla Polski. Celem wprowadzenia tej regulacji jest, jak wskazano w uzasadnieniu do projektu nowego PZP, ukierunkowanie zakupów zamawiających publicznych na innowacyjne i zrównoważone produkty i usługi. Kierunki te wyznaczane są w dyrektywach zamówieniowych.

Ważne!

Polityka zakupowa państwa jest dokumentem centralnym, opracowywanym przez ministra ds. gospodarki, przyjmowanym uchwałą Rady Ministrów na okresy 4-letnie. Realizację polityki zakupowej państwa monitoruje minister ds. gospodarki.

Natomiast centralne organy administracji rządowej mają obowiązek sporządzić strategię zarządzania dla poszczególnych kategorii zakupowych. Musi być ona zgodna z przyjętą polityką zakupową państwa.

Co w planie?

W nawiązaniu do polityki zakupowej państwa zamawiający opracowują i publikują plan postępowań, jakie przewidują przeprowadzić w danym roku finansowym. Obowiązek ten dotyczy wyłącznie zamawiających publicznych, z wyjątkiem podmiotów prawa publicznego (określonych w art. 4 pkt 3 nowego PZP).

Plan postępowań zawiera m.in. następujące informacje:

- przedmiot zamówienia,
- przewidywaną procedurę udzielenia zamówienia,



DR HANNA DRYNKORN

radca prawny,

kancelaria Wardyński i Wspólnicy,

Nowe PZP komentarz żywy

(komentarzpzp.pl)

- orientacyjną wartość zamówienia czy przewidywany termin wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Dokument ten sporządza się według wzoru określonego w rozporządzeniu ministra ds. gospodarki.

Miejszem publikacji planu i jego aktualizacji jest według nowego PZP Biuletyn Zamówień Publicznych oraz strona internetowa zamawiającego. Warto jednak wskazać, że informacja o planowanych zamówieniach ma cechy wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 48 dyrektywy 2014/24/UE. Z tej regulacji wynika, że informacje w tym zakresie są publikowane na poziomie europejskim, czyli przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Brak takiej publikacji odnośnie do zamówień podlegających przepisom tej dyrektywy, tj. zamówień powyżej progów, będzie wyrazem nierównego traktowania wykonawców poprzez ograniczenie dostępu do informacji podmiotom zagranicznym.

Zasada efektywności

W nowej ustawie pojawiła się nowa zasada udzielania zamówień publicznych: zasada efektywności ekonomicznej. W kontraktach publicznych zawieranych na świecie zasada ta zwana jest także best value for money i oznacza, że po-

stępowanie w sprawie udzielenia zamówienia powinno prowadzić do udzielenia zamówienia efektywnego ekonomicznie, czyli takiego, które zapewnia najlepszy stosunek nakładów do uzyskanych efektów w wyniku stosowania sprawnej, szybkiej i otwartej na innowacje procedury (za: Koncepcja nowego prawa zamówień publicznych z 2018 r.).

Jest to nawiązanie do dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z jej motywem 92 stosowanie tych kryteriów polega na analizie porównawczej ofert pod kątem kryteriów jakościowych oraz ekonomicznych (ceny lub kosztu) i zmierza ostatecznie do oceny ofert pod kątem najlepszej relacji jakości do ceny.

Wprowadzenie powyższej zasady do nowego PZP o tyle zmienia sposób udzielania zamówień publicznych, że nakazuje zamawiającemu koncentrować się nie na formalnej stronie procedury, ale na realizacji zadań publicznych w sposób szczegółowo opisany w art. 17 ust. 1 nowego PZP, tj. w sposób zapewniający:

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

Kryteria oceny ofert

Sama regulacja kryteriów oceny ofert pozostała bez istotnych zmian, natomiast wpływ na ich kształtowanie będzie miała wspomniana wyżej zasada efektywności ekonomicznej. Określenie adekwatnych kryteriów oceny ofert zapewniających realizację zasady efektywności ekonomicznej powinno każdorazowo uwzględniać uwarunkowania konkretnego za-

mówienia oraz realne potrzeby zamawiającego. Taki postulat był podnoszony także w czasie funkcjonowania obowiązującej do końca 2020 roku ustawy, lecz nie znajdował on tak dobitnego jak obecnie odzwierciedlenia w jej treści. Realizacji tego celu ma służyć m.in. analiza potrzeb i wymagań, wprowadzona do nowej ustawy jako zasadniczo obligatoryjny element przygotowania postępowania.

Analiza potrzeb i wymagań

Zamawiający publiczny, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje analizy potrzeb i wymagań dotyczącej planowanego zamówienia. Jest to jeden z elementów mających służyć realizacji wprowadzonej w nowej ustawie zasady efektywności ekonomicznej.

Według nowej ustawy dokonanie analizy potrzeb i wymagań przed wszczęciem postępowania jest obowiązkiem w odniesieniu do postępowań o wartościach równych lub przekraczających progi unijne prowadzonych przez zamawiających publicznych (czyli tych określonych w art. 4 nowego PZP).

Można od niej odstąpić wyłącznie wówczas, gdy zamówienie ma zostać pilnie udzielone w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki. Przepis określa, w jakim zakresie powinna być przeprowadzona analiza i do jakich wniosków powinna doprowadzić.

Zamawiający powinien w jej ramach najpierw zbadać możliwość zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych. Wykorzystanie zasobów własnych zamawiającego może pozwolić na zminimalizowanie kosztów zamówienia albo nawet ich uniknięcie.

Następnie zamawiający powinien przeprowadzić rozeznanie rynku. Ma ono na celu nie tylko ustalenie, czy możliwe są różne warianty realizacji zamówienia, ale także poszukiwanie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb. Zamawiający ma więc nie tylko poszukiwać potwierdzenia dla własnych pomysłów, ale być otwartym na możliwe warianty realizacyjne, których może sobie nie uświadczać. Takie badanie ma bowiem dawać szansę na kreatywne skon-

Forma opisu potrzeb i wymagań

Przepis nie narzuca formy analizy potrzeb i wymagań. Sformalizowanie przeprowadzonej analizy w postaci dokumentu ma jednak walor praktyczny: udokumentowanie prawidłowego przygotowania postępowania, nawet jeśli jego przebieg będzie nietypowo długi, w jego wyniku nie zostanie wytoniony wykonawca albo też realizacja przedmiotu zamówienia okaże się problematyczna na etapie umowy. Warto więc spisać wnioski z analizy ze względu chociażby na późniejsze postępowania kontrolne. Opracowanie w organizacji zamawiającego wzoru dokumentu zawierającego wyniki analizy potrzeb i wymagań ma jednak przede wszystkim wymierny walor poznawczy. Nauka prawidłowego procesu zamawiania dostaw, usług i robót jest wartością samą w sobie i przyczynia się do wzrostu organizacji, w której jest wdrażana. ■

frontowanie założeń zamawiającego z rzeczywistością rynkową.

Zamawiający ma swobodę co do metod badania rynku. Art. 83 ust. 3 nowego PZP zawiera natomiast listę elementów, które zawsze powinny zostać ustalone w wyniku przeprowadzonej analizy potrzeb i wymagań. Zostały one wskazane poniżej wraz z krótkim komentarzem.

1. Orientacyjna wartość zamówienia, z uwzględnieniem poszczególnych wariantów realizacji zamówienia

Jeśli zamawiający stwierdzi w trakcie prowadzonej analizy, że zamówienie może być zrealizowane na różne sposoby, orientacyjna wartość zamówienia będzie określana w odniesieniu do każdego z wariantów. Warianty mogą dotyczyć np. zawarcia różnego rodzaju umów (np. umowa sprzedaży, umowa leasingu) determinujących m.in. sposób rozliczeń albo nawet zróżnicowania zakresu zamówienia. Dzięki takiemu zabiegowi zamawiający będzie w stanie porównać koszty realizacji zamówienia i wybrać ten wariant, który pozwoli efektywniej wydatkować środki publiczne. Omawiane tu narzędzie będzie więc szczególnie przydatne w przypadku, gdy możliwych jest wiele wariantów realizacji zamówienia.

2. Ocena możliwości podziału zamówienia na części

Doniosłość takiej oceny była podkreślana przez ustawodawcę także w dotychczasowej ustawie. Podział zamówienia na części sprzyja bowiem zachowaniu zasady równego traktowania wykonawców poprzez umożliwienie w większym zakresie realizacji zamówień przez podmioty z sektora MŚP.

3. Przewidywany tryb udzielenia zamówienia

Wybór odpowiedniego trybu udzielenia zamówienia jest uzależ-

niony od jego przedmiotu, w szczególności od stopnia jego skomplikowania oraz tego, w jakim zakresie niezbędna jest wiedza specjalistyczna. Zamawiający może wybrać jeden z trybów, w ramach którego samodzielnie przygotowuje opis przedmiotu zamówienia (np. przetarg nieograniczony lub ograniczony), ale może także wybrać tryb, w którym wiedza na temat przedmiotu zamówienia i szczegółów dotyczących właściwego sposobu jego opisanego będzie pochodziła z rynku (np. dialog konkurencyjny). Przeprowadzenie postępowania w odpowiednim trybie może znacząco wpłynąć na efektywność udzielanego zamówienia.

