

Grzegorz Wicik

Franciszek Łapecki

EKSPERTYZA

*Wsparcie małych i średnich przedsiębiorstw
oraz wykorzystanie negocjacji w celu uzyskania rozwiązań
innowacyjnych – propozycje rozwiązań dla polskiego systemu
zamówień publicznych*

Na zlecenie

Centrum Partnerstwa Społecznego „Dialog” im. Andrzeja Bączkowskiego

Biura Rady Dialogu Społecznego

ul. Limanowskiego 23, Warszawa

Warszawa, wrzesień 2017 r.

Spis treści

Wstęp	3
MŚP a rynek zamówień publicznych	4
Barьеры доступа do zamówień publicznych MŚP w Polsce	7
Charakterystyka badanej grupy.....	8
Barьеры w dostępie do zamówień publicznych	10
Wnioski	19
Promowanie MŚP w zamówieniach publicznych - przegląd praktyk oraz regulacji w innych krajach UE	21
Obszary wsparcia MŚP w prawie unijnym.....	21
Wsparcie MŚP w zamówieniach publicznych w wybranych krajach.....	23
Rezygnacja z prymatu najniższej ceny.....	28
Dążenie do równowagi ekonomicznej stron umowy	32
Podział zamówień na części.....	35
Ustalenie proporcjonalnych poziomów kwalifikacji.....	37
Zmniejszenie obciążeń wykonawcy związanych z przygotowaniem oferty	38
Zapewnienie dostępu do informacji o ogłoszeniach i zamówieniach	39
Zapewnienie odpowiedniego czasu na przygotowanie oferty	39
Udzielanie zamówień publicznych poniżej tzw. progów unijnych w innych krajach Unii Europejskiej a ułatwienie dostępu do zamówień publicznych dla wykonawców krajowych oraz z sektora MŚP	41
Stosowanie negocjacyjnych trybów udzielania zamówień publicznych oraz dialogu technicznego w wybranych państwach Unii Europejskiej (Niemcy, Austria, Francja, Wielka Brytania) - analiza prawnoporównawcza.....	49
Dialog techniczny.....	53
Rekomendacje	55
Bibliografia.....	68

Wstęp

Centrum Partnerstwa Społecznego „Dialog” im. Andrzeja Bączkowskiego w Warszawie (dalej jako: Centrum, CPS Dialog) opublikowało w maju 2017 r. zapytanie ofertowe na opracowanie ekspertyzy dotyczącej prawa zamówień publicznych. Zgodnie z wymaganiami określonymi w tym zapytaniu ekspertyza miała objąć poniższe zakresy tematyczne:

- bariery dostępu do zamówień publicznych MŚP w Polsce (ekspertyza obejmująca badanie ankietowe);
- rekomendacja promowania MŚP w zamówieniach publicznych - przegląd praktyk oraz regulacji w innych krajach;
- udzielanie zamówień publicznych poniżej tzw. progów unijnych w wybranych krajach Unii Europejskiej - analiza prawnoporównawcza;
- stosowanie negocjacyjnych trybów udzielania zamówień publicznych oraz dialogu technicznego w wybranych państwach Unii Europejskiej (Niemcy, Austria, Francja, Wielka Brytania) - analiza prawnoporównawcza.

Zgodnie z przyjętymi założeniami, przeprowadzono badania ankietowe na wymaganej przez Centrum grupie respondentów. Badania mające podstawowe znaczenie dla dalszych rozważań zostały przeprowadzone metodą CATI (Computer Assisted Telephone Interviewing) przez firmę BIOSTAT. Raport z badania stanowi załącznik do niniejszej ekspertyzy.

Ponadto w ramach dodatkowych działań przeprowadzono równoległe badanie ankietowe z wykorzystaniem strony internetowej oraz portalu Facebook.com. Ekspertiści zdecydowali się również na przeprowadzenie badań jakościowych metodą wywiadu w celu uzupełnienia pomiarów.

Przeprowadzone badania posłużyły do oceny najpoważniejszych barier w dostępie do rynku zamówień publicznych w sektorze małych i średnich przedsiębiorstw. Wnioski stały się podstawą do dalszych dociekań, obejmujących analizę praktyk i regulacji w innych krajach Europy.

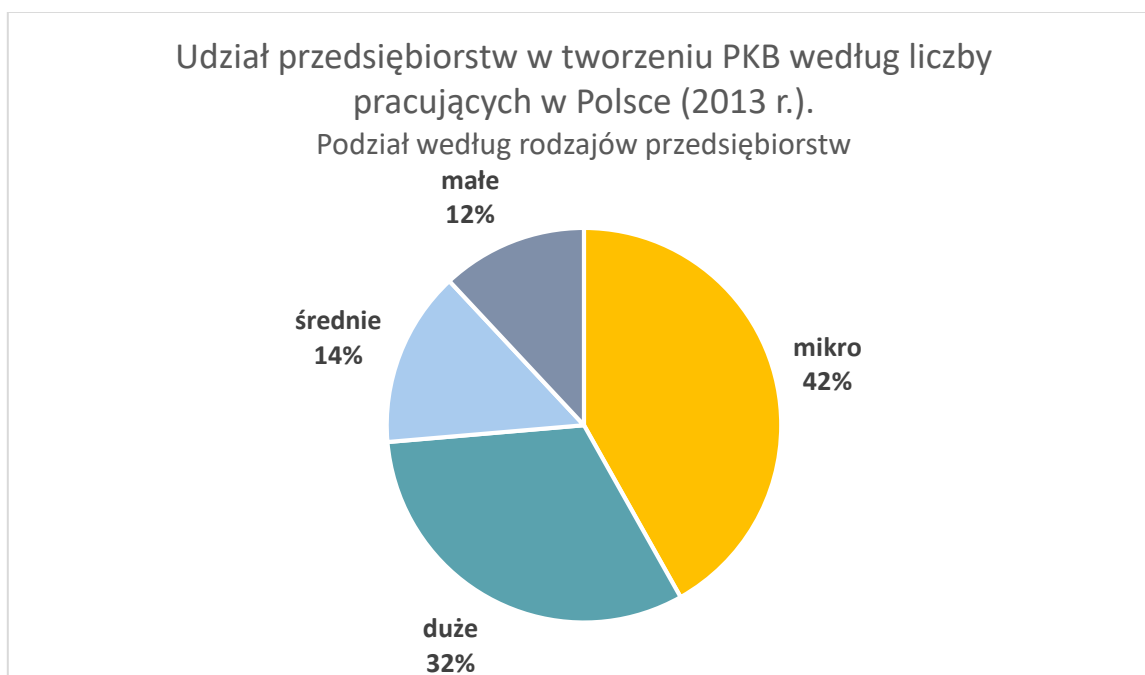
Zgodnie z przyjętymi założeniami dokonano przeglądu regulacji i praktyk w zakresie udzielania zamówień publicznych o wartości poniżej progów unijnych w wybranych krajach Unii Europejskiej. W tym zakresie analizie poddano przede wszystkim ułatwienie dostępu do zamówień publicznych dla wykonawców krajowych oraz z sektora MŚP. Skupiono się na stosowaniu negocjacyjnych trybów udzielania zamówień publicznych oraz dialogu technicznego w krajach takich jak Niemcy, Austria, Francja i Wielka Brytania.

Wskazane problemy posłużyły do sformułowania rekomendacji, które mogą zostać wykorzystane do opracowania założeń w procesie stanowienia prawa krajowego.

MŚP a rynek zamówień publicznych

Od 2004 do 2013 r. udział przedsiębiorstw w tworzeniu PKB zwiększył się z 70,5% do 73,5%. Przedsiębiorstwa należące do sektora MŚP generują 50,1% PKB Polski. Największy udział w tworzeniu PKB ogółem mają mikroprzedsiębiorstwa – ok. 30,8%, duże przedsiębiorstwa – 23,4% a małe i średnie łącznie 19,4%¹.

Wykres 1. Udział przedsiębiorstw w tworzeniu PKB w Polsce.



Źródło: Raport o stanie sektora MSP w Polsce, PARP, Warszawa 2016, s. 11.

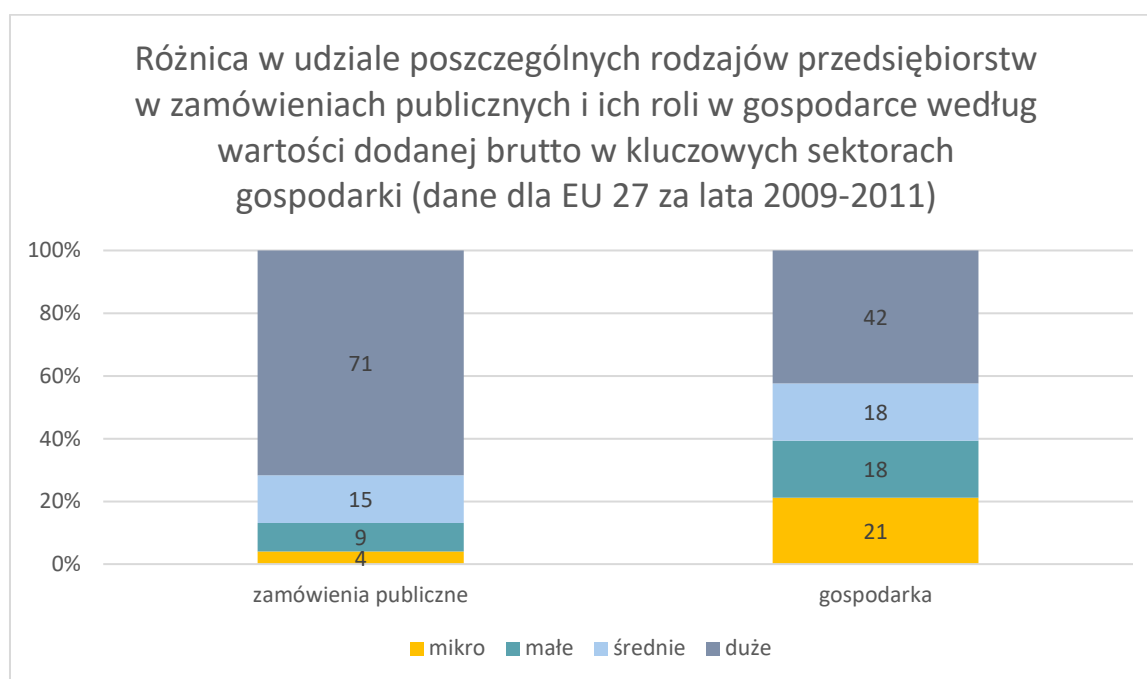
Na koniec 2014 r. liczba pracujących w przedsiębiorstwach Polsce wynosiła ponad 9,1 mln osób. Aż 6,3 mln pracowało w podmiotach należących do sektora MSP, co stanowi 69,2% ogółu zatrudnionych w sektorze przedsiębiorstw². Wśród pracodawców dominują mikro i małe firmy, które zatrudniają ponad połowę zatrudnionych w sektorze przedsiębiorstw. Według danych GUS w 2014 r. w sektorze usług pracowało 3,3 mln osób, w przemyśle – 2,9 mln osób a w handlu 2,2 mln osób.

¹ Raport o stanie sektora MSP w Polsce, PARP, Warszawa 2016, s. 11,
https://www.parp.gov.pl/images/PARP_publications/pdf/2016_raport_msp_pl_clik.pdf (dostęp: 20.10.2017)

² Tamże, s. 12.

Powszechnie uznaje się, że przedsiębiorcy z sektora MŚP, oprócz bardzo istotnego wpływu na rozwój gospodarczy kraju, odgrywają kluczową rolę w budowaniu innowacyjnej i konkurencyjnej gospodarki. Z tego powodu postuluje się szerokie włączenie tej grupy podmiotów gospodarczych do zamówień publicznych. Ma to doprowadzić do zwiększenia efektywności wykorzystania środków publicznych, stymulowanie rozwoju sektora MŚP oraz zwiększenie różnorodności dostępnych na rynku rozwiązań³. Jednak ocenia się, że istnieją duże dysproporcje pomiędzy udziałem MŚP w zamówieniach publicznych w porównaniu do ich roli w gospodarce.

Wykres 2. Udział przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych wobec ich roli ekonomicznej w kluczowych sektorach gospodarki.



Źródło: *SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, ICF GHK, ECORYS I PwC na zlecenie Komisji Europejskiej, s. 35.

Ocenia się, że spośród wszystkich krajów UE tylko w Grecji i na Łotwie udział MŚP w zamówieniach publicznych o wartości powyżej progów unijnych był większy niż ich ogólnie oceniane znaczenie gospodarcze⁴. W przypadku Węgier, Luksemburga, Niemiec, Bułgarii i Rumunii udziały te były porównywalne. W pozostałych krajach widoczne są duże dysproporcje pomiędzy rolą MŚP w

³ J. Jerka, *Przewodnik po nowym podejściu do zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 39-40, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0010/30700/Przewodnik_po_nowym_podejsciu_do_zamowien_p_2012.pdf (dostęp: 20.10.2017).

⁴ *SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, ICF GHK, ECORYS I PwC na zlecenie Komisji Europejskiej, s. 36.

zamówieniach publicznych i w gospodarce. Polska, w porównaniu do innych krajów Unii, plasuje się w grupie średnich wyników.

Dostęp MŚP do zamówień publicznych jest stale monitorowany przez Komisję Europejską. Wskazuje się, że przedsiębiorcy należący do tej grupy mają utrudniony dostęp zarówno do rynków krajowych jak i międzynarodowych. Obecnie MŚP pozyskują 45% kontraktów publicznych o wartości przekraczającej progi unijne, występując w roli wykonawców (konsorcjantów) jak i podwykonawców⁵.

Problem dostępu mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych w Polsce jest dostrzegany także przez władze krajowe. Jednak brak jest wyczerpujących i problemowych analiz, zarówno na poziomie makroekonomicznym jak i w ramach systemu zamówień publicznych, które pozwalałyby na wnikliwą ocenę dostępu i udziału MŚP w rynku zamówień publicznych w Polsce. Wypada przy tym podkreślić, że ocena ta jest dość trudna, ponieważ przedsiębiorcy biorą udział w realizacji zamówień zarówno jako wykonawcy, jak i podwykonawcy. Niezależnie od roli są więc beneficjentami kontraktów publicznych.

Na podstawie danych ogólnych można przyjąć, że dostęp MŚP do zamówień publicznych jest utrudniony, a stosowane powszechnie krajowe rozwiązania prawne nie uwzględniają roli i potencjału tej grupy przedsiębiorców w realizacji kontraktów publicznych. Ze statystyk publikowanych przez Urząd Zamówień Publicznych wynika, że dominującym trybem udzielania zamówień o wartości poniżej progów unijnych, a więc skierowanych przede wszystkim do mniejszych podmiotów, jest przetarg nieograniczony (93,01%)⁶. Na drugim miejscu jest zamówienie z wolnej ręki (5,28%), dalej zapytanie o cenę (1,01%). Tryby negocjacyjne – negocjacje z ogłoszeniem oraz negocjacje bez ogłoszenia stanowią zaledwie 0,06% ogółu ogłoszeń poniżej wartości progów unijnych. Od początku 2017 r. ogłoszenia w przedmiocie dialogu konkurencyjnego oraz partnerstwa innowacyjnego stanowiły 0,00% ogółu ogłoszeń publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Aż 97,51% ogłoszeń publikowanych przez polskich zamawiających w TED od początku 2017 r. dotyczyło przetargu nieograniczonego. Negocjacje z ogłoszeniem stanowiły 0,62%, dialog konkurencyjny – 0,15% a partnerstwo innowacyjne 0,3% liczby ogłoszeń publikowanych w TED w tym okresie.

Dominacja przetargu nieograniczonego i jednocześnie daleko posunięta marginalizacja trybów negocjacyjnych mogą prowadzić do poważnego utrudnienia udziału MŚP w rynku zamówień publicznych w Polsce. Tryby przetargowe poważnie ograniczają możliwość wykorzystania potencjału

⁵ *Making Public Procurement work in and for Europe*, Komunikat Komisji COM (2017) 572 final z 3.10.2017, s. 9.

⁶ Informacja o polskim rynku zamówień publicznych w roku 2017 na podstawie ogłoszeń opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (stan na dzień 30 września 2017 roku), opublikowana na stronie Urzędu Zamówień Publicznych https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/35488/BZP20170930.pdf (dostęp: 22.10.2017).

przedsiębiorców, zwłaszcza w zakresie oferowanych przez nich niestandardowych rozwiązań. Szansy na zwiększenie aktywności MŚP w zamówieniach publicznych można upatrywać przede wszystkim w większej elastyczności zamawiających co do wymagań stawianych wykonawcom i ich ofertom oraz gotowości zamawiających do stosowania trybów negocjacyjnych. W dokumentach strategicznych zaznacza się również, że odejście od dominacji kryterium najniższej ceny może pozwolić na wykorzystanie atutów mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw.

Postulaty zwiększania udziału MŚP w rynku zamówień publicznych powinny być realizowane z rozwagą. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że wszelkie przejawy interwencjonizmu w tym obszarze wiążą się z poważnym ryzykiem zakłócenia konkurencji i spadku efektywności zamówień publicznych. W szczególności niebezpieczne są wszelkie formy protekcjonizmu krajowego lub regionalnego. Mogą one prowadzić do ograniczenia konkurencji i dyskryminacji niektórych grup podmiotów a w konsekwencji obniżać efektywność zamówień, rozumianych w kategorii *value for money*. Z tego powodu działania mające na celu zwiększanie dostępności zamówień publicznych dla MŚP powinny być skoncentrowane na stworzeniu systemu zamówień *przyjaznych przedsiębiorcom* a nie *faworyzujących wybrane grupy przedsiębiorców*⁷.

Bariery dostępu do zamówień publicznych MŚP w Polsce

Celem części badawczej ekspertyzy było odnalezienie odpowiedzi na pytanie: jakie są postrzegane i rzeczywiste bariery w dostępie małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych w Polsce. Z tą kwestią wiążą się problemy szczegółowe: czy przedsiębiorcy należący do sektora MŚP uważają, że dostęp do zamówień publicznych jest dla nich utrudniony, jakie są najistotniejsze bariery w dostępie do zamówień publicznych dla tej grupy przedsiębiorców i w jaki sposób usiłują oni te bariery przezwyciężyć a także jakie są w ich ocenie możliwości ułatwienia dostępu do zamówień publicznych dla MŚP. Należy zatem rozstrzygnąć, czy należy wprowadzić zmiany legislacyjne w zamówieniach publicznych w celu ułatwienia dostępu MŚP a także jakie to powinny być zmiany.

Wskazane wyżej problemy posłużyły do sformułowania kilku hipotez roboczych. Pierwsza z nich zakładała istnienie licznych barier w dostępie przedsiębiorców z sektora MŚP do zamówień publicznych. Ponadto przyjęto, że dominujące są bariery o charakterze zewnętrznym. Kolejna hipoteza wskazywała nadmiernie skomplikowane procedury, w tym wymagania podmiotowe i przedmiotowe, jako istotne bariery w dostępie MŚP do zamówień publicznych.

⁷ Por. M. Trybus, M. Andrecka, *Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU?*, EPPPL 3/2017, s. 224-228.

Założono, że dostęp do zamówień publicznych MŚP może ułatwić umiejętne modelowanie instrumentów prawnych z zakresu zamówień publicznych, w szczególności dzielenie dużych zamówień na mniejsze oraz stosowanie wybranych trybów udzielania zamówień publicznych. Z tego wywieść można o konieczności wprowadzenia efektywnych instrumentów prawnych umożliwiających ochronę praw małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych o wartości poniżej progów unijnych. Konieczne jest zwiększenie świadomości zamawiających co do roli przedsiębiorców należących do sektora MŚP w rozwoju gospodarki i konkurencyjności gospodarki. Niezbędne są także działania mające na celu popularyzację zamówień publicznych wśród tej grupy przedsiębiorców.

Podstawowe znaczenie dla dalszych rozważań mają wyniki badań przeprowadzonych na zlecenie autorów przez firmę BIOSTAT. Jest to badanie wyczerpujące w zupełności wymagania zamawiającego co do liczebności i jakości próby. Jego wyniki można uznać także za reprezentatywne. Metodologia badania i wyniki są szczegółowo omówione w załączniku do ekspertyzy stanowiącym raport z badania.

Zdecydowano się również na przeprowadzenie pomocniczo badania z wykorzystaniem ankiety zamieszczonej na stronie internetowej. Ankieta zawierająca takie same pytania i odpowiedzi jak wykorzystane w badaniu realizowanym przez BIOSTAT została opublikowana na stronie locus.edu.pl. Autorzy zdecydowali się na wykorzystanie nowoczesnego medium – portalu Facebook w celu zwiększenia zasięgu badania. Niestety mimo promocji postu zawierającego ankietę i uzyskania zasięgu 24 940 odbiorców (7 polubień, 234 kliknięcia posta) w ciągu siedmiu dni udało się pozyskać zaledwie 25 wypełnionych ankiet (2,5% wymaganej liczby ankiet).

W związku z tym, że problematyka zamówień publicznych jest w ocenie autorów trudna i wymaga znajomości tematu, zdecydowano się na przeprowadzenie wywiadu z pięcioma przedsiębiorcami wybranymi w sposób ekspercki. Dwaj należeli do grupy mikro-, dwaj do grupy małych i jeden do grupy średnich przedsiębiorców. Wyniki wywiadów, ze względu na pomocniczy charakter i niewielką liczebność grupy będą omawiane bardziej szczegółowo w razie konieczności uszczegółowienia interpretacji wyników badania CATI.

Charakterystyka badanej grupy

Dominującą grupą respondentów (95,8%) byli mikroprzedsiębiorcy. Mali i średni przedsiębiorcy stanowili zatem zaledwie ponad 4% badanej grupy. Taki rozkład grup respondentów jest związany z dominacją mikroprzedsiębiorstw w strukturze wszystkich przedsiębiorstw (96%)⁸. Małe przedsiębiorstwa stanowią 3% polskiego sektora przedsiębiorstw a średnie – 0,8%. **Zatem można**

⁸ Dane za: *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*, PARP, Warszawa 2017, s. 10-12.

stwierdzić, że przynależność respondentów w zasadzie odwzorowuje strukturę polskich przedsiębiorstw należących do sektora MŚP.

Ponad połowa (56,7%) respondentów była zainteresowana skierowaniem swojej oferty do podmiotów sektora publicznego. Najczęściej wskazywanym przedmiotem zamówień, których pozyskaniem byli zainteresowani respondenci, były usługi (57,2% przypadków). 47% respondentów wskazało na dostawy a nieco ponad 20% na roboty budowlane. Nieco ponad 60% badanych składało już wcześniej oferty w przetargach na zamówienia publiczne. Spośród badanych najczęściej oferty w przetargu składały firmy z branży roboty budowlane (67,2%). Nieco mniej, po około 60% - na roboty budowlane oraz usługi.

Prawie połowa spośród składających ofertę (42,8%) uzyskała zamówienie publiczne więcej niż 10 razy. 18,6% badanych pozyskało zamówienie od 4 do 10 razy a 21,3% respondentów zawarło umowę mniej niż 4 razy. Nieco ponad 17% respondentów nie udało się nigdy pozyskać zamówienia publicznego. Branżą dominującą w grupie, której udało się zawrzeć umowę ponad 10 razy były roboty budowlane (45,2%), nieznacznie przewyższając usługi (43,5%) i dostawy (41,5%). W pozostałych przypadkach rozkład odpowiedzi był podobnie zrównoważony.

Powyższe wyniki prowadzą do kilku zasadniczych wniosków. Najważniejszy odnosi się do **wiernego odwzorowania w badaniu struktury przedsiębiorców należących do sektora MŚP w Polsce**. W połączeniu z losowym doбором próby znacząco wpływa to na **wysoką ocenę reprezentatywności badania**. Podkreślenia wymaga **wysoki założony poziom ufności badania**.

