

ANALIZA POTRZEB I WYMAGAŃ ZAMAWIAJĄCEGO

Analiza potrzeb i wymagań → ZAMAWIAJĄCEGO jest obowiązkowym etapem poprzedzającym wszczęcie → POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA klasycznego o wartości równej lub przekraczającej → PROGI UNIJNE. Obowiązek ten dotyczy wyłącznie zamawiających publicznych wskazanych w art. 4 PrZamPubl. Zamawiający dokonuje analizy potrzeb i wymagań uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia (art. 83 ust. 1 PrZamPubl).

W świetle art. 83 ust. 2 PrZamPubl zamawiający powinien w szczególności zbadać możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych. Analiza musi obejmować rozeznanie rynku w zakresie zastosowania alternatywnych sposobów i środków zaspokojenia potrzeb zamawiającego poprzez wskazanie możliwych wariantów (np. zastosowania koncesji czy partnerstwa publiczno-prawnego) albo wskazać, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia. Właściwie przeprowadzona analiza potrzeb i wymagań pozwala zamawiającemu podjąć jak najlepszą decyzję, zarówno od strony technicznej, administracyjnej, jak i finansowej, a także w zakresie sposobu realizacji konkretnego zamówienia. Ustawodawca nie określa formy i terminu przygotowania analizy, jednak wskazanie, że chodzi o etap przed wszczęciem postępowania oznacza, iż powinien to być pierwszy element procesu zakupowego.

Analiza potrzeb i wymagań stanowi element starannego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ma służyć realizacji jednego z głównych celów zamówień publicznych, tj. zwiększeniu efektywności systemu zamówień publicznych (zob. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 27). Przygotowana analiza ma przyczynić się do lepszego planowania, a tym samym zwiększyć

efektywność udzielanych zamówień publicznych (*A. Hajduk*, Planowanie zamówień jako narzędzie do efektywnego wydatkowania środków publicznych, PPE 2021, Nr 1, s. 107).

Dokonując analizy potrzeb i wymagań zamawiający powinien uwzględnić → ZASADĘ EFEKTYWNOŚCI W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH, określona w art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PrZamPubl. I chociaż ustawodawca wyraźnie nie określa formy analizy potrzeb i wymagań, to należałoby przyjąć, że taka analiza powinna zostać opracowana w formie pisemnej uwzględniając, iż zgodnie z art. 20 ust. 1 PrZamPubl → POSTĘPOWANIE O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się pisemnie. Jak wynika z art. 78¹ KC może zostać zastosowana również forma elektroniczna, gdyż zgodnie z brzmieniem § 2 przywołanego przepisu – oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej (*P. Granecki*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 265). Dodatkowo należy zaznaczyć, że jeśli wymóg sporządzenia analizy jest obowiązkiem zamawiającego, to również za pisemnością jej opracowania przemawia konieczność zachowania dokumentu dla celów dowodowych.

Zgodnie z art. 83 ust. 3 PrZamPubl efektem przeprowadzonej analizy powinno być:

- 1) określenie orientacyjnej wartości zamówienia, każdego z dostępnych wariantów, co oznacza, że zamawiający powinien wstępnie oszacować wartość każdego z wariantów realizacji zamówienia;
- 2) ustalenie możliwości podziału zamówienia na części;
- 3) określenie trybu udzielenia zamówienia – zamawiający powinien dokonać wyboru właściwego trybu udzielenia zamówienia;
- 4) ustalenie, jakie są możliwości uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych w zamówieniu, co oznacza konieczność uwzględniania przy planowaniu zamówienia celów polityki zakupowej zamawiającego, a także państwa (*A. Hajduk*, Analiza potrzeb jako środek do realizacji celów strategicznych w ustawie PrZamPubl, [w:] *H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski* (red.), Państwo a gospodarka. Nowe prawo zamówień publicznych, t. IX, Toruń 2020, s. 109);
- 5) wskazanie ryzyk związanych zarówno z samym postępowaniem, jak i z realizacją przedmiotu zamówienia, np. ryzyko pogorszenia jakości i poziomu zaspokajania obecnych potrzeb zamawiającego z uwagi na realizację tymi samymi zasobami nowych, dodatkowych zadań.

Ustawodawca wskazuje jedynie minimalny zakres analizy potrzeb i wymagań, który każdorazowo powinien zostać dostosowany przez → ZAMAWIAJĄCEGO do rodzaju i wartości konkretnego zamówienia, a także stopnia złożoności podyktowanego przedmiotem zamówienia.

Zamawiający może odstąpić od dokonania analizy potrzeb i wymagań (art. 83 ust. 4 PrZamPubl), w przypadku gdy zachodzi podstawa udzielenia zamówienia w trybie → NEGOCJACJI BEZ OGŁOSZENIA, ze względu na pilną potrzebę

udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, a nie można zachować terminów określonych dla → PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO, → PRZETARGU OGRANICZONEGO lub → NEGOCJACJI Z OGŁOSZENIEM (art. 209 ust. 1 pkt 4 PrZamPubl). Analogicznie jest możliwość zrezygnowania z opracowania analizy w przypadku udzielenia → ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