

Wybrane rozwiązania prawne wspierające przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

dr Maciej Lubiszewski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Katedra Prawa Gospodarczego i Prawa Handlowego

Wydział Prawa i Administracji

Narodowy Instytut Samorządu Terytorialnego

1. Znaczenie przygotowania postępowania dla sprawności procesu udzielenia i wykonania zamówienia publicznego

Wiele problemów ujawniających się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub realizacji zamówienia wynika z niedostatecznego przygotowania postępowania. Zamawiający, często działając pod presją czasu lub bez dostępu do merytorycznej (technicznej) wiedzy, opracowują dokumenty zamówienia bezrefleksyjnie kopiując je z wcześniejszych postępowań. W takich okolicznościach trudno o takie ukształtowanie warunków zamówienia, które będą odpowiadały uzasadnionym obiektywnym potrzebom zamawiającego, a jednocześnie będą w sposób słuszny równoważyły interesy instytucji publicznej i wykonawców.

Osoby odpowiadające za treść polskiego prawa zamówień publicznych mają świadomość istnienia problemów praktycznych, jak również ich przyczyn¹. Należy

sobie uczciwie powiedzieć, że niektóre z błędów wynikają z problemów kadrowych, z którymi borykają się zamawiający: zbyt małej liczby pracowników, niedostatecznego poziomu ich wynagradzania, braków w zakresie kompetencji wynikających z nieinwestowania w tych ludzi. Trudno oczekiwać, aby tego typu problemy były rozwiązywane zmianami legislacyjnymi. Tu konieczne są środki finansowe na zapewnienie godnych warunków pracy i płacy, dostępu wysokiej jakości szkoleń lub studiów podyplomowych oraz na właściwe zarządzanie procesem udzielania zamówień.

Część problemów praktycznych wynika jednak z niewykształcenia się w Polsce tradycji rzetelnego (ale też czasochłonnego) przygotowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wiedzą, jak cel chcą osiągnąć, jednak nie wiedzą, jak to zrobić, jakie rozwiązania obecne na rynku mogą ich wspomóc w realizacji ich

publiczne, Warszawa 2021, s. 216.

1 P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid (red.), Zamówienia

zadań. W efekcie ustalone przez zamawiających warunki zamówienia różnią się z tym, co aktualnie oferuje rynek, ewentualnie odpowiadają tylko jednemu rozwiązaniu, pomijając inne, choćby nawet były one dla zamawiającego korzystniejsze.

Takim niekorzystnym zjawiskiem próbuje przeciwdziałać ustawodawca, stopniowo wprowadzając coraz to nowe rozwiązania służące należytemu przygotowaniu postępowania. Jeszcze pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy² możliwe było zastosowanie tzw. dialogu technicznego. Nowa ustawa³ rozszerzyła jego zastosowanie, przez co konieczna stała się zmiana nazwy tego mechanizmu na wstępne konsultacje rynkowe. Ponadto wprowadzono całkowicie nowe rozwiązanie – analizę potrzeb i wymagań, które wymusza na zamawiających rozważenie najistotniejszych aspektów przyszłego zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania. Wydaje się, iż wspólną cechą tych mechanizmów jest założenie, że standard należytej staranności będzie dochowany wówczas, gdy postępowanie zostanie przygotowane z uwzględnieniem aktualnych warunków rynkowych, poprzez rozeznanie rynku bądź konsultacje z jego uczestnikami.

Celem niniejszego opracowania jest względnie treściwie omówienie tych rozwiązań w taki sposób, aby zachęcić zamawiających do rozważenia ich zastosowania. Nie zawsze przyniosą one spodziewany skutek, jednak w wielu przypadkach wysiłek zainwestowany w analizę potrzeb i wymagań lub wstępne konsultacje rynkowe zwróci się z korzyścią, ponieważ zamawiający dzięki temu uniknie wielu problemów na etapie postępowania (np. liczne wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia, konieczność zmian treści specyfikacji lub przedłużania terminu składania ofert, postępowania odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą) lub realizacji zamówienia.

2. Analiza potrzeb i wymagań

2 Ustawa z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 288, 1086.

3 Ustawa z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, 1812, 1933, 2185, z 2023 r. poz. 412, 825. Dalej jako Pzp.

Zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Oznacza to, że w prawidłowo zarządzanej organizacji, która dysponuje środkami publicznymi, wydatkowanie tych środków powinno być poprzedzone rzetelną analizą, która powinna obejmować co najmniej:

- a. ustalenie potrzeby uzasadnionej celami organizacji,
- b. określenie sposobu (lub sposobów) zaspokojenia tej potrzeby,
- c. dokonanie możliwie najefektywniejszego zakupu, gdy zakup taki jest wymagany do zaspokojenia ustalonej potrzeby.

Standard ten legł u podstaw art. 83 Pzp, który zobowiązuje zamawiających do poprzedzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego analizą potrzeb i wymagań.

Jest to narzędzie służące zwiększeniu efektywności udzielania zamówień publicznych⁴. Obliguje ono zamawiającego do ustalenia na etapie przygotowania postępowania, czy udzielenie zamówienia jest niezbędne, a jeżeli tak, to jakie warunki zamówienia w najlepszy sposób zaspokoją zidentyfikowaną potrzebę zamawiającego⁵. Wprowadzenie tego rozwiązania do ustawy było odpowiedzią na przypadki, w których zamawiający wskutek niedostatecznego przygotowania postępowania nabywał świadczenia, które w rzeczywistości nie były mu potrzebne lub nie zaspokajały jego potrzeb w pełni.

Obowiązek dokonania analizy potrzeb i wymagań

4 M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 233-234.

5 H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2023, s. 292.

dotyczy zamawiających publicznych, a więc podmiotów określonych w art. 4 Pzp, wśród których najliczniejszą grupę stanowią jednostki sektora finansów publicznych. A contrario, art. 83 Pzp nie dotyczy zamawiających sektorowych (art. 5 Pzp) oraz subsydiowanych (art. 6 Pzp). Oczywiście zamawiający ci mogą, a nawet powinni, analizować swoje potrzeby i stosownie do tych potrzeb ustalać warunki zamówienia, jednak te działania nie podlegają ocenie pod kątem zgodności z art. 83 Pzp.

Dział II ustawy – Prawo zamówień publicznych, w którym ulokowany został art. 83, reguluje postępowania o udzielenie zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Wprowadzie art. 266 Pzp rozszerza zastosowanie działu II ustawy na postępowania o wartości mniejszej niż progi unijne z wyjątkiem niektórych przepisów, w tym art. 83 Pzp. W konsekwencji zamawiający publiczni zobowiązani są do dokonania analizy potrzeb i wymagań wyłącznie w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne.

Oczywiście zamawiający sektorowi, subsydiowani oraz zamawiający publiczni, który przygotowują postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne mogą, a nawet powinni, analizować swoje potrzeby i stosownie do tych potrzeb ustalać warunki zamówienia, jednak te działania nie podlegają ocenie pod kątem zgodności z art. 83 Pzp.

Zasadniczymi celami analizy potrzeb i wymagań są:

- ustalenie, czy zachodzi potrzeba udzielenia zamówienia publicznego, a jeżeli tak to
- ustalenie, jakie powinny być podstawowe parametry zamówienia, aby tę potrzebę zaspokoić.

Jeżeli chodzi o pierwszy cel, to zamawiający przede wszystkim powinien określić, jaka jest jego potrzeba. Istotnym czynnikiem, który musi być wzięty pod uwagę, jest możliwość zaspokojenia tej potrzeby przy wykorzystaniu własnych zasobów, ewentualnie zasobów cudzych, lecz dostępnych nieodpłatnie. Przykładem może być nabycie

prawa do korzystania z platformy do prowadzenia postępowań zakupowych. Nie ma wątpliwości, że taka potrzeba jest uzasadniona, zwłaszcza w dobie elektronicznej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na rynku są dostępne rozwiązania komercyjne oraz rozwiązanie bezpłatne. Zamawiający powinien rozważyć, czy platforma e-zamówienia zapewni mu wystarczający poziom funkcjonalności. Jeżeli okaże się, że zamawiający chciałby mieć dostęp do kompleksowego rozwiązania pozwalającego na udzielanie wszystkich zamówień, niezależnie od ich wartości, a ponadto do takich funkcjonalności jak np. archiwizacja dokumentacji, to może okazać się, że konieczne będzie nabycie dostępu do któregoś z rozwiązań komercyjnych. Gdy jednak zamawiający dysponuje już oprogramowaniem do archiwizacji dokumentów elektronicznych, a postępowania prowadzone z pominięciem ustawy nie wymagają żadnych specjalnych systemów elektronicznych, prawdopodobnie osoby zarządzające uznają, że wystarczający będzie dostęp do bezpłatnej platformy e-zamówienia. Przykład ten dowodzi, że analiza potrzeb i wymagań może prowadzić do konkluzji o braku potrzeby dokonania zakupu⁶. Nie oznacza to jednak, że czas poświęcony na jej przeprowadzenie został stracony. Wprost przeciwnie, dzięki czasochłonnej analizie zamawiający uniknął zakupu oprogramowania, które w rzeczywistości nie jest mu potrzebne, natomiast zaoszczędzone w ten sposób środki mogą być przeznaczone na realizację innych zadań.