Zastanawiające jest, że niewiele ponad połowa badanych była zainteresowana skierowaniem oferty do sektora publicznego. Na uwagę zasługuje również fakt, że prawie dwie trzecie badanych miało już doświadczenia związane ze składaniem ofert w ramach zamówień publicznych. Nie jest zaskakujący wysoki odsetek firm składających oferty na roboty budowlane. Z racji wielkości zamówień a także ich stosunkowo dużej wartości regułą w sektorze publicznym jest wybór wykonawców robót budowlanych z zastosowaniem przepisów prawa zamówień publicznych. Jako interesujący można ocenić mniejszy niż spodziewany udział przedsiębiorców zajmujących się świadczeniem dostaw (60%) w porównaniu do pozostałych grup (67,2% roboty budowlane, 59,1% usługi). Jest to tendencja odmienna do wskazywanej w dokumentach analitycznych Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie zamówienia publiczne na dostawy stanowią 36% ogólnej kwoty zamówień a zamówienia na roboty budowlane

34%⁹. O stosunkowo bogatym doświadczeniu badanych w zamówieniach publicznych świadczy to, że prawie połowa spośród składających oferty uzyskała zamówienie publiczne więcej niż 10 razy.

Analiza odpowiedzi mogłaby prowadzić do wniosku, że przeważająca większość badanych będzie zainteresowana skierowaniem swojej oferty do sektora publicznego. Tymczasem taką intencję deklaruje niewiele ponad połowa respondentów. **Może to wskazywać na istnienie barier zniechęcających przedsiębiorców do uczestniczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Może także wskazywać na to, że – choć przedsiębiorcy mają dość bogate doświadczenie w pozyskiwaniu zamówień publicznych – nie traktują oni jednostek należących do sektora publicznego jako głównych kontrahentów.** Być może składanie przez tych przedsiębiorców ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest wynikiem doraźnych działań, związanych np. z koniecznością dywersyfikacji portfela klientów w okresie słabszej koniunktury. Możliwe, że klienci należący do sektora publicznego są adresatami ofert odpowiadających ściśle określonym specyfikacjom, a co za tym idzie wymagają dostosowania oferty do określonych wymagań.

Bariery w dostępie do zamówień publicznych

Przyjęta przez autorów jako wiodąca metoda badawcza wiązała się z koniecznością zdefiniowania najważniejszych potencjalnych barier w dostępie do zamówień publicznych. Przykładowe bariery zostały określone w oparciu o doświadczenie własne autorów kwestionariusza oraz o wyniki przeprowadzonych wywiadów. Na tej podstawie wyodrębniono 10 barier. Ponadto ankietowani mieli możliwość wskazania odpowiedzi innych niż proponowane przez autorów ankiety, na co zdecydowało się mniej niż 15% respondentów. Rozkład odpowiedzi ilustruje poniższa tabela.

Tabela 1. Zestawienie ocen barier ze względu na doświadczenie z składaniem ofert w przetargach publicznych.

	Bariera	Składanie ofert w przetargu	Bardzo ważna	Ważna	Nieważna
1	O wygraniu w przetargu i tak decyduje tylko cena	Tak	49,3%	36,9%	13,8%
		Nie	35,8%	36,3%	27,8%
2	Postanowienia umowy (np. kary umowne, warunki wykonania zamówienia) są zbyt niekorzystne	Tak	34,4%	42,9%	22,6%
		Nie	35,3%	43,4%	21,3%
3	Procedury są zbyt skomplikowane jak dla mnie	Tak	26,3%	37,9%	35,8%
		Nie	29,8%	55,9%	14,3%

⁹ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu zamówień publicznych w 2016 r., UZP, Warszawa 2017, s. 37.

4	Wybór jest dokonywany w oparciu o niejasne reguły	Tak	29,5%	38,8%	31,8%
		Nie	20,3%	49,9%	29,8%
5	Przygotowanie oferty jest zbyt pracochłonne i kosztowne	Tak	25,6%	39,4%	34,9%
		Nie	28,1%	44,9%	27,1%
6	Warunek wcześniejszego wykonania takich samych lub podobnych zamówień	Tak	15,1%	58,6%	26,3%
		Nie	10,5%	60,7%	28,8%
7	Opis przedmiotu uniemożliwia mi złożenie oferty	Tak	18,3%	42,8%	38,9%
		Nie	17,3%	41,6%	41,1%
8	Trudny dostęp do informacji o ogłoszeniach i zamówieniach	Tak	16,3%	41,9%	41,8%
		Nie	14,0%	51,9%	34,1%
9	Czas na przygotowanie i doręczenie oferty jest zbyt krótki	Tak	18,0%	42,4%	39,6%
		Nie	8,3%	55,4%	36,3%
10	Zamówienia są za duże jak na moje możliwości	Tak	11,0%	31,9%	57,1%
		Nie	17,5%	35,6%	46,9%

Źródło: Badanie CATI

Ad. 1.

Najpoważniejszą barierą w dostępie do zamówień publicznych jest brak stosowania kryteriów innych niż cena. Tak wskazało aż 80,6% badanych, kwalifikując tę przeszkodę jako bardzo ważną (43,9%) lub ważną (36,7%). Tę barierę jako bardzo ważną lub ważną oceniło aż 86,2% respondentów mających doświadczenie w składaniu ofert w przetargu.

Odpowiedzi respondentów są pewnym zaskoczeniem, ponieważ w polskim prawie zamówień publicznych kryterium ceny, jako jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, może być stosowane tylko wyjątkowo. Już nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 r.¹⁰ dodano art. 91 ust. 2a, w którym ograniczono możliwość stosowania wyłącznie kryterium ceny tylko do przypadku, gdy przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe¹¹. Takie działanie ustawodawcy miało na celu stymulowanie zamawiających do powszechnego stosowania kryteriów pozacenowych i stopniowego odejścia od prymatu ceny w zamówieniach publicznych. Dopełnieniem tego trendu było wprowadzenie w 2016 r.¹² obszernego

¹⁰ Dz. U. z 2014 r. poz. 1232.

¹¹ Pełne brzmienie tego przepisu jest następujące: „2a. Kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.”

¹² Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 r. poz. 1020.

katalogu przykładowych kryteriów oceny ofert oraz dalsze ograniczenie stosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium lub kryterium przekraczającego 60%¹³.

Wyniki badania wskazują zatem, że wprowadzenie przez ustawodawcę omówionych zmian wcale **nie spowodowało odejścia od wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryterium cenowe**. Oznacza to, że możliwość konkurowania przez wykonawców innymi niż cena kryteriami, nadal jest ograniczona i postrzegana przez przedsiębiorców jako **najistotniejsza bariera** w dostępie do zamówień publicznych.

Przyczyny takiego stanu rzeczy można upatrywać w zasadzie w dwóch czynnikach. Pierwszym jest niewłaściwe stosowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszących się do kryteriów pozacenowych. Dotyczy to przede wszystkim sytuacji, w których zamawiający, wypełniając dyspozycję przepisu ustawy stosuje kryterium pozacenowe dla pozoru. Oznacza to, że zastosowanie przez zamawiającego kryterium pozacenowego nie ma właściwego przełożenia na ofertę, służy jedynie spełnieniu wymogu formalnego. Gra pomiędzy wykonawcami oparta jest i tak wyłącznie o cenę.

Z taką sytuacją można mieć do czynienia gdy wszyscy wykonawcy otrzymują takie same oceny w kryteriach pozacenowych. Mogą one być zarówno maksymalne, jak i minimalne a nawet średnie. Przykładem kryterium pozacenowego o niewielkim przełożeniu na konkurencyjność oferty może być termin zapłaty (warunki płatności), czas realizacji a nawet warunki (długość okresu) gwarancji.

Wyniki przeprowadzonego badania wskazują, że mimo wprowadzenia przepisów nakazujących zamawiającym stosowanie kryteriów pozacenowych nadal są one stosowane w sposób niewłaściwy. W wywiadach wykonawcy wskazywali na eliminacyjny charakter niektórych kryteriów pozacenowych. Zwracali uwagę, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający często decydują się na stosowanie kryteriów odnoszących się np. do zespołu osób biorących udział w wykonaniu zamówienia. Zestawienie tych kryteriów powoduje, że są one bliższe warunkom udziału w postępowaniu ze względu na silny związek z właściwościami podmiotowymi wykonawcy. Ponadto faworyzują one podmioty mające większy potencjał kadrowy eliminując przedsiębiorców gotowych złożyć ofertę atrakcyjną pod względem merytorycznym, ale niemogącą spełnić pozostałych kryteriów na zadowalającym poziomie przy uzyskaniu choćby minimalnego zysku z wykonania zamówienia.

¹³ Zmieniono brzmienie przepisu art. 91 ust. 2a w następujący sposób: „2a. Zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.”; dodano także przepisy następne, odnoszące się do kryterium kosztu oraz rachunku cyklu życia produktu (rachunek kosztów cyklu życia).

Drugim czynnikiem może być odejście od stosowania kryteriów pozacenowych w przypadku zamówień, do których ze względu na niską wartość nie stosuje się przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W tych przypadkach zamawiający zazwyczaj stosuje przepisy wewnętrzne, które pozwalają mu na większą, niż zwykle, swobodę w kreowaniu specyfikacji przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu czy właśnie kryteriów oceny ofert.

Nasuwa się wniosek, że konieczne jest przeprowadzenie dalszej analizy przyczyn niewystarczającego – w ocenie przedsiębiorców należących do sektora MŚP – stosowania kryteriów pozacenowych. Być może mimo wprowadzenia daleko idących szczegółowych regulacji rangi ustawowej konieczne jest zwiększenie świadomości zamawiających i wykształcenie w nich odpowiednio wysokich kompetencji w zakresie stosowania kryteriów pozacenowych.

Ad. 2.

Na drugim miejscu wśród barier przedsiębiorcy wskazali niekorzystne postanowienia umowy. Dla uproszczenia, tytułem przykładu jak należy rozumieć postanowienia umowy, wskazano kary umowne i warunki wykonania zamówienia. Jako bardzo ważną lub ważną tę barierę postrzega 77,9% badanych. Podobnego zdania są zarówno osoby biorące udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia jak i te nie mające w tym zakresie doświadczenia. Może to wskazywać na uniwersalny charakter tej bariery.

Podkreślić należy, że zamawiający ma dużą swobodę w kształtowaniu warunków umowy zawieranej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Normą jest stosowanie w umowach kar umownych obejmujących szeroki katalog zdarzeń lub uchybień. Nierzadko kary umowne są wygórowane co skutkuje obciążeniem wykonawcy niewspółmiernie dużym ryzykiem kontraktowym. Z wywiadów przeprowadzonych na potrzeby ekspertyzy wynika także brak symetrii stosowanych postanowień umowy. Ponadto badani wskazywali na *przeregulowanie* wielu mniej lub bardziej istotnych elementów umowy. W rozmowach z respondentami pojawiały się oceny, że stosowane klauzule są *nieżyciowe* a proponowane kary umowne *drakońskie*. Dodatkowo problem ów potęguje w ocenie wykonawców ustawowe ograniczenie dopuszczalności i niewielka otwartość po stronie zamawiającego na dokonywanie zmian umowy w trakcie jej trwania.

W wywiadach wskazywano zgodnie, że zamawiający mają tendencję do nadmiernego formalizowania bardzo prostych i rutynowych zamówień. Nawet w przypadku zwykłych usług lub dostaw o niewielkiej wartości wymagają od wykonawców przedstawiania różnych dokumentów i podpisywania wielostronicowych umów. Jako przykład wskazano umowę na usługę wygłoszenia krótkiej prelekcji eksperta na konferencji, która zawierała w treści m.in. postanowienia o konieczności udokumentowania opłacenia składek na ubezpieczenia społeczne przy wynagrodzeniu wykonawcy

nieprzekraczającym kilkuset złotych. W zwykłym obrocie gospodarczym takie zachowania nie mają miejsca.

Z powyższego można wyprowadzić wniosek, że zamawiający kształtując stosunek prawny w umowach o zamówienie publiczne ulegają pokusie narzucania wykonawcy niekorzystnych postanowień. Mogą one obejmować **obowiązki niewspółmierne do zakresu i wartości kontraktu** (skomplikowane umowy do prostych, rutynowych zamówień), **ograniczenia zmian umowy**, także w związku z zaistnieniem okoliczności niezależnych od stron, **obciążanie wykonawcy zbyt dużym ryzykiem kontraktowym** oraz nakładanie **zbyt wysokich kar umownych**. Zwraca się również uwagę na nierównowagę stron stosunku prawnego zawieranego w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający kształtuje stosunek prawny według własnych preferencji a wykonawca może proponowane postanowienia umowy albo zaakceptować albo zrezygnować z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Bardzo rzadko zamawiający jest gotowy na jakiekolwiek ustępstwa w tym zakresie. Należy podkreślić, że takie działanie zamawiającego poważnie ogranicza konkurencję a w niektórych przypadkach wcale nie zwiększa bezpieczeństwa zamawiającego, gdyż wykonawca wlicza ryzyko zapłaty kary umownej do ceny oferowanych produktów czy usług.

Działaniem mogącym przyczynić się do ograniczenia tej bariery w dostępie do zamówień publicznych może być **upowszechnienie trybów negocjacyjnych**. Ich zastosowanie, przy odpowiednio wysokim poziomie przejrzystości, może sprzyjać większej swobodzie kształtowania stosunku umownego łączącego wykonawcę i zamawiającego. Może to przyczynić się do zwiększenia otwartości i zaufania między stronami.

Ad. 3.

Na trzecim miejscu wśród bardzo ważnych (27,7%) i ważnych (45,1%) barier w dostępie do zamówień publicznych wskazano nadmiernie skomplikowane procedury. Aż 55,9% przedsiębiorców, którzy nie mieli doświadczenia w przetargach publicznych, oceniło tę przeszkodę jako ważną. Odpowiednio niższy, choć nadal wysoki, był odsetek przedsiębiorców wyrażających podobną opinię w grupie mających doświadczenie związane z uczestnictwem w zamówieniach publicznych.

Mimo dążenia do upraszczania procedury związanej z udzielaniem zamówień publicznych jej sformalizowanie wśród badanych nadal oceniane jest jako wysokie, a czasem nawet niewspółmiernie wysokie. Jak się wydaje, barierę tę można łączyć zarówno z koniecznością złożenia oferty w odpowiedniej formie, jak i skompletowania dokumentów, które obligatoryjnie muszą być jej elementami. Na wysoki stopień sformalizowania i skomplikowania zamówień może mieć wpływ również omówiona bariera związana z niekorzystnymi postanowieniami umownymi.

Być może korzystny wpływ na zmniejszenie obciążeń związanych ze składaniem ofert mogłoby mieć odstąpienie od prymatu formy pisemnej i szersze dopuszczenie formy elektronicznej, także maksymalnie uproszczonej. Wielu zamawiających w zamówieniach o wartości poniżej progów stosowania ustawy decyduje się na dopuszczenie składania ofert w formie skanów dokumentów przesyłanych za pośrednictwem poczty elektronicznej. Znacząco przyspiesza to procedurę i ogranicza koszty związane z przygotowaniem i doręczeniem oferty. Autorom są znane również przypadki, w których zamawiający nawet w zamówieniach o wartości znacząco poniżej progu 30 tys. euro, wymaga złożenia kompletu dokumentów obejmujących opracowane formularze i zaświadczenia wyłącznie w formie pisemnej. Z perspektywy wykonawcy i ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takie działanie należy oceniać jako nieracjonalne.

Wpływ na zmniejszenie ciężarów z pewnością miałoby upowszechnienie stosowania rejestrów, w których dostępne byłyby nie tylko informacje o przedsiębiorcach, ale również o ich kondycji ekonomicznej (np. bilanse) oraz niezaleganiu ze składkami i podatkami. Zamawiający miałby możliwość uzyskania pewności co do statusu wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne.

Ad. 4.

Kolejną barierą, uznaną przez 69% respondentów za bardzo ważną lub ważną, jest dokonywanie wyboru ofert w oparciu o niejasne reguły. Niepokojące jest szczególnie uznanie tej bariery za bardzo ważną lub ważną aż przez 68,2% respondentów mających doświadczenie w składaniu ofert w przetargach. Świadczyć to może o naruszaniu podstawowych zasad uczciwości przez zamawiających udzielających zamówień publicznych. Może również świadczyć o stosunkowo niskim poziomie wzajemnego zaufania społecznego wynikającego z założenia nieuczciwości kontrahenta. Z obserwacji autorów wynika, że problem ten dotyczy przede wszystkim zamówień o wartości poniżej 30 tys. euro.

Problem dokonywania wyboru ofert w oparciu o niejasne reguły może być rozpatrywany zarówno jako naruszenie zasady przejrzystości jak i naruszenie zasady uczciwej konkurencji, bezstronności i obiektywizmu oraz jawności postępowania¹⁴. W pierwszym przypadku chodzi o stosowanie przez zamawiającego jasnych, uczciwych warunków i kryteriów pozwalających wykonawcom na dostosowanie do nich swoich ofert. Przejrzystość obejmuje również prowadzenie postępowania według przewidywalnego i uczciwego toku. Zasada uczciwej konkurencji jest podstawą wszystkich działań podejmowanych przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania jak i prowadzenia

¹⁴ O zasadach prawa zamówień publicznych w ujęciu krajowym i unijnym zob. więcej: R. Szostak, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Kwartalnik PZP Nr 3/2014, s. 3 i nast.

postępowania. Z tymi dwoma pryncypiami łączą się silnie zasada bezstronności i obiektywizmu, obejmująca głównie osoby dokonujące czynności w postępowaniu jak i zasada jawności.

W wywiadach badani przedsiębiorcy wskazywali na utrudniony dostęp do informacji o przebiegu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, szczególnie tych poniżej progu stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednym z głównych problemów była trudność z uzyskaniem informacji o tym, jakie oferty zostały złożone i uzyskaniem dostępu do nich. Wskazywano również na niedostateczne wypełnianie obowiązków informacyjnych przez zamawiających, w szczególności niepublikowanie ofert w Biuletynach Informacji Publicznej a także unikanie wskazania, w oparciu o jakie kryteria został dokonany wybór wykonawcy. Jeden z respondentów objętych wywiadem poinformował, że dane dotyczące przebiegu postępowania, w którym złożył ofertę, udało mu się pozyskać dopiero po skorzystaniu z przepisów ustawy regulującej dostęp do informacji publicznej.

Omawiana bariera wpływa nie tylko na utrudnienie dostępu do zamówień publicznych poprzez zakłócenie uczciwej gry rynkowej, ale także zniechęca wykonawców do udziału w postępowaniach. Wobec stosowania niejasnych reguł lub nieuczciwych praktyk przez zamawiających podważa się zaufanie do instytucji publicznych.

Można przypuszczać, że respektowanie obowiązku stosowania podstawowych zasad zamówień publicznych w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia niezależnie od jego wartości powinno być wystarczającym gwarantem prawidłowego toku postępowania. Jednak jak się okazuje niektórzy zamawiający zasady traktują wybiórczo lub ich nie przestrzegają. Warto zatem rozważyć **wprowadzenie obligatoryjnego niezwłocznego publikowania informacji o złożonych ofertach niezależnie od wartości postępowania** tak, jak w przypadku zamówień udzielanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych¹⁵. Być może w sytuacji rozpowszechnienia się elektronicznej formy komunikacji w zamówieniach publicznych możliwe byłoby upublicznianie lub udostępnianie skanów wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

Ad. 5.

Bariera określona w badaniu jako zbyt pracochłonne i kosztowne przygotowanie oferty jest uznawana za bardzo ważną lub ważną przez 68,8% respondentów. Jest więc oceniana podobnie do dokonywania wyboru oferty w oparciu o niejasne reguły. Bariera ta nie wymaga szczegółowej analizy zwłaszcza, że najistotniejsze czynniki wpływające na jej postrzeganie zostały omówione przy okazji bariery nadmiernego skomplikowania procedur. Odnotowania wymaga natomiast potwierdzenie, że

¹⁵ Mowa tutaj w szczególności o przepisie art. 92 ust. 1 Pzp.

przedsiębiorcy należący do sektora MŚP **oceniają samą czynność przygotowania ofert w zamówieniach publicznych jako pracochłonną i kosztowną.**

Zapewne ocena istotności tej bariery wiąże się z koniecznością złożenia oferty w formie pisemnej a także spełnieniem szeregu wymagań natury formalnej. Obejmują one konieczność uzyskania i przedstawienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających określone fakty. Dodatkowo należy podkreślić, że składanie ofert w formie pisemnej, oprócz angażowania dodatkowego czasu i pracy wykonawcy, wymaga również dostarczenia oferty we wskazanym terminie. Regułą jest wyznaczanie krótkich terminów przez zamawiających w zamówieniach poniżej progu stosowania ustawy. Rodzi to konieczność korzystania z usług firm kurierskich, przesyłek ekspresowych lub osobistego składania oferty by tego terminu dotrzymać. Generuje to dodatkowe koszty i trudności.

Na odrębny komentarz zasługują kwestie związane z koniecznością dopełnienia przez wykonawcę formalności niezbędnych do złożenia oferty, takich jak uzyskanie ubezpieczeń, gwarancji czy wniesienie wadium. Czynniki te także wpływają na koszty i czas niezbędny do przygotowania oferty a jednocześnie nie przekładają się wprost na zwiększenie szansy uzyskania zamówienia publicznego.

Ad. 6.

Niemal na równi z skomplikowanymi procedurami oceniona została bariera polegająca na stawianiu przez zamawiającego warunku wcześniejszego wykonania zamówień. Tę przeszkodę jako bardzo ważną lub ważną oceniło 72,7% badanych. Przedsiębiorcy mający doświadczenie w uczestniczeniu w przetargach byli podobnego zdania jak przedsiębiorcy niemający takich doświadczeń.

Barierę polegającą na stawianiu wymogu wcześniejszego wykonania zamówień określonego typu można utożsamiać z warunkiem wykazania się odpowiednim doświadczeniem przez wykonawcę składającego ofertę w postępowaniu. Warunek doświadczenia wydaje się być uzasadnionym kryterium kwalifikacji wykonawców. Ma bowiem potwierdzać ich zdolność do wykonania zamówienia.

W wywiadach badani wskazywali, że często spotykają się z sytuacją, w której zamawiający stawia wygórowane warunki odnoszące się do doświadczenia wykonawców. W ocenie respondentów zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o zamówienie wykazania posiadania doświadczenia ściśle związanego z przedmiotem zamówienia, ignorując inne oczywiste czynniki potwierdzające zdolności wykonawców. Tytułem przykładu wskazywano posiadanie doświadczenia w realizacji zamówień tego samego rodzaju a nawet o większym zakresie, które jednak nie były uznawane przez zamawiającego jako tożsame z przedmiotem zamówienia. Innym problemem był wymóg wykonania określonej liczby zamówień danego rodzaju w oznaczonym czasie przed terminem złożenia oferty. Skutkowało to wykluczeniem wykonawcy wobec niespełnienia warunku udziału w

postępowaniu mimo posiadania przez niego zarówno potencjału jak i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia. Jako dyskusyjne może być traktowane wymaganie wykonania kilku zamówień określonego typu, co z założenia ma gwarantować powtarzalność i potwierdzać wysoką jakość oferty wykonawcy.

Wymóg przedstawienia dowodów, że wykonawca już wcześniej zrealizował podobne lub takie same zamówienie jest ponadto oczywistą i istotną barierą utrudniającą rozwój przedsiębiorcom należącym do sektora MŚP. Sformułowanie warunku w sposób wykluczający dostęp wykonawców mających minimalne niezbędne doświadczenie powoduje, że przedsiębiorcy tracą możliwość budowania i rozszerzania swojego potencjału. Restrykcyjne podejście zamawiającego do warunków udziału w postępowaniu lub do opisu przedmiotu zamówienia dalece ogranicza także możliwość skorzystania z potencjału innowacyjnego przedsiębiorców należących do sektora MŚP.

Bariera posiadania doświadczenia w wykonaniu takich samych lub podobnych zamówień może być stosunkowo łatwo ograniczona poprzez **uproszczenie i świadome kształtowanie procedury udzielania zamówień**, zwłaszcza o wartości poniżej progu stosowania ustawy. W pierwszej kolejności zamawiający nie powinni nadmiernie zaostrzać oraz rozbudowywać i komplikować wymagań wobec wykonawców. W dalszej natomiast powinno dokonywać **oceny stawianych wymagań z uwzględnieniem wszystkich istotnych dla zamówienia czynników**, a więc w sposób całościowy. Umożliwienie złożenia oferty szerszemu gronu wykonawców nie zawsze skutkuje zwiększeniem ryzyka nienależytego wykonania zamówienia. Co więcej, zazwyczaj wykonawcy budującemu dopiero swoją pozycję rynkową zależy na tym, by zdobyć doświadczenie i być postrzeganym jako solidny i uczciwy kontrahent.