4. Ocena możliwości uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych w opisie przedmiotu zamówienia albo w warunkach realizacji zamówienia

Taki wymóg zmusza zamawiających do rozważenia, czy wskazane aspekty mogą i powinny zostać uwzględnione w danym zamówieniu. Realizacja celów pozaekonomicznych odgrywa ważną rolę we współczesnym systemie zamówień publicznych. Konieczność uwzględniania tego elementu w analizie potrzeb i wymagań ma na celu ukierunkowanie działań zamawiających już nie tylko na efektywne wydatkowanie środków publicznych, ale również na realizację określonych polityk społecznych, gospodarczych i ekologicznych pożądanymi na danym obszarze.

5. Wskazanie ryzyk związanych z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia

Istotnym elementem analizy potrzeb i wymagań są ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie

CIĄG DALSZY ZE STRONY 5

i realizacją zamówienia, które zamawiający powinien sobie uświadomić przed wszczęciem postępowania po to, aby przeciwdziałać wystąpieniu określonych okoliczności. W aspekcie postępowania ryzyka rysują się przede wszystkim w odniesieniu do możliwości sprawnego i szybkiego przeprowadzenia postępowania, w wyniku którego zostaną złożone ważne oferty na przedmiot zamówienia zgodny z zapotrzebowaniem zamawiającego. Są to zatem ryzyka związane z definiowaniem terminów w postępowaniu, precyzyjnym opisywaniem przedmiotu zamówienia, właściwym określeniem warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert, a także z zastosowaniem odpowiedniego rodzaju procedury.

Z kolei ryzyka na etapie realizacji zamówienia są przede wszystkim regulowane postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego i są związane zarówno z przyjęciem właściwego harmonogramu, jak i nadzorem nad realizacją zamówienia i z przyjętą procedurą raportowania i osiągnięć wykonawcy i przeszkód na drodze do realizacji zamówienia w założonym trybie. Uwzględnienie wszystkich tych elementów na etapie poprzedzającym wszczęcie postępowania powinno przyczynić się do lepszego jego przygotowania, a w efekcie uzyskania lepszego zamówienia: lepiej odpowiadającego potrzebom zamawiającego i bardziej rynkowego.

Ważne!

Właściwe określenie potrzeb i wymagań jest kluczowe z punktu widzenia możliwości uzyskania zamówienia dopasowanego do rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Ich analiza powinna być więc przeprowadzana w sposób rzetelny i wykorzystujący wiedzę rynkową.

Wstępne konsultacje rynkowe

Nowa regulacja zachęca do prowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych, w miejsce dialogu technicznego istniejącego w poprzedniej ustawie, lecz rzadko wykorzystywanego.

Ważne!

Ustawa nie reguluje wymagań co do przebiegu konsultacji:

w jakim czasie, w jaki sposób i z iloma podmiotami powinny być prowadzone. Zamawiający ma pełną dowolność w określeniu regulaminu oraz harmonogramu konsultacji.

Zamawiający może w szczególności zdecydować, że będą to spotkania, albo że będzie zbierać odpowiedzi rynku na postawione przez siebie zagadnienia pisemnie. Zamawiający informuje na swojej stronie internetowej o zamiarze przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych i o ich przedmiocie.

Zgodnie z art. 84 ust. 3 zamawiający może w trakcie wstępnych konsultacji rynkowych korzystać z doradztwa ekspertów, władzy publicznej lub wykonawców. Pozyskane w ten sposób informacje mogą być wykorzystane przy planowaniu, przygotowaniu lub przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia, jednak w sposób, który nie powoduje zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Informacja o przeprowadzeniu przez zamawiającego wstępnych konsultacji rynkowych powinna znaleźć się w ogłoszeniu o zamówieniu.

Udział we wstępnych konsultacjach rynkowych a wykluczenie wykonawcy

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 nowego PZP z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeśli doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ważne!

Zasadniczo zaangażowanie danego podmiotu w przygotowanie postępowania nie stanowi przeszkody, by ubiegał się on o zamówienie, pod warunkiem że została zachowana zasada uczciwej konkurencji. Udział wykonawcy w konsultacjach nie może dawać takiemu wykonawcy

nieuzasadnionej przewagi nad innymi w czasie, gdy postępowanie jest już ogłoszone.

Nieuzasadniona przewaga występowałaby przykładowo, gdyby dany wykonawca:

- miał wpływ na opis przedmiotu zamówienia (OPZ) i ukształtował go w sposób szczególnie korzystny dla siebie, dostosowany do dostarczanych produktów lub usług,
- miał dostęp do istotnych z punktu widzenia przedmiotu zamówienia informacji, które są niedostępne dla pozostałych uczestników rynku.

Zadaniem zamawiającego jest podejmowanie kroków zapobiegających zakłóceniu konkurencji. Ustawa określa przykładowo, że powinny one obejmować:

- przekazanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem w przygotowanie postępowania wykonawcy lub podmiotu należącego do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca,
- wyznaczenie odpowiedniego terminu na złożenie ofert; przy czym termin na złożenie ofert powinien być odpowiedni w każdym postępowaniu, wobec czego wskazówka o odpowiedniości terminu w tym przypadku powinna być odczytywana jako zachęta do wyznaczenia terminu dłuższego niż minimalny i pozwalającego wszystkim zainteresowanym wykonawcom na zaznajomienie się z dokumentami zamówienia wraz z dokumentami wytworzonymi na etapie konsultowania postępowania przed jego wszczęciem.

Kiedy wykluczenie wykonawcy będzie konieczne?

Zamawiający może jednak dojść do wniosku, że nie da się wyeliminować zakłócenia konkurencji w inny sposób niż poprzez wykluczenie z postępowania wykonawcy biorącego wcześniej udział we wstępnych konsultacjach rynkowych. W takim przypadku wykluczenie wykonawcy będzie konieczne.

Przed dokonaniem tej czynności zamawiający ma jednak obowiązek zapewnienia wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóca konkurencji.

Ważne!

Zamawiający przed wykluczeniem wykonawcy zobowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień celem przedstawienia dowodów, że mimo zaangażowania w przygotowanie postępowania nie doszło do zakłócenia konkurencji.

Chodzi o stwierdzenie, czy wykonawca ten był w korzystniejszej sytuacji przy sporządzeniu ofert, albo też czy był w sytuacji konfliktu interesów rozumianej jako wpływanie na warunki zamówienia. Pominiecie takiego wezwania naruszałoby zasadę proporcjonalności postępowania.

Na podstawie otrzymanych wyjaśnień zamawiający musi ustalić, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała wykonawcy przewagę nad konkurentami, wobec czego mógł on złożyć ofertę na lepszych warunkach, albo też posiada informacje istotne z punktu widzenia realizacji umowy. Liczy się tutaj rodzaj i zakres informacji, a każdy przypadek musi być rozpatrywany indywidualnie.

Po przeanalizowaniu wpływu udziału wykonawcy we wstępnych konsultacjach rynkowych na konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający albo zamieszcza w protokole postępowania informację o braku wpływu tej sytuacji na konkurencję w postępowaniu, albo też wyklucza danego wykonawcę z udziału w postępowaniu (na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 nowego PZP).

Podmiot podlegający wykluczeniu

Wykluczenie wykonawcy może dotyczyć wyłącznie konkretnego postępowania będącego pokłosiem czynności przygotowawczych, w które angażował się wykonawca. Konsultowanie innych postępowań, nawet jeśli ich przedmiot zamówienia lub model realizacji jest bardzo podobny, nie jest przesłanką wykluczenia.

Istotne jest to, że wykluczenie, o którym mowa powyżej, może dotyczyć nie tylko samego podmiotu, który brał udział w konsultacjach, ale także innych spółek należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 4 pkt 14 tej ustawy grupa kapitałowa to wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w spo-

sób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Analogiczna przesłanka wykluczenia obowiązująca w poprzednim PZP nie obejmowała podmiotów z grupy – przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 odwoływał się wyłącznie do wykonawcy (lub jego pracowników i osób z nim współpracujących). Warto zaznaczyć, że braku wyłączenia w art. 85 ust. 1 w sposób kazuistyczny osób działających dla wykonawcy nie należy traktować jako zawężenia podmiotowego badania. Zamawiający powinien uwzględnić wszelkie osoby, z którymi był w kontakcie z ramienia wykonawcy na etapie przygotowania postępowania. W nowej ustawie krąg podmiotów, które mogą zostać wykluczone, został więc rozszerzony.

Wizja lokalna

Zgodnie z art. 131 ust. 2 nowego PZP – w przypadku gdy jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, zamawiający może ustanowić obowiązek odbycia przez wykonawcę wizji lokalnej lub sprawdzenia przez wykonawcę dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego przed złożeniem oferty.

Zamawiający może wymagać od wykonawców, by odbyli wizję lokalną lub sprawdzili dokumenty dostępne na miejscu u zamawiającego, jeśli uzna, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia aktywny udział wykonawcy w pozyskiwaniu informacji o przedmiocie zamówienia jest niezbędny do prawidłowego sporządzenia i oszacowania oferty.

Wizja lokalna będzie najczęściej wymagana w postępowaniach o udzielenie zamówień na roboty budowlane. W przypadku tego typu zamówień do oceny realnego zakresu prac oraz wyceny oferty niezbędne jest zbadanie przez wykonawców warunków, w jakich zamówienie będzie wykonywane. Często to właśnie warunki gruntowe, położenie terenu czy też kolizja z innymi robotami może zawążyć na cenie oferty, a nawet decyzji co do jej złożenia w postępowaniu. Wizja lokalna może jednak być zorganizowana także w przypadku zamówień na dostawę lub usługi. Będzie to szczególnie istotne w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia polega na wbudowaniu nowych elementów (np. maszyn) w istniejącą już instalację lub gdy warunki wykonania usługi są specyficzne i wymagają uwzględnienia ich przez wykonaw-

cę w toku przygotowywania się do realizacji zamówienia.