W wielu przypadkach zamawiający dojdzie do wniosku, że zidentyfikowana potrzeba nie może być zaspokojona przy wykorzystaniu zasobów własnych, ani zasobów cudzych dostępnych nieodpłatnie. W takim przypadku konieczne będzie udzielenie zamówienia publicznego, więc analiza potrzeb i wymagań musi zmierzać do określenia podstawowych parametrów przyszłego zamówienia. Należy mieć świadomość, że dokonując analizy potrzeb i wymagań zamawiający nie jest zobowiązany do opracowania warunków zamówienia, zwłaszcza opisu przedmiotu zamówienia.

W ramach analizy zamawiający powinien jednak doko-

⁶ H. Nowak, M. Winiarz (red.), op.cit., s. 293.

nać rozeznania rynku⁷ w celu zapoznania się z proponowanymi rozwiązaniami, które mogłyby zaspokoić potrzebę zamawiającego. Może okazać się, że takich rozwiązań jest wiele, wobec czego zamawiający powinien ustalić możliwe warianty realizacji zamówienia oraz orientacyjną wartość zamówienia dla każdego z nich. Pozwoli to zamawiającemu podjąć rozsądną decyzję o wyborze jednego z rozwiązań (zwłaszcza kierując się wartością każdego z wariantów), dopuszczeniu możliwości składania ofert wariantowych lub ustaleniu kryteriów oceny ofert pozwalających porównać istniejące na rynku alternatywne rozwiązania.

Prawidłowo opracowana analiza potrzeb i wymagań bardzo ułatwia racjonalne opracowanie warunków zamówienia m.in. odnoszących się do możliwości podziału zamówienia na części. Autorzy analizy są zobowiązani do rozstrzygnięcia, czy zamówienie należy podzielić na części, o czym stanowi art. 83 ust. 3 pkt 2 Pzp. Dzięki temu osoby opracowujące dokumenty zamówienia uzyskują merytoryczne uzasadnienie dla zaniechania podzielenia zamówienia na części (o ile z analizy potrzeb i wymagań wynika brak możliwości takiego podziału), co niewątpliwie przyczynia się do prawidłowego wykonania ustawowego obowiązku wynikającego z art. 91 ust. 2 Pzp.

Omawiana analiza powinna wskazywać również przewidywany tryb udzielenia zamówienia. Jest to szczególnie istotne, gdy trybem tym jest tryb inny niż przetarg nieograniczony, zwłaszcza tryb zamówienia z wolnej ręki bądź inny tryb, którego zastosowanie wymaga spełnienia przesłanek ustawowych. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na art. 83 ust. 4 Pzp, który zwalnia zamawiających publicznych z obowiązku dokonywania analizy potrzeb i wymagań, w przypadku gdy zachodzi podstawa udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, o której mowa w art. 209 ust. 1 pkt 4 (pilna potrzeba udzielenia zamówienia), lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 (wymaganie natychmiastowego wykonania zamówienia). Celem tego przepisu jest zapewnienie szybkości postępowań prowadzonych w takich okolicznościach – analiza potrzeb i wymagań jest procesem, który może być czasochłonny, co mogłoby sta-

nowić przeszkodę dla pilnego (natychmiastowego) udzielenia (wykonania) zamówienia.

Ustawodawca w art. 83 ust. 3 pkt 4 nakazuje, by analiza potrzeb i wymagań wskazywała możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia. Autorzy analizy powinni więc rozważyć, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia można, a może nawet trzeba, wprowadzić warunki zamówienia odnoszące się do tych aspektów. Przykładem takich warunków może być klauzula dotycząca zatrudnienia na podstawie stosunku pracy uregulowana w art. 95 Pzp. Z uwagi na obligatoryjny charakter tej klauzuli, analiza powinna odnosić się do sposobu realizacji zamówienia rozstrzygając w szczególności, czy w jej trakcie wykonywane będą czynności w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy⁸. Innym przykładem mogą być etykiety środowiskowe lub społeczne, które mogą być wskazane w analizie potrzeb i wymagań.