Ad. 7-10.

Barierzy: dostępu do informacji o ogłoszeniach i zamówieniach, zbyt krótkiego czasu na przygotowanie i doręczenie oferty oraz opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiającego złożenie oferty, zostały ocenione jako bardzo ważne lub ważne przez około 60% respondentów. Wszystkie one wiążą się z barierami omówionymi bardziej szczegółowo powyżej. Z tego powodu nie wymagają odrębnej pogłębionej analizy.

Interesujące jest, że mniej niż 50% respondentów uznało za bardzo ważną lub ważną barierę rozmiaru zamówienia, który przekracza możliwości wykonawcy. Może to świadczyć o tym, że wykonawcy mają świadomość możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne w konsorcjum, ale także możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom oraz powoływania się na zasoby innych podmiotów. Może także wskazywać na stosunkowo dużą otwartość wykonawców na

nawiązywanie współpracy i podejmowanie działań związanych z rozwojem dotychczas prowadzonej działalności. Ocena wykonawców może wskazywać także na potencjał zamówień publicznych do stymulowania rozwoju wykonawców.

Jak to już wcześniej zauważono, autorzy pozostawili wykonawcom możliwość wskazania barier w dostępie do zamówień publicznych innych niż proponowane w ankiecie. Z takiej możliwości skorzystało tylko 15% badanych. Na uwagę zasługują wskazania: **zbyt wysokie wadium i zabezpieczenie wykonania umowy** (4,5%), **zbyt wygórowane warunki dopuszczenia do udziału w postępowaniu** (2,8%) oraz **specyfikacje obciążone błędami** (1,7%) i **wymaganie złożenia ofert kompleksowych, niemożliwych dla małych i średnich firm** (1,7%). Wszystkie one wiążą się z barierami omówionymi wcześniej. Można zaryzykować stwierdzenie, że powyższe wskazania mają większe znaczenie niż by to mogło wynikać z przypisanych im udziałów procentowych. Są stwierdzeniami celnymi i ściśle związanymi z procesem udzielania zamówień publicznych. Wskazują także na znajomość problematyki przez respondentów.

Wnioski

Wśród badanych mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw około połowa deklaruje zainteresowanie współpracą z sektorem publicznym. Około 60% badanych składało ofertę w przetargu, a 80% z tej grupy udało się pozyskać zamówienie publiczne.

Najpoważniejszą barierą w dostępie do zamówień publicznych jest stosowanie najniższej ceny jako dominującego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Takiego zdania są przede wszystkim przedsiębiorcy, którzy aktywnie uczestniczyli lub uczestniczą w rynku zamówień publicznych. Ocena jest podobna bez względu na branżę, w której działa przedsiębiorca.

Jako bardzo istotną należy ocenić barierę związaną z niekorzystnymi postanowieniami umownymi. Także w przypadku tej bariery nie ma znaczących różnic między przedsiębiorcami uczestniczącymi w zamówieniach publicznych i pozostałymi. Można przyjąć, że pojęcie niekorzystnych postanowień umownych obejmuje kary umowne, warunki wykonania zamówienia, jak i konieczność spełnienia dodatkowych wymagań związanych z zawarciem umowy (wadium i gwarancje należytego wykonania umowy).

Respondenci zwracali uwagę na problem skomplikowanych, wymagających i kosztowych procedur udzielania zamówień.

Za najmniej istotną respondenci uznali barierę określoną jako zamówienie zbyt duże na możliwości przedsiębiorcy.

Na odrębny komentarz zasługują odpowiedzi udzielane przez respondentów deklarujących przynależność do branży roboty budowlane. Ta grupa badanych większą wagę niż pozostałe przywiązywała do krótkich terminów na składanie ofert. Przedsiębiorcy ci częściej od pozostałych wskazywali również na następujące bariery: skomplikowane, pracochłonne i kosztowne procedury oraz zamówienia zbyt duże jak na ich możliwości. Wpływ na takie odpowiedzi z pewnością ma specyfika zamówień publicznych na roboty budowlane. Szczególnie ich złożony, tj. obejmujący dostawy i usługi, a także specyficzny charakter oraz stawiane często wymagania składania obszernej dokumentacji kosztorysowej. Z tego powodu przygotowanie ofert jest bardziej pracochłonne a co za tym idzie wymaga poświęcenia więcej czasu. Dodatkowo w przypadku robót budowlanych, zwłaszcza obejmujących różne branże, poważną barierą może być ograniczenie lub wyłączenie możliwości korzystania z podwykonawców. W tym kontekście warto rozważyć szersze stosowanie postulatu dzielenia dużych zamówień na mniejsze części według kryterium branżowego, by uczynić je bardziej dostępnymi dla szerszego grona wyspecjalizowanych wykonawców.

Wśród istotnych barier w dostępie do zamówień publicznych zdecydowanie dominują bariery zewnętrzne, które wobec doświadczeń wykonawców wypada ocenić jako rzeczywiste. Można przypuszczać, że wiążą się one z niewłaściwym stosowaniem obowiązujących przepisów. Należy zwrócić uwagę na problem braku symetrii przy określaniu treści stosunku prawnego łączącego zamawiającego i wykonawcę. Stroną dominującą jest tutaj zamawiający, który może narzucać wykonawcom niekorzystne dla nich postanowienia.

W ocenie autorów obowiązujące regulacje powinny ulec znaczącej modyfikacji. W płaszczyźnie normatywnej uzasadnione jest zrewidowanie kształtu procedur negocjacyjnych, przesłanek ich stosowania, w szczególności w odniesieniu do postępowań poniżej progów UE. Odpowiedzialnej refleksji wymaga problem zapewnienia instrumentów prawnych gwarantujących równowagę ekonomiczną stron umowy o zamówienie publiczne. W dalszej kolejności należy zmierzyć się z problemem stosowania pozornych kryteriów pozacenowych, tj. takich, które nie mają faktycznego wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Być może uzasadnione jest obecnie uzupełnienie katalogu zasad zamówień publicznych o zasadę szczególnego uwzględnienia interesów MŚP, przede wszystkim poprzez wprowadzenie obowiązku podziału zamówienia na części według branż.

Promowanie MŚP w zamówieniach publicznych - przegląd praktyk oraz regulacji w innych krajach UE

Zwiększanie dostępu małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych jest jednym z podstawowych celów strategicznych Unii Europejskiej¹⁶. Jest on realizowany w odniesieniu do wielu obszarów i przyjmuje postać rozmaitych inicjatyw. Ważną rolę w tym zakresie pełnią również zamówienia publiczne.

Mikro-, mali i średni przedsiębiorcy są z oczywistych względów adresatami przede wszystkim zamówień poniżej unijnych progów kwotowych¹⁷. Są to zamówienia, które ze względu na stosunkowo niską wartość mogą być wykonane samodzielnie przez podmioty należące do sektora MŚP. Nie wyklucza to udziału MŚP w realizacji większych zamówień w charakterze konsorcjantów, podwykonawców lub dalszych podwykonawców a także tzw. podmiotów trzecich.

Komisja Europejska wskazuje na konieczność wykorzystania zamówień publicznych jako instrumentu stymulującego rozwój MŚP. Wskazuje się na możliwość zwiększenia dostępu do kapitału dla tej grupy przedsiębiorców właśnie poprzez uruchamianie funduszy, programów ramowych i planów ale także bardziej skuteczne angażowanie ich do udziału w zamówieniach publicznych. Na poziomie krajowym państwom członkowskim stawia się ambitny cel poprawy otoczenia biznesu, szczególnie w odniesieniu do przedsiębiorstw innowacyjnych. Ów cel ma być realizowany z wykorzystaniem zamówień publicznych wspierających inwestycje.

Obszary wsparcia MŚP w prawie unijnym

Wsparcie MŚP w kontekście zwiększania ich udziału w rynku zamówień publicznych powinno uwzględniać interesy wszystkich potencjalnych grup interesariuszy. Z tego powodu faworyzowanie MŚP, a zwłaszcza wykonawców z danego kraju, w procedurach udzielania zamówień publicznych należy uznać w zasadzie za niedopuszczalne. W związku z tym zaproponowano kilka instrumentów mających na celu uczynienie zamówień publicznych bardziej dostępnymi dla tej grupy przedsiębiorców, jednocześnie nie destabilizując równowagi konkurencyjnej.

¹⁶ Por. Komunikat Komisji EUROPA 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, Bruksela 2010, KOM (2010) 2020 wersja ostateczna, http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_PL_ACT_part1_v1.pdf (dostęp: 27.09.2017)

¹⁷ Jednak jako grupa składająca się z trzech kategorii podmiotów (mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw) pozyskali w l. 2009-2011 56% zamówień powyżej progów unijnych. Można uznać, że w tej grupie zamówień dominowały duże przedsiębiorstwa (44%) Por. *SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, raport opracowany przez PwC, ICF GHK, Ecorys na zlecenie Komisji Europejskiej, s. 28.

Podstawowym działaniem jest unikanie nadmiernej koncentracji i agregacji zamówień tak, by mogły się o nie ubiegać mniejsze podmioty. W dalszej kolejności można wskazać podział dużych zamówień na mniejsze części. Procedury udzielania zamówień powinny być sprawne i szybkie, a instytucje zamawiające powinny unikać niepotrzebnych przeszkód w dostępie MŚP do zamówień publicznych. Zamawiający powinni unikać formułowania zbyt surowych wymogów podmiotowych, szczególnie w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Wymagania powinny być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego.

W dyrektywie 2014/24/UE¹⁸ zwraca się uwagę na silną potrzebę zmniejszenia obciążeń formalnych i administracyjnych związanych z koniecznością przedstawiania oświadczeń i dokumentów w przypadku ubiegania się o zamówienie publiczne. Instrumentem porządkującym tę kwestię miał być jednolity europejski dokument zamówienia, będący zaktualizowanym oświadczeniem własnym wykonawcy, zastępującym liczne dokumenty składane w postępowaniu. Znacznemu ograniczeniu tych obciążeń ma sprzyjać rozwijany i rozpowszechniany system elektroniczny e-Certis, będący w istocie internetowym repozytorium dokumentów.

Z powyższego wynika zatem, że zwiększanie dostępności zamówień publicznych polega przede wszystkim na:

- podziale dużych zamówień na mniejsze części,
- stosowaniu proporcjonalnych kryteriów kwalifikacji (warunków udziału w postępowaniu),
- ograniczeniu ciężarów administracyjnych i formalnych związanych z przygotowaniem ofert

i ponadto:

- tworzeniu grup wykonawców (konsorcjów) w celu umożliwienia MŚP udziału w dużych zamówieniach,
- formułowaniu specyfikacji technicznych w oparciu o wymagania funkcjonalne i wydajnościowe,
- ochronie interesów podwykonawców,
- elektronizacji zamówień publicznych.

¹⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz.Urz. z 28.3.2014 L.94/65.

Wsparcie MŚP w zamówieniach publicznych w wybranych krajach

W **Niemczech** zasady systemu zamówień publicznych są uregulowane w czwartej części ustawy z 1959 r. o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB)¹⁹. Rozwiązania czwartej części tej ustawy są rozwinięte w rozporządzeniu z 12 kwietnia 2016 r. w sprawie zamówień publicznych (Vergabeverordnung – VgV)²⁰, które z kolei w zakresie zamówień na roboty budowlane odsyła do rozdziału 2 części A jednolitych warunków zlecenia świadczeń budowlanych (Verdingungsordnung für Bauleistungen – VOB). Udzielanie zamówień poniżej progów europejskich podlega rozporządzeniu z 2 lutego 2017 r. w sprawie zamówień podprogowych (Unterschwelvenvergabeordnung – UVgO)²¹, regulującemu zamawianie usług i dostaw oraz rozdziałowi 1 części A VOB poświęconemu robotom budowlanym.

W Niemczech wzmocnienie pozycji MŚP było jednym z najważniejszych politycznych celów noweli prawa zamówień publicznych²², jaka została dokonana za czasów tzw. wielkiej koalicji i weszła w życie 24 kwietnia 2009 r. W motywach ustawodawczych rząd federalny wskazał, że właśnie w obszarze zamówień publicznych, gdzie dominującą pozycję rynkową zajmuje zamawiający, należy szczególnie dbać o interesy sektora MŚP, aby wyrównać trudności przed jakimi stoją MŚP, w szczególności przy udzielaniu dużych zamówień²³.

W **Austrii** normy prawne, dotyczące zamówień publicznych, zawarte są głównie w federalnej ustawie o zamówieniach z 2006 r. (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006)²⁴. Poza tym problematyka zamówień publicznych uregulowana jest w federalnej ustawie o zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z 2012 r.²⁵, która jednak nie będzie przedmiotem dalszej analizy.

¹⁹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – Teil 4 in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergRModG) vom 17. Februar 2015, BGBl I vom 23.02.2016, s. 203, dalej jako: GWB.

²⁰ Verordnung über die Vergabe von öffentlicher Aufträge in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), dalej jako: VgV.

²¹ Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU Schwellenwerte in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Februar 2017 (Banz AT 07.02.2017 B1).

²² BGBl. 2009 I S. 790.

²³ BT-Drucks. 16/10117 vom 13.08.2008, zu Nr. 2 (§ 97) a

²⁴ Bundesgesetz über Vergabe von Aufträge (Bundesvergabegesetz 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, dalej jako: BVergG 2006.

²⁵ Bundesgesetz über Vergabe von Aufträge im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich (Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012), BGBl. I Nr. 10/2012.

We **Francji** w lipcu 2015 r. ogłoszono reformę zamówień publicznych. Była ona związana z koniecznością implementacji nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, ale również dostosowaniem francuskiego systemu zamówień publicznych do nowych wyzwań. Na mocy ordonansu nr 2015-899 z 23 lipca 2015 r.³⁰ z dniem 1 kwietnia 2016 r. uchylono obowiązujący Kodeks zamówień publicznych³¹.

- obowiązkowy podział zamówień na części tak, by stały się one dostępne dla małych i średnich przedsiębiorstw³²,
- wprowadzenie obowiązku włączenia udziału przeznaczonego do realizacji przez małe i średnie przedsiębiorstwa w ramach *umów o partnerstwie (PPP)*,
- umożliwienie instytucjom zamawiającym nakładania obowiązku powierzenia w ramach koncesji co najmniej 10% robót lub usług małym i średnim przedsiębiorstwom,
- zmniejszenie kosztów udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego poprzez:
 - posługiwanie się jednolitym europejskim dokumentem zamówienia,

³² Według ocen autorów dokumentów strategicznych ma to otworzyć dla MŚP rynek zamówień o wartości 1,5 mld euro.

- wprowadzenie zakazu żądania dokumentów, które zamawiający może uzyskać online oraz możliwości posługiwania się dokumentami lub informacjami przekazanymi w ramach poprzednich procedur,
- elektroniczną zamówień publicznych i umożliwienie składania ofert elektronicznie,
- ograniczenie warunku posiadania minimalnego rocznego obrotu do maksymalnej wysokości podwojonej szacowanej wartości danego zamówienia publicznego,
- podniesienie minimalnego progu stosowania procedur do 25 tys. euro (z 15 tys. i 20 tys. euro) przy jednoczesnym zagwarantowaniu poszanowania zasad zamówień publicznych.

Większość powyższych postulatów została wprowadzona do francuskiego porządku prawnego w latach wcześniejszych na mocy różnych aktów prawnych. Reforma jest więc kolejnym etapem realizacji szeregu działań skierowanych na włączenie małych i średnich przedsiębiorstw do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych.

Przykładem mogą być preferencje przyznane tej grupie przedsiębiorców w odniesieniu do niektórych zamówień, zaawansowanych technologii, prac badawczo-rozwojowych na mocy art. 26 ustawy nr 2008-776 z dnia 4 sierpnia 2008 r. o modernizacji gospodarki³³ i wydanego do niej dekretu nr 2009-193 z dnia 18 lutego 2009 r.³⁴ Na podstawie art. 26 tej ustawy niektórzy zamawiający uzyskali możliwość stosowania preferencyjnych zasad traktowania niektórych grup wykonawców należących do sektora badawczo-rozwojowego pod warunkiem, że całkowita kwota zamówień przyznanych przy zastosowaniu tych preferencyjnych zasad nie przekroczy 15% średniej rocznej wartości zamówień danego rodzaju udzielonych przez instytucję zamawiającą w ostatnich trzech latach.

Aktem ważnym dla małych i średnich przedsiębiorstw był dekret nr 2014-1097 z dnia 26 września 2014 r.³⁵, który wprowadził uproszczenia w procedurach udzielania zamówień publicznych³⁶. Objęły one ograniczenia w zakresie maksymalnych wymagań rocznego obrotu do dwukrotnej szacunkowej

³³ LOI n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, wersja skonsolidowana na 27 września 2017 r., <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=?cidTexte=JORFTEXT000019283050&dateTexte=&oldAction=rechJO> (dostęp: 27.09.2017).

³⁴ Décret n° 2009-193 du 18 février 2009 relatif aux modalités d'application de l'article 26 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie pour la passation des marchés publics de haute technologie avec des petites et moyennes entreprises innovantes, wersja skonsolidowana na 27 września 2017 r., https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=04DD4FA6BE2B5F22263DD5CC0453572B.tpdjo08v_1?cidTexte=JORFTEXT000020283716&dateTexte= (dostęp: 27.09.2017).

³⁵ Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029504714&dateTexte=&categorieLien=id> (dostęp: 27.09.2017).

³⁶ Po reformie zamówień większość postanowień dekretu została włączona do przepisów Kodeksu zamówień publicznych i przepisów, które wprowadzono po jego uchyleniu.

wartości zamówienia. Maksymalna wartość obrotu nie może być stosowana przez zamawiającego jako reguła w prowadzonych przez niego zamówieniach a wymagania w tym zakresie zawsze muszą być uzasadnione przedmiotem zamówienia. Przekroczenie limitu dwukrotnej szacunkowej wartości zamówienia jest dopuszczalne wyjątkowo i tylko po sporządzeniu odpowiedniego uzasadnienia. Tym samym dekretem ograniczono możliwość żądania przez zamawiającego przedstawienia dokumentów, do których jest powszechny dostęp a także umożliwiono korzystanie z ważnych dokumentów przedłożonych w ramach poprzednich procedur. Wprowadzono także znany z polskiego porządku prawnego tryb partnerstwa innowacyjnego (*le partenariat d'innovation*).

Także dekret nr 2011-1000 z dnia 25 sierpnia 2011 r.³⁷ w art. 17 wprowadził istotną modyfikację ułatwiającą tworzenie konsorcjów (*conjointes d'entreprises*). Zmiana polega na rezygnacji z obowiązku ujawniania dokładnego zakresu świadczenia wykonywanego w ramach zamówienia przez konkretnego konsorcjanta.

Dostępność zamówień publicznych dla szerszego grona wykonawców ma poprawić wprowadzenie e-zamówień. Zgodnie z postanowieniami dekretu z 14 kwietnia 2017 r.³⁸ zamawiający dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej 25 tys. euro publikuje korzystając z profilu nabywcy wszystkie istotne informacje dotyczące zamówień publicznych. Obejmują one m.in. ogłoszenia, umowy i wykazy umów³⁹. Korzystanie z profili nabywców stanie się obowiązkowe od 1 października 2018 r.

Uzupełnieniem powyższych regulacji są *bonne pratiques*. Są one propagowane na różne sposoby. Podstawowym źródłem informacji jest strona internetowa – portal economie.gouv.fr. Stanowi ona bogate repozytorium wiedzy na temat zamówień publicznych. Na uwagę zasługuje szczególnie przewodnik po dobrych praktykach zatytułowany *Narzędzia ułatwiające mikro-, małym i średnim przedsiębiorcom dostęp do zamówień publicznych (Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics. Guide de bonnes pratiques)*⁴⁰.

³⁷ Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024501910&dateTexte=20170928#LEGIARTI000024503824> (dostęp: 27.09.2017).

³⁸ https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=00B73A5DA9B3A710ABD6B312CD109476.tpdila16v_3?cidTexte=JORFTEXT000034492557&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id&idJO=JORFCONT000034491769

³⁹ Szczegółowy opis zakresu danych znajduje się w dokumencie: la mise a disposition des donnees essentielles des Contrats de la commande publique disponibles online pod adresem: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/ouverture-donnees/Fiche_Open_data.pdf (dostęp: 27.09.2017).

⁴⁰ https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publicque/guide_de_bonnes_pratiques.pdf (dostęp: 26.09.2017).

W **Wielkiej Brytanii** impulsem do zmian regulacji w zakresie zamówień publicznych były krytyczne głosy środowisk skupiających MŚP⁴¹, w tym organizacji branżowych⁴². Postulowały one wprowadzenie kilku istotnych zmian do krajowego systemu zamówień publicznych. Rekomendacje objęły:

- nałożenie na władze lokalne obowiązku publikowania informacji o wszystkich zawartych umowach o wartości powyżej 10 tys. funtów w portalu Contracts Finder tak, jak zobowiązani są do tego zamawiający z sektora rządowego,
- nadanie Mystery Shopper Service⁴³ uprawnień niezbędnych do bardziej skutecznego wykrywania i napiętnowania zamawiających, którzy stosują niedopuszczalne praktyki w zamówieniach publicznych,
- nałożenie na rząd obowiązku wprowadzenia planu działania w zakresie wprowadzenia wymagań publikowania przez władze lokalne szczegółowej informacji o wyborze oferty (lub o braku wyboru oferty),
- wzrost kompetencji osób zajmujących się udzielaniem zamówień publicznych, poprawę szybkości działania i jakości informacji przekazywanych wykonawcom,
- upowszechnienie stosowania istniejących i porównywalnych akredytacji w celu zmniejszenia barier utrudniających dostęp małych przedsiębiorstw do publicznych kontraktów,
- zastąpienie umów ramowych dynamicznym systemem zakupów (Dynamic Purchasing Systems (DPS)) tam gdzie jest to możliwe; MŚP mają utrudniony dostęp do wpisów na listy potencjalnych dostawców prowadzonych przez władze lokalne,
- uproszczenie formularzy stosowanych do prekwalfikacji wykonawców w kontraktach publicznych,
- upowszechnienie dobrych praktyk stosowanych w krajach, księstwach i prowincji wchodzących w skład Wielkiej Brytanii⁴⁴.

⁴¹ Np. Federation of Small Business (FSB), <https://www.fsb.org.uk/>.

⁴² Np. Federation of Master Builders (FMB), <http://fmb.org.uk/>.

⁴³ Więcej informacji o tej służbie można znaleźć pod adresem: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/584208/Mystery_Shopper_Scope_and_Remit_2017.pdf (dostęp: 30.09.2017).

⁴⁴ Zob. Np. rekomendacje opisane w raporcie: Improving Public Procurement For Construction SMES, FMB, <https://www.fmb.org.uk/media/10360/fmb-report-improving-public-procurement-for-construction-smes-ensmallen1.pdf>, s. 30 i n.

W odpowiedzi na te postulaty władze wprowadziły szereg reform, w tym obejmujących zamówienia publiczne. Wśród najistotniejszych zmian skierowanych do przedsiębiorców należących do sektora MŚP należały⁴⁵:

- likwidacja etapu prekwalfikacji wykonawców dla zamówień poniżej progów unijnych,
- wprowadzenie obowiązkowej kwalifikacji podmiotowej w przypadku zamówień o wartości powyżej progów unijnych,
- zobowiązanie władz lokalnych do zawierania w umowach w sprawie zamówień publicznych klauzul gwarantujących szybkie płatności w łańcuchach dostaw,
- wprowadzenie obowiązku publikacji ogłoszeń i zaproszeń do składania ofert w *Contract Finder* obejmującym jak największe grono podmiotów publicznych; publikowanie w tym medium ogłoszeń o wyborze ofert oraz zawarciu umów wykonawczych w ramach obowiązujących umów ramowych.

Wskazane wyżej regulacje weszły w życie w pierwszym kwartale 2015 r.

