

Justyna Starek

ETAP PRZYGOTOWAWCZY POSTĘPOWANIA PRZETARGOWEGO

Stan prawny na 19.01.2022 r.

Warszawa 2022

SPIS TREŚCI

PROLOG.....	7
WPROWADZENIE.....	9
1. EFEKTYWNE ZAMÓWIENIA PUBLICZNE.....	15
1.1. Znaczenie zamówień publicznych	15
1.2. Efektywne zamówienia.....	16
1.3. Zasady zamówień publicznych	16
1.4. Efektywne budżetowanie	22
2. WSTĘPNE KONSULTACJE RYNKOWE	28
1.1. Celowość	29
1.2. Proceduralność konsultacji.....	30
1.3. Ocena i weryfikacja.....	32
1.4. Wykluczenie podmiotu	56
3. ANALIZA POTRZEB I WYMAGAŃ.....	62
1.1. Wskazówki przygotowania analizy	63
1.2. Wariantowość	65
1.3. Zespół pracowniczy.....	65
4. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA	74
4.1. Tworzenie opisu przedmiotu zamówienia.....	75
4.2. Perspektywa wykonawcy	76
4.3. Zasady opisu przedmiotu zamówienia	77

5. SZACOWANIE WARTOŚCI ZAMÓWIENIA.....	98
5.1. Skuteczność szacowania wartości	101
5.2. Dokumentacja	102
5.3. Metodologia.....	103
5.4. Niedoszacowanie	104
6. WNIOSEK O WSZCZĘCIE POSTĘPOWANIA	108
7. KOMISJA PRZETARGOWA	114
7.1. Komisja jako zespół pomocniczy.....	115
7.2. Warunki ustanowienia komisji przetargowej.....	116
7.3. Zasady towarzyszące przy komisji przetargowej	118
7.4. Charakter.....	118
7.5. Odpowiedzialność	120
ZAKOŃCZENIE	135

Prolog

Oddaję w Twoje ręce tę publikację, która sprawi, iż na nowo odkryjesz tajemnicę zamówień publicznych, a przy tym przekonasz się, że praca przy przetargach mimo, iż jest żmudna i trudna, może sprawiać satysfakcję. Ta publikacja została napisana w taki sposób, by każdy kto po nią sięgnie bez obaw przygotował etap przygotowawczy każdego postępowania. Pisząc tę książkę myślałam o każdej osobie, która po nią sięgnie. Jestem bardzo wdzięczna za obdarowane zaufanie. Po raz kolejny powtórzę: moja dewiza to: planuj, wdrażaj, działaj i nigdy się nie poddawaj!

Wprowadzenie

W pierwszej kolejności, należy zauważyć, iż zamówienia publiczne to umowy cywilnoprawne, które niosą ze sobą doniosłość postępowań, przy zachowaniu efektywności ponoszonych przez jednostki wydatków publicznych.

Niektórzy autorzy doszukują się historii zamówień publicznych już w starożytnym Rzymie. To wtedy z pieniędzy władcy finansowane były bowiem różnego rodzaju prace publiczne, jak na przykład budowa dróg czy regulacja rzek. Jeżeli jednak chcemy doszukiwać się genezy procedur, z jakimi mamy do czynienia współcześnie, to musimy wykonać znaczny skok w czasie. Z danych opublikowanych przez Organizację Współpracy i Gospodarczej i Rozwoju (OECD) wynika bowiem, że dopiero po pierwszej wojnie światowej nastąpił znaczący wzrost procentowego udziału sektora publicznego w Produkcie Krajowym Brutto (PKB) krajów należących do tej organizacji. Oznacza to, że od tego czasu właśnie państwa zaczęły przejmować coraz więcej zadań służących realizacji celów publicznych, wydając na te cele coraz wyższe kwoty¹.

W tej publikacji nie sposób nie odnieść się, do jedynej, międzynarodowej organizacji o zasięgu naprawdę, ogólnosiwiatowym, zajmująca się, określaniem reguł handlu pomiędzy swoimi państwami członkowskimi jest obecnie Światowa Organizacja Handlu (ang. World Trade Organization – WTO, fr. Organization Mondiale du Commerce – OMC, hiszp. Organizacion Mundial del Comercio – OMC).

¹ Aleksander Stawicki, Jan Roliński, Jerzy Baehr, Tomasz Kwieciński, Przewodnik po procedurach udzielania zamówień publicznych, Warszawa-Katowice 2006 r.