Nieco odmienny cel należy przypisać obowiązkowi wskazania w analizie ryzyk związanych z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia. Ten aspekt analizy nie będzie miał takiego wpływu na warunki zamówienia, jak aspekty omówione wcześniej. W tym przypadku chodzi raczej o wsparcie procesu określania odpowiedniej strategii zakupowej oraz przypisanie przyszłemu postępowaniu odpowiedniej wagi i określenie jego trudności. Te dane mogą być niezwykle istotne dla zarządzania działem zamówień publicznych. Przykładowo, jeżeli z analizy potrzeb i wymagań wynika, że wpływ udzielanego zamówienia na funkcjonowanie jednostki nie jest duży, podobnie jak ryzyko fiaska postępowania, przeprowadzenie postępowania można powierzyć osobie z niewielkim doświadczeniem, która dopiero wdraża się do wykonywania zadań w dziedzinie zamówień publicznych. Z kolei do udzielania zamówień strategicznych należy delegować zespół pracowników z największym doświadczeniem.

Powyższe uwagi dowodzą, że sporządzenie analizy potrzeb i wymagań nie powinno być traktowane przez zamawiających jako ustawowy obowiązek wytworzenia kolejnego dokumentu związanego z postępowaniem o udzielenie

⁷ Art. 83 ust. 2 pkt 2 Pzp.

⁸ Ustawa z 26.6.1974 r. – Kodeks pracy, Dz. U. z 2023 r. poz. 1465.

zamówienia publicznego. Jest to narzędzie, które powinno być wykorzystywane nie tyle w celu wykonania nakazu ustawodawcy, ile jak najlepszego przygotowania postępowania. Ważne, aby dokonanie analizy powierzyć osobom kompetentnym. Głównymi autorami powinni być tzw. pracownicy merytoryczni, tj. osoby, które są w stanie zbadać potrzebę zamawiającego i ustalić sposób jej zaspokojenia. Pracownicy zajmujący się procedurami udzielania zamówień mogą co najwyżej wspierać pracowników merytorycznych w kwestiach ściśle związanych z przyszłym postępowaniem, np. informując o prawnych możliwościach podziału zamówienia na części lub klauzulach społecznych, ekologicznych czy też innowacyjnych przewidzianych w przepisach⁹.

Funkcje analizy potrzeb i wymagań determinują czas jej opracowania. Zgodnie z art. 83 ust. 1 Pzp powinna ona zostać dokonana przed wszczęciem postępowania. Ustawodawca nie określił, jaki czas powinien upłynąć pomiędzy opracowaniem analizy a wszczęciem postępowania. Zważywszy na fakt, że analiza może doprowadzić do wniosku o braku konieczności udzielania zamówienia, powinna ona być przeprowadzona znacznie wcześniej niż właściwe czynności przygotowujące postępowanie, takie jak np. ustalenie warunków zamówienia. Nie jest to jednak wymóg bezwzględny, a raczej zalecenie wynikające z pragmatyzmu. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której analiza powstaje równoległe z opracowywaniem warunków zamówienia, szacowaniem jego wartości i innymi działaniami zmierzającymi do uruchomienia postępowania. W każdym razie prawnie niedopuszczalne (i nielogiczne) byłoby opracowanie analizy potrzeb i wymagań do opublikowania ogłoszenia o zamówienia albo po zaproszeniu wykonawców do udziału w postępowaniu, a więc już po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 83 Pzp nie określa formy, w jakiej powinna zostać przygotowana analiza potrzeb i wymagań. Wydaje się jednak, że powinna ona przybrać postać dokumentu, za

czym przemawiają co najmniej dwa argumenty. Po pierwsze, wnioski płynące z analizy powinny zostać utrwalone, co pozwoli zapoznać się z nimi osobom, które przygotowują lub przeprowadzają postępowanie oraz osobom, które czuwają nad prawidłową realizacją zamówienia. Po drugie, dokonanie analizy potrzeb i wymagań jest obowiązkiem zamawiającego, który powinien liczyć się z koniecznością udowodnienia (udokumentowania), że wywiązał się z tego obowiązku. Nie musi to być jeden zwarty dokument, zawierający kompletną analizę. Dopuszczalne jest przygotowanie takiej analizy w kilku odrębnych dokumentach¹⁰. Możliwa jest również postać krótkiego dokumentu odwołującego się do innych opracowań, którymi dysponuje zamawiający. Przykładowo, jeżeli niektóre dane, do których odwołuje się art. 83 Pzp zawarte są we wniosku o dofinansowanie projektu, w ramach którego będzie udzielane zamówienie, dokument analizy potrzeb i wymagań nie musi powielać tych danych, lecz może odsyłać do tego wniosku.