Ważne!

Brak uczestnictwa w wizji lokalnej lub sprawdzenia dokumentów w przypadku, gdy zamawiający uznał to za obowiązkowe, jest przesłanką odrzucenia oferty. Wynika to z domniemania, że taka oferta zawiera w sobie potencjalną niezgodność z warunkami zamówienia, skoro wykonawca nie zaznamił się z wszystkimi jego istotnymi elementami.

Otwarcie ofert

W nowej ustawie PZP zrezygnowano z publicznego otwarcia ofert. Jest to konsekwencja elektronicznej postępowania. W postępowaniach prowadzonych elektronicznie do otwarcia ofert dochodzi automatycznie na platformie teleinformatycznej w założonym czasie ich otwarcia, co jest widoczne dla każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu.

Do otwarcia ofert może dojść najpóźniej następnego dnia po upływie terminu składania ofert. Jednak w przypadku awarii systemu teleinformatycznego możliwe jest otwarcie ofert w późniejszym terminie, o ile nastąpiło to niezwłocznie po usunięciu awarii. W takim przypadku, gdyby dochodziło do zmiany terminu otwarcia ofert, zamawiający powinien poinformować o tym na stronie prowadzonego postępowania.

W dotychczasowym stanie prawnym otwarcie ofert było jawne i następowało bezpośrednio po upływie terminu do ich składania, w tym samym dniu, w którym upływał termin składania ofert (art. 86 ust. 2 poprzedniego PZP).

Najpóźniej przed otwarciem ofert zamawiający na stronie internetowej prowadzonego postępowania udostępnia informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wydaje się, że zamawiający będą udostępniać tę informację po upływie terminu składania ofert.

Niezwłocznie po otwarciu ofert zamawiający informuje na stronie internetowej prowadzonego postępowania o wykonawcach, których oferty zostały otwarte, a także o cenach lub kosztach zawartych w ofertach. Natomiast w przypadku ofert, które podlegają negocjacji, zamawiający udostępnia informacje o cenach lub kosztach zawartych w ofertach niezwłocznie po otwarciu ofert ostatecznych albo unieważnieniu postępowania.

Otwarcie ofert jest czynnością faktyczną zamawiającego, która podlega zaskarżeniu odwołaniem, gdyby została wykonana niezgodnie z przepisami nowego PZP lub dokumentami zamówienia. Jest to czynność jednorazowa, której nie można powtórzyć ani naprawić, gdyby doszło do wadliwego jej przeprowadzenia.

Unieważnienie postępowania

Nowa ustawa, podobnie jak jej poprzedniczka, przewiduje obligatoryjne (art. 255 nowego PZP) oraz fakultatywne (art. 256–258 i 263 nowego PZP) przesłanki unieważnienia postępowania.

Przesłanki obligatoryjne unieważnienia postępowania obejmują sytuacje, w których dalsze prowadzenie postępowania jest obiektywnie niecelowe. Natomiast zastosowanie przesłanki fakultatywnej opiera się na decyzji zamawiającego, nie jest to jednak decyzja dowolna, ale podejmowana w ramach przewidzianych przepisami nowego PZP. W obrębie obu kategorii przesłanek mamy do czynienia z pewnymi nowościami.

Jeśli chodzi o obligatoryjne unieważnienie postępowania, to pojawiła się nowa przesłanka, porządkująca dotychczasowy stan prawny. Przesądzono mianowicie, że postępowanie podlega unieważnieniu również w przypadku, gdy negocjacje prowadzone w trybie postępowania z wolnej ręki nie doprowadziły do uzgodnienia wszystkich elementów umowy, wobec czego do zawarcia umowy nie doszło (art. 255 pkt 8). Jeżeli strony nie mogą się porozumieć co do kształtu negocjowanej umowy, negocjacje kończą się bezskutecznie, a postępowanie się unieważnia. Odpada wówczas cel postępowania: z tym konkretnym wykonawcą zamawiający nie jest w stanie uzgodnić zamówienia zgodnie ze swoimi obiektywnymi potrzebami.

Wśród fakultatywnych przesłanek unieważnienia nowa ustawa wprowadza możliwość unieważnienia postępowania w przypadku, gdy zamawiający uzna, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Ustawa nie określa żadnych wytycznych dotyczących tego, w jakich sytuacjach zamawiający może dojść do takiego przekonania. Jedynym warunkiem skorzystania z tej możliwości jest unieważnienie przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed terminem składania ofert.

Ważne!

Powyższa regulacja daje szerokie możliwości zamawiającym i może stanowić pole do nadużyć. Interpretacja tego przepisu zawsze powinna być dokonywana z uwzględnieniem celu, jakim jest zawarcie umowy z wykonawcą, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, co do którego nie zachodzą podstawy wykluczenia i który złożył najkorzystniejszą ofertę.

Decyzje zamawiającego powinny być podejmowane z uwagi na ten właśnie cel, wobec czego unieważnienie postępowania będzie mogło zostać uznane za prawidłowe, gdy właśnie ten cel postępowania odpadnie.

Raport z realizacji zamówienia

W kontekście przygotowania zamówienia warto wspomnieć o obowiązku przygotowania przez zamawiającego raportu z realizacji zamówienia. Obowiązek taki powstaje, jeśli podczas wykonywania zamówienia wystąpiły komplikacje wiążące się ze zwiększeniem kwoty wynagrodzenia, naliczeniem kary umownej, wystąpieniem znaczących opóźnień lub odstąpieniem od umowy przez którąś ze stron.

Jest to oczywiście możliwość dokonywana nie przed udzieleniem zamówienia, ale po zakończeniu jego realizacji. Jednak istotą tego dodatkowego obowiązku jest ułatwienie zamawiającym przygotowania kolejnych postępowań. Ma on na celu budowanie świadomości samych zamawiających, a przy okazji także pozostałych uczestników rynku zamówień publicznych, co do przyczyn i skutków realizacji zamówień w sposób niezgodny z pierwotnymi przewidywaniami. Takie raportowanie ma zapobiegać różnorodnym problemom w wykonywaniu zamówień w przyszłości.

Ustawodawca nie przewidział obowiązku publikacji takiego raportu. W praktyce raporty takie będą przechowywane w siedzibach zamawiających i będą używane na potrzeby właśnie przygotowania kolejnych postępowań, a także w trakcie kontroli zamówień przez odpowiednie instytucje. Istotne jest także to, że raport z realizacji zamówienia jest dokumentem jawnym, w związku z czym będzie mógł zostać udostępniony każdemu zainteresowanemu – w trybie dostępu do informacji publicznej. /o

PROCEDURY | Badanie zdolności do wykonania zamówienia

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców

Procedura w sprawie udzielenia zamówienia to proces eliminacji wykonawców, którzy nie posiadają zdolności dających rękojmię należytego wykonania zamówienia. Ocenia się na podstawie:

- podstaw wykluczenia – bada się rzetelność wykonawcy na podstawie okoliczności, które pozwalają ocenić, czy wykona on zamówienie prawidłowo i legalnie;
- warunków udziału w postępowaniu – bada się potencjał techniczny i finansowy (ekonomiczny), który posłuży wykonaniu zamówienia.

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców jest szczegółowo uregulowana w dyrektywie 2014/24/UE (dyrektywa klasyczna) – przepisy nowej ustawy nie mogły wprowadzić w tym zakresie zasadniczych zmian. Poniżej omawiam najistotniejsze kwestie z nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej nowe PZP).

Podstawy wykluczenia: obligatoryjne i fakultatywne

Są dwa rodzaje przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania: obligatoryjne oraz fakultatywne, które uregulowane zostały w art. 108 i 109 nowego PZP.

Przesłanki obligatoryjne dotyczą sytuacji, w których wykonawca albo członek jego organu został prawomocnie skazany za przestępstwo, na podstawie prawa polskiego lub prawa obcego, które odpowiada rodzajowi wskazanemu w dyrektywie klasycznej, oraz kiedy wobec wykonawcy wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie zdrowotne lub zaleganiu z opłatami o zamówienie i obejmuje je art. 108 ust. 1 pkt. 1–4 nowego PZP. Stosowanie podstaw wykluczenia, które są obligatoryjne



MIRELLA LECHNA-MARCHEWKA

radca prawny,
kancelaria Wardyński i Wspólnicy,
Nowe PZP komentarz żywy
(komentarzpzp.pl)

na poziomie unijnym, jest obowiązkowe.

Ponadto jako obligatoryjne utrzymano w ustawie przesłanki dotyczące sytuacji, kiedy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji oraz sytuacji, gdy doszło do zakłócenia konkurencji z powodu wcześniejszego zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania przetargowego (art. 108 ust. 1 pkt 5 i 6 nowego PZP).

Ważne!

W nowej ustawie – Prawo zamówień publicznych katalog przesłanek o charakterze obligatoryjnym jest tradycyjnie szerszy niż w dyrektywie, przy czym ustawa ogranicza listę przesłanek obligatoryjnych na poziomie krajowym w stosunku do poprzedniego PZP.

Pozostałe przesłanki wykluczenia są fakultatywne i wymieniono je w art. 109 nowego PZP.