Dokumentem, który w kompleksowy sposób reguluje kwestie związane z udzielaniem zamówień publicznych w Wielkiej Brytanii jest *The Public Contracts Regulations 2015*⁴⁶. Akt wszedł w życie 26 lutego 2015 r. Dokument reguluje kompleksowo wszystkie istotne zagadnienia związane z udzielaniem zamówień publicznych przez sektor publiczny w Wielkiej Brytanii.

Rezygnacja z prymatu najniższej ceny

W myśl § 127 ust. 1 zd. 1 i 2 GWB zamówienia udziela się ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie, na podstawie wcześniej określonych kryteriów wyboru oferty. Ofertę najkorzystniejszą w **Niemczech** określa się według **najkorzystniejszego stosunku świadczenia do ceny** (§ 127 ust. 1 zd. 3 GWB). Nowelą z 2016 r.⁴⁷ dopuszczono stosowanie ceny lub kosztu jako jedynego kryterium wyboru oferty (§ 127 ust. 1 zd. 4 GWB). Wcześniej kwestia ta budziła wątpliwości. Zgodnie z dotychczasowym poglądem judykatury wybór oferty z najniższą ceną był dopuszczalny jedynie w przypadku, gdy przedmiot

⁴⁵ Procurement Policy Note – Reforms to make public procurement more accessible to SMEs, Information Note 03/15 18 th February 2015, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/405020/PPN_reforms_to_make_public_procurement_more_accessible_to_SMEs.pdf (dostęp: 30.09.2017).

⁴⁶ http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/102/pdfs/ukxi_20150102_en.pdf

⁴⁷ Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergRModG vom 17. Februar 2015, BGBl I vom 23.02.2016, S. 203.

zamówienia we wszystkich istotnych punktach został precyzyjnie zdefiniowany w dokumentach zamówienia⁴⁸.

W judykaturze niemieckiej uznaje się, że najkorzystniejszy stosunek świadczenia do ceny zachodzi, gdy stosunku stosunek wagi ceny lub kosztu do znaczenia pozostałych kryteriów wynosi 50:50⁴⁹. Znaczenie innych niż cena lub koszt kryteriów nie może być marginalizowane, gdyż skutkowałoby to wypaczeniem zasady wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Niedopuszczalne jest zwłaszcza stosowanie pozornych kryteriów pozakosztowych. O takich pozornych kryteriach może być mowa, jeśli faktycznie nie wprowadzają one zróżnicowania ekonomicznego. Natomiast kryterium nie ma charakteru pozornego, jeżeli w konkretnym wypadku wpływa na wynik oceny ofert⁵⁰.

Nowela z 2016 r. usankcjonowała możliwość oceny oferty wyłącznie na podstawie kryteriów pozakosztowych. Zgodnie z przepisami § 58 ust. 2 zd. 3 VgV i § 16d UE ust. 2 Nr 4 VOB/A zamawiający może określić z góry stałą cenę lub koszt, wskutek czego najkorzystniejsza ekonomicznie oferta jest określana wyłącznie na podstawie kryteriów jakościowych, środowiskowych lub społecznych.

Również ustawodawca **austriacki** preferuje zasadę wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie i technicznie. Cena może być stosowana jako jedyne kryterium oceny ofert tylko gdy jasno i jednoznacznie został zdefiniowany standard jakościowy świadczenia w zakresie technicznym, ekonomicznym, finansowym i prawnym (§ 79 ust. 3 zd. 1 BVergG 2006⁵¹; proj. § 91 ust. 4 zd. 1 BVergG 2017). W motywach ustawodawczych do proj. BVergG 2017 jako przykłady zamówień, w których można stosować kryterium najniższej ceny podaje się niektóre standardowe roboty drogowe, dostawy towarów o wysokim stopniu standaryzacji i wysoko wystandaryzowane usługi. Ogólnie rzecz biorąc cena jako jedyne kryterium jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy istnieje standard porównawczy (ustalony przez zamawiającego) umożliwiający porównanie oferowanych świadczeń⁵². Niezależnie od tego zamawiający nie może zastosować ceny jako jedynego kryterium oceny ofert w przypadku:

- 1) usług o charakterze intelektualnym;
- 2) opisanego przedmiotu zamówienia w istotnej części przez określenie wymagań dotyczących funkcjonalności;
- 3) usług, które są udzielane w procedurze negocjacyjnej;

⁴⁸ M. Müller-Wrede, *GWB Vergaberecht Kommentar*, § 127 GWB, 2016, s. 565 oraz przytoczone tam orzecznictwo sądu apelacyjnego w Düsseldorfie (OLG Düsseldorf).

⁴⁹ Tamże, s. 564 i przytoczone tam orzecznictwo sądu apelacyjnego w Düsseldorfie.

⁵⁰ Tamże, s. 566 i przytoczone tam orzecznictwo sądu apelacyjnego w Düsseldorfie oraz Federalnej Izby Zamówień Publicznych (VK Bund).

⁵¹ Bundesgesetz über Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006), BGBl. I Nr. 17/2006.

⁵² Por. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy z 2017 r. - BVergG 2017 (292/ME XXV. GP - Ministerialentwurf – Erläuterungen), s. 9.

- 4) robót budowlanych, których szacunkowa wartość przekracza 1 mln euro;
- 5) zakupu artykułów żywnościowych (§ 79 ust. 3 zd. 2 BVergG 2006).

Idąc za wzorem ustawodawcy niemieckiego w proj. § 91 ust. 4 zd. 2 BVergG 2017 nakazuje się zamawiającemu ustalenie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie i technicznie poprzez określenie najlepszego stosunku ceny do świadczenia. W motywach ustawodawczych do proj. BVergG 2017 zwraca się uwagę na niedopuszczalność stosowania pozornych kryteriów jakościowych. Wskazuje się na konieczność zwalczania przetargów, w których formalnie występuje wiele kryteriów oceny oferty, ale *de facto* o wyborze oferty i tak decyduje wyłącznie cena. Aby zamówienie zostało udzielone zgodnie z ustawą ofercie rzeczywiście najkorzystniejszej ekonomicznie oraz technicznie, należy określić wiele kryteriów, które umożliwią porównawczą ocenę poziomu świadczenia każdej pojedynczej oferty⁵³.

Należy odnotować, że proj. przepisy BVergG 2017 nie wskazują wyraźnie na możliwość wyboru oferty wyłącznie w oparciu o kryteria jakościowe przy stałej cenie lub koszcie. Jednak możliwość stosowania takiego rozwiązania wynika z objaśnień do projektu ustawy⁵⁴.

Regułą **we Francji** jest wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (art. 62 dekretu nr 2016-360). Opiera się ona na stosowaniu ceny lub kosztu i kryteriów pozacenowych obejmujących aspekty jakościowe, środowiskowe lub społeczne. **Cena jako jedyne kryterium może być stosowana wyłącznie przy zakupie standardowych usług lub dostaw, których jakość nie jest zróżnicowana w zależności od wykonawcy.** Jedynym kryterium może być także koszt, określony przy zastosowaniu podejścia całościowego, np. w oparciu o koszt cyklu życia produktu.

Kryteria są określane w dokumentacji postępowania. W przypadku zamówień o wartości przekraczającej progi unijne kryteriom przyznaje się wagi, a jeżeli nie jest to możliwe z obiektywnych przyczyn, podaje się je w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

W przypadku procedur o wartości szacunkowej poniżej progu unijnego zamawiający musi poinformować potencjalnych wykonawców o kryteriach oceny ofert w ogłoszeniu o zamówieniu lub innych dokumentach wszczynających procedurę. Kryteria proponowane przez zamawiającego muszą odpowiadać ogólnym wymaganiom.

W dokumentach informacyjnych⁵⁵ zaleca się stosowanie kryteriów pozacenowych w przypadku procedur o wartościach niższych niż objęte zakresem dyrektyw, lecz nie jest to obligatoryjne. Podkreśla

⁵³ Por. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy z 2017 r. - BVergG 2017 (292/ME XXV. GP - Ministerialentwurf – Erläuterungen), s. 10.

⁵⁴ Por. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy z 2017 r. - BVergG 2017 (292/ME XXV. GP - Ministerialentwurf – Erläuterungen), s. 9.

⁵⁵ Les marches a procedure adaptee et autres marches publics..., s. 14.

się, że stosowanie kryteriów pozacenowych ułatwia wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Umożliwia także wykonawcom optymalny dobór elementów oferty i jak najlepsze dostosowanie jej do wymagań zamawiającego.

W przypadku procedury powyżej progów UE zamawiający może podjąć decyzję o dopuszczeniu ofert wariantowych. Może dopuścić złożenie jej obok oferty podstawowej lub zamiast oferty podstawowej. W zamówieniach poniżej progów unijnych zamawiający może zabronić składania ofert wariantowych. Nie może jednak, o ile tego nie zastrzegł, odrzucić oferty wariantowej spełniającej minimalne wymagania określone w stosownych dokumentach.

W **Wielkiej Brytanii** zdecydowano się dość wiernie implementować postanowienia dyrektywy 2014/24/UE odnoszącej się do kryteriów oceny ofert (*Contract award criteria*). W ustępie 67 (1) Public Contracts Regulations 2015 zawarto zobowiązanie podmiotów zamawiających do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia zamawiającego. **Nie definiuje się minimalnych wag poszczególnych kryteriów ani nie wprowadza wyrażonego wprost zakazu stosowania wyłącznie kryterium ceny.**

Ofertę wybiera się na podstawie ceny lub kosztu, opłacalności, kosztu cyklu życia oraz na podstawie stosunku jakości do ceny definiowanego poprzez odniesienie do kryteriów takich jak jakość czy też aspekty środowiskowe lub społeczne związane z przedmiotem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Kryteria mogą obejmować jakość, w szczególności zalety techniczne przedmiotu zamówienia, jego cechy estetyczne, funkcjonalność, aspekty środowiskowe i funkcjonalne, dostępność dla wszystkich użytkowników oraz kwestie związane z handlem i warunkami na których się on odbywa. Do kryteriów zalicza się również organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu biorącego udział w realizacji zamówienia o ile ma to wpływ na poziom wykonania zamówienia a także serwis posprzedażny, pomoc techniczną, warunki dostawy takie jak data dostawy, proces dostawy oraz czas realizacji lub termin wykonania.

Element kosztowy może przybierać formę ustalonej ceny lub kosztu stałego, na podstawie którego wykonawcy konkurują wyłącznie kryteriami jakościowymi.

Kryteria oceny ofert muszą być formułowane w taki sposób, by zamawiający nie miał nieograniczonej swobody wyboru oferty. Muszą one także zapewnić możliwość skutecznej konkurencji, być formułowane w taki sposób, by można było je zweryfikować i ocenić. Zamawiający w razie wątpliwości ma możliwość sprawdzenia przekazywanych przez wykonawców informacji odnoszących się do kryteriów.

Zamawiający określa wagi kryteriów w dokumentacji zamówienia. Waga przyznawana jest każdemu z kryteriów w oparciu o korzyść ekonomiczną dla danego zamówienia chyba, że jedynym kryterium jest cena. Można je określać również przez wskazanie odpowiedniego zakresu lub maksymalnej rozpiętości. Jeżeli z przyczyn obiektywnych niemożliwe jest określenie wag kryteriów, zamawiający podaje je w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

Dążenie do równowagi ekonomicznej stron umowy

Niemiecki ustawodawca przywiązuje dużą wagę do ustalania przez zamawiającego realnych i gospodarczo uzasadnionych terminów wykonania zamówienia. W przypadku robót budowlanych obowiązuje zasada, że zamawiający może wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia dopiero wtedy, jeśli przygotuje wszystkie dokumenty zamówienia i jeśli rozpoczęcie realizacji zamówienia jest możliwe w ciągu wskazanych terminów (§ 2 ust. 5 VOB/A). Zamawiający powinien dostosować terminy realizacji robót budowlanych do sezonowych uwarunkowań realizacji prac budowlanych. Zgodnie z § 2 ust. 3 VOB/A należy dążyć do takiego udzielania zamówień, aby wspierać całoroczną działalność budowlaną. Z kolei w myśl § 9 ust. 1 pkt 1 VOB/A terminy realizacji powinny być wystarczająco długie; [przy ich ustalaniu] uwzględnia się pory roku, warunki prac i pozostałe szczególne utrudnienia. Wykonawcy daje się odpowiedni czas na przygotowanie do rozpoczęcia robót budowlanych.

W **Niemczech** równowagę ekonomiczną stron kontraktu gwarantują przede wszystkim przepisy określające **górną pułap kar umownych** za niewykonanie zamówienia w czasie właściwym.

W przypadku zamówień na usługi i dostawy kara umowna za niedotrzymanie terminów wykonania zamówienia może wynosić za każdy pełny tydzień nie więcej niż 0,5% wartości tej części świadczenia, z którego zamawiający nie może skorzystać. Jeżeli kara umowna obliczana jest według dni, uwzględnia się tylko dni robocze. Każdy dzień roboczy zaczętego tygodnia liczy się jako 1/6 tygodnia. Łączna wartość kary nie może przekroczyć 8% (§ 5 Nr 2 ust. 1 zd. 1 VOL/B)⁵⁶.

Z kolei przy zamówieniach na roboty budowlane zamawiający może przewidzieć kary umowne za przekroczenie terminów umownych tylko wtedy, jeśli przekroczenie terminów może spowodować znaczne szkody. Przewidziana kara umowna musi być utrzymana w odpowiednich granicach (§ 9a VOB/A). Nie powinna ona przekraczać 5% wynagrodzenia (wniosek z § 9 ust. 4 VOB/A).

Odpowiedzialność wykonawcy robót budowlanych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia oparta jest na **zasadzie winy**. Odpowiedzialność na zasadzie ryzyka jest wyłączona, z

⁵⁶ Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B) - Fassung 2003 - Bekanntmachung vom 5. August 2003, BAnz Nr. 178a vom 23.09.2003.

wyjątkiem odpowiedzialności za działania lub zaniechania osób, którymi wykonawca posługuje się przy wykonaniu zobowiązania (§ 10 ust. 1 VOB/B⁵⁷). W szczególności jeśli uzgodniono karę umowną na wypadek niespełnienia przez wykonawcę świadczenia przez wykonawcę w przewidzianym terminie, staje się ona wymagalna, kiedy wykonawca popada w **zwłokę** (§ 11 ust. 2 VOB/B).

Na wykonawcę robót budowlanych nie można nakładać żadnych nadzwyczajnych ryzyk związanych z okolicznościami lub zdarzeniami, na które nie ma on żadnego wpływu i których oddziaływania na ceny i terminy nie może on z góry oszacować (§ 7 ust. 3 VOB/A).

Warto podkreślić, że przepisy wyraźnie chronią wykonawcę przed skutkami wystąpienia w trakcie realizacji zamówienia niezależnych od niego przeszkód. Przykładowo terminy wykonania robót budowlanych ulegają przedłużeniu, jeżeli przeszkoda została spowodowana okolicznością z zakresu ryzyka zamawiającego, strajkiem albo lokautem zarządzonym przez reprezentację zawodową pracobiorców w przedsiębiorstwie wykonawcy albo w pracującym bezpośrednio dla niego, siłą wyższą albo innymi okolicznościami nieuniknionymi dla wykonawcy (§ 6 ust. 2 pkt 1 VOB/B). Do takich „nieuniknionych” okoliczności doktryna i judykatura zalicza m.in. braki w dostępie do materiałów oraz niekorzystne warunki pogodowe, których nie dało się przewidzieć⁵⁸. Jednakże warunków pogodowych w trakcie okresu wykonywania robót, z którymi normalnie należało się liczyć w momencie składania oferty, nie uważa się za przeszkodę (§ 6 ust. 2 pkt 2 VOB/B).

We **Francji** umowy w sprawie zamówień publicznych o wartości co najmniej 25 tys. euro zamawiający ma obowiązek zawrzeć na piśmie.

Zamawiającego obowiązują *ogólne klauzule administracyjne* (*Les cahiers des clauses administratives générales* (CCAG)), które określają minimalne wymagania co do treści umowy różnych kategorii⁵⁹. Obejmują one typowe klauzule umowne, które w wielu przypadkach są bardzo szczegółowe, np. regulując kwestie podwykonawstwa, zleceń, płatności⁶⁰. Zamawiający może powołać się na te klauzule

⁵⁷ Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) - Ausgabe 2016 - Bekanntmachung vom 31.7.2009, BAnz. Nr. 155 vom 15.10.2009 zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 7. Januar 2016 (BAnz AT 19.01.2016 B3).

⁵⁸ H. Ingenstau, M. Korbion, VOB Teile A und B. Kommentar, 16 Aufl., 2006, s. 1288.

⁵⁹ Np. dla usług CCAG - Marchés de fournitures courantes et services, dla robót budowlanych - CCAG - Marchés publics de travaux.

⁶⁰ Zob. szczególnie: postanowienie z dnia 8 września 2009 r. Zatwierdzające zakres wymagań i obowiązków ogólnych klauzul administracyjnych mających zastosowanie do zamówień publicznych na roboty budowlane, Arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, wersja skonsolidowana do dnia 1 kwietnia 2014 r., https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=D9758F513AC2969ED042ABACFF7A3B41.tpdjo09v_3?cidTexte=LEGITEXT000021090706&dateTexte=20140401 (dostęp: 29.09.2017).

a jeżeli przewiduje odstępstwa od nich, musi je szczegółowo określić. Musi jednak zastosować wszystkie przepisy, które są konieczne do prawidłowej realizacji danego rodzaju zamówienia.

Zamawiający może powołać się na *ogólne przepisy techniczne* (*Les cahiers des clauses techniques générales (CCTG)*). Mają one zastosowanie do robót budowlanych, tzw. robót cywilnych ogłaszanych w odrębnym trybie przez ministra ds. zrównoważonego rozwoju a także do zamówień publicznych na wyroby gotowe. Szczególnie dokument wymieniony jako ostatni w kolejności jest dość obszerny i szczegółowo reguluje kwestie takie jak specyfikacje techniczne, oznakowanie i opakowanie, jakość⁶¹.

Podstawową regułą we **francuskim** systemie zamówień publicznych jest zawarcie umowy określającej ostateczną cenę, zwłaszcza gdy ceny danego przedmiotu są stabilne. Cena jest co do zasady niezmienna, jednak na warunkach określonych w art. 18 dekretu nr 2016-360 z dnia 25 marca 2016 r. może być aktualizowana. **Możliwość waloryzacji** cen umownych w przypadku dostaw i usług innych niż bieżące oraz robót budowlanych zapewnia się poprzez wprowadzanie do umowy klauzul. Obejmują one w szczególności aktualizację ceny **jeżeli rozpoczęcie świadczenia usług nastąpi po upływie trzech miesięcy od terminu składania ofert** a także aktualizację zysku poprzez odniesienie się do warunków ekonomicznych. **Indeksowanie w oparciu o dane z rynków światowych** może objąć koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia na dostawy, w szczególności surowców których ceny podlegają wahaniom. Zamawiający określa w umowie zasady i metody waloryzacji.

Istnieje także możliwość zawarcia umowy po **tzw. cenach tymczasowych** pod wskazanymi w art. 19 dekretu ograniczeniami. Należą do nich m.in. wysoki stopień skomplikowania usługi albo zastosowanie nowej technologii. W umowie określa się wówczas warunki, na jakich zostanie ustalona cena ostateczna i termin.

Zamawiający podlegający ustawodawstwu **Wielkiej Brytanii** może określić specjalne warunki dotyczące wykonywania umowy. Muszą one być związane z przedmiotem zamówienia⁶² oraz wskazane w dokumentacji postępowania. Mogą one być związane z innowacyjnością, kwestiami środowiskowymi, społecznymi a także zatrudnieniem.

W dokumentacji postępowania zamawiający może żądać wskazania przez wykonawców części umowy, których wykonanie zamierzają oni powierzyć **podwykonawcom**. Nie wpływa to na odpowiedzialność głównego wykonawcy. Wykonawca robót budowlanych lub usług zobowiązany jest przekazać zamawiającemu informacje o nazwie, danych kontaktowych i przedstawicielach podwykonawców

⁶¹ Spécification technique générale relative aux marchés publics d'articles confectionnés (version 1.0, mars 2015), <https://www.economie.gouv.fr/daj/cahier-des-clauses-techniques-generales>.

⁶² Pojęcie to należy rozumieć tak jak w przypadku kryteriów pozacenowych.

najpóźniej w dniu rozpoczęcia realizacji zamówienia o ile dane te są mu znane. Zobowiązanie to obejmuje również wszelkie zmiany podwykonawców.

Szczególną uwagę poświęca się **terminowym płatnościom** dokonywanym przez zamawiającego. Zamawiający są zobowiązani w szczególności do weryfikacji przedstawionych przez wykonawcę faktur bez opóźnień. Zamawiający mogą stosować maksymalnie 30-dniowe terminy płatności zaakceptowanych faktur.

Podział zamówień na części

Dla urzeczywistnienia celu noweli **niemieckiego** prawa zamówień publicznych z 2009 r., odnoszącej się do wzmocnienia pozycji małych i średnich przedsiębiorstw, na nowo zredagowano zasadę uwzględnienia interesów MŚP zawartą w § 97 ust. 3 GWB, zaostrzając jej skuteczność. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, obowiązującym od 24 kwietnia 2009 r., zamawiający jest zobowiązany do podziału zamówienia na branże (*Fachlose*) oraz transze (*Teillose*). *Fachlose* dzielą zamówienie na specjalizacje i rodzaje działalności gospodarczej (np. dekarstwo), *Teillose* według miejsca w przestrzeni lub wielkości zamówienia (np. pojedyncze odcinki drogi)⁶³.

Zamawiający mogą odstąpić od podziału zamówienia na części wyłącznie wtedy, gdy jest to konieczne ze względów ekonomicznych lub technicznych. Zgodnie z wolą ustawodawcy wyjątek ten powinien być wąsko interpretowany i tym samym wolno odstąpić od obowiązku podziału zamówienia na części tylko w ściśle określonych przypadkach⁶⁴.

W literaturze niemieckiej zwraca się uwagę, że podział zamówienia sprzyja MŚP, ponieważ ze względu na ich niewielkie rozmiary mają one większe niż międzynarodowe korporacje, problemy z pozyskaniem wykwalifikowanego personelu, kapitału lub kredytów. Przede wszystkim jednak przy dużych zamówieniach powinny się liczyć z tym, że będą musiały konkurować z większą liczbą wykonawców, w szczególności z innych państw członkowskich UE⁶⁵. Zwłaszcza zamawiającym z sektora samorządowego przychodzi z trudem udzielanie zamówień dużym, ponadregionalnym przedsiębiorcom, jeśli na rynku są aktywni mniejsi, lokalni oferenci.

Jeżeli zamawiający, mimo spoczywającego na nim obowiązku, nie podzieli zamówienia na części, wykonawcy mogą wnieść odwołanie od decyzji zamawiającego i skutecznie domagać się takiego

⁶³ Por. J. Krause, Mittelstandsförderung im Vergaberecht. Rechtliche Grenzen des Mittelstandsschutzes unter Berücksichtigung der Reform der Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB, Hamburg 2015, s. 1 i 2.

⁶⁴ Zob. uzasadnienie komisji ds. gospodarki i technologii do § 97 ust. 3, BT-Drucks. 16/11428 vom 17.12.2008.

⁶⁵ Por. J. Krause, Mittelstandsförderung im Vergaberecht. Rechtliche Grenzen des Mittelstandsschutzes unter Berücksichtigung der Reform der Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB, Hamburg 2015, s. 2.

podziału. Nie oznacza to jednak, że mogą dochodzić konkretnego podziału zamówienia, który umożliwi im udział w postępowaniu. Zgodnie z orzecznictwem zamawiający nadal zachowuje prawo do dokonania podziału stosownie do swoich potrzeb⁶⁶.

BVergG 2006 nie zawiera szczególnych regulacji dotyczących podziału zamówienia na części. Dopiero proj. BVergG 2017 obejmuje propozycję unormowania tej kwestii, przyznając zamawiającym prawo do decydowania o tym, czy zamówienie będzie udzielone w całości czy w częściach. Zgodnie z proj. § 28 ust. 1 „Świadczenia przedsięwzięcia mogą być zlecone łącznie lub osobno (udzielenie zamówienia łącznie lub w częściach). Osobne udzielenie zamówienia w częściach może być dokonane w aspekcie miejscowym lub czasowym, według ilości i rodzaju świadczenia lub ze względu na świadczenia różnych rodzajów działalności gospodarczej lub specjalizacji zawodowych. O udzieleniu zamówienia łącznie lub w częściach decydują aspekty ekonomiczne lub techniczne, jak np. konieczność spójnej realizacji lub jednoznacznej gwarancji.”