3. Wstępne konsultacje rynkowe

W przeciwieństwie do analizy potrzeb i wymagań, którą do polskiego systemu prawnego wprowadziła ustawa z 2019 r., wstępne konsultacje rynkowe znane były prawu zamówień publicznych wcześniej, aczkolwiek pod nazwą dialogu technicznego.

Zmiana nazewnictwa nie była przypadkowa, ponieważ chodziło w niej o zaakcentowanie, że konsultowaniu mogą podlegać nie tylko kwestie techniczne, a więc związane z opisem przedmiotu zamówienia, ale każdy aspekt cyklu zamówienia publicznego¹¹. Zgodnie bowiem z art. 84 ust. 3 Pzp wstępne konsultacje rynkowe mogą być wykorzystane przy planowaniu, przygotowaniu lub przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma obecnie przeszkód, aby omawiane rozwiązanie zastosować do ustalenia warunków zamówienia, nie tylko przedmiotowych, ale również proceduralnych. Przykładowo, w trakcie wstępnych konsultacji rynkowych zamawiający może dążyć do ustalenia rozsądnych kryteriów oceny ofert, rozstrzygnięcia kwestii ewentualnego podziału za-

9 W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 265. Por. też uwagi dotyczące zespołu opracowującego analizę potrzeb i wymagań: P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 266-267.

10 H. Nowak, M. Winiarz (red.), op.cit., s. 292.

11 M. Jaworska (red.), op.cit., s. 237.

mówienia na części, czy też określenia warunków udziału w postępowaniu¹².

Niezależnie od wartości zamówienia i kategorii zamawiającego, wstępne konsultacje rynkowe mają charakter fakultatywny. Dopóki omawiane przepisy nie zmieniają się, zamawiający nigdy nie znajdzie się w sytuacji prawnego przymusu przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych – to zawsze będzie wyłączna i swobodna decyzja zamawiającego¹³.

Przyjrzyjmy się każdemu z elementów nazwy omawianego rozwiązania. Słowo „wstępne” należy rozumieć jako nakaz przeprowadzenia konsultacji rynkowych przed wszczęciem postępowania. Nakaz ten został wyrażony w art. 84 ust. 1 Pzp. Odwoływanie się do tego mechanizmu już po publikacji ogłoszenia o zamówienia albo zaproszeniu do udziału w postępowaniu należy uznać za spóźnione. Takie przypadki można co najwyżej uznać za zasięgnięcie opinii biegłych, co jest możliwe w trakcie postępowania. W przeciwieństwie jednak do uczestników wstępnych konsultacji rynkowych, biegli w żadnym razie nie mogą być wykonawcami, ani pozostawać z nimi w relacjach kwalifikowanych jako konflikt interesów.

Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego „konsultacje” oznaczają m.in. zasięgnięcie opinii u specjalisty lub rzeczoznawcy¹⁴. Tak też należy odczytywać główny cel wstępnych konsultacji rynkowych. Chodzi w nich przede wszystkim o pozyskanie przez zamawiającego informacji niezbędnych (lub choćby przydatnych) do zaplanowania, przygotowania lub przeprowadzenia postępowania¹⁵. Jak już wskazano wcześniej, w grę wejdą nie tylko dane związane z przedmiotem zamówienia, ale także mające wpływ na inne warunki zamówienia, zwłaszcza warunki proceduralne. Co więcej, w toku wstępnych informacji rynkowych zamawiający może uzyskać informacje, które będą miały istotny wpływ na zaplanowanie postępowania. Przykładowo, zamawiający może dowiedzieć się, kiedy w danej branży przypadają okresy obniżonej podaży pożądaných dóbr

i dzięki temu zaplanować przeprowadzenie postępowania w okresie podaży standardowej albo – co niekiedy może być bardzo korzystne – podaży zwiększonej, zwykle przekraczającej popyt.