Katalog ten jest obecnie szerszy niż w poprzednim PZP. Charakter obligatoryjny utraciły przesłanki dotyczące sytuacji, gdy: wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji na potrzeby kwalifikacji podmiotowej; wykonawca bezprawnie wpłynął lub próbował

wpłynąć na czynności zamawiającego lub próbował pozyskać informacje poufne mogące mu dać przewagę konkurencyjną w postępowaniu; wykonawca przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu. W nowym PZP znajdują się one w art. 109 ust. 1 pkt 8, 9 i 10.

Art. 109 ust. 1 pkt 1–7 wymienia pozostałe fakultatywne przesłanki wykluczenia, które dotyczą: zaległości w podatkach, opłatach lub składkach na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, w sytuacji braku prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji w tej sprawie; naruszenia przez wykonawcę lub członka jego organu obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy; likwidacji lub ogłoszenia upadłości wykonawcy; poważnego naruszenia obowiązków zawodowych; występowania konfliktu interesów oraz nienależytego wykonania wcześniejszego zamówienia.

Nowa przesłanka wykluczenia

W art. 108 ust. 2 nowego PZP wprowadzono nową obligatoryjną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przepis wymaga, aby zamawiający w postępowaniach o znacznej wartości wykluczali wykonawców, którzy w związku z brakiem możliwości ustalenia ich beneficjentów rzeczywistych udaremniają lub utrudniają stwierdzenie przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywają ich pochodzenie.

Takie ujęcie działania będącego podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania nie jest tożsame z pojęciem dopuszczania się przestępstwa prania pieniędzy, do którego odnosi się dyrektywa klasyczna, zwłaszcza że dyrektywa wymaga stwierdzenia tej okoliczności prawomocnym wyrokiem. Można więc postawić tej regulacji zarzut naruszenia zamkniętego charakteru listy przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Ponadto, w wielu przypadkach brak możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego nie będzie związany z udaremnianiem lub utrudnianiem stwierdzenia przestępnego pochodzenia

pieniędzy. Osoby prawne mają obowiązek wskazywać swoich beneficjentów rzeczywistych i wpisywać ich do Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych. Beneficjentami są tylko osoby fizyczne spełniające określone kryteria. Niemożność ustalenia beneficjenta jest niekiedy wynikiem obiektywnych okoliczności, np. w przypadku spółek, których głównymi właścicielami są fundusze emerytalne. Wówczas wpisowi do rejestru beneficjentów podlega członek zarządu i w takim przypadku obowiązek uważa się za zrealizowany. Dodatkowo przepis posługuje się pojęciem „pieniędzy”, tymczasem regulacje Anti Money Laundering mówią o „wartościach majątkowych”, które obejmują m.in. środki płatnicze, co prowadzi do niejasności, czy „pieniądz” odnosi się tylko do pieniądza gotówkowego, czy również bezgotówkowego, czy obejmuje np. kryptowaluty itp.

Ważne!

W przypadku braku możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego i zastosowania procedury z ustawy z 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, która nakazuje wpisanie do rejestru beneficjentów członków zarządu, przesłanka wykluczenia z postępowania polegająca na udaremnianiu lub utrudnianiu stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy w związku z brakiem możliwości stwierdzenia beneficjenta rzeczywistego z art. 108 ust. 2 nowego PZP nie wystąpi.

Realizacja uprawnień z rękoi - jako przesłanka wykluczenia

Ustawodawca krajowy może w ramach implementacji dyrektywy uszczegółowić treść przesłanek wykluczenia, żeby zminimalizować wątpliwości interpretacyjne przy ich stosowaniu. W przypadku przesłanki nienależytego wykonania wcześniejszego zamówienia ustawa zawiera uszczegółowienie pojęcia: inne sankcje, które dyrektywa określa jako podobne do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy czy odszkodowania. Według art. 109 ust. 1 pkt 7 nowego PZP są to: wykonanie zastępcze i realizacja uprawnień z tytułu rękoi za wady.

Wykonanie zastępcze ma swoje źródło w art. 480 kodeksu cywilnego (k.c.) i polega na podjęciu przez wierzyciela czynności zmierzających do wykonania zobowiązania ciążącego na dłużniku na jego koszt, gdy ten w określonym terminie nie wykona swego obowiązku. Możliwe jest także zawarcie upoważnienia do wykonania zastępczego w umowie, co wyłącza konieczność zwracania się o upoważnienie do sądu, jak tego wymaga artykuł 480 k.c., jednak nie zmienia istoty samej instytucji. Z tego względu, niezależnie od podstawy zaangażowania zastępczego wykonawcy,

następuje to zawsze w konsekwencji nienależytego wykonania zamówienia. Z tego względu możliwe, że spełniona zostanie przesłanka z dyrektywy co do sankcji porównywalnej z wypowiedzeniem umowy lub odszkodowaniem, o ile zaangażowanie wykonawcy zastępczego następuje w odniesieniu do znacznego niewykonania zamówienia i dotyczy istotnego zobowiązania.

Niezrozumiałe jest jednak ujęcie w przesłance wykluczenia realizowania uprawnień z tytułu rękoi za wady. Nie ma ono bowiem związku z instytucją sankcji i, jeśli obowiązki z wynikające z rękoi są realizowane, nie dochodzi do nienależytego wykonania zamówienia. Wątpliwe jest także spełnienie przez ten element wymogu istotności, bowiem roszczenia z tytułu rękoi mogą dotyczyć każdej wady, także nieistotnej.

Ważne!

Realizacja uprawnień z tytułu rękoi za wady jako element przesłanki wykluczenia jest niezgodna z dyrektywą klasyczną: nie stanowi instytucji o charakterze sankcji, jest bowiem elementem świadczenia wykonawcy zgodnie z treścią jego zobowiązania, które aktualizuje się w momencie ujawnienia się wady.

Zasada proporcjonalności przy ocenie podstaw wykluczenia

W art. 109 ust. 3 nowego PZP pojawia się odwołanie do kwestii „proporcjonalności”, jednak tej regulacji nie należy odczytywać jako adresującej obowiązek realizacji przez zamawiających zasady proporcjonalności w procesie oceny fakultatywnych podstaw wykluczenia, o którym wspomina motyw 101 dyrektywy klasycznej. Parametr oceny w postaci „oczywistej nieproporcjonalności” nawołuje bowiem do przepisu art. 57(3) akapit drugi dyrektywy klasycznej, który pozwala na odstępstwo od wykluczenia z postępowania wykonawcy posiadającego zaległości w podatkach lub składkach na ubezpieczenia społeczne w razie wyraźnej nieproporcjonalności takiego wykluczenia w stosunku do np. kwoty zaległości lub z uwagi na późną datę stwierdzenia zaległości w stosunku do daty złożenia oferty (wniosku).

Celem tego przepisu dyrektywy jest zatem wyartykułowanie szczególnej zasady w stosunku do oceny tej konkretnej podstawy wykluczenia dotyczącej zaległości w podatkach i to zarówno w przypadku przesłanki obligatoryjnej, jak i fakultatywnej. Nie jest rolą przepisu zaostreżenie testu proporcjonalności wyłącznie do stopnia „wyraźna” nieproporcjonalność przy ocenie innych fakultatywnych przesłanek wykluczenia – byłoby to sprzeczne z fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych, jaką jest zasada proporcjonalności.

Ważne!

Zasada proporcjonalności obowiązuje przy ocenie fakultatywnych podstaw wykluczenia

na podstawie ogólnych przepisów prawa zamówień publicznych, jak art. 16 nowego PZP, i ewentualne jej stopniowanie lub ograniczenie zastosowania do przypadków „oczywistej nieproporcjonalności” byłoby sprzeczne z dyrektywą klasyczną.

Nowe zasady self-cleaningu

Wykluczenie z postępowania nie jest formą sankcji za popełnione czyny, dlatego wykonawca, mimo iż dopuścił się działań podważających jego rzetelność i podlega wykluczeniu z postępowania, może się przed tym bronić, korzystając z procedury samooczyszczenia (tzw. self-cleaning).

Instytucja self-cleaningu uregulowana jest w art. 110 ust. 2 nowego PZP.

Samooczyszczenie nie jest możliwe, jeśli przesłanką wykluczenia jest:

- wydanie wobec wykonawcy prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne (art. 108 ust. 1 pkt 3),
- orzeczenie wobec wykonawcy zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne (art. 108 ust. 1 pkt 4),
- naruszenie przez wykonawcę obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne (art. 109 ust. 1 pkt 1).

Brak możliwości zastosowania samooczyszczenia, jeśli wykonawca zalega z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne jest uzasadniony, bowiem środkiem naprawczym w tym przypadku jest zapłata należności lub zawarcie porozumienia w sprawie ich spłaty.

Natomiast istotą zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne jest brak możliwości udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne do czasu upływu tego zakazu.

W wyniku nowelizacji nowego PZP z możliwości samooczyszczenia wyłączony jest także wykonawca, który był zaangażowany w przygotowanie postępowania (art. 108 ust. 1 pkt 6) oraz wykonawca w sytuacji konfliktu interesów (art. 109 ust. 1 pkt 6). Ustawa bowiem przyjmuje, że te przesłanki wykluczenia mają zastosowanie wyłącznie w danym postępowaniu (art. 111 nowego PZP) - nie na przyszłość.

Nowością w art. 110 w stosunku do poprzedniego PZP jest to, że wykonawca musi wykazać wymienione w przepisie przesłanki samooczyszczenia łącznie. Wcześniej wyliczenie wskazanych przesłanek miało charakter jedynie przykładowy.