We **Francji** podział zamówienia na mniejsze części jest obowiązkowy. Zgodnie z art. 32 ordonansu zasadą jest podział zamówienia na części chyba, że ze względu na naturę przedmiotu zamówienia jest to niemożliwe lub nieuzasadnione. Zamawiający określa liczbę, rozmiar i przedmiot każdej partii.

Przeszkodą uzasadniającą niepodzielenie zamówienia na części mogą być względy natury organizacyjnej albo ekonomicznej. Do pierwszej kategorii można zaliczyć utratę kontroli zamawiającego nad realizacją zamówienia. Do drugiej – ograniczenie konkurencji wynikające z podziału zamówienia a także trudności techniczne lub finansowe związane z realizacją zamówienia. W każdym przypadku odstępstwa od powyższej reguły konieczne jest sporządzenie uzasadnienia zgodnego z przepisami rozporządzenia w sprawie zamówień publicznych.

Zamawiający może ograniczyć liczbę części, na które wykonawca może złożyć ofertę lub liczbę części, których wykonanie może być powierzone jednemu wykonawcy.

Oferty są oceniane według każdej części osobno chyba, że zamawiający zdecydował się na dopuszczenie składania ofert zamiennych (*des offres variables*) w zależności od liczby części, które mogą być przyznane jednemu wykonawcy.

Z kolei w **Wielkiej Brytanii** podział zamówienia na części pozostawiono do decyzji zamawiającego (par. 46.1 The Public Contracts Regulations 2015). W przypadku decyzji pozytywnej zamawiający wskazuje, czy wykonawca może ubiegać się o jedną, kilka albo wszystkie części zamówienia a także jakie są ograniczenia co do przyznania więcej niż jednej części zamówienia temu samemu wykonawcy. Zasady

⁶⁶ M. Müller-Wrede, Vergaberecht Kommentar, § 97 GWB, 2016, s. 49-50 oraz przytoczone tam orzecznictwo sądów apelacyjnych.

dotyczące przyznania więcej niż jednej części zamówienia muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne oraz jasno określać ograniczenia. Muszą być również wskazane w ogłoszeniu lub zaproszeniu do składania wniosków. Przyczyny decyzji o niepodzieleniu zamówienia na części muszą zostać wskazane w dokumentacji postępowania.

Ustalenie proporcjonalnych poziomów kwalifikacji

W **Niemczech** w przypadku robót budowlanych od wykonawców wymaga się, aby zawodowo zajmowali się wykonywaniem świadczeń tego rodzaju co przedmiot zamówienia. Na dowód posiadania zdolności do wykonania zamówienia zamawiający może wymagać w szczególności informacji o wykonanych w okresie ostatnich trzech lat świadczeniach porównywalnych z udzielanymi świadczeniami (§ 6a ust. 2 pkt 2 VOB/A).

We **Francji** zamawiający w przypadku zamówień unijnych jest zobowiązany stosować przepisy dyrektyw. W pozostałych przypadkach może żądać od wykonawców przedstawienia informacji niezbędnych do potwierdzenia, że mają oni potencjał do prawidłowej realizacji zamówienia oraz, że nie zachodzą w stosunku do nich przesłanki wykluczenia z postępowania. Muszą one być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne. Przekroczenie tych granic powoduje nałożenie na wykonawców i zamawiających niepotrzebnych ciężarów, głównie finansowych.

Przed opisaną wyżej reformą zamówień publicznych we Francji zamawiający musiał kontrolować spełnianie przez wykonawców wymagań w zakresie doświadczenia, zdolności technicznych i finansowych. Obecnie nie musi weryfikować wszystkich tych warunków. Zamawiający, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i rynek a także mając na względzie zapewnienie gwarancji właściwego wykorzystania środków publicznych, określa czy oczekuje potwierdzenia spełnienia warunków odnoszących się do sytuacji podmiotowej, zdolności ekonomicznych⁶⁷ lub finansowych czy też zdolności technicznych i zawodowych⁶⁸. Wszystkie te informacje powinny znaleźć się w dokumentacji postępowania kierowanych do wykonawców.

Zamawiający ma także swobodę wyboru momentu, w którym weryfikuje spełnianie tych warunków. Jak podaje się w dokumentach objaśniających⁶⁹, własności potencjalnego wykonawcy można weryfikować zarówno przed sprawdzeniem oferty pod kątem jej zgodności z wymaganiami jak i po tej czynności. Przyjmuje się, że takiej weryfikacji należy dokonać najpóźniej przed wyborem oferty.

⁶⁷ Jak kryterium obrotu czy odpowiednie zaświadczenia z banku.

⁶⁸ Rozumianych jako zasoby ludzkie, sprzęt, umiejętności itp.

⁶⁹ *Les marches a procedure adaptee et autres marches publics...*, s. 13.

Szczególnie akcentuje się konieczność dopuszczenia do udziału w rynku zamówień publicznych przedsiębiorców, którzy dopiero rozpoczynają działalność gospodarczą. Zwraca się uwagę na fakt, że żądanie od takich podmiotów przedstawienia określonych przez zamawiającego dokumentów może trwale eliminować je z rynku zamówień. Oficjalne stanowisko⁷⁰ Ministerstwa Gospodarki, Przemysłu i Zatrudnienia Francji jest takie, że niedopuszczalne jest żądanie dokumentów, które wykraczają poza niezbędny dla danego zamówienia zakres. Ponadto zamawiający zobligowany jest do przyjęcia i zaakceptowania wszystkich innych niż wymagane dowodów, które w wystarczającym stopniu potwierdzają spełnianie wymagań określonych w dokumentacji postępowania.

Jak już wcześniej zauważono, w przypadku zamówień poniżej progów unijnych w **Wielkiej Brytanii** nie przeprowadza się etapu wstępnej kwalifikacji wykonawców, rozumianego jako sprawdzenie zdolności wykonawców do realizacji zamówienia w celu dopuszczenia ich do udziału w kolejnym etapie postępowania.

Zamawiający ma jednak możliwość żądania posiadania przez wykonawcę niezbędnych zdolności w każdym przypadku, ale tylko jeżeli żądanie to jest związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne. Wymaganie zamawiającego odnosić się może tylko do informacji lub dokumentów (dowodów), które potwierdzają spełnianie minimalnych oczekiwań co do zdolności do wykonania zamówienia, kompetencji (*suitability*), statusu prawnego lub sytuacji finansowej.

Zmniejszenie obciążeń wykonawcy związanych z przygotowaniem oferty

W ustawodawstwie **niemieckim** nie przewidziano zwrotu kosztów przygotowania oferty.

Natomiast szczególne uregulowanie w tym względzie zawiera **austriacka** BVergG. Wprowadzie zasadniczo wykonawcy nie przysługuje osobne wynagrodzenie za przygotowanie oferty wykonawcy (§ 111 ust. 1 zd. 1 BVergG 2006). Jeżeli jednak zamawiający wymaga w celu przygotowania oferty szczególnych opracowań, to powinien przewidzieć stosowne wynagrodzenie. Wynagrodzenie przysługuje jedynie wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (§ 111 ust. 3 BVergG 2006). Przykładem takiego szczególnego opracowania, za które należy się wynagrodzenie, jest opis oferowanych usług, dostaw lub robót budowlanych sporządzony w przypadku, gdy zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności⁷¹. Jako szczególne opracowania nie są natomiast traktowane kalkulacje i wymagane do ich sporządzenia prace

⁷⁰ Vérification des qualifications des candidats aux marchés publics, Réponse du Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi publiée dans le JO Sénat du 06/05/2010 - page 1144, <http://www.senat.fr/questions/base/2010/qSEQ100111666.html> (dostęp: 29.09.2017).

⁷¹ Por. E.Pachner, G.Grubner, komentarz do § 96 BVergG, s. 16, [w:] J.Schramm, J.Aicher, M.Fruhmann, R.Thienel, Bundesvergabegesetz 2006. Kommentar, Springer Wien New York 2009.

wstępne, wypełnienie wykazu świadczeń oraz sporządzenie oferty wariantowej (§ 111 ust. 1 zd. 2 BVergG 2006).

Zapewnienie dostępu do informacji o ogłoszeniach i zamówieniach

W **Wielkiej Brytanii** zamawiający mają obowiązek publikowania informacji o zamówieniach poniżej progów unijnych w *Contract Finder*. Nie wyklucza to możliwości opublikowania odpowiedniej informacji w innym medium jeżeli jest to uzasadnione. Ogłoszenie powinno zostać zamieszczone w portalu w ciągu 24 godzin od chwili przekazania go potencjalnym wykonawcom w innej formie. Obowiązek publikowania ogłoszeń dotyczy tylko zamówień, które są skierowane do dużego grona wykonawców, gdy potencjalny rynek jest szeroki i otwarty. Zamawiający ma możliwość odstąpienia od publikacji ogłoszenia gdy zamówienie jest skierowane i dostępne tylko dla grupy oznaczonych podmiotów, niezależnie od tego czy taka selekcja jest dokonana przez zamawiającego na potrzeby konkretnego zamówienia czy też wynika np. z umowy ramowej.

Po opublikowaniu ogłoszenia zamawiający ma obowiązek nieodpłatnego udostępnienia wszystkich informacji istotnych dla danego zamówienia. Może to uczynić poprzez wskazanie odpowiedniego adresu internetowego, pod którym te informacje są dostępne.

Zamawiający publikuje ogłoszenia o zawarciu umowy w portalu *Contracts Finder*. Zawierają one ogólne informacje o wykonawcy oraz dane o wartości kontraktu a także wzmiankę o tym, czy wykonawca jest MŚP (SME) czy organizacją pozarządową, która zyski inwestuje w działalność społeczną, kulturalną lub na rzecz środowiska.

Zapewnienie odpowiedniego czasu na przygotowanie oferty

Ze względu na harmonizację minimalnych terminów składania ofert powyżej progów europejskich zostaną przybliżone minimalne terminy składania ofert w odniesieniu do zamówień o mniejszej wartości.

W **Niemczech** termin składania ofert, niezależnie od rodzaju procedury, powinien być wyznaczony z uwzględnieniem nakładu pracy wymaganego do przygotowania oferty (termin wystarczający). W przypadku zamówień na roboty budowlane termin ten, nawet w przypadku stanu pilnej konieczności nie może być krótszy niż 10 dni; przy jego określaniu należy uwzględnić w szczególności dodatkowy nakład na oględziny placu budowy lub pozyskanie dokumentów potrzebnych do przygotowania oferty (§ 10 ust. 1 VOB/A).

W **Austrii** minimalny termin składania ofert ma zastosowanie w procedurze otwartej oraz ograniczonej i wynosi 22 dni (§ 65 ust. 1 i 2 BVergG 2006). W ramach proj. BVergG 2017 planowane jest skrócenie tego terminu do 20 dni oraz rozszerzenie jego stosowania na procedurę negocjacyjną z ogłoszeniem (proj. § 76 ust. 1 i 2).

We **Francji** minimalne terminy składania ofert lub wniosków dla zamówień powyżej progów unijnych są ustalone zgodnie z postanowieniami dyrektyw. Obowiązuje generalna zasada określania terminów składania wniosków i ofert z uwzględnieniem stopnia złożoności zamówienia i czasu niezbędnego do przygotowania dokumentów koniecznych do udziału w postępowaniu. Jeżeli do złożenia oferty konieczne jest dopełnienie dodatkowych warunków jak wizja lokalna albo dopełnienie dodatkowych formalności, terminy te muszą być odpowiednio dłuższe. Termin składania ofert przedłuża się w sytuacji istotnej zmiany dokumentacji postępowania a także w wypadku konieczności udzielenia dodatkowych informacji lub wyjaśnień na wniosek wykonawcy.

W pozostałych przypadkach zamawiający ma swobodę w określaniu terminu składania wniosków lub ofert a także przeprowadzania negocjacji.

W **Wielkiej Brytanii** w przypadku zamówień o wartości powyżej progów unijnych minimalne terminy na składanie ofert lub wniosków są określone tak jak w dyrektywie 2014/24/UE. W przypadku pozostałych zamówień nie ustala się minimalnych terminów. Obowiązuje ogólna zasada dostosowania terminu do zakresu i rodzaju zamówienia, czasu niezbędnego do przygotowania oferty oraz uwzględnienia innych okoliczności wpływających na długość tego terminu.

Zamawiający określa w ogłoszeniach terminy składania wniosków i ofert. Czas wyznaczony na składanie ofert lub wniosków musi być wystarczający i proporcjonalny do przygotowania oferty.

Nie wyznacza się minimalnych terminów na składanie ofert lub wniosków dla zamówień poniżej progów unijnych.

Udzielanie zamówień publicznych poniżej tzw. progów unijnych w innych krajach Unii Europejskiej a ułatwienie dostępu do zamówień publicznych dla wykonawców krajowych oraz z sektora MŚP

Jednym ze sposobów wsparcia przedsiębiorców może być wybór uczestników postępowania o udzielenie zamówienia spośród kręgu MŚP. Możliwość taką dają procedury zamknięte, które nie są wszczynane publicznym ogłoszeniem. Przykładowo § 6 zd. 2 nieobowiązującej już hesskiej ustawy o wsparciu małych i średnich przedsiębiorstw⁷² przewidywał, że mali i średni przedsiębiorcy powinni być w odpowiednim zakresie zapraszani do składania ofert, zwłaszcza w przetargu ograniczonym i zamówieniu z wolnej ręki. Ponieważ dyrektywy ściśle limitują przypadki, w których zastosowanie może znaleźć procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji, pole do szerszego zastosowania procedur zamkniętych dają tylko zamówienia podprogowe. Im zatem większe możliwości zastosowania procedur zamkniętych poniżej progów unijnych, tym potencjalnie bardziej sprzyjające warunki do wsparcia MŚP, a co za tym idzie - uwzględnienia interesów wykonawców krajowych.

W świetle podstawowych wolności i ich wykładni dokonanej w orzecznictwie TSUE działania służące wsparciu MŚP nie prowadzą do bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, ponieważ kryterium zróżnicowanego traktowania jest rozmiar przedsiębiorstwa, a nie przynależność państwowa. Jednakże pośrednia dyskryminacja mogłaby zachodzić, jeśli wsparcie MŚP byłoby tylko pretekstem a rzeczywistym celem byłoby ukryte wsparcie lokalnych przedsiębiorców⁷³.

Niemieckie rozwiązania prawne dla zamówień podprogowych, zwłaszcza na dostawy i usługi, wyraźnie nawiązują do wzorców właściwych dla zamówień europejskich. Autorom rozporządzenia z 2 lutego 2017 r. w sprawie zamówień podprogowych (UVgO) zależało na zharmonizowaniu obu reżimów prawnych, a konkretnie na dopasowaniu regulacji zamówień podprogowych do bardziej rozwiniętej regulacji zamówień ponadprogowych⁷⁴. Siłą rzeczy skutkuje to, patrząc z perspektywy zamawiających, zaostrzeniem wymagań proceduralno-formalnych.

Jeszcze dalej idącą harmonizację procedur podprogowych i ponadprogowych przewiduje prawo **austriackie**. Do zamówień podprogowych stosuje się zasadniczo te same przepisy co w przypadku zamówień osiągających europejskie progi kwotowe. Różnice dotyczą publikacji ogłoszeń, długości terminów (np. składania wniosków o dopuszczenie i ofert) oraz możliwości stosowania w przypadku

⁷² Gesetz zur Förderung der kleinen und mittleren Unternehmen der hessischen Wirtschaft vom. 23. September 1974, GVBl. I 1974, 458.

⁷³ Por. J.Krause, Mittelstandsförderung im Vergaberecht. Rechtliche Grenzen des Mittelstandsschutzes unter Berücksichtigung der Reform der Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB, Hamburg 2015, s. 57.

⁷⁴ Por. I.Lausen, Die Unterschwellenvergabeordnung – UVgO, NZBau 2017, s. 3 i 8.

zamówień o wartości nieosiągającej progów europejskich dodatkowych procedur zamkniętych (względnie dodatkowych przesłanek stosowania procedur zamkniętych) lub uproszczonych otwartych.

W **Niemczech** w ramach zamówień podprogowych przewidziano następujące procedury:

- 1) przetarg publiczny;
- 2) przetarg ograniczony;
- 3) przetarg ograniczony z konkursem o uczestnictwo;
- 4) procedura negocjacyjna bez konkursu o uczestnictwo (zamówienia na usługi lub dostawy);
- 5) procedura negocjacyjna z konkursem o uczestnictwo (zamówienia na usługi lub dostawy)
- 6) zamówienie z wolnej ręki (zamówienia na roboty budowlane);
- 7) zamówienie bezpośrednie (zamówienia na usługi lub dostawy).

Za pomocą publicznego ogłoszenia wszczynany jest przetarg publiczny, przetarg ograniczony z konkursem o uczestnictwo oraz procedura negocjacyjna z konkursem o uczestnictwo. W pozostałych trybach zaproszenia do wzięcia udziału w postępowaniu kierowane są do zamkniętego grona wykonawców.

Zamawiający może udzielić zamówienia na roboty budowlane w trybie przetargu ograniczonego (bez publicznego ogłoszenia) w jednej z wymienionych sytuacji:

- jeżeli wartość robót budowlanych nie przekracza 100 tys. euro na branżę (§ 3a ust. 2 pkt 1 VOB/A)
- jeżeli przetarg publiczny nie dał zadowalającego wyniku (§ 3a ust. 2 pkt 2 VOB/A),
- jeżeli przetarg publiczny jest niecelowy z innych powodów (np. pilność, poufność) (§ 3a ust. 2 pkt 3 VOB/A).

Z kolei zamawiający może udzielić zamówienia na usługi i dostawy w trybie przetargu ograniczonego (bez publicznego ogłoszenia) w następujących przypadkach:

- jeżeli przetarg publiczny nie dał ekonomicznego wyniku (§ 8 ust. 3 pkt 1 UVgO),
- jeżeli przetarg publiczny lub przetarg ograniczony z konkursem o uczestnictwo spowodowałby poniesienie przez zamawiającego, kandydata lub oferenta nakładów, które byłyby niewspółmierne w stosunku do osiągniętych korzyści lub wartości świadczenia (§ 8 ust. 3 pkt 2 UVgO),

Interesujące jest ukształtowanie przesłanek zastosowania procedury negocjacyjnej bez konkursu o uczestnictwo, która jest odpowiednikiem negocjacji bez ogłoszenia na gruncie polskiej ustawy Pzp. W przypadku zamówień podprogowych na usługi i dostawy przesłanki te pokrywają się zasadniczo z przesłankami zastosowania procedur negocjacyjnych wskazanymi w dyrektywie 2014/24/UE, i to

zarówno z przesłankami dla procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, jak i dla procedury konkurencyjnej z negocjacjami. W szczególności zgodnie z § 8 ust. 4 UVgO zamawiający może skorzystać w procedury negocjacyjnej bez konkursu o uczestnictwo, gdy:

- zamówienie obejmuje rozwiązania koncepcyjne lub innowacyjne,
- zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego rodzaju, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych lub z uwagi na związane z nim ryzyka,
- świadczenie pod względem rodzaju i zakresu, w szczególności pod względem wymagań technicznych, nie może zostać przed udzieleniem zamówienia tak jednoznacznie i wyczerpująco opisane, że można byłoby oczekiwać wystarczająco porównywalnych ofert,
- po unieważnieniu przetargu publicznego lub ograniczonego jego powtórzenie nie dałoby zadowalającego wyniku,
- rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego,
- jeżeli jest to konieczne ze względu na wymagania bezpieczeństwa lub ochrony informacji,
- jeżeli jest to dopuszczone przez przepisy wykonawcze wydane przez ministerstwo federalne lub kraju związkowego do określonej wartości zamówienia.

Stwarza to podstawy do bardzo szerokiego stosowania negocjacji i to w ramach szybkiej, jednoetapowej procedury, w której selekcja wykonawców jest – podobnie jak w procedurach otwartych – dokonywana równolegle z oceną ofert.

Stosowanie procedur zamkniętych może rodzić u zamawiających pokusę ograniczenia rynku zamówień do zamkniętej grupy przedsiębiorców czyli zgodnie z niemiecką tradycją tzw. nadwornych dostawców (niem. *Hoflieferanten*). Aby temu przeciwdziałać zamawiający stosujący bez konkursu o uczestnictwo przetarg ograniczony lub procedurę negocjacyjną, powinien zmieniać wykonawców, do których skieruje zaproszenie odpowiednio do składania ofert lub negocjacji (§ 11 ust. 4 i § 12 ust. 2 zd. 3 UVgO). Zaproszenie do złożenia oferty (do negocjacji) należy kierować do wielu wykonawców, przy czym liczba ta nie może być mniejsza niż 3 (§ 11 ust. 1 i § 12 ust. 2 zd. 1 UVgO). Zaproszenie musi być z góry kierowane wyłącznie do wykonawców, w stosunku do których nie zachodzą podstawy wykluczenia (§ 11 ust. 2 zd. 1 i § 12 ust. 2 zd. 2 UVgO).

Z kolei zamówienia bagatelne na usługi i dostawy, których szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza 1 tys. euro, mogą być (ale nie muszą) udzielane z pominięciem postępowania o udzielenie zamówienia (tzw. zamówienie bezpośrednie). Jednakże i w tym wypadku zamawiającego wiąże nakaz zmieniania wykonawców, którym zostanie udzielone zamówienie (§ 14 UVgO).

Należy zwrócić uwagę, że w Niemczech zamówienia publiczne podlegają zarówno ustawodawstwu federalnemu, jak i ustawodawstwu krajów związkowych. Akty prawne właściwe dla poszczególnych krajów związkowych dopełniają regulacje federalne. Wzorcowym przykładem jest heska ustawa z 19 grudnia 2014 r. w sprawie zamówień publicznych i przestrzegania układów zbiorowych pracy (HVTG)⁷⁵. Ustawa ta dopuszcza (w § 10 ust. 1 w zw. z § 15 ust. 1) dodatkowe stosowanie procedur zamkniętych do progu:

- 1) zamówienie z wolnej ręki w przypadku robót budowlanych – 100 tys. euro na branżę (część zamówienia);
- 2) przetarg ograniczony i zamówienie z wolnej ręki w przypadku usług i dostaw – 50 tys. euro na zamówienie.

Dla zapewnienia ochrony przed stosowaniem procedur zamkniętych w sposób ograniczający konkurencję zamawiający mają zakaz kierowania zaproszenia do składania ofert do jednego lub ciągle do tych samych wykonawców. Do złożenia ofert należy zaprosić co najmniej 5 odpowiednich (tj. spełniających warunki udziału w postępowaniu) wykonawców; przy czym co najmniej dwóch wykonawców, a w przypadku gdy liczba odpowiednich wykonawców jest mniejsza niż 4, co najmniej jeden wykonawca nie powinien mieć siedziby w miejscu wykonania zamówienia (§ 11 ust. 3 HVTG). Jakkolwiek więc heska ustawa gwarantuje otwarcie zamówienia na wykonawców zamiejscowych, to równocześnie pośrednio wskazuje na powinność zaproszenia do złożenia oferty co najmniej 3 wykonawców lokalnych.

Jak już wcześniej wskazano prawo **austriackie** przewiduje możliwość zastosowania przy udzielaniu zamówień podprogowych dodatkowych procedur. Są to procedura ograniczona bez ogłoszenia, zamówienie bezpośrednie oraz zamówienie bezpośrednie z ogłoszeniem.

Procedura ograniczona bez ogłoszenia jest formą przetargu zamkniętego, w którym zamawiający zaprasza do składania ofert wybranych przez siebie wykonawców. Zamawiający może udzielić zamówienia w tym trybie jeżeli zna odpowiednich wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, a wartość zamówienia w przypadku robót budowlanych nie przekracza kwoty 1 mln euro, w przypadku usług i dostaw zaś – 100 tys. euro (§ 37 BVergG 2006). Proj. BVergG 2017 zakłada obniżenie progów kwotowych do odpowiednio 300 tys. i 80 tys. euro (proj. § 43).