W tym rozumieniu konsultacji mieści się również doradztwo, a więc sytuacja, w której uczestnicy nie tylko przekazują zamawiającemu informacje, ale również dzielą się z nim swoją oceną danej rzeczywistości i udzielają porad wskazując lepsze i gorsze rozwiązania.

Zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp możliwe jest wyróżnienie jeszcze jednego celu, który może przyświecać wstępnym konsultacjom rynkowym – jest nim „poinformowanie wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia”. Może on być jednak co najwyżej celem towarzyszącym celowi głównemu: zamawiający przekazuje te informacje nie tyle po to, aby powiadomić wykonawców o zamiarze wszczęcia postępowania (do tego celu służy plan postępowania, wstępne ogłoszenie informacyjne czy też zawiadomienie o wszczęciu kolejnego postępowania uregulowane w art. 262 Pzp), ile aby skonfrontować swoje plany i wymagania z realiami rynkowymi. Można zatem mówić o pewnej formie sondowania rynku, do którego mogą zostać wykorzystane wstępne konsultacje rynkowe.

Określenie „rynkowe” użyte w nazwie omawianego mechanizmu może wprowadzać w błąd, ponieważ sugeruje, że konsultacje powinny być prowadzone z wykonawcami, a więc uczestnikami rynku. Warto w tym miejscu dodać, że wykonawcy, o których mowa w art. 84 Pzp powinni być rozumiani jako „osoby fizyczne, prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług”. Chodzi przy tym o podmioty, których działalność pokrywa się z przedmiotem zamówienia, które zamierza nabyć zamawiający, ponieważ tylko tacy wykonawcy są w stanie dostarczyć zamawiającemu przydatnych informacji. Z art. 84 ust. 3 Pzp jednoznacznie wynika, iż podmiotami, które mogą wziąć udział we wstępnych konsultacjach rynkowych są nie tylko wykonawcy, ale także eksperci oraz władza publiczna – oczywiście dysponujący wiedzą, która jest użyteczna w punktu widzenia celu

12 W. Dzierżanowski i in., op.cit., s. 267.

13 M. Jaworska (red.), op.cit., s. 238.

14 <https://sjp.pwn.pl/szukaj/konsultacje.html>
(data dostępu: 31.08.2023 r.).

15 M. Jaworska (red.), op.cit., s. 238.

konsultacji.

Podmioty te są zapraszane do udziału we wstępnych konsultacjach rynkowych przez zamawiającego. Nie ma żadnych przeszkód prawnych, aby samodzielnie określił on krąg uczestników tych konsultacji i wystosował do nich odpowiednie zaproszenie¹⁶. Przykładowo, mogą to być: wykonawcy, którzy dotychczas ubiegali się o udzielenie zamówień zbliżonych lub tożsamy względem zamówienia, którego zamierza udzielić zamawiający lub eksperci występujący we wcześniejszych postępowaniach w charakterze biegłych. Innym rozwiązaniem jest zaproszenie do konsultacji podmiotów, które zgłosiły taką wolę, w szczególności w odpowiedzi na informację o zamiarze przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych. Dopuszczalne jest również połączenie tych metod: zamawiający może zaprosić podmioty, które zna i na których wiedzę liczy, jak również te podmioty, które odpowiedziały na jego ogłoszenie¹⁷. Warto zadbać o udział wielu podmiotów w konsultacjach, co zmniejszy ryzyko, że zamawiający otrzyma (i uwzględni w warunkach zamówienia) informacje korzystne wyłącznie dla jednego wykonawcy ze szkodą dla pozostałych uczestników rynku i samego zamawiającego.

Zamawiający ma dużą swobodę w kształtowaniu zakresu i sposobu prowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych, to on bowiem zna swoje deficyty informacyjne. Przypomnijmy w tym miejscu, że nie muszą one dotyczyć aspektów technicznych zamówienia, czy też wyłącznie tych aspektów. Przykładowo, konsultacje mogą służyć jako rozeznanie rynku na potrzeby opracowania analizy potrzeb i wymagań. Zamawiający w toku wstępnych konsultacji rynkowych może też skonsultować z wykonawcami proponowane warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, dzięki czemu może już na etapie przygotowania postępowania wyeliminować postanowienia kontraktu skrajnie niekorzystne dla wykonawców, np. bezzasadnie obciążające ich nadmiernym ryzykiem. Takie postanowienia mogłyby zniechęcić część wykonawców do ubiegania się o zamówienia (zmniejszenie konkurencyjności postępowania), być przyczyną odwołania do Krajowej

Izby Odwoławczej (wydłużenie i zwiększenie kosztów postępowania) lub stanowić zarzewie sporów w trakcie wykonywania zamówienia (problemy realizacyjne).