Warunki udziału w postępowaniu

Warunki udziału w postępowaniu regulują art. 112-117 nowego PZP. Podstawowym wymogiem jest, aby były określone w sposób

CIĄG DALSZY NA STRONIE 10

CIAĞ DALSZY ZE STRONY 9

adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że rodzaj warunku udziału w postępowaniu oraz związane z nim wymogi, które musi spełnić wykonawca, powinny być uzasadnione wartością zamówienia, jego charakterystyką, zakresem oraz stopniem złożoności, jak również warunkami realizacji zamówienia. Wymóg proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza nie tylko, że nie mogą one być zbyt wysokie w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz również, że nie mogą być w stosunku do niego zbyt niskie. Warunki udziału w postępowaniu nie służą bowiem dopuszczeniu do udziału w postępowaniu jak największej liczby wykonawców, lecz dopuszczeniu jedynie tych, którzy są zdolni do należytej realizacji zamówienia.

Ważne!

Określając warunki udziału w postępowaniu, zamawiający powinien dążyć do równowagi pomiędzy dwiema kolidującymi ze sobą wartościami, tj. zapewnieniem szerokiej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia a koniecznością ochrony swoich potrzeb związanych z realizacją zamówienia przez kompetentny podmiot.

Warunki udziału zasadniczo pokrywają się z regulacją poprzedniego PZP i mogą dotyczyć:

- zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;
- uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jeżeli wynika to z odrębnych przepisów;
- sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- zdolności technicznej lub zawodowej;

Zdolność do występowania w obrocie gospodarczym

„Zdolność do występowania w obrocie gospodarczym” (art. 113) zastąpiła „kompetencję do prowadzenia określonej działalności zawodowej”, którym to pojęciem posłużono się w poprzednim PZP. Użyte wcześniej sformułowanie było niefortunne i sugerowało, że dotyczy wiedzy i doświadczenia wykonawcy, które weryfikowane są jako odrębny warunek udziału w postępowaniu w ramach zdolno-

ści technicznej lub zawodowej z art. 116 ust. 1 nowego PZP.

Warunek dotyczy wpisu wykonawcy do rejestru zawodowego lub handlowego w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Rejestrem wykonawców polskich w tym przypadku jest Krajowy Rejestr Sądowy (KRS) lub dla osób fizycznych Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej (CEIDG).

Sytuacja ekonomiczna i finansowa

W art. 115 nowego PZP doprecyzowano za dyrektywą klasyczną, że weryfikacji w ramach warunków udziału w postępowaniu może podlegać sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia. Katalog okoliczności, które zamawiający może badać dla oceny sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jest otwarty. Do najczęściej stawianych wymogów należy zwłaszcza posiadanie przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych. W poprzednim PZP możliwość określenia takiego wymogu nie została wprost wskazana w katalogu ustawowym – jedynie w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów.

Zamawiający może wymagać, aby wykonawcy mieli określone minimalne roczne przychody, w tym określone minimalne roczne przychody w zakresie działalności objętej zamówieniem. Analogiczny wymóg w poprzednim brzmieniu odnosił się do „minimalnego rocznego obrotu”, co stwarzało problemy z interpretacją tego pojęcia, bowiem „obrót” nie jest wyodrębniany w sprawozdaniu finansowym. W związku z powyższym już na gruncie poprzedniego PZP postulowano, aby pojęcie to rozumieć jako przychód osiągany przez wykonawcę. Zasada jest, że górną granicą wysokości maksymalnego przychodu osiąganego przez wykonawcę, którego może wymagać zamawiający, jest dwukrotna wartość zamówienia.

Ważne!

Zamawiający może wymagać, aby minimalne roczne przychody wykonawcy przekraczały dwukrotność wartości zamówienia tylko w wyjątkowych sytuacjach. Musi wtedy wyjaśnić w dokumentach zamówienia powody określenia takiego warunku udziału w postępowaniu.

Zdolności techniczne i zawodowe

Zasadą jest, że zamawiający może weryfikować wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i potencjał techniczny zarówno w odniesieniu do samych wykonawców, jak i do osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (art. 116 nowego PZP). Wymogi określone przez zamawiającego w ramach omawianego warunku udziału w postępowaniu mają służyć zapewnieniu, że dopuszczeni do udziału w postępowaniu wykonawcy i ich podwykonawcy będą zdolni do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

W ustępie 2 art. 116 nowego PZP wprowadzono, za dyrektywą klasyczną, że zamawiający może uznać, iż dany wykonawca nie ma wymaganych zdolności zawodowych, jeżeli ustali, że wykonawca ma sprzeczne interesy, które mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Ustawa jako przykład sytuacji „sprzecznych interesów” wskazuje zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia, przy czym jest to wskazanie jedynie przykładowe.

Ważne!

Weryfikacja faktycznego zaangażowania wykonawcy w inne przedsięwzięcia służy ustaleniu, czy wykonawca posiada rzeczywistą zdolność do realizacji zamówienia, bowiem ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału nie powinna służyć jedynie formalnemu potwierdzeniu posiadania odpowiednich zasobów i doświadczenia.

Obowiązek osobistego świadczenia przez członka konsorcjum

Od czasu wyroku TSUE w sprawie C-387/14 Esaprojekt zmieniono praktykę w zamówieniach publicznych i wykonawca indywidualnie biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może powoływać się na doświadczenie grupy wykonawców, której był członkiem przy realizacji innego zamówienia publicznego, jeżeli faktycznie i konkretnie w jego realizacji nie uczestniczył. Nowe PZP w tym zakresie idzie dalej i w art. 117 ust. 2 oraz ust. 3 zobowiązuje członków konsorcjum do osobistego wyko-

niania części zamówienia, do których realizacji wymagane są zdolności przedłożone przez te podmioty na etapie postępowania na potrzeby oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie: uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej oraz wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia.

Przepisy art. 117 ust. 2 i 3 nowego PZP zostały sformułowane w taki sposób, że wprowadzają warunek co do możliwości polegania na zdolnościach poszczególnych członków konsorcjum w postaci rzeczywistego zaangażowania danego członka w etap realizacji odpowiedniej części zamówienia. Na etapie postępowania obowiązuje dodatkowy wymóg złożenia oświadczenia wykonawcy, jako załącznika do wniosku lub oferty, z którego wynika przypisanie określonym członkom konsorcjum obowiązku wykonania poszczególnych części zamówienia.

Ważne!

Członek konsorcjum, który dostarcza potencjał na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej czy wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, ma obowiązek osobiście wykonać tę część zamówienia, dla której te zdolności są wymagane.

Udostępnianie zasobów

Prawo zamówień publicznych nie wymaga, by wykonawca był w stanie spełnić świadczenie bezpośrednio i z wykorzystaniem własnych zasobów. Wykonawca może polegać na zdolności innych podmiotów. Regulacja w tym zakresie zawarta jest w art. 118-123 nowego PZP.

Wykonawca może polegać na zasobach podmiotów trzecich w zakresie zdolności technicznych i zawodowych oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 112 ust. 2 pkt 3-4 nowego PZP. Wykonawca nie może zatem spełnić w ten sposób warunków wymaganych innymi przepisami, jak zdolność do występowania w obrocie gospodarczym albo posiadanie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej czy zawodowej (tj. warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 112 ust. 2 pkt 1-2

nowego PZP). Wynika to stąd, że tylko pomiędzy wykonawcą a zamawiającym istnieje stosunek obligacyjny, w ramach którego wyłącznie wykonawca oferuje zamawiającemu świadczenie w wykonaniu zamówienia publicznego i musi wobec tego posiadać zarówno zdolność do samodzielnego występowania w obrocie gospodarczym, jak i uprawnienia do prowadzenia działalności objętej zamówieniem.

Ważne!

Art. 118 nowego PZP rozstrzyga, że poleganie na potencjale podmiotów trzecich może nastąpić także na potrzeby oceny wniosku czy oferty wykonawcy w zakresie kryteriów selekcji.

Jeśli wykonawca nie ma własnych zdolności (w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych czy doświadczenia), aby spełnić warunki udziału w postępowaniu, i w tym celu korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, to musi zapewnić udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w zakresie robót budowlanych lub usług, do których te zdolności są wymagane. Przepis art. 118 ust. 2 nowego PZP przesądza zatem, że w zakresie robót budowlanych lub usług, do których realizacji niezbędne są zasoby dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia podmiotu trzeciego, podmiot taki staje się podwykonawcą zamówienia. Wykonawca ma obowiązek przekazać do postępowania stosowny dowód na tę okoliczność w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny dowód w rozumieniu nowego PZP, że wykonawca, realizując zamówienie, będzie dysponował tymi zasobami.

Na podstawie art. 119 nowego PZP podmioty trzecie podlegają weryfikacji w ramach przesłanek wykluczenia, skoro mają one obowiązek uczestniczyć w realizacji zamówienia, a weryfikacja podstaw wykluczenia służy właśnie ustaleniu, czy dany podmiot jest zdolny do wykonania zamówienia w sposób efektywny i legalny. Podobna regulacja znajduje się w art. 462 ust. 5, 6 i 7 nowego PZP w stosunku do podwykonawców lub dalszych podwykonawców nieudostępniających potencjału, lecz w takim przypadku badanie podstaw wykluczenia nie jest obowiązkowe.

Ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu na podstawie potencjału podmiotu trzeciego w zakresie wykształcenia, kwalifi-

kacji zawodowych lub doświadczenia odbywa się na podstawie typowych dokumentów przedstawionych na dowód spełnienia tych warunków w porównaniu z treścią zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, jakie wykonawca ma obowiązek przedłożyć do postępowania na podstawie art. 118 ust. 4 nowego PZP. Jeśli treść zobowiązania nie potwierdza, że wykonawca rzeczywiście dysponuje zasobami podmiotu trzeciego w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia – warunek lub warunki udziału w postępowaniu nie zostaną wykazane.

W zakresie udostępnienia przez podmiot trzeci zasobów finansowych lub ekonomicznych, art. 120 nowego PZP wprowadza odpowiedzialność solidarną ex lege podmiotu trzeciego i wykonawcy, jeśli dane zasoby nie zostaną udostępnione na potrzeby realizacji zamówienia i zamawiający poniesie przez to szkodę. Podmiot trzeci może się zwolnić z odpowiedzialności, jeśli wykaze, że nie ponosi winy za nieudostępnienie zasobów.

Zmiana struktury podmiotowej oferty

Wykonawca, który od początku posiłkuje się w postępowaniu potencjałem podmiotu trzeciego, ma prawo w toku postępowania dokonać zmiany w strukturze podmiotowej swojej oferty. Jeśli zasoby podmiotu trzeciego nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub wobec tego podmiotu zachodzą przesłanki wykluczenia, wykonawca ma obowiązek albo zastąpić podmiot trzeci innym podmiotem lub innymi podmiotami, albo wskazać własny potencjał na potrzeby oceny warunków w postępowaniu.

Ważne!

W przypadku polegania na potencjale podmiotu trzeciego odpowiedzialność za istnienie zdolności na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub za brak podstaw wykluczenia spoczywa

wyłącznie na podmiocie trzecim, to on bowiem zadeklarował, że osobiście posiada dane zasoby lub że nie znajduje się w sytuacji wykluczenia z postępowania.

Do zmiany struktury oferty nie może dojść, jeśli podmiot trzeci nie spełnia kryteriów selekcji – w takiej sytuacji po prostu oferta wykonawcy nie uzyskuje dodatkowych punktów.

Nie ma podstaw do zastąpienia podmiotu trzeciego, jeśli przy udostępnianiu potencjału odnośnie do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów nie potwierdza, że zrealizuje on roboty lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Wtedy ma miejsce niewykazanie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę.

Podmiotowe środki dowodowe

Podmiotowe środki dowodowe służą potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia wstępnego. Nowością w stosunku do poprzedniego PZP jest nadanie wskazanym dokumentom powyższej nazwy.

Zakres żądania podmiotowych środków dowodowych różni się w zależności od tego, czego dotyczy weryfikacja na ich podstawie: zamawiający zawsze żąda ich przedłożenia na potrzeby badania podstaw wykluczenia, przynajmniej w zakresie przesłanek obligatoryjnych. Natomiast żądanie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie jest obowiązkowe, chociaż weryfikacja taka w praktyce przeważnie ma miejsce. Kryteria selekcji mogą zostać określone przez zamawiających w postępowaniach dwu- lub więcej etapowych, w celu ograniczenia liczby wykonawców, których zama-

wiający zaprosi do następnego etapu.

Na formularzu JEDZ

W postępowaniach o wartości powyżej progów unijnych oświadczenie wstępne składa się na formularzu JEDZ. Dokument ten, określony w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, ma tożsamą treść we wszystkich krajach członkowskich. Powoduje to pewne rozbieżności językowe w zakresie treści przesłanek wykluczenia oraz warunków udziału w postępowaniu wskazanych w JEDZ (które posługują się tekstem z dyrektywy), a tymi funkcjonującymi w prawie krajowym.

W nowej ustawie PZP ograniczono katalog obligatoryjnych przesłanek wykluczenia i w dużej mierze dostosowano treść przepisów z art. 108 i 109 do odpowiedników z dyrektywy, co powinno ułatwić wykonawcom wypełnianie formularza JEDZ, podobnie jak wszystkie inne dokumenty w postępowaniach o wartości powyżej progów unijnych, składany jest w formie elektronicznej opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. JEDZ wypełnia się, uzupełniając brakujące pola w szablonie stanowiącym załącznik nr 2 do rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, udostępnianym przez zamawiającego bądź korzystając z elektronicznego narzędzia dostępnego pod adresem: <http://espd.uzp.gov.pl/>.

Podmiotowych środków dowodowych nie składa się, jeśli zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (DzU z 2019 r., poz. 700 ze zm.) lub je posiada.

Ważne!

Wykonawca jest zwolniony ze złożenia określonych podmiotowych środków dowodowych, jeśli wskaze w JEDZ, w jaki sposób zamawiający może samodzielnie uzyskać dostęp do tych środków (np. wskaze adres strony internetowej). /@

Podmiotowe środki dowodowe

Wykonawca załącza do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, które ma na celu wstępne potwierdzenie, że wobec wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia i że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji określone przez zamawiającego. Na potwierdzenie tych okoliczności podmiotowe środki dowodowe jest natomiast zobowiązany złożyć co do zasady jedynie wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. ■

TRYB PODSTAWOWY | Zamawiający decyduje o sposobie wyboru wykonawcy

Postępowania klasyczne o wartości mniejszej niż progi unijne

Wylączenie do odrębnej procedury postępowań klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne jest największą nowością nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych (nowe PZP). Postępowaniom tym poświęcono cały dział III i określono dla nich nowy tryb procedury: tryb podstawowy. Przepisy działu III mają zastosowanie do postępowań prowadzonych przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4.

Uregulowanie działu III nie jest kompleksowe i w efekcie do zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się wiele przepisów działu II, odnoszącego się do postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Zasadniczo zatem przepisy mające zastosowanie do zamówień klasycznych na podstawie działu II i III są wspólne, a występujące odmienności są naturalną konsekwencją odrębności trybu podstawowego. **► patrz tabelka na następnej stronie.**

Publikacja ogłoszeń

Ogłoszenia w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne publikuje się w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP). Zamawiający ma obowiązek przechowywać dowód zamieszczenia ogłoszenia. Naruszenie obowiązku

**ANNA PRIGAN**

radca prawny,

kancelaria Wardyński i Wspólnicy,
redaktor naczelna komentarza żywego
do nowego PZP (komentarzpzp.pl)

publikacji nie tylko może zostać zaskarżone odwołaniem, ale też może doprowadzić do unieważnienia zawartej umowy.

Zgodnie z art. 270 nowego PZP zamawiający może udostępniać ogłoszenia o zamówieniach nie tylko w BZP. Dodatkowe udostępnienie ogłoszenia może przyczynić się do zwiększenia ilości ofert. Zamawiający może w szczególności opublikować ogłoszenie dodatkowo na swojej stronie internetowej oraz w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w formie i zgodnie z procedurami ustanowionymi przez Komisję Europejską. Ale miejscem publikacji może być także czasopismo, portal internetowy czy tablica ogłoszeń. Ustawa pozostawia w tym względzie zamawiającemu pełną dowolność.

Decydując się na dodatkową publikację, zamawiający musi jednak stosować się do następujących zasad:

- ogłoszenie w BZP zawsze musi być zamieszczone jako pierwsze, dopiero potem można publikować w innych miejscach,
- ogłoszenia udostępnione dodatkowo muszą być spójne z treścią ogłoszenia w BZP: nie można zamieszczać sprzecznych informacji ani informacji w innym zakresie,
- ogłoszenia udostępnione dodatkowo muszą wskazywać datę zamieszczenia ogłoszenia w BZP; ten ostatni obowiązek ma zapewnić realizację pierwszej zasady: ogłoszenie w BZP zawsze musi być pierwsze,
- zamawiający może zmienić każde ogłoszenie opublikowane w BZP,
- jeżeli zmiana ogłoszenia dotyczy ogłoszenia o zamówieniu, to zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach albo ofertach, jeżeli jest to konieczne.
- w razie istotnej zmiany przedłużenie terminu jest obowiązkowe,
- publikacja zmiany ogłoszenia w dodatkowym miejscu następuje niezwłocznie po publikacji zmiany w BZP.

Po zamieszczeniu ogłoszenia w BZP zamawiający może poinformować o wszczęciu postępowania znanych sobie wykonawców bezpośrednio, jeżeli uważa, że są potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu ze względu na jego przedmiot.

Weryfikacja wykonawców

W postępowaniach o wartości mniejszej, niż progi unijne zamawiający może określić, że jedynym środkiem weryfikacji podmiotowej wykonawców jest oświadczenie wstępne, które dołącza się do oferty.

” Postępowania o udzielenie klasycznego zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż progi unijne odtąd będą prowadzone w trybie podstawowym, który wiąże się z mniejszym formalizmem, a co za tym idzie – z niższymi kosztami udziału w postępowaniu dla wykonawców.

Zamówienia klasyczne – odrębności regulacji z działów II i III nowego PZP

Do postępowań prowadzonych zgodnie z przepisami działu III nie mają zastosowania następujące regulacje działu II	Do postępowań prowadzonych zgodnie z przepisami działu III stosuje się następujące regulacje działu II
■ obowiązek dokonania przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania analizy potrzeb i wymagań, ■ przepisy o ogłoszeniach, publikatorze, formie i rodzajach ogłoszeń, ■ przepis określający próg wartości wadium na poziomie 3 proc. (w postępowaniach krajowych maksymalne wadium to 1,5 proc.), ■ obowiązek żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, ■ obowiązek złożenia JEDZ, ■ obowiązek żądania podmiotowych środków dowodowych od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona (zasady składania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji są uregulowane odmiennie), ■ przepisy o trybach postępowania (postępowania krajowe zasadniczo prowadzi się w nowym trybie, nieznanym poprzedniemu PZP, zwanym podstawowym, uregulowanym w art. 275–296), ■ wszczęcie postępowania w sposób określony w art. 130, ■ terminy związania ofertą określone w art. 220, ■ terminy zawarcia umowy i sposób publikacji ogłoszenia o zawarciu umowy.	■ zakresie spraw, ■ wyłączeniach stosowania ustawy, ■ zasadach udzielania zamówień, ■ polityce zakupowej państwa i o planowaniu postępowań, ■ zamówieniach o charakterze mieszanym, ■ szacowaniu wartości zamówienia, ■ zamawiającym i wykonawcach (rozdział 6 działu II), ■ sposobach komunikacji zamawiającego z wykonawcami, ■ dokumentowaniu przebiegu postępowania, ■ wstępnych konsultacjach rynkowych przed wszczęciem postępowania, ■ ustalaniu niektórych warunków zamówienia zgodnie z art. 91–96, ■ wadium, formach jego wnoszenia i podstawach zatrzymania, ■ opisie przedmiotu zamówienia, ■ przedmiotowych środkach dowodowych, ■ podstawach wykluczenia z postępowania, ■ warunkach udziału w postępowaniu, ■ obowiązek złożenia oświadczenia wstępnego, o którym mowa w art. 125 ust. 1, chociaż nie w formie JEDZ, ■ braku obowiązku składania podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający już posiada, ■ wzywaniu do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, ■ składaniu, otwarciu i ocenie ofert, ■ aukcji elektronicznej, ■ wyborze najkorzystniejszej oferty, ■ zakończeniu postępowania, w tym unieważnieniu z drobnymi modyfikacjami.

Zamawiający nie ma obowiązku żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie zarówno spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, jak i braku podstaw wykluczenia. Jest to ułatwienie w stosunku do postępowań o wartości równej lub większej od progów unijnych, w których wymagane podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia jest obowiązkowe.

Informację o wymogu przedstawienia podmiotowych środków

dowodowych w określonym przez siebie zakresie zamawiający zamieszcza albo w specyfikacji warunków zamówienia (w trybie podstawowym) prowadzonym w wariantcie pierwszym lub drugim), albo w opisie potrzeb i wymagań (w trybie podstawowym w wariantcie trzecim).

Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 nowego PZP, zwane potocznie oświadczeniem wstępnym, nie mieści się w kategorii podmiotowych środków dowodowych. Jego złożenie jest obowiąz-

kowe bez względu na wartość zamówienia. W trybie podstawowym jest ono składane w zakresie określonym przez zamawiającego, w trybach zaś właściwych dla postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne – na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Oświadczenie wstępne mówi o sytuacji podmiotowej wykonawcy, to jest o niepodleganiu wykluczeniu oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryte-

riów selekcji. jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych, jeśli wykonawca w oświadczeniu wstępnym wskazał dane umożliwiające dostęp do tych środków.

Zamawiający może każdym czasie wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, a także gdy zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio środki są nieaktualne. Tak więc zamawiający, który w dokumentach zamówienia określił, że wymaga złożenia podmiotowych środków dowodowych, może zażądać ich przedłożenia nie tylko od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, ale może na każdym etapie postępowania wezwać do ich złożenia wszystkich wykonawców, jeżeli jest to niezbędne.

Tryb podstawowy

Postępowania klasyczne o wartości mniejszej niż progi unijne są prowadzone w nowym trybie postępowania – w trybie podstawowym. W ramach trybu podstawowego ustawodawca przewidział trzy warianty w zależności od tego, czy w ramach procedury udzielania zamówień publicznych zamawiający przewiduje przeprowadzenie negocjacji z potencjalnymi wykonawcami.

1. Pierwszym wariantem jest wybór wykonawcy bez przeprowadzenia negocjacji, analogicznie do przetargu nieograniczonego (tryb podstawowy bez negocjacji).

2. Drugi wariant przewiduje możliwość negocjacji ofert, co nie jest równoznaczne z obowiązkiem negocjacji (tryb podstawowy z możliwością negocjacji). Prowadzenie negocjacji ofert jest fakultatywne, stąd zamawiający, mimo że przewidział możliwość negocjacji, może dokonać wyboru oferty bez ich rzeczywistego przeprowadzenia.

3. W trzecim wariantcie przeprowadzenie negocjacji przed wyborem oferty jest obligatoryj-

Uprawnienia zamawiającego

Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż pięć dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych,

Co mówią przepisy – nowe PZP

Artykuł 275. Zamawiający udziela zamówienia w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający:

- 1) wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji albo
- 2) może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych, albo
- 3) prowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych. ■

CIĄG DALSZY ZE STRONY 13

nym elementem postępowania (tryb podstawowy z negocjacjami). Wariant ten wykazuje więc podobieństwo do trybu negocjacji z ogłoszeniem mającym zastosowanie do zamówień równych lub powyżej progów uniijnych.

Momentem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym jest zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w BZP. Celem wprowadzenia trybu podstawowego jest zapewnienie zamawiającym odpowiedniej elastyczności, umożliwiającej optymalną organizację procesu udzielania zamówienia publicznego.

Zamawiający jest zobowiązany do sporządzenia SWZ w trybie podstawowym bez negocjacji oraz z możliwością negocjacji. W trybie podstawowym w wariancie trzecim zamawiający sporządza opis potrzeb i wymagań, SWZ zaś sporządza po przeprowadzeniu negocjacji.

Specyfikacja warunków zamówienia

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym zamawiający udostępnia SWZ w przypadku, gdy prowadzone postępowanie jest jednostopniowe, a więc wykonawcy „od razu” składają oferty, bądź gdy dopuszczalne negocjacje nie prowadzą do zmiany treści SWZ i dotyczą wyłącznie elementów treści ofert podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert (**wariant 1 i 2**). W wariancie 3 zamawiający udostępnia jedynie opis potrzeb i wymagań.

SWZ lub opis potrzeb i wymagań powinien zostać przez zamawiającego udostępniony co do zasady od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w BZP.

Opis potrzeb i wymagań musi być dostępny na stronie internetowej prowadzonego postępowania nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia. Zamawiający może udostępnić SWZ lub opis potrzeb i wymagań wykonawcom w inny sposób, który musi wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, gdy wystąpią przeszkody określone art. 65 nowego PZP, w szczególności związane z trudnościami technicznymi, ograniczeniami licencji, zagrożeniem naruszenia bezpieczeństwa środków komunikacji elektronicznej albo potrzebą ochrony informacji szczególnie wrażliwych.

Obowiązkowe minimalne elementy SWZ to:

- nazwa i adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania;
- adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia;
- tryb udzielenia zamówienia, opis przedmiotu zamówienia, termin wykonania zamówienia;
- projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy;
- informacje o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których zamawiający będzie komunikował się z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej;
- informacje o sposobie komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w inny sposób niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w przypadku zaistnienia jednej z sytuacji określonych w art. 65 ust. 1, art. 66 i art. 69;
- wskazanie osób uprawnionych do komunikowania się z wykonawcami;

SWZ – fakultatywne elementy

Informacje fakultatywne specyfikacji warunków zamówienia charakterystyczne dla trybu podstawowego są następujące:

- zamawiający może, ale nie musi, stawiać warunków udziału w postępowaniu; jeżeli ich przewiduje, to zgodnie z art. 281 ust. 2 pkt 2 informację o tym zawiera w SWZ; w konkurencyjnych trybach zamówień o wartości równej lub wyższej od progów uniijnych informacja o warunkach udziału w postępowaniu jest obowiązkowym elementem każdej SWZ (art. 134 ust. 1 pkt 8);
- zgodnie z art. 273 ust. 1 zamawiający może, ale nie musi, wymagać złożenia podmiotowych środków dowodowych; jeżeli przewiduje obowiązek ich złożenia, to zgodnie z art. 281 ust. 2 pkt 3 informację o tym zawiera w SWZ; w konkurencyjnych trybach zamówień o wartości równej lub wyższej od progów uniijnych wykaz podmiotowych środków dowodowych jest obowiązkowym elementem każdej SWZ (art. 134 ust. 1 pkt 9);
- zgodnie z art. 281 ust. 3 w trybie podstawowym w wariancie 2 SWZ zawiera też informację, czy zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do negocjacji, stosując kryteria oceny ofert. Możliwość tę daje mu art. 288 ust. 1, przy czym informacja ta jest również fakultatywnym elementem SWZ w postępowaniu prowadzonym w przetargu ograniczonym (zgodnie z art. 142 ust. 2 pkt 3), a w postępowaniach prowadzonych w trybie negocjacji z ogłoszeniem, w dialogu konkurencyjnym oraz w trybie podstawowym w wariancie trzecim jest informacją umieszczaną w ogłoszeniu o zamówieniu lub w opisie potrzeb i wymagań;
- zgodnie z art. 107 ust. 1, jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, ma obowiązek określenia tego w SWZ. ■

- termin związania ofertą;
- opis sposobu przygotowania oferty, sposób oraz termin składania ofert, termin otwarcia ofert;
- podstawy wykluczenia, przy czym w przypadku trybu podstawowego chodzi wyłącznie o te podstawy, o których mowa w art. 108 ust. 1, w przypadku zaś przetargu nieograniczonego, w przypadku zamówień o dużej wartości może wchodzić również w grę podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 2;
- sposób obliczenia ceny;
- opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert;
- informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy.

SWZ może zawierać również inne elementy obowiązkowe, związane z zastosowaniem przez zamawiającego fakultatywnych elementów postępowania lub wymogów. Są one zasadniczo takie same, jak fakultatywne elementy SWZ przewidziane przetargu nieograniczonego.

Opis potrzeb i wymagań

W trybie podstawowym w wariancie 3 SWZ powstaje na późniejszym

etapie postępowania. W dacie ogłoszenia o zamówieniu zamawiający udostępnia opis potrzeb i wymagań, którego zawartość jest mniej szczegółowa, niż zawartość SWZ. Informacje zawarte w opisie potrzeb i wymagań muszą być jednak wystarczająco precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu zamówienia oraz podjęcie decyzji co do złożenia oferty podlegającej negocjacji. Zakres informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań jest węższy niż podawany w SWZ, a różnice dotyczą:

- braku informacji o możliwości negocjowania oferty, ponieważ negocjacje są obowiązkowe,
- braku opisu przedmiotu zamówienia, w miejsce którego określa się przedmiot zamówienia i opisuje potrzeby zamawiającego i cechy charakterystyczne dostaw, robót budowlanych lub usług, stanowiące przedmiot zamówienia;
- braku projektowanych postanowień umowy i informacji o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy;
- braku informacji o terminie wykonania zamówienia, w miejsce której należy określić minimalne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia, niepodlegające negocjacji, które muszą spełnić wszystkie oferty;
- braku oznaczenia terminu związania ofertą oraz informacji o sposobie obliczenia ceny;
- możliwości niepodawania wag kryteriów oceny ofert, a podanie wyłącznie kryteriów oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

Opis potrzeb i wymagań powinien również zawierać wszystkie informacje o fakultatywnych elementach procedury, tak jak SWZ zgodnie z art. 281 ust. 2 nowego PZP, z wyjątkiem wymagań dotyczących wadium. Na tym etapie postępowania, kiedy nie ma jeszcze definitywnej decyzji o przedmiocie i zakresie zamówienia, nie sposób ustalić jego wartości, a co za tym idzie, określić wartości wadium.

W efekcie opis potrzeb i wymagań jest dokumentem mimo wszystko dość kompleksowym. Jego najistotniejszym elementem jest określenie minimalnych wymagań, które nie podlegają negocjacji i są niezmiennie w toku postępowania. SWZ opublikowana w wyniku negocjacji SWZ nie może zawierać postanowień, które pro-

wadzą do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań.

Ważne!

Termin składania ofert w przypadku dostaw i usług nie może być krótszy niż siedem dni, a w przypadku robót budowlanych – nie może być krótszy niż 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w BZP. Terminy powinny być jednak wyznaczane adekwatnie do złożoności zamówienia i czasu potrzebnego na przygotowanie ofert.

Wyjaśnianie dokumentów zamówienia

Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie odpowiednio treści SWZ albo opisu potrzeb i wymagań. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na dwa dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści odpowiednio SWZ albo opisu potrzeb i wymagań wpłynął do zamawiającego nie później niż na cztery dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom. Jeżeli zamawiający nie udzieli wyjaśnień w terminie, przedłuża termin składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom. A jeśli wniosek o wyjaśnienie treści SWZ albo opisu potrzeb i wymagań wpłynął zbyt późno, zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień.

Zważywszy, że minimalne terminy składania ofert w trybie podstawowym są krótkie i wynoszą odpowiednio 7 i 14 dni, to czas, w którym wykonawca musi zbadać treść SWZ lub opisu potrzeb i wymagań, jest bardzo krótki. Krótki jest też czas, w którym musi przekazać swoją odpowiedź zamawiający: nie później niż na dwa dni przed upływem terminu składania ofert bądź też ofert podlegających negocjacom. Do przedłużenia terminu składania ofert wskutek udzielonych odpowiedzi może dojść zarówno z po-

Negocjacje w trybie podstawowym

Negocjacje ofert w wariancie 2:

- nie mogą prowadzić do zmiany treści SWZ;
- dotyczą wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.

Negocjacje ofert w wariancie 3:

- nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań;
- mogą dotyczyć warunków zamówienia, w celu podniesienia jego efektywności

wodu spóźnionej odpowiedzi, jak i z powodu zmiany wprowadzanej do SWZ lub opisu potrzeb i wymagań, jeśli dodatkowy czas jest niezbędny na zapoznanie się ze zmianą i przygotowanie oferty.

Zamawiający może też zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia treści odpowiednio SWZ albo opisu potrzeb i wymagań. Zamawiający sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści odpowiednio SWZ albo opisu potrzeb i wymagań oraz odpowiedzi na nie, bez wskazywania źródeł zapytań. Informację z zebrania udostępnia się na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Zebranie może zostać zwołane w każdym wariancie trybu podstawowego.

Negocjacje ofert

W trybie podstawowym z negocjacjami rozmowy z wykonawcami prowadzone są w szerszym zakresie, niż w trybie z możliwością negocjacji, bo mają one prowadzić nie tylko do uzyskania lepszej oferty od potencjalnych wykonawców, ale także do ostatecznego ukształtowania istotnych warunków zamówienia. Zatem gdy zamawiający nie jest w stanie samodzielnie określić warunków zamówienia ze względu na swoje potrzeby lub specyfikę przedmiotu zamówienia, wybiera trzeci wariant trybu podstawowego umożliwiający wspólne z zainteresowanymi podmiotami ustalenie precyzyjnych warunków zamówienia.

Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3. Wskazuje wówczas kryteria oceny ofert, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji ofert, oraz podaje maksymalną liczbę wykonawców, któ-

rych zaprosi do negocjacji ofert. Ofertę wykonawcy niezaprośzonego do negocjacji uznaje się za odrzuconą.

Negocjacje w wariancie 2

W wariancie 2, kiedy zamawiający przewidział w SWZ, że do wyboru najkorzystniejszej oferty może dojść w wyniku negocjacji, po ocenie otrzymanych ofert decyduje, czy rzeczywiście będzie prowadzić negocjacje z wykonawcami. Może być bowiem tak, że zamawiający, choć początkowo zakładał, że będzie jeszcze negocjował treść otrzymanych ofert, uzna je za na tyle atrakcyjne (na przykład w zestawieniu z zakładanym budżetem, przeznaczonym na realizację zamówienia, albo też w kontekście zaoferowanych mu warunków realizacji zamówienia), że etap negocjacji wyda mu się zbędny. W takim przypadku zamawiający może po prostu wybrać najkorzystniejszą ofertę i zrezygnować z etapu negocjacji.

Jeżeli liczba niepodlegających odrzuceniu ofert jest mniejsza niż 3, zamawiający kontynuuje postępowanie. Może wówczas prowadzić negocjacje. Zasadniczo chodzi tu o sytuację, w której w negocjacjach weźmie udział dwóch wykonawców. Oczywiście prowadzenie negocjacji z jednym wykonawcą jest teoretycznie możliwe, ale trudno sobie wyobrazić, aby wobec braku konkurencji wykonawca taki był skłonny do polepszenia swojej oferty.

Negocjacje są prowadzone z zachowaniem zasady równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zasady poufności. Jednak przed negocjacjami można zgodnie z art. 291 ust. 1 nowego PZP zapoznać się z treścią pozostałych ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wraz z załącznikami, aby na ich podstawie wykonawca mógł kształtować ulepszenie

swojej oferty w toku prowadzonych z zamawiającym negocjacji. Po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych, w których wykonawcy mogą polepszyć swoje oferty w odniesieniu do ocenianych kryteriów, ale nie mają takiego obowiązku: mogą pozostać przy pierwotnie zaoferowanych warunkach oferty.

Negocjacje w wariancie 3

W postępowaniu w trybie podstawowym w **wariancie 3** zamawiający ma obowiązek negocjować treść złożonych ofert w celu ich ulepszenia.

Jeżeli liczba ofert niepodlegających odrzuceniu jest mniejsza niż trzy, zamawiający może albo prowadzić negocjacje, albo unieważnić postępowanie z uwagi na zbyt małą konkurencję. Oznacza to, że zamawiający może dokończyć postępowanie i udzielić zamówienia nawet wówczas, gdy została złożona tylko jedna oferta.

Negocjacje nie mogą prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań. Mogą za to dotyczyć nie tylko elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, ale również warunków zamówienia w celu podniesienia jego efektywności.

Negocjacje są prowadzone z zachowaniem zasady równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zasady poufności. Poufności objęte są również oferty podlegające negocjacjom: nie udostępnia się treści tych ofert ani załączników do nich aż do dnia otwarcia ofert ostatecznych. Negocjacje prowadzone są tak długo, aż dojdzie do doprecyzowania i uzupełnienia wszystkich warunków zamówienia podlegających negocjacjom, w efekcie czego może powstać SWZ. W oparciu o SWZ wykonawcy składają oferty ostateczne, na zaproszenie zamawiającego kierowane do wykonawców po zakończeniu negocjacji.

Treść takiego zaproszenia jest znacznie bardziej rozbudowana niż analogiczne zaproszenie w wariancie drugim. W zaproszeniu wskazane jest miejsce, w którym jest dostępna SWZ i inne dokumenty zamówienia, oraz podane są kryteria oceny ofert i niezbędne dokumenty, jakie muszą zostać załączone do oferty, w tym podmiotowe środki dowodowe. /©