Do zamówień bagatelnych o wartości do 100 tys. euro stosuje się odformalizowaną procedurę zamówienia bezpośredniego (*Direktvergabe*). Zamówienia bezpośredniego udziela się bezpośrednio wybranemu wykonawcy, przy czym wybór wykonawcy może być ewentualnie poprzedzony złożeniem

⁷⁵ Hessisches Vergabe- und Tariftreugesetz (HVTG) vom 19. Dezember 2014 (GVBl vom 30. Dezember 2014, Nr. 25).

ofert lub niewiążących propozycji cenowych przez jednego lub kilku wykonawców (§ 25 ust. 10 i § 192 ust. 9 BVergG 2006). Zamawiający przestrzega ogólnych zasad udzielania zamówień (niedyskryminacji, uczciwej konkurencji i równego traktowania; udzielania zamówienia wykonawcom uprawnionym, zdolnym do spełnienia świadczenia i wiarygodnym; wszczynania postępowania z rzeczywistym zamiarem udzielenia zamówienia oraz zakończenia postępowania wyborem oferty). W projektowanym BVergG 2017 planuje się obniżenie wartości progu kwotowego stosowania zamówienia bezpośredniego do 50 tys. euro (proj. § 46 ust. 2).

Z kolei tryb zamówienia bezpośredniego z ogłoszeniem jest rodzajem odformalizowanego przetargu wszczynanego publicznym ogłoszeniem, w którym zamawiający przestrzega ogólnych zasad udzielenia zamówień (§ 41a oraz § 201a BVergG 2006). Udzielenie zamówienia w trybie zamówienia bezpośredniego z ogłoszeniem może nastąpić tylko wówczas, gdy wartość zamówienia na roboty budowlane nie przekracza progu 500 tys. euro, w przypadku zaś dostaw i usług – progu 130 tys. euro (zamówienia publiczne) lub 200 tys. euro (zamówienia sektorowe).

Ponadto BVergG 2006 przewiduje w przypadku zamówień podprogowych dodatkowe przesłanki stosowania procedur negocjacyjnych. Procedura negocjacyjna z ogłoszeniem jest jednym z trzech trybów podstawowych, spośród których zamawiający mogą swobodnie wybierać (§ 38 ust. 1). Dopuszcza się także swobodne stosowanie procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia do progu 100 tys. euro (§ 38 ust. 1 pkt 1). Proj. BVergG 2017 przewiduje obniżenie tego progu do 80 tys. euro (proj. § 44 ust. 2 pkt 1)).

We Francji, jak to już wcześniej zasygnalizowano, dekretem nr 2015-1163 z 17 września 2015 r. zwiększono progi stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. Zgodnie z art. 3 tego dekretu wprowadzono zmiany kwot szacunkowej wartości zamówienia z 15 tys. i 20 tys. euro na 25 tys. euro.

Projektowane zmiany wzbudzały poważne kontrowersje⁷⁶. Jako motywy do zmian progów wartości zamówień bagatelnych wskazywano uproszczenie dostępu MŚP do zamówień publicznych, oszczędność czasu osób odpowiedzialnych za udzielanie zamówień o niskiej wartości a także zmniejszenie kosztów związanych z obsługą ogłoszeń. Projektowane zmiany spotkały się z pozytywnymi opiniami (74%)⁷⁷. Entuzjaści zmian wskazywali na oszczędność czasu, ale zwracali uwagę na potrzebę zmniejszenia proponowanego progu do 20 tys. euro lub zróżnicowanie progów ze względu na przedmiot zamówienia lub zamawiającego. Sceptycy wskazywali natomiast na niebezpieczeństwo

⁷⁶ Zob. raport z konsultacji publicznych projektu zmian: <http://www.vie-publique.fr/forums/projet-decret-modifiant-certains-seuils-du-code-marches-publics.html> (dostęp: 29.09.2017).

⁷⁷ Por. Dane przytoczone na stronie: <https://www.economie.gouv.fr/daj/synthese-concertation-publique-sur-projet-decret-modifiant-certains-seuils-code-marches-publics> (dostęp: 29.09.2017).

sprzysiania klientelizmowi oraz ryzyko utraty przejrzystości procedur, co stało w sprzeczności z postulatami dobrego zarządzania środkami publicznymi.

Zgodnie art. 3 dekretu⁷⁸ decyzja co do sposobu postępowania w przypadku zamówień o wartości poniżej 25 tys. euro należy do zamawiającego. Może on zdecydować o udzieleniu zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia lub przeprowadzenia przetargu. Musi jednak zapewnić pozyskanie oferty odpowiednio dostosowanej do swoich potrzeb i zaspokajającej te potrzeby. Musi również zapewnić dobre wykorzystanie środków publicznych. Zamawiający nie może zawierać wielu umów z tym samym wykonawcą, jeżeli na rynku ofertę może złożyć wielu potencjalnych wykonawców.

Zasady te zostały utrzymane w dekrete nr 2016-360 z 25 marca 2016 r.⁷⁹ Art. 30.I.8° stanowi, że w przypadku zamówień publicznych, których szacunkowa wartość jest niższa niż 25 tys. euro zamawiający może wybrać ofertę bez uprzedniego ogłoszenia lub przeprowadzenia procedury konkurencyjnej. Nie może to jednak prowadzić do systematycznego zawierania umów z tym samym wykonawcą, jeżeli przedmiot zamówienia może być zrealizowany przez wielu wykonawców.

Zamawiający zyskuje dość dużą swobodę postępowania w przypadku tzw. zamówień bagatelnych. Nie jest związany trybem ani konkretnym sposobem postępowania. Nie musi także zawierać umowy na piśmie. Jednak nakłada się na niego jednocześnie dwa bardzo poważne obowiązki sformułowane w sposób ogólny, ale kategoryczny. Musi on zadbać o to, by pozyskać ofertę, która jest adekwatną odpowiedzią na jego zapotrzebowanie. Musi mieć także na względzie, że korzysta ze środków publicznych, a więc musi wykorzystać je jak najlepiej. Bardzo istotną różnicą w porównaniu do polskich przepisów jest wprowadzenie dodatkowego obowiązku zapewnienia różnych źródeł dostaw, o ile na rynku funkcjonują różni dostawcy danego dobra. Tę część przepisu należy rozumieć w kategorii zakazu zawierania umów z jednym wykonawcą, chyba, że jest to uzasadnione obiektywnymi czynnikami.

W Wielkiej Brytanii dla zamówień poniżej progów unijnych stosuje się przepisy zawarte w rozdziale 8 Public Contracts Regulations 2015. Dla zamówień o wartości poniżej 10 tys. funtów (próg bagatelności) nie stosuje się przepisów tej ustawy. Próg ten dla zamówień realizowanych przez National Health Service wynosi poniżej 25 tys. funtów.

⁷⁸ Décret n° 2015-1163, Article 3: *L'entité adjudicatrice peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 25 000 euros HT. Lorsqu'elle fait usage de cette faculté, elle veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.*

⁷⁹ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, version consolidée au 29 septembre 2017, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032295952&dateTexte=20170929> (dostęp: 29.09.2017).

Przepisy zawarte w powyższym akcie prawnym w zakresie zamówień powyżej progu bagatelności i poniżej progów unijnych odnoszą się tylko do wybranych kwestii, nie regulując m.in. kryteriów oceny ofert, trybów udzielania zamówień, istotnych postanowień umowy czy postępowania w razie złożenia oferty rażąco niskiej.

Na Węgrzech udzielanie zamówień o wartości zawierającej się między progami stosowania ustawy krajowej i progami unijnymi jest dokonywane na podstawie uproszczonych procedur regulowanych w części III ustawy⁸⁰.

Zamawiający może przeprowadzić postępowanie według zasad określonych w art. 117 tej ustawy albo zastosować zasady ogólne określone w części drugiej ustawy z odpowiednimi modyfikacjami stosownie do art. 113-116.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający powinien uwzględnić co najmniej jedną z podstaw wykluczenia z postępowania o których mowa w art. 62 i 63 ustawy. Nie ma obowiązku stosowania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, ale wykonawca jest zobowiązany do złożenia oświadczenia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, szczególnie w odniesieniu do podstaw wykluczenia z postępowania⁸¹.

Minimalny termin składania ofert w przetargu nieograniczonym lub ograniczonym wynosi 10 (dostawy i usługi) lub 15 (roboty budowlane) dni.

Dopuszczalne jest stosowanie procedur negocjacyjnych i dialogu konkurencyjnego a także licytacji elektronicznej.

Natomiast **w Irlandii** w 2013 r. utworzono specjalną grupę roboczą w sprawie dostępu MŚP do zamówień publicznych. W centrum zainteresowania tego zespołu znalazły się kwestie wdrożenia i monitorowania strategii umożliwiającej zaangażowanie małych i średnich przedsiębiorstw w zamówienia publiczne poprzez zwiększanie liczby i poszerzanie zakresu zamówień kierowanych do tej grupy.

Stwierdzono, że jedną z podstawowych barier w dostępie do zamówień publicznych dla MŚP jest centralizacja zamówień. W związku z tym podjęto szereg działań ukierunkowanych na usuwanie barier strukturalnych.

⁸⁰ Wersja angielska tekstu ustawy (Act CXLIII of 2015 on Public Procurement przyjętej 22 września 2015 r.) jest dostępna pod adresem: http://www.kozbeszerzes.hu/data/filer_public/56/3a/563ace3a-a5e0-476a-a557-1a8c4e4e0d2f/ppa_01_04_2017_en_final.pdf (dostęp: 30.09.2017).

⁸¹ A. Gawrońska-Baran, *Implementacja dyrektywy 2014/24/UE na Węgrzech*, Kwartalnik PZP Nr 3/2016, s. 55.

W wyniku działań zespołu powstał okólnik⁸² zalecający stosowanie określonych praktyk. Dotyczą one przede wszystkim działań o charakterze uniwersalnym, takich jak dzielenie większych zamówień na części, dostosowanie kryteriów kwalifikacji do rodzaju i zakresu zamówienia, ograniczenia stosowania trybów wieloetapowych do uzasadnionych przypadków etc. Jednak w okólniku wskazuje się również inne działania, mające często bardzo praktyczny wymiar.

Zamawiający mają obowiązek publikowania ogłoszeń w sprawie zamówień o wartości równej i powyżej 25 tys. euro (50 tys. euro dla robót budowlanych). Zaleca się publikowanie ogłoszeń na portalu poświęconym zamówieniom publicznym eTenders⁸³ także w przypadku zamówień o niższej wartości. Uznano, że taka praktyka jest efektywna i prosta oraz przekłada się na większą konkurencyjność oraz zwiększenie udziału MŚP. Ponadto w ramach tego portalu publikuje się ogłoszenia o planowanych zamówieniach. W eTenders mogą zarejestrować się przedsiębiorcy, którzy umieszczają swoje szczegółowe dane, które są następnie wyświetlane automatycznie gdy zamawiający poszukuje wykonawcy mającego określone właściwości. Portal daje również możliwość zarejestrowania adresu e-mail wykonawcy i określenia jego preferencji w celu uzyskania automatycznych informacji o preferowanych zamówieniach. Umożliwiono składanie ofert za pośrednictwem strony internetowej.

Zaleca się ograniczenie wymagań zamawiających w zakresie zabezpieczeń lub ubezpieczeń kontraktów. Powinny one być dostosowane do zakresu i rodzaju zamówienia. Postuluje się szersze stosowanie cyklu życia produktu jako kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Na uwagę zasługuje nałożona na zamawiających powinność przekazania wykonawcom informacji zwrotnej, jakie były podstawy nieudzielenia im zamówienia. Zamawiający powinien wskazać, które elementy oferty zostały ocenione wysoko, a które nisko. Obowiązek ten dotyczy zamówień o wartości powyżej progów unijnych, a przypadku pozostałych zamówień jest zalecany jako dobra praktyka.

⁸² Circular 10/14: Initiatives to assist SMEs in Public Procurement, <http://constructionprocurement.gov.ie/wp-content/uploads/circular-10-14.pdf> (dostęp: 30.09.2017).

⁸³ www.etenders.gov.ie

Stosowanie negocjacyjnych trybów udzielania zamówień publicznych oraz dialogu technicznego w wybranych państwach Unii Europejskiej (Niemcy, Austria, Francja, Wielka Brytania) - analiza prawnoporównawcza.

Dla zamówień osiągających europejskie progi kwotowe **niemieckie** przepisy przewidują trzy negocjacyjne tryby udzielania zamówień: procedurę negocjacyjną z konkursem lub bez konkursu o uczestnictwo, dialog konkurencyjny oraz partnerstwo innowacyjne (§ 119 GWB). Takie same tryby przewiduje proj. § 31 **austriackiego** BVergG 2017, z tym że procedura negocjacyjna dzieli się na procedurę negocjacyjną z ogłoszeniem i bez ogłoszenia.

W **procedurze negocjacyjnej** z konkursem o uczestnictwo (z ogłoszeniem) zamawiający, po zaproszeniu nieograniczonej liczby wykonawców do złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zaprasza wybranych wykonawców do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza do składania ofert ostatecznych. Z kolei w procedurze negocjacyjnej bez konkursu o uczestnictwo (bez ogłoszenia) zamawiający kieruje zaproszenie do składania ofert wstępnych do wybranych przez siebie wykonawców, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza do składania ofert ostatecznych (§ 17 VgV i proj. § 114 BVergG 2017). Oba warianty procedury negocjacyjnej różnią się tylko etapem kwalifikacji wykonawców. Przedmiotem negocjacji są oferty wstępne i wszystkie późniejsze oferty, z wyjątkiem ofert ostatecznych. Celem negocjacji jest ulepszenie treści złożonych ofert, tak aby były one dostosowane do potrzeb zamawiającego. Negocjacje mogą być prowadzone wokół całej treści ofert, z wyjątkiem minimalnych wymagań, które zamawiający wyłączył spod negocjacji. Przedmiotem negocjacji może być również cena⁸⁴.

Niemieckie i austriackie rozwiązania w zakresie **dialogu konkurencyjnego** są nakierowane na zapewnienie jak największej konkurencji na każdym etapie postępowania. Z prawa europejskiego (art. 30 ust. 5 i 6 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24/UE) wynika, że oferty wykonawców powinny opierać się, w zależności od decyzji zamawiającego, na jednym lub kilku rozwiązaniach przedstawionych i określonych podczas dialogu. Natomiast niemieckie przepisy zakładają, że każde rozwiązanie zaproponowane przez wykonawców podczas dialogu, które spełnia określone w dokumentacji zamówienia potrzeby i wymagania zamawiającego, powinno być uwzględnione jako podstawa do złożenia oferty (§ 18 ust. 7 i 8 zd. 1 VgV). Zamawiający może ograniczyć liczbę rozwiązań tylko wtedy, jeśli przewidział podział dialogu na etapy w celu ograniczenia liczby rozwiązań; ograniczenie liczy

⁸⁴V. Hirsch, H. Kaebler, [w:] M. Müller-Wrede (red.), VgV/UVgO Vergaberecht Kommentar, Köln 2017, s. 377.

rozwiązań następuje w oparciu o kryteria oceny ofert. Mimo to na ostatnim etapie musi być tyle rozwiązań, aby zapewniało to konkurencję (§ 18 ust. 6 VgV). Zbliżone rozwiązania przewiduje projektowane prawo austriackie (proj. § 116 ust. 3 i 5 BVergG 2017).

Niemieckie oraz projektowane austriackie przepisy dotyczące **partnerstwa innowacyjnego** oparte są rozwiązaniach europejskich i nie wykazują istotnych odmienności względem dyspozycji dyrektywy 2014/24/UE. Podobnie jak w przypadku procedury negocjacyjnej w ramach procedury ustanowienia partnerstwa innowacyjnego negocjacje toczą wokół ofert wstępnych i wszystkich późniejszych ofert.

We **francuskim** krajowym prawie zamówień publicznych regulowanym przez ordonans nr 2015-899 z 23 lipca 2015 r. wyróżnia się dwie kategorie podmiotów: instytucje zamawiające (*des pouvoirs adjudicateurs*) oraz zamawiających sektorowych (*les entités adjudicatrices*). Do obu tych kategorii mogą należeć osoby prawne prawa publicznego, osoby prawne prawa prywatnego realizujące zadania w interesie ogólnym finansowaną głównie z funduszy publicznych oraz osoby prawne prawa prywatnego posiadające osobowość prawną ustanowione przez instytucje zamawiające w celu realizacji zadań publicznych⁸⁵. Zamawiający sektorowi dodatkowo muszą wykonywać działalność sektorową wskazaną w art. 8-14 dyrektywy sektorowej. Podział ten jest istotny, ponieważ w zależności od tego, do której kategorii przynależy dany zamawiający, będzie on mógł stosować określone przepisy.

Zgodnie z art. 25 dekretu nr 2016-360 z dnia 25 marca 2016 r. dla postępowań w sprawie zamówień publicznych o wartości przekraczających progi unijne od 10 kwietnia 2017 r., instytucje zamawiające (*les pouvoirs adjudicateurs*) mają obowiązek udzielania zamówień w jednym z trzech podstawowych trybów: przetargowym (*l'appel d'offres*), procedury konkurencyjnej z negocjacjami (*la procédure concurrentielle avec négociation*) lub dialogu konkurencyjnym (*le dialogue compétitif*). Dwa ostatnie tryby mogą zostać zastosowane w przypadku udzielania zamówień, gdy dostępne rozwiązania wymagają dostosowania do potrzeb zamawiającego lub gdy nie można dostatecznie dokładnie opisać przedmiotu zamówienia. Zamówienia w tych trybach można udzielić także w przypadku zamówień innowacyjnych i usług projektowych. Uzasadnieniem może być także natura przedmiotu zamówienia, rozumiana jako np. złożoność, stan prawny, finansowanie czy ryzyka. Co istotne, jeżeli w przetargu zostaną złożone oferty, które nie mogą być przyjęte, zamawiający nie musi publikować ogłoszenia o

⁸⁵ Zasady kwalifikacji podmiotów zostały szczegółowo i przystępnie opisane w objaśnieniach opublikowanych przez DAJ: *Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices*, https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/champs-application/pouvoirs-adjudicateurs-et-entites-adjudicatrices-2016.pdf (dostęp: 29.09.2017).

zamówieniu jeżeli zaproszenie obejmuje wyłącznie podmioty, które złożyły ofertę w pierwotnym terminie i zgodnie z pierwotnymi warunkami przetargu.

Przepis art. 26 odnosi się do zamawiających sektorowych. Zgodnie z jego treścią, zamówień o wartości przekraczającej unijne progi kwotowe można udzielić w jednym z trzech trybów: przetargowym (*l'appel d'offres*), procedurze ograniczonej⁸⁶ (*procédure négociée avec mise en concurrence préalable*) lub dialogu konkurencyjnym bez konieczności spełnienia dodatkowych przesłanek.

W przypadku zamówień o wartości niższej niż unijne progi kwotowe zamawiający może udzielić zamówienia korzystając ze znacznie większej swobody działań. Przepis ogólny zawarty w art. 27 ordonansu stanowi, że może on określić warunki zamówienia w zależności od cech przedmiotu zamówienia, właściwości wykonawców oraz innych czynników związanych z realizacją zamówienia. Jeżeli zamawiający zamierza udzielić zamówienia w wyniku negocjacji, może udzielić zamówienia na podstawie złożonych ofert wstępnych także bez przeprowadzenia negocjacji o ile zastrzeże do tego prawo w odpowiednich dokumentach. Zamawiający ma także możliwość zastosowania przepisów regulujących udzielanie zamówień o wartości powyżej unijnych progów kwotowych. Jeżeli podejmie taką decyzję, musi stosować wszystkie przepisy regulujące udzielanie tych zamówień bez żadnych odstępstw.

Dla zamówień o wartości szacunkowej mniejszej niż 90 tys. euro i większej niż 25 tys. euro (próg bagatelności) zamawiający ma prawo wyboru zasad informowania o zamówieniu w zależności od rynku oraz charakteru zamówienia a także statusu zamawiającego. Dla zamówień o wartości równej lub większej od 90 tys. euro i poniżej progów unijnych zamawiający publikuje ogłoszenie o zamówieniu w oficjalnym biuletynie zamówień publicznych lub odpowiedniej gazecie.

W przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych zamawiający ma swobodę ustalenia konkurencyjnych procedur wyboru oferty⁸⁷. Daje mu to dużą swobodą działania i umożliwia negocjowanie warunków umowy lub dostosowanie wymagań do możliwości oferowanych przez rynek. Wybór, czy prowadzić negocjacje czy nie, należy do swobodnej oceny zamawiającego i nie może być podstawą do dochodzenia roszczeń przez wykonawców. O tym, jaka jest decyzja zamawiającego, musi on poinformować wszystkich potencjalnych wykonawców przy wszczęciu postępowania. Zamawiający powinien prowadzić negocjacje ze wszystkimi kandydatami chyba, że zastrzegł w dokumentacji negocjowanie z wybranymi podmiotami. Dlatego sugeruje się zastrzeżenie, że do negocjacji zostaną

⁸⁶ Jest to nomenklatura zgodna z przyjętą w dyrektywie sektorowej, jednak z treści przepisów krajowych wynika, że jest to procedura zbliżona do negocjacji z ogłoszeniem.

⁸⁷ Zob. Les marches a procedure adaptee et autres marches publics de faible montant, https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/marches-procedure-adaptee-2016.pdf (dostęp: 29.09.2017).

dopuszczeni tylko wykonawcy, którzy spełniają warunki przedmiotowe i podmiotowe określone dla danego postępowania.

Negocjacje powinny być prowadzone według opracowanych uprzednio założeń i planu tak, by zapewnić równe traktowanie⁸⁸ wszystkich uczestniczących w nich wykonawców. Mogą one objąć wszystkie lub wybrane elementy oferty. Dopuszczalne jest zarówno negocjowanie zakresu zamówienia jak i wyłącznie ceny. Tym samym dopuszczalne są negocjacje obejmujące jakość, termin dostawy, czas reakcji, liczbę (ilość), cenę lub koszt.

Negocjacje nie mogą w żadnym wypadku być kojarzone z *targowaniem się (merchandage)*. Nie mogą być także pretekstem do zmiany celu postępowania, warunków, przedmiotu zamówienia, kryteriów wyboru oferty lub innych istotnych cech zamówienia⁸⁹.

Zamawiający musi być gotowy udowodnić, że negocjacje zostały przeprowadzone i jaki był ich przebieg. Może w tym celu posłużyć się każdym dowodem, np. sprawozdaniami z negocjacji, notatkami, protokołami, korespondencją elektroniczną.

W Wielkiej Brytanii zamówienia o wartości powyżej progów unijnych mogą być udzielane na podstawie trzech procedur: otwartej, ograniczonej lub partnerstwa innowacyjnego, stosownie do przepisów zawartych w par. 26 i następnych Public Contracts Regulations 2015.

Zamawiający mogą zastosować procedurę konkurencyjną z negocjacjami lub dialog konkurencyjny tylko jeżeli zachodzi co najmniej jedna ze wskazanych w ustawie okoliczności. Są to: brak możliwości zaspokojenia potrzeb zamawiającego w ramach istniejących rozwiązań, gdy zamówienie dotyczy projektowania lub rozwiązań innowacyjnych, gdy kontrakt nie może zostać zawarty bez uprzednich negocjacji związanych ze szczególną naturą, aspektami prawnymi lub finansowymi a także ryzykiem towarzyszącym zamówienia oraz gdy specyfikacje techniczne nie mogą być określone z wystarczającą precyzją poprzez odniesienie do standardów, norm, powszechnie stosowanych specyfikacji technicznych lub odniesień technicznych. Tryby te mogą być zastosowane również gdy przeprowadzona wcześniej procedura otwarta lub ograniczona nie doprowadziła do zawarcia umowy ze względu na to, że złożone oferty nie odpowiadały wymaganiom zamawiającego i nie mogły zostać przyjęte. W tym przypadku zamawiający nie musi publikować ogłoszenia o zamówieniu jeżeli nie zmieniono pierwotnych warunków zamówienia a zaproszenie do udziału w postępowaniu zostanie

⁸⁸ Polega ono m.in. na zapewnieniu, by wszyscy uczestnicy negocjacji otrzymali te same pytania.