Pierwotnie wyznaczony zakres konsultacji może ulec zmianie, ponieważ wraz z nabywaniem przez zamawiającego wiedzy mogą pojawiać się nowe kwestie, które należy omówić z uczestnikami.

Jeżeli chodzi o procedurę, według której przeprowadzane są konsultacje, to ustawa wymaga jedynie, aby przed ich wszczęciem zamawiający zamieścić na swojej stronie internetowej informację o zamiarze przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych oraz o ich przedmiocie. Wzór takiego ogłoszenia opracował i upublicznił Urząd Zamówień Publicznych¹⁸. Zamieszczenie informacji na stronie internetowej można potraktować jako wszczęcie wstępnych konsultacji rynkowych – od tego momentu zamawiający oczekuje na zgłoszenia ze strony zainteresowanych podmiotów. Wyznaczenie terminu na składanie takich zgłoszeń pozwoli zamknąć etap naboru zgłoszeń, co z kolei umożliwi rozpoczęcie właściwych konsultacji. Warto dodać, że zamawiający powinien umożliwić sobie przedłużanie tego terminu oraz dopuszczanie do konsultacji podmiotów, które zgłosiły się po jego upływie, jeżeli – w ocenie zamawiającego – przyczyni się to do zwiększenia efektywności wstępnych konsultacji rynkowych.

Określenie formy konsultacji również pozostawiono zamawiającemu. Elektronizacja procesu udzielania zamówienia publicznego dotyczy postępowania, więc nie obejmuje wstępnych konsultacji rynkowych. W konsekwencji dopuszczalne jest zorganizowanie spotkania lub serii spotkań z poszczególnymi uczestnikami, jak również spotkania (serii spotkań), w którym wezmą udział jednocześnie wszyscy uczestnicy. Niewykluczone jest również przemienne stosowanie tych metod. Konsultacje mogą zostać przeprowadzone telefonicznie lub przy użyciu oprogramowania obsługującego wideokonferencje. Możliwa jest także metoda korespondencyjna, która wprawdzie wydłuża proces komunikacji, lecz ułatwia jej udokumentowanie¹⁹.

16 W. Dzierżanowski i in., op.cit., s. 268.

17 Ibidem, s. 268.

18 <https://www.gov.pl/web/uzp/dokumenty-wzorcowe--wstepne-konsultacje-rynkowe> (data dostępu: 31.08.2023 r.).

19 W. Dzierżanowski i in., op.cit., s. 268.

Zamawiający może wskazać jedną lub więcej z powyższych form. Ustawa nie sprzeciwia się możliwości zmiany formy w trakcie konsultacji. Ważne, aby taką możliwość dopuszczal regulamin prowadzenia konsultacji przyjęty przez zamawiającego.

W tym miejscu należy wspomnieć, iż Urząd Zamówień Publicznych przygotował wzorcowy regulamin wstępnych konsultacji rynkowych. Został on opublikowany na stronie internetowej zamawiającego²⁰. Postanowienia tego dokumentu zostały zaprojektowane w taki sposób, aby nie wiązać zamawiającego definitywnymi rozstrzygnięciami co do kręgu podmiotów biorących udział w konsultacjach. Warto rozważyć wykorzystanie tego opracowania.

Przebieg konsultacji należy udokumentować, co wprawdzie nie wynika wprost z art. 84 Pzp, ale z zasady przejrzystości (art. 16 pkt 2 Pzp)²¹, która obejmuje również przygotowanie postępowania. Wygodną formą udokumentowania wstępnych konsultacji rynkowych jest protokół, w którym ujawnieniu podlegają co najmniej: podmioty, które wzięły udział w konsultacjach oraz informacje przekazane i uzyskane w toku konsultacji. Informacje o przeprowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych i ich przebiegu należy umieścić w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika z art. 74 ust. 2 Pzp.