Organizacja ta została powołana do życia 1 stycznia 1995 r. na podstawie Umowy w sprawie utworzenia Światowej Organizacji Handlu (Agreement Establishing World Trade Organization – Umowa WTO). Do podpisania umowy WTO doszło podczas tzw. Urugwajskiej rundy negocjacji handlowych, która odbywała się w latach 1986–1994. Do głównych zadań WTO należy liberalizacja międzynarodowego handlu dobrami i usługami, obniżanie opłat celnych, przestrzeganie praw własności intelektualnej, wreszcie rozstrzyganie sporów dotyczących wymiany handlowej. Cele te powinny być osiągnięte poprzez realizację szeregu umów obowiązujących w ramach systemu WTO. Samo WTO liczy sobie obecnie 142 członków; jej siedziba jest Genewa (Szwajcaria). Polska należy do państw założycielskich organizacji – umowa w tej sprawie została ratyfikowana w 1995 r. Międzynarodowa wymiana handlowa odbywająca się w systemie WTO oparta jest na dwóch podstawowych zasadach: traktowania narodowego (ang. national treatment) oraz klauzuli największego uprzywilejowania (ang. most favoured nation – MFN, polski skrót KNU). Zasada traktowania narodowego od strony pozytywnej oznacza wymóg traktowania przez władze danego państwa przedsiębiorców oraz produkty z innego kraju tak samo jak przedsiębiorców czy też produkty rodzime. Równocześnie, definiowana w sposób negatywny zabrania dyskryminacji podmiotów oraz produktów zagranicznych w stosunku do krajowych. Klauzula największego uprzywilejowania zabrania wprowadzania dyskryminacyjnego rozróżnienia pomiędzy przedsiębiorcami czy też produktami z zagranicy – innymi słowy traktowania partnerów z jednego państwa gorzej niż reprezentujących inny kraj. Jest to równocześnie zobowiązanie do przyznania drugiej strony umowy, która zawiera taka klauzulę, tych samych praw i przywilejów, które zostały już przyznane lub zostaną przyznane w przyszłości jakiegokolwiek państwu trzeciemu. Integralną częścią Umowy WTO są załączniki zawierające teksty poszczególnych umów zawartych podczas rundy Urugwajskiej. I tak, w załącznikach 1–3 do umowy WTO wymienione zostały porozumienia tzw. multilateralne. Takim mianem w terminologii WTO określa się umowy wiążące dla

wszystkich członków WTO. Jedną z takich umów jest nowy Układ Ogólny w sprawie Taryf Celnych i Handlu, który zastąpił GATT 1947 r., i nosi nazwę GATT 1994. Z kolei w załączniku 4 wymienione zostały tzw. porozumienia plurilateralne, wiążące jedynie tych członków WTO, którzy zdecydowali się do nich przystąpić². Jednym z takich porozumień jest Umowa o zamówieniach publicznych (ang. Government Procurement Agreement, fr. Accord sur marchés publics – GPA 1994), GPA jest umowa, która wymaga w odniesieniu do zamówień publicznych udzielanych w krajach sygnatariuszach przede wszystkim niedyskryminacji oraz przejrzystości procedur².

System zamówień publicznych na przestrzeni lat podlegał bardzo licznym modyfikacjom. W dużej mierze zmiany te wynikały z konieczności dostosowania przepisów do nowych warunków społecznych i gospodarczych, a także zmian zachodzących w Unii Europejskiej, w tym w szczególności wynikających z wejścia w życie przepisów o charakterze wspólnotowym – dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 243)³.

² https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/28190/Publikacja_GPA.pdf.

³ Prawozamówień publicznych 2021, Justyna Andała-Sępkowska, Wojciech Bereszko.



ROZDZIAŁ I

1. Efektywne zamówienia publiczne

1.1. Znaczenie zamówień publicznych

Określenie „zamówienie publiczne” występuje w dwóch znaczeniach. Po pierwsze jako synonim umowy albo po drugie jako określenie przedmiotu. Dlatego z jednej strony przez zamówienie rozumie się umowę odpłatną, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, natomiast z drugiej strony ustawa operuje pojęciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując pośrednio na samo świadczenie dostaw, usług lub robót budowlanych. Dlatego umowa o zamówienie publiczne, to czynność prawna na podstawie której zamawia się niezbędne na potrzeby publiczne świadczenia.