⁸⁹ Por. L'information des candidats évincés, https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/information-candidats-evinces.pdf (dostęp: 29.09.2017)

skierowane do wykonawców, którzy spełnili kryteria kwalifikacji w uprzednio ogłoszonym postępowaniu.

Dialog techniczny

W świetle art. 40 dyrektywy 2014/24/UE przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia instytucje zamawiające mogą przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe z zamiarem przygotowania zamówienia i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia. Wstępne konsultacje rynkowe są odpowiednikiem dialogu technicznego w rozumieniu motywu 8 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. W większości ustawodawstw poddanych przeglądowi na potrzeby niniejszej ekspertyzy kwestie związane ze wstępnymi konsultacjami rynkowymi są uregulowane tak jak w dyrektywie 2014/24/UE. Z pewnością problematyka ta jest doniosła prawnie. Otwarte pozostaje jednak pytanie, czy istnieje uzasadnienie dla bardzo szczegółowej regulacji tego zagadnienia.

Niemiecki ustawodawca w ogóle nie zdecydował się na wdrożenie europejskich rozwiązań w zakresie wstępnych konsultacji rynkowych. Z kolei projektowany § 24 **austriackiego** BVerG 2017 stanowi niemal dosłowne przeniesienie art. 40 dyrektywy 2014/24/UE.

We **Francji** zamawiający może przeprowadzić konsultacje rynkowe lub prowadzić badania rynku w celu przygotowania się do udzielenia zamówienia publicznego. Może w tym celu prosić o opinie lub informować wykonawców o swoim projekcie i wymaganiach. Wyniki badań oraz ustalenia dialogu mogą być wykorzystane przez zamawiającego pod warunkiem, że nie zakłóci to konkurencji i nie będzie negatywnie wpływać na dostęp do zamówienia oraz przy zapewnieniu równego traktowania kandydatów i poszanowania zasady przejrzystości. Na zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia prawidłowego toku postępowania tak, by nie dopuścić do faworyzowania wykonawców, którzy brali udział w dialogu technicznym.

W **Wielkiej Brytanii** dialog techniczny (*preliminary market consultations*) w rozumieniu brytyjskiego prawa zamówień publicznych nie odbiega znacząco od sposobu regulacji przyjętego w przepisach dyrektyw. Jego cel jest definiowany jako przygotowanie zamówienia oraz przekazanie potencjalnym wykonawcom informacji o planach i wymaganiach zamawiającego. W ramach tego procesu zamawiający mogą poszukiwać lub przyjmować sugestie lub porady od niezależnych ekspertów, władz a także uczestników rynku. Informacje pozyskane w toku dialogu technicznego mogą być wykorzystane

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o ile nie będzie to skutkowało pogwałceniem zasad niedyskryminacji i przejrzystości.

Na zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia poszanowania zasad udzielania zamówień w przypadku przeprowadzenia dialogu technicznego lub podjęcia wcześniejszej współpracy z wykonawcami w jakiegokolwiek innej formie. Podstawowym działaniem mającym na celu zapewnienie równego poziomu konkurencji jest przekazanie wszystkim zainteresowanym stronom informacji o ustaleniach dokonanych przed wszczęciem postępowania. Wykluczenie wykonawcy biorącego udział w dialogu technicznym może nastąpić tylko wyjątkowo i tylko wówczas, gdy nie można zapobiec zaburzeniu konkurencji w postępowaniu w inny sposób.

Rekomendacje

Wyniki przeprowadzonych badań oraz powyższej analizy systemów zamówień publicznych funkcjonujących w wybranych krajach europejskich dają podstawę do sformułowania postulatów *de lege ferenda*.

1. Wprowadzenie definicji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie

Wybór najkorzystniejszej oferty powinien być dokonywany z poszanowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Dlatego dobór kryteriów oceny oferty powinien gwarantować wybór oferty **faktycznie najkorzystniejszej** pod względem technicznym i ekonomicznym.

Obowiązek stosowania kryteriów pozacenowych nie powinien być jednak absolutny. Należy zauważyć, że kryterium najniższej ceny lub kosztu jest kryterium jasnym i sprawiedliwym przy zastrzeżeniu precyzyjnego określenia wymagań co do przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. W analizowanych porządkach prawnych wybranych krajów UE istnieje możliwość stosowania wyłącznie kryterium najniższej ceny (kosztu). Warunkiem jest, w ogólności, by przedmiot zamówienia miał ściśle określone cechy (standardy) jakościowe lub by był powszechnie dostępny. Ma to znaczenie dla MŚP szczególnie w kontekście świadczenia przez nie usług i dostaw wykonywanych powszechnie na potrzeby szerokiego grona odbiorców.

W tym zakresie należy docenić starania KIO, która w uchwale z 12 kwietnia 2017 r.⁹⁰ wskazała prawidłowe, choć wąskie, rozumienie pojęcia ustalonych standardów jakościowych. Izba stwierdziła, że ustalone standardy jakościowe należy łączyć z gwarancją powtarzalnego poziomu jakości przedmiotu zamówienia niezależnie od wykonawcy. Z kolei możliwość postawienia różnych wymagań co do przedmiotu zamówienia w zasadzie przesądza o tym, że przedmiot ten nie ma ustalonych standardów jakościowych a więc powinno się do niego obligatoryjnie stosować kryteria pozacenowe.

Niestety dodatkowe kryteria jakościowe często są wprowadzane do SIWZ w nieprawidłowy sposób, a ich rola w wyborze ofert jest pozorna, np. z powodu zbyt niskiej wagi czy też błędnej selekcji, która nie ma realnego wpływu na jakość zamówienia⁹¹. Mogą to być także kryteria, które nie są dostatecznie związane z przedmiotem zamówienia⁹². Wybór oferty najkorzystniejszej uniemożliwiają także

⁹⁰ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 kwietnia 2017 r. KIO/KD 10/17, dostępna na stronie Internetowej uzp.gov.pl (dostęp: 18.10.2017).

⁹¹ Informacja prasowa Federacji Przedsiębiorców Polskich cytowana w: *Terminy dostaw to pozorne kryteria oceny ofert*, artykuł opublikowany w portalu www.zamowienia-publiczne.lex.pl (dostęp: 30.09.2017).

⁹² Por. np. wyrok KIO z 04.05.2017 sygn. KIO 777/17, w którym Izba stwierdziła, co następuje: „Wbrew stanowisku zamawiającego zamawiający nie ma nieograniczonej swobody wyboru kryterium. Wybór danego kryterium musi bowiem zapewnić możliwość efektywnej konkurencji.”

nieprawidłowości w badaniu i ocenie ofert, w szczególności związane z pogwałceniem zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców⁹³.

Dotychczasowe orzecznictwo sądowe i KIO nie radzi sobie z problemem stosowania pozornych kryteriów pozakosztowych. Przykładem jest uchwała Sądu Najwyższego z 18 września 2002 r. (III CZP 52/02), która dopuszcza termin płatności ceny jako jedno z kryteriów oceny oferty. Jak bowiem w swojej krytycznej glosie do tej uchwały pisze R. Szostak „w przepisie art. 2 pkt 8 ustawy o zamówieniach publicznych wyraźnie zastrzeżono, że do kręgu potencjalnych kryteriów oceny ofert wchodzi tylko takie, które uzasadniają „najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia”. Pośród tych „innych” niż cena kryteriów nie da się sensownie umieścić płatności ceny”⁹⁴. Określenie „przedmiot zamówienia” należy bowiem odnosić do pojęcia „przedmiot zobowiązania” (rozumianego jako świadczenie), natomiast termin płatności jest elementem przedmiotu zobowiązania (świadczenia) zamawiającego, a nie oferenta, a zatem nie powinien stanowić kryterium oceny oferty. Błędny pogląd Sądu Najwyższego jest podtrzymywany w aktualnym orzecznictwie KIO. W wyroku z 16 czerwca 2015 r. KIO oddaliła odwołania, stwierdzając, że zamawiający miał prawo zastosować kryterium terminu płatności faktury obok kryterium ceny⁹⁵. W ocenie autorów równie kontrowersyjne jest stosowanie kryterium kary umownej jako kryterium pozacenowego⁹⁶.

Powodem tych niedomagań jest, poza brakiem umiejętności posługiwania się pozakosztowymi kryteriami oceny ofert i trzymaniem się utartych schematów, obecne ustawowe ujęcie oferty najkorzystniejszej.

Na gruncie ustawy Pzp ofertę najkorzystniejszą definiuje się jako ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 2 pkt 5 lit. a w zw. z art. 91 ust. 1). **W świetle wskazanej regulacji zamawiający mogą wprowadzać dowolne kryteria oceny ofert, a więc nawet takie, które nie prowadzą do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej.**

Zjawisko stosowania pozornych kryteriów pozakosztowych jest spotykane i rozpoznane także w innych państwach UE. W świetle prawa niemieckiego praktyka ta jest jednak bezprawna i podlega w pewnych

⁹³ W przedmiocie zasady przejrzystości por. np. wyrok KIO z 26.04.2017 r. sygn. KIO 748/17, zaś co do dokonywania niedopuszczalnej interpretacji treści SIWZ po składaniu ofert por. np. wyrok KIO z 14.03.2017 r. sygn. KIO 357/17.

⁹⁴ Szostak R., Glosa do uchwały SN z 18 września 2002 r. (III CZP-52/02), OSP 2003, nr 5, poz. 57.

⁹⁵ Za: <https://www.prawozamowienpublicznych.pl/baza-wiedzy/wyrok-krajowej-izby-odwoławczej-z-dnia-16-czerwca-2015-r-w-sprawie-postępowania-o>

⁹⁶ Por. np. ocena kryterium wysokości kary umownej jako kryterium pozornego w wyroku KIO z 7.10.2016 r. sygn. KIO 1738/16, KIO 1740/16.

granicach kontroli organów rozstrzygających środki odwoławcze. Podstawą do kwestionowania pozornych pozakosztowych kryteriów oceny ofert jest tam szczególne ujęcie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie jako najlepszego stosunku świadczenia do ceny. Śladem rozwiązań niemieckich podąża aktualnie projektodawca austriacki.

Dlatego należy postulować zastąpienie dotychczasowej definicji oferty najkorzystniejszej definicją oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (lub oferty najkorzystniejszej ekonomicznie i technicznie). Przez ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy stosunek ceny do świadczenia (przedmiotu zamówienia).

Aby wzmocnić skuteczność nowej regulacji w motywach ustawodawczych (w uzasadnieniu do projektu ustawy) należy wyraźnie zwrócić uwagę na niedopuszczalność stosowania kryteriów oceny ofert, które nie odnoszą się do samego świadczenia (przedmiotu zamówienia), takich jak termin zapłaty ceny czy wysokość kar umownych.

Dodatkowo można rozważyć wprowadzenie do nowej ustawy wyraźnego zakazu stosowania pozornych kryteriów jakościowych. Kryteria uważa się za pozorne, jeżeli nie mają lub nie będą miały faktycznego wpływu na wynik oceny ofert.

2. Szersze dopuszczenie możliwości wyboru oferty wyłącznie na podstawie kryteriów jakościowych.

Optymalnym rozwiązaniem, które zapewnia, że o wyborze oferty nie decyduje jedynie cena jest wybór oferty wyłącznie na podstawie kryteriów jakościowych. Taką możliwość wyraźnie dopuszczają nowe dyrektywy europejskie, stanowiąc, że składnik kosztowy może również mieć postać stałej ceny lub kosztu stałego, na podstawie których wykonawcy konkurują wyłącznie w oparciu o kryteria jakościowe⁹⁷. Rozwiązanie dyrektyw zostało w całości transponowane do badanych porządków prawnych krajów UE.

Ustawodawca polski podszedł do możliwości wyboru oferty wyłącznie w oparciu o kryteria jakościowe z rezerwą, dopuszczając takie rozwiązanie w wyjątkowo rzadkich przypadkach, gdy przepisy powszechnie obowiązujące lub właściwy organ określiły stałą cenę lub koszt.

Należy postulować dopuszczenie takiego rozwiązania bez jakichkolwiek ograniczeń.

Oczekiwany pozytywnym skutkiem takiej zmiany jest zwiększenie otwartości zamówień publicznych na rozwiązania innowacyjne. Zamawiający, zachowując pełną kontrolę kosztu (ceny) ma możliwość zdecydowania o wyborze oferty, która w najwyższym stopniu spełnia jego oczekiwania lub zaspokaja potrzeby. Dodatkowym atutem proponowanego rozwiązania jest szersze wykorzystanie oferowania

⁹⁷ Por. art. 67 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2014/25/UE.

rozwiązań równoważnych a także ofert wariantowych. Te ostatnie, mimo bardzo dużego potencjału ekonomicznego i innowacyjnego, nie są obecnie wykorzystywane przez zamawiających.

3. Wzmocnienie pozycji wykonawcy jako strony stosunku umownego

Jednym z głównych problemów stanowiących istotną barierę w dostępie MŚP do zamówień publicznych jest brak równowagi ekonomicznej między stronami umowy.

Przedstawiciele organizacji branżowych zwracają uwagę na powszechną praktykę narzucania wykonawcom niekorzystnych warunków umowy. Prowadzi to do obciążania słabszych ekonomicznie i organizacyjnie od zamawiających przedsiębiorców niewspółmiernie wysokim ryzykiem. Przykładem mogą być bardzo wysokie kary umowne za opóźnienia. Z tego powodu MŚP wolą koncentrować swoją działalność na rynkach komercyjnych, które oceniają jako bardziej przewidywalne⁹⁸.

Za uzasadnione należy uznać poniższe postulaty wprowadzenia nowych regulacji:

- 1) Wprowadzenie ustawowego nakazu dostosowania terminów wykonania robót budowlanych do sezonowych uwarunkowań realizacji prac budowlanych;
- 2) Wprowadzenie ustawowego obowiązku określania terminu wykonania zamówienia z uwzględnieniem właściwości przedmiotu zamówienia. W szczególności ma to umożliwiać rozpoczęcie realizacji zamówienia w terminie dostosowanym do uwarunkowań sezonowych takich jak np. pory roku, okresy lęgowe, rok szkolny lub akademicki etc.
- 3) Obowiązkowe określenie górnego limitu kar umownych za niewykonanie zamówienia w umówionym terminie. Kary umowne powinny być ukształtowane w relacji do marży/zysku na danym zamówieniu. Ma to na celu uniknięcie sytuacji, w której ze względu na opóźnienie w realizacji zamówienia wykonawca zrezygnuje z wykonania zamówienia lub będzie je wykonywał według zaniżonych standardów chcąc zrekompensować straty wynikające z kary umownej.

Proponuje się określenie górnej granicy kary umownej za opóźnienie w realizacji zamówienia: w przypadku zamówień na dostawę lub usługi do wysokości 10% a w przypadku zamówień na roboty budowlane do wysokości 5% wartości świadczenia, z którego zamawiający nie może skorzystać.

- 4) Oparcie odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia na zasadzie winy. Odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie ryzyka powinna być

⁹⁸ Wypowiedź M. Kowalskiego, Przewodniczącego Federacji Przedsiębiorców Polskich i członka Rady Zamówień Publicznych, cyt. za: S. Wikariak, *Przedsiębiorcy nie chcą wchodzić na rynek zamówień publicznych*, Gazeta Prawna z 19.07.2017 r. artykuł dostępny w internetowym wydaniu gazety.

wyłączona. Wyjątkiem od tej zasady jest odpowiedzialność za działania lub zaniechania osób, którymi wykonawca posługuje się przy wykonaniu zobowiązania.

- 5) Wprowadzenie zakazu nakładania na wykonawcę zamówienia nadzwyczajnych ryzyk związanych z okolicznościami lub zdarzeniami, na które nie ma on żadnego wpływu i których oddziaływania na ceny i terminy (uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych, zakończenie innych inwestycji lub robót) nie może on z góry oszacować.
- 6) Wprowadzenie górnej granicy sumy wszystkich kar umownych naliczonych w trakcie realizacji konkretnego kontraktu.
- 7) Wprowadzenie klauzul waloryzacyjnych gdy rozpoczęcie realizacji zamówienia jest przesunięte w czasie o więcej niż trzy miesiące od momentu składania ofert. Podstawą waloryzacji mogą być obiektywne wskaźniki odniesienia określone w ustawie lub umowie. Postulat ten jest zasadny w szczególności w przypadku dużych zamówień, w których postępowanie odwoławcze lub sądowe powoduje, że zawarcie umowy jest odłożone w czasie ze względu np. na konieczność dochowania *standstill*.
- 8) Wprowadzenie generalnej klauzuli waloryzacyjnej w przypadku znacznych wahań cen na rynkach surowców wykorzystywanych przy realizacji konkretnego zamówienia. Klauzula może działać na korzyść wykonawcy lub zamawiającego, jeżeli dojdzie do znaczącej zmiany poziomu cen rzutującej na opłacalność lub globalną wartość kontraktu.

4. Złagodzenie oceny doświadczenia wykonawców rozpoczynających lub rozwijających działalność

Problemem, dotyczącym w szczególności MŚP rozpoczynające działalność na rynku lub będące w początkowej fazie tej działalności (*newcomers*) dotyka problem braku oczekiwanego przez zamawiającego doświadczenia. Jednocześnie sytuacja podmiotowa daje rękojmię należytego wykonania konkretnego zamówienia, w szczególności uwzględniając sytuację ekonomiczną a także potencjał i zdolności techniczne. Często zamawiający wymaga udokumentowania, że wykonane przez dany podmiot zamówienia są powtarzalne, tj. oczekuje przedstawienia dowodów, że wykonawca należycie wykonał określoną liczbę oznaczonych zamówień podobnych.

Takie działania utrudniają a niekiedy uniemożliwiają wykonawcom zdobycie doświadczenia i rozwój działalności szczególnie na rynkach zamówień publicznych. Z tego powodu postuluje się wprowadzenie przepisu, którego główne założenia można wyrazić następująco.

W przypadku gdy zamawiający określił warunki udziału jako minimalne poziomy zdolności dotyczące doświadczenia zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy tylko dlatego, że wykonawca nie

spełnia tych minimalnych poziomów zdolności jeżeli wykonawca udowodni, że posiadane przez niego zdolności umożliwiają realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

5. Zaliczki i zapłata za wykonane/dostarczone części zamówienia

Problemem, którego doniosłość jest sygnalizowana m.in. w Wielkiej Brytanii i we Francji są trudności z bieżącym bilansowaniem działalności i zapewnieniem wystarczającego *cash flow* małych i średnich przedsiębiorstw realizujących kontrakty publiczne.

Wydłużone terminy płatności faktur powodują trudności w bieżącym prowadzeniu działalności, znacząco utrudniając efektywne zarządzanie łańcuchem dostaw i zmuszając wykonawców do blokowania środków na rachunkach, w towarach lub korzystania z drogich kredytów kupieckich. Dotyka to przede wszystkim MŚP, które w odróżnieniu do dużych międzynarodowych podmiotów gospodarczych, mają utrudniony dostęp do kapitału.

Z tego powodu postuluje się wprowadzenie ustawowego obowiązku zapłaty za wykonane części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza realizację zamówienia częściami. W pozostałych przypadkach niezbędne jest wprowadzenie obowiązkowych zaliczek na poczet wykonania zamówienia, które będą rozliczane na bieżąco pod kontrolą zamawiającego.

Zarówno płatności częściowe jak i zaliczki powinny być obligatoryjnym elementem umowy o zamówienie publiczne, chyba, że z natury stosunku prawnego lub właściwości przedmiotu zamówienia wynika, że są one nieuzasadnione.

6. Terminy

Z przeprowadzonych badań wynika, że barierą w dostępie do zamówień publicznych dla przedsiębiorców są zbyt krótkie terminy na składanie ofert. Problem ten odczuwają przede wszystkim wykonawcy robót budowlanych. Oferty, które składają oni w postępowaniach przetargowych z reguły wymagają sporządzenia dość szczegółowych kalkulacji. Często wymagane jest również przeprowadzenie wizji lokalnej na miejscu inwestycji. Zarówno przygotowanie i prawidłowe skalkulowanie ceny oferty jak i określenie rzeczywistego rozmiaru robót pochłaniają czas.

Z powyższych względów proponuje się przedłużyć minimalne terminy na składanie ofert w postępowaniach poniżej unijnych progów kwotowych:

- 1) W przypadku zamówień na dostawy i usługi z 7 dni na 10 dni;**
- 2) W przypadku zamówień na roboty budowlane z 14 dni na 20 dni.**

7. Usprawnienia w procedurach negocjacyjnych

Upowszechnienie stosowania trybów negocjacyjnych w zamówieniach publicznych umożliwia dostosowanie zamówień do możliwości ich realizacji przez wykonawców. Tymczasem w świetle danych statystycznych procedury negocjacyjne znajdują zastosowanie w odniesieniu do znikomej części udzielanych zamówień⁹⁹. Częściowo przyczyną tego stanu rzeczy jest wąski zakres przesłanek umożliwiających zastosowanie procedur negocjacyjnych. Niewątpliwie jednak główną barierą na drodze do szerszego wykorzystania procedur negocjacyjnych jest stopień ich skomplikowania, który powoduje, że zwłaszcza negocjacje z ogłoszeniem i dialog konkurencyjny postrzegane są jako procedury kosztochłonne i długotrwałe, co zniechęca do udzielania zamówień z ich wykorzystaniem. Czas trwania negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego związany jest z tym, że są to tryby trzyetapowe. Zamawiający najpierw dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawców na podstawie złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, następnie prowadzi negocjacje albo dialog, a po ich zakończeniu na podstawie złożonych ofert udziela zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Trudności w udzielaniu zamówienia z wykorzystaniem negocjacji z ogłoszeniem i dialogu dotyczącego każdego z wymienionych etapów i wynikają po części z ustawodawstwa unijnego, część natomiast ma swoje źródło wyłącznie w regulacjach krajowych¹⁰⁰.

Negocjowanie treści ofert

Niewątpliwie najpoważniejszym mankamentem rodzimego unormowania jest brak możliwości negocjowania treści złożonych ofert¹⁰¹. Dotyczy to przede wszystkim negocjacji z ogłoszeniem i partnerstwa innowacyjnego, choć także w pewnym stopniu negocjacji bez ogłoszenia.

W negocjacjach z ogłoszeniem i partnerstwie innowacyjnym rokowania toczą się wokół postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a ich przedmiotem może być wyłącznie doprecyzowanie lub uzupełnienie (a nie zmiana) przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 58 ust. 2 i art. 73e ust. 2 ustawy Pzp). Tymczasem zgodnie z brzmieniem dyrektywy 2014/24/UE oraz odpowiednich przepisów niemieckich i austriackich zamawiający negocjuje z oferentami złożone przez nich oferty wstępne w celu dostosowania ich do wymagań zamawiającego.

⁹⁹ W latach 2015-2016 liczba zamówień udzielonych w trybach negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnego wyniosła ok. 0,2% wszystkich udzielonych zamówień i wykazuje tendencję spadkową – Sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w roku 2016, s. 40 na www.uzp.gov.pl, dostępne 30.09.2017 r.

¹⁰⁰ Por. M. Grabarczyk, Usprawnienia w procedurach negocjacyjnych według nowych dyrektyw europejskich, PZP Nr 3/2015, s. 63.

¹⁰¹ Zob. G. Wicik, Negocjacje po nieudanym przetargu de lege lata i de lege ferenda, (w:) Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne, IV Ogólnopolska konferencja naukowa, Księga konferencyjna, część II (red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek), Warszawa 2011, s.142-152

Przedmiotem pertraktacji mogą być wszystkie warunki zamówienia, z wyjątkiem kryteriów oceny ofert oraz minimalnych wymagań zamawiającego, które określa on przy wszczęciu postępowania. W wyniku negocjacji oferenci poprawiają błędy w złożonych ofertach, składając nowe, skorygowane oferty. Natomiast na gruncie ustawy Pzp zamawiający jest obowiązany odrzucić oferty wstępne, które zawierają błędy (art. 58 ust. 1 w zw. z art. 57 ust. 2 zd. 2 oraz art. 73e ust. 2). Po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia w zakresie jakim była ona przedmiotem negocjacji (art. 59 ust. 1 i art. 73e ust. 2 ustawy Pzp), na koniec zaprasza wykonawców, z którymi prowadził negocjacje do złożenia ofert ostatecznych (art. 60 ust. 1 zd. 1 art. 73e ust. 3 ustawy Pzp).