W przypadku gdy zamawiający wszczyna postępowanie, które było przygotowane z wykorzystaniem wstępnych konsultacji rynkowych, jest on zobowiązany do umieszczenia informacji o przeprowadzeniu takich informacji w ogłoszeniu o zamówieniu. Art. 84 ust. 4 Pzp, który wprowadza ten obowiązek nie reguluje sytuacji, w której wszczynane jest postępowanie w tzw. trybie zamkniętym, rozpoczynanym zaproszeniem do udziału w postępowaniu indywidualnie wskazanych wykonawców. Nie oznacza to, że zamawiający nie może wszcząć takiego postępowania po przeprowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych. Należy jednak postulować, aby w takich przypadkach informacja o przeprowadzeniu konsultacji była zamieszczona

na w zaproszeniu do udziału w postępowaniu.

Należy przyznać, że udział wykonawcy we wstępnych konsultacjach rynkowych daje mu pewną przewagę nad innymi wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie w postępowaniu wszczętym po przeprowadzeniu takich konsultacji. Uczestnicy konsultacji uzyskują przewagę informacyjną, co pozwala im szybciej przygotować ofertę lepiej dostosowaną do potrzeb zamawiającego. Zgodnie z art. 84 ust. 3 Pzp korzystanie z doradztwa nie może powodować zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Rozwinięciem tej normy jest przewidziane w art. 85 ust. 1 Pzp wymaganie podjęcia odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy, który brał udział we wstępnych konsultacjach rynkowych nie zakłóci konkurencji. Katalog tych środków jest otwarty. Ustawodawca wskazał tylko dwa z nich: przekazanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które przekazał lub uzyskał w toku konsultacji oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu na złożenie ofert. Najrozsądniejszym sposobem przekazania wykonawcom istotnych informacji jest zamieszczenie ich w dokumentach zamówienia. Z kolei „odpowiednim” terminem na złożenie oferty będzie oczywiście termin dłuższy niż ustawowe minimum. Ocena, o ile dni ten termin ma być dłuższy zależy od ilości informacji, którymi wymieniali się uczestnicy konsultacji i zamawiający oraz ich wpływu na przygotowanie oferty.

Mimo, że katalog ustawowych środków mających na celu wyrównanie szans wykonawców jest dość skromny, wydaje się, że w wielu przypadkach środki te będą wystarczające do zniwelowania przewag uzyskanych przez uczestników wstępnych konsultacji rynkowych. Zamawiający może jednak wprowadzić inne lub dodatkowe środki. Przykładowo, w postępowaniach wieloetapowych takim środkiem może wydłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Podjęte środki zamawiający powinien wskazać w protokole postępowania. Nie ma przeszkód, aby dodatkowo zostały one wyróżnione w dokumentach zamówienia, co będzie przejawem dbałości zamawiającego o zapewnienie równego traktowania wykonawców i przejrzystości postę-

²⁰ <https://www.gov.pl/web/uzp/dokumenty-wzorcowe--wstepne-konsultacje-rynkowe> (data dostępu: 31.08.2023 r.).

²¹ Zasada przejrzystości została przywołana w art. 84 ust. 3 Pzp.

powania.

Gdyby okazało się, że podjęte środki są niewystarczające do wyeliminowania zakłócenia konkurencji, udział w postępowaniu wykonawców, którzy wcześniej brali udział we wstępnych konsultacjach rynkowych stanie się niedopuszczalny. W grę wejdzie wówczas art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp przewidujący wykluczenie z postępowania. Takie wykluczenie musi być traktowane jako środek ostateczny i stosowane z najwyższą ostrożnością. W przeciwnym razie wykonawcy nie będą angażowali się we wstępne konsultacje rynkowe, co może niekorzystnie wpłynąć na kształt warunków zamówienia. Wyrazem restrykcyjnego podejścia do wykluczenia wykonawcy z tytułu tego zaangażowania w przygotowanie postępowania jest wynikający z art. 85 ust. 2 in fine nakaz zapewnienia takiemu wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego zaangażowanie nie zakłóci konkurencji. Odrzucenie oferty tego wykonawcy bez uprzedniego wezwania go do złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów będzie przedwczesne i tym samym niedopuszczalne.



Narodowy Instytut Samorządu Terytorialnego powstał w 2015 r.
Jest państwową jednostką budżetową podległą MSWiA.
Działa na rzecz dalszej profesjonalizacji samorządu terytorialnego i administracji publicznej.

EKSPERTYZY NIST, ul. Zielona 18, Łódź 90-601
Sekretariat tel. +48 42 633 10 70
e-mail: sekretariat@nist.gov.pl