Określenie istoty i zakresu pojęcia zamówienia publicznego ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia prawidłowego stosowania oraz wykładni przepisów regulujących tę instytucję prawa. W doktrynie wskazuje się, iż w języku potocznym zamówienie publiczne utożsamiane jest z procedurą przetargową, czyli procesem mającym na celu wyłonienie wykonawcy. Niejednokrotnie zdarza się przy tym, że pojęcie to zastępowane jest pojęciem przetargu, które także niesie za sobą ściśle proceduralne skojarzenia. Takie ujęcie zamówienia publicznego upodabnia je do instytucji przetargu uregulowanego w przepisach cywilistycznych takich jak kodeks cywilny czy inne akta prawne dotyczące zbywania mienia podmiotów państwowych oraz zawierania z takimi podmiotami umów przez jednostki niepaństwowe oraz przetargów.

1.2. Efektywne zamówienia

Zamówienie publiczne sensu stricto nawiązuje do legalnych definicji tego pojęcia, których dostarcza ZamPublU oraz prawo unijne. Podstawowe znaczenie ma w tym kontekście definicja w ustawie, zgodnie z którą zamówieniami publicznymi są odpłatne umowy zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Definicja ta pokrywa się z definicją sformułowaną w art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którą zamówienia publiczne oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług. Co prawda definicja zamówienia publicznego pochodząca z ZamPublU nie zawiera elementu pisemności obecnego w definicji wprowadzonej w dyrektywie 2014/24/UE, jednak brak ten uzupełniany jest w art. 139 ust. 2 ZamPublU, który stanowi, że umowa w sprawie zamówienia publicznego wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba iż przepisy odrębne wymagają formy szczególnej⁴.

1.3. Zasady zamówień publicznych

Art. 16

[Zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia]

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;**

⁴ Jakub Krysa, Prawo właściwe do umów realizowanych w trybie zamówień publicznych, Kraków, 2005.

- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Art. 17

[Zasady udzielania zamówień]

1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:
 - 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
 - 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.
2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
3. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Art. 18

[Zasada jawności postępowania, poufność informacji, udostępnianie danych osobowych]

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.
4. Zamawiający może określić w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymaganie dotyczące zachowania poufnego

charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

5. Jeżeli jest to uzasadnione ochroną prywatności lub interesem publicznym, zamawiający może nie ujawniać:
 - 1) danych osobowych, w przypadku zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b,
 - 2) wysokości wynagrodzenia, w przypadku zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 2 – w zakresie dostaw lub usług, z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów, a także z zakresu działalności archiwalnej związanej z gromadzeniem materiałów archiwalnych, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności, o ile wykonawca, przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, zastrzegł, że dane te nie mogą być udostępniane.
6. Zamawiający udostępnia dane osobowe, o których mowa w art. 10 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L 119 z 04.05.2016, str. 1, z późn. zm.15)), zwanego dalej „rozporządzeniem” 2016/679”, w celu umożliwienia korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w dziale IX, do upływu terminu na ich wniesienie.

Art. 19

[Obowiązek informacyjny; wymagania w zakresie ochrony danych osobowych]

1. Zamawiający może realizować obowiązki informacyjne, o których mowa w art. 13 ust. 1–3 rozporządzenia 2016/679, przez

zamieszczenie wymaganych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

2. Skorzystanie przez osobę, której dane osobowe dotyczą, z uprawnienia do sprostowania lub uzupełnienia, o którym mowa w art. 16 rozporządzenia 2016/679, nie może skutkować zmianą wyniku postępowania o udzielenie zamówienia ani zmianą postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie niezgodnym z ustawą.
3. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zgłoszenie żądania ograniczenia przetwarzania, o którym mowa w art. 18 ust. 1 rozporządzenia 2016/679, nie ogranicza przetwarzania danych osobowych do czasu zakończenia tego postępowania.
4. Zamawiający informuje o ograniczeniach stosowania przepisów rozporządzenia 2016/679, o których mowa w ust. 2 i 3, w ogłoszeniu o zamówieniu, w dokumentach zamówienia lub w inny sposób dostępny dla osoby, której dane osobowe dotyczą.
5. Zamawiający przetwarza dane osobowe zebrane w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zabezpieczenie przed ich bezprawnym rozpowszechnianiem.

Art. 20

[Zasada pisemności i języka polskiego]

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się pisemnie.
2. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim.
3. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może dopuścić w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej, oferty podlegającej negocjacom, oferty, oświadczeń lub innych dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.
4. W uzasadnionych przypadkach zamawiający może sporządzać dokumenty oraz dokonywać niektórych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności prowadzić negocjacje