Niektóre z opisanych problemów dotyczą także negocjacji bez ogłoszenia. Wprawdzie w negocjacjach bez ogłoszenia zamawiający negocjuje z wykonawcami warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 61 ustawy Pzp), co oznacza, że przedmiotem pertraktacji może być, na wzór rozwiązań europejskich, cała treść zamówienia. Jednakże powtórzony został ten sam schemat co w przypadku negocjacji z ogłoszeniem: najpierw negocjowanie warunków zamówienia, potem składanie ofert, które już nie podlegają poprawie. Negocjacje bez ogłoszenia składają się z dwóch etapów. W pierwszej, negocjacyjnej fazie zamawiający zaprasza do udziału w postępowaniu wybranych przez siebie wykonawców i negocjuje z nimi warunki umowy. W ramach drugiego, ofertowego etapu, zamawiający kieruje do wszystkich uczestników negocjacji zaproszenie do składania ofert, a wraz z nim przekazuje specyfikacje istotnych warunków zamówienia. Konkurenci reagują, składając oferty, które powinny być zgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia pod rygorem odrzucenia. Ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej przebiega analogicznie jak w przetargu¹⁰². Natomiast europejska procedura negocjacyjna bez publikacji może być dowolnie ukształtowana, dyrektywa pozwala na to, aby w procesie dochodzenia do umowy stosować przemiennie metodę negocjowania lub składania ofert. Negocjacje mogą tu poprzedzać fazę składania ofert lub następować po niej, co powoduje, że zamawiający nie musi odrzucać oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, może tak długo ją negocjować, aż zostanie ona do tych warunków dostosowana¹⁰³.

Obecny stan rzeczy, wykluczający możliwość prowadzenia w ramach postępowań prowadzonych w trybach negocjacji z ogłoszeniem i bez ogłoszenia pertraktacji dotyczących treści złożonych ofert w celu dostosowania ich do warunków zamówienia czyni te procedury mało przyjaznymi dla wykonawców z

¹⁰² Zob. R.Szostak, Kształtowanie warunków zamówienia publicznego w trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji, KPP 2007, z. 1, s. 47.

¹⁰³ Por. G. Wicik, Negocjacje po nieudanym przetargu de lege lata i de lege ferenda, (w:) Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne, IV Ogólnopolska konferencja naukowa, Księga konferencyjna, część II (red. J.Niczyporuk, J.Sadowy, M.Urbaneek), Warszawa 2011, s.150-151

sektora MŚP. Na gruncie ustawodawstwa niemieckiego i austriackiego procedury negocjacyjne stosuje się głównie po to, aby wykonawcy mogli skorygować swoje oferty. Chroni to wykonawców, zwłaszcza posiadających mniej wykwalifikowaną kadrę lub mniejsze doświadczenie w zamówieniach publicznych, przed skutkami popełnianych błędów.

Z tego powodu konieczne jest takie przeformułowanie obu wymienionych trybów, aby negocjacje toczyły się wokół postanowień ofert tzw. wstępnych, a ich wynikiem było otrzymanie prawidłowych, odpowiadających wymaganiom zamawiającego, ofert ostatecznych. Konieczne jest zwłaszcza wyeliminowanie z ustawy Pzp przepisów nakazujących odrzucenie ofert wstępnych niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Powinno to przyczynić się do zmniejszenia bariery w dostępie do zamówień związanej ze zbyt skomplikowanymi procedurami. Pozostawienie dotychczasowego rozwiązania, wedle którego etap negocjacji poprzedza etap składania ofert i służy głównie doprecyzowaniu lub uzupełnieniu opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy, jest możliwe, ale jedynie dla przypadków, gdy negocjacje są wszczynane ze względu na niemożliwość dokładnego określenia warunków zamówienia (art. 55 ust. 1 pkt 6, 7, 8 i 9 oraz art. 62 ust. 1 pkt 3 Pzp)¹⁰⁴.

Szersze wykorzystanie procedur negocjacyjnych

W przypadku zamówień nieosiągających europejskich progów kwotowych postuluje się dopuszczenie stosowania negocjacji bez ogłoszenia w takich samych okolicznościach jak negocjacji z ogłoszeniem.

W świetle powyższych propozycji istotne jest wprowadzenie ustawowego zakazu kierowania zaproszeń do negocjacji do tych samych wykonawców. Zamawiający powinien być zobligowany do zmiany kręgu potencjalnych wykonawców, których będzie zapraszał do udziału w postępowaniu. Wyjątkiem od tej reguły mogą być wyłącznie zamówienia, które mogą być wykonywane przez ograniczoną liczbę podmiotów, a ograniczenie to ma charakter obiektywny.

Należy rozważyć wskazanie dodatkowego, niższego niż unijny ale wyższego niż bagatelny, progu stosowania tych przepisów. Jako punkt odniesienia można wskazać ustawodawstwo heskie, gdzie kwotę ustalono na poziomie 50 tys. euro dla dostaw i usług oraz 100 tys. euro dla robót budowlanych, z wykorzystaniem podziału na branże np. w oparciu o klasyfikacje działalności.

¹⁰⁴ Por. G. Wicik, Negocjacje po nieudanym przetargu de lege lata i de lege ferenda, (w:) Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne, IV Ogólnopolska konferencja naukowa, Księga konferencyjna, część II (red. J.Niczyporuk, J.Sadowy, M.Urbaneek), Warszawa 2011, s.151-152

Zwiększenie liczby rozwiązań wybranych w wyniku dialogu

W świetle art. 60e ust. 1 ustawy Pzp dialog, jako faza postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego, ma doprowadzić do wyboru spośród rozwiązań proponowanych przez wykonawców, rozwiązania lub rozwiązań najbardziej spełniające potrzeby zamawiającego. Proponuje się, aby – podobnie jak w prawie niemieckim – dialog prowadził do wyboru wszystkich rozwiązań spełniających potrzeby zamawiającego. Chodzi o to, aby każde rozwiązanie zaproponowane przez wykonawców podczas dialogu, które spełnia określone w dokumentacji zamówienia potrzeby i wymagania zamawiającego, mogło stanowić podstawę do złożenia oferty. Będzie miało to dodatni wpływ na konkurencję. Należy zezwolić zamawiającemu na wybór rozwiązań (lub wyjątkowo rozwiązania) najbardziej spełniających jego potrzeby tylko wtedy, jeśli przewidział on podział dialogu na etapy w celu ograniczenia liczby rozwiązań. Ograniczenie liczby rozwiązań nie powinno następować w sposób dowolny, ale wyłącznie w oparciu o kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu. Nawet w przypadku przewidzenia podziału dialogu na etapy w celu ograniczenia liczby rozwiązań zamawiający powinien wybrać rozwiązania najbardziej spełniających jego potrzeby w liczbie zapewniającej konkurencję, chyba że liczba rozwiązań spełniających potrzeby jest mniejsza. Obecnie ustawa Pzp nie przewiduje w odniesieniu do zmniejszenia liczby wybranych rozwiązań żadnych ograniczeń.

8. Usprawnienie dialogu technicznego

Unijne regulacje odnoszące się do konsultacji rynkowych (nazywanych w polskich przepisach „dialogiem technicznym”) odznaczają się stosunkowo niskim stopniem szczegółowości. Jak trafnie wskazuje się w piśmiennictwie stanowi to wskazówkę dla ustawodawców krajowych, aby ich uregulowania także nie ograniczały nadmiernie możliwości instytucji zamawiających. Głównym założeniem regulacji odnoszących się do konsultacji, tak w perspektywie krajowej, jak i unijnej, jest możliwość osiągnięcia przez instytucje zamawiające ich podstawowych celów w sposób maksymalnie elastyczny i odformalizowany¹⁰⁵.

W Austrii, Francji i Wielkiej Brytanii do porządków krajowych włączono przepisy dyrektywy dotyczące wstępnych konsultacji rynkowych bez większych modyfikacji. W Niemczech zrezygnowano z wprowadzenia tej instytucji.

Dialog techniczny jest obecnie regulowany przepisami art. 31a do 31d Pzp. Przyjęty sposób regulacji odbiega od proponowanego w dyrektywach i prowadzi do nadmiernej formalizacji prostego procesu. W ocenie autorów może to zniechęcać zamawiających do stosowania dialogu technicznego a

¹⁰⁵ W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 466.

potencjalnych wykonawców do udziału w nim. Proponuje się skreślenie przepisów dotyczących obowiązku zamieszczania informacji o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego (art. 31b Pzp) oraz obowiązku zamieszczenia informacji o zastosowaniu dialogu w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 31c Pzp).

Ponadto należy wyeliminować rozbieżność pomiędzy przepisem art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp i art. 41 dyrektywy 2014/24/UE. Na podstawie przepisu dyrektywy o wcześniejszym zaangażowaniu kandydatów lub konkurentów wykonawca przed wykluczeniem musi mieć możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Oznacza to, że nie każdy udział w przygotowaniu postępowania prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji. Natomiast z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp wynika, że każdy udział w przygotowaniu postępowania, niezależnie od tego, czy w ramach dialogu technicznego czy nie, prowadzi do naruszenia konkurencji. Rodzi to po stronie wykonawców uzasadnione obawy, że udział w dialogu technicznym może doprowadzić do wykluczenia ich z postępowania.

9. Zamówienia o wartości poniżej tzw. progu bagatelności

Stosowanie ustawy do wszystkich zamówień finansowanych ze środków publicznych

Postuluje się rozważenie stosowania przepisów ustawy do wszystkich zamówień finansowanych ze środków publicznych niezależnie od wartości lub ze wskazaniem relatywnie niskiego progu lub progów kwotowych.

Proponuje się dopuszczenie udzielania zamówień o wartości szacunkowej do 1 tys. euro bezpośrednio wybranemu wykonawcy z pominięciem formalnego etapu postępowania o ile zachowana zostanie zasada zmiany wykonawców, którym udzielane są zamówienia o niskiej wartości. Celem jest w tym wypadku zmuszenie zamawiającego do poszukiwania nowych kontrahentów i uniknięcie monopolizowania zamówień przez jeden i ten sam podmiot.

Dla zamówień o wartości szacunkowej do progu 30 tys. euro zastosowanie będą miały wyłącznie poniższe rozwiązania.

Tryby udzielania zamówień

Zamawiający bez ograniczeń będzie mógł stosować wszystkie tryby udzielania zamówień wskazane w ustawie pod warunkiem spełnienia przesłanek stosowania tych trybów. Dodatkowo powinna zostać dopuszczona możliwość zastosowania uproszczonej procedury przetargowej lub przetargowo-negocjacyjnej, wszczynanej publicznym ogłoszeniem.

Procedura uproszczona

W procedurze uproszczonej zamawiający będzie przestrzegał ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych. Zastosowanie będą miały zasady:

- zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania,
- proporcjonalności,
- przejrzystości,
- jawności,
- bezstronności i obiektywizmu osób wykonujących czynności związane z postępowaniem.

Powinna być stosowana powszechnie elektroniczna postać oferty bez wymagania opatrzenia jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Komunikacja między zamawiającym a wykonawcami także powinna być prowadzona wyłącznie elektronicznie.

Zamawiający może żądać dokumentów podmiotowych lub przedmiotowych wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający powinien obligatoryjnie stosować kryteria pozacenowe. Cena jako jedyne kryterium może być stosowana wyłącznie w odniesieniu do zamówień, których przedmiot jest powszechnie dostępny i ma ustalone standardy jakościowe.

Zasadą powinno być, że postępowanie prowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy. Postępowanie podlegałoby unieważnieniu tylko wówczas, gdy nie wpłynęła żadna oferta, wszystkie oferty odrzucono, środki przeznaczone na sfinansowanie zamówienia nie są wystarczające, postępowanie jest obarczone istotną wadą, po wszczęciu postępowania ujawniły się okoliczności wpływające na niemożność osiągnięcia celu postępowania.

10. Wprowadzenie obowiązku podziału zamówienia na części

Autorzy za konieczne uznają wprowadzenie obowiązku podziału zamówienia na części w celu uczynienia go dostępnym dla MŚP.

Podział ten powinien być obligatoryjny, tak, jak przewidziano to np. w przepisach francuskich i niemieckich. Podział powinien być dokonany według ilości i rodzaju świadczenia lub ze względu na świadczenia obejmujące różne rodzaje działalności gospodarczej albo specjalizacje zawodowe. Podstawą decyzji o podziale zamówienia na części zawsze powinny być względy ekonomiczne i techniczne.

Rezygnacja z podziału zamówienia na części dopuszczalna jest tylko wówczas, gdy podział ten jest niemożliwy lub oczywiście nieuzasadniony. Przemawiać za tym mogą względy natury gospodarczej, jakościowej, organizacyjnej lub technicznej. Zawsze jednak decyzja o niepodzieleniu zamówienia na mniejsze części musi być szczegółowo uzasadniona w protokole postępowania.

11. Pozostałe rekomendacje

Proponuje się, by do zamówień o szacunkowej wartości poniżej 100 tys. euro **nie stosować przepisów dotyczących składania ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczeń w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym**. W ocenie autorów wymóg posługiwania się kwalifikowanym podpisem elektronicznym może być istotną barierą w dostępie do zamówień publicznych. Bariera ta dotyczy przede wszystkim mikroprzedsiębiorców.

Postuluje się ponadto **wprowadzenie elektronicznego rejestru podmiotów wykonujących zamówienia publiczne**. Podstawowa funkcja tego rejestru powinna sprowadzać się do weryfikacji wiarygodności tych podmiotów. Zamawiający wystawiałby wykonawcy realizującemu zamówienie ocenę zgodnie z przyjętą metodologią. Obciążenie wykonawcy karami umownymi lub stwierdzenie uchybień przy realizacji kontraktu publicznego skutkowałyby przyznaniem obniżonej oceny a utrzymanie oceny poniżej np. 30% mogłoby prowadzić do wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia na określony czas. Wykonawca ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego byłby weryfikowany za pomocą rejestru i nie musiałby przedstawiać referencji.

Poważnej refleksji wymaga również kwestia **wprowadzenia obowiązku zwrotu kosztów przygotowania oferty**. Zobowiązanie to mogłoby objąć zamówienia, w których wykonawca musi ponieść określone nakłady związane np. z opracowaniem koncepcji (szczególnego opracowania) lub wytworzeniem przedmiotu. Wynagrodzenie powinno należeć się wykonawcy, który – wzorem ustawodawstwa austriackiego – sporządził opis oferowanych usług, dostaw lub robót budowlanych gdy zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez określenie wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych. Także sporządzenie oferty wariantowej może wiązać się z koniecznością poniesienia przez wykonawcę dodatkowych ciężarów.

Na uwagę zasługuje ponadto problem bieżącego monitorowania aktywności MŚP w zamówieniach publicznych na poziomie krajowym. Postuluje się wprowadzenie **bardziej szczegółowych zasad raportowania o zamówieniach udzielonych wykonawcom** ze wskazaniem, czy są oni mikro-, małymi czy średnimi przedsiębiorcami a także czy i w jakim zakresie podmioty należące do tej grupy będą brały udział w realizacji zamówienia jako podwykonawcy.

Bibliografia

Analizy i raporty

- 1) *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*, PARP, Warszawa 2017.
- 2) *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu zamówień publicznych w 2016 r.*, UZP, Warszawa 2017.
- 3) Informacja o polskim rynku zamówień publicznych w roku 2017 na podstawie ogłoszeń opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (stan na dzień 30 września 2017 roku), https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0028/35488/BZP20170930.pdf (dostęp: 22.10.2017).
- 4) *SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, raport opracowany przez PwC, ICF GHK, Ecorys na zlecenie Komisji Europejskiej.
- 5) *Improving Public Procurement For Construction SMES*, FMB, <https://www.fmb.org.uk/media/10360/fmb-report-improving-public-procurement-for-construction-smes-ensmallen1.pdf>
- 6) *Projet de décret modifiant certains seuils du code des marchés publics*, <http://www.vie-publique.fr/forums/projet-decret-modifiant-certains-seuils-du-code-marches-publics.html> (dostęp: 29.09.2017)

Dokumenty strategiczne

- 1) *Komunikat Komisji EUROPA 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*, Bruksela 2010, KOM (2010) 2020 final.
- 2) *Making Public Procurement work in and for Europe*, Komunikat Komisji COM (2017) 572 final z 3.10.2017.

Akty prawa

Europejskiego

- 1) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz.Urz. z 28.3.2014 L.94/65.
- 2) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, Dz.Urz. UE L Nr 94 z 28.3.2014 r.

Krajowego

Niemcy

- 1) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – Teil 4 in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergRModG) vom 17. Februar 2015, BGBl. I vom 23.02.2016
- 2) Verordnung über die Vergabe von öffentlicher Aufträge (VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624)
- 3) Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU Schwellenwerte (UVgO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Februar 2017 (BAnz AT 07.02.2017 B1).
- 4) Gesetz zur Förderung der kleinen und mittleren Unternehmen der hessischen Wirtschaft vom. 23. September 1974, GVBl. I 1974, 458

- 5) Hessisches Vergabe- und Tariftreugesetz (HVTG) vom 19. Dezember 2014 (GVBl vo 30. Dezember 2014, Nr. 25)

Francja

- 1) Décret n° 2009-193 du 18 février 2009 relatif aux modalités d'application de l'article 26 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie pour la passation des marchés publics de haute technologie avec des petites et moyennes entreprises innovantes, wersja skonsolidowana na 27 września 2017 r.,
https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=04DD4FA6BE2B5F22263DD5CC0453572B.tpdjo08v_1?cidTexte=JORFTEXT000020283716&dateTexte= (dostęp: 27.09.2017).
- 2) Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique,
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024501910&dateTexte=20170928#LEGIARTI000024503824> (dostęp: 27.09.2017).
- 3) Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics,
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029504714&dateTexte=&categorieLien=id> (dostęp: 27.09.2017).
- 4) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015 page 12602 texte n° 38,
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030920376&dateTexte=&categorieLien=id> (dostęp: 27.09.2017)
- 5) LOI n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, wersja skonsolidowana na 27 września 2017 r.,
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=?cidTexte=JORFTEXT000019283050&dateTexte=&oldAction=rechJO> (dostęp: 27.09.2017).
- 6) LOI n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, wersja skonsolidowana na 27 września 2017 r.,
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=?cidTexte=JORFTEXT000019283050&dateTexte=&oldAction=rechJO> (dostęp: 27.09.2017).
- 7) Arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, wersja skonsolidowana do dnia 1 kwietnia 2014 r.,
https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=D9758F513AC2969ED042ABACFF7A3B41.tpdjo09v_3?cidTexte=LEGITEXT000021090706&dateTexte=20140401 (dostęp: 29.09.2017).
- 8) Spécification technique générale relative aux marchés publics d'articles confectionnés (version 1.0, mars 2015),
<https://www.economie.gouv.fr/daj/cahier-des-clauses-techniques-generales>.
- 9) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, version consolidée au 29 septembre 2017,
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032295952&dateTexte=20170929> (dostęp: 29.09.2017)

Wielka Brytania

- 1) The Public Contracts Regulations 2015,
http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/102/pdfs/ukxi_20150102_en.pdf

Polska

- 1) Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 r. poz. 1020.

Węgry

- 1) Act CXLIII of 2015 on Public Procurement, http://www.kozbeszerzes.hu/data/filer_public/56/3a/563ace3a-a5e0-476a-a557-1a8c4e4e0d2f/ppa_01_04_2017_en_final.pdf (dostęp: 30.09.2017)

Pozycje książkowe

- 1) Hartung W., Bağlaj M., Michalczyk T., Wojciechowski M., Krysa J., Kuźma K., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015
- 2) Ingenstau H., Korbion M., VOB Teile A und B. Kommentar, 16 Aufl., 2006
- 3) Krause J., *Mittelstandsförderung im Vergaberecht. Rechtliche Grenzen des Mittelstandsschutzes unter Berücksichtigung der Reform der Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB*, Hamburg 2015
- 4) Müller-Wrede M., *GWB Vergaberecht Kommentar*, Köln 2016
- 5) Müller-Wrede M., *VgV/UVgO Vergaberecht Kommentar*, Köln 2017
- 6) Schramm J., Aicher J., Fruhmnn M., Thienel R., *Bundesvergabegesetz 2006. Kommentar*, Springer Wien New York 2009

Artykuły w czasopismach i publikacjach konferencyjnych

- 1) Gawrońska-Baran A., *Implementacja dyrektywy 2014/24/UE na Węgrzech*, Kwartalnik PZP Nr 3/2016.
- 2) Grabarczyk M., *Usprawnienia w procedurach negocjacyjnych według nowych dyrektyw europejskich*, PZP Nr 3/2015.
- 3) Lausen J., *Die Unterschwellenvergabeordnung – UVgO*, NZBau 2017.
- 4) Łapecki F., *Recepcja rozwiązań europejskich do słowackiego prawa zamówień publicznych*, PZP Nr 3/2016.
- 5) Szostak R., *Glosa do uchwały SN z 18 września 2002 r. (III CZP-52/02)*, OSP 2003, nr 5, poz. 57.
- 6) Szostak R., *Kształtowanie warunków zamówienia publicznego w trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji*, KPP 2007, z. 1.
- 7) Szostak R., *Zasady prawa zamówień publicznych*, Kwartalnik PZP Nr 3/2014.
- 8) Trybus M., Andrecka M., *Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU?*, EPPPL 3/2017, s. 224-228
- 9) Wicik G., *Negocjacje po nieudanym przetargu de lege lata i de lege ferenda*, (w:) *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, IV Ogólnopolska konferencja naukowa, Księga konferencyjna, część II (red. J.Niczyporuk, J.Sadowy, M.Urbaneck), Warszawa 2011.
- 10) Wicik G., *Zamówienia publiczne w Austrii po wdrożeniu dyrektyw europejskich z 2014 r.*, PZP Nr 3/2016.
- 11) Wikariak S., *Przedsiębiorcy nie chcą wchodzić na rynek zamówień publicznych*, Gazeta Prawna z 19.07.2017 r., artykuł dostępny w internetowym wydaniu gazety.

Instrukcje i okólniki

- 1) *La mise a disposition des donnees essentielles des Contrats de la commande publique*, https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/ouverture-donnees/Fiche_Open_data.pdf (dostęp: 27.09.2017).
- 2) *Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics. Guide de bonnes pratiques*,

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publicque/guide_de_bonnes_pratiques.pdf (dostęp: 26.09.2017).

- 3) Procurement Policy Note – Reforms to make public procurement more accessible to SMEs, Information Note 03/15 18 th February 2015,
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/405020/PPN_reforms_to_make_public_procurement_more_accessible_to_SMEs.pdf (dostęp: 30.09.2017)
- 4) Vérification des qualifications des candidats aux marchés publics, Réponse du Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi publiée dans le JO Sénat du 06/05/2010 - page 1144,
<http://www.senat.fr/questions/base/2010/qSEQ100111666.html> (dostęp: 29.09.2017).
- 5) Circular 10/14: Initiatives to assist SMEs in Public Procurement,
<http://constructionprocurement.gov.ie/wp-content/uploads/circular-10-14.pdf> (dostęp: 30.09.2017)
- 6) *Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices*,
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_a_cheteurs/fiches-techniques/champs-application/pouvoirs-adjudicateurs-et-entites-adjudicatrices-2016.pdf (dostęp: 29.09.2017).
- 7) Les marches a procedure adaptee et autres marches publics de faible montant,
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_a_cheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/marches-procedure-adaptee-2016.pdf (dostęp: 29.09.2017)
- 8) L'information des candidats évincés,
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_a_cheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/information-candidats-evinces.pdf (dostęp: 29.09.2017)

Spis wykresów

Wykres 1. Udział przedsiębiorstw w tworzeniu PKB w Polsce.	4
Wykres 2. Udział przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych wobec ich roli ekonomicznej w kluczowych sektorach gospodarki.	5

Spis tabel

Tabela 1. Zestawienie ocen barier ze względu na doświadczenie z składaniem ofert w przetargach publicznych.	10
--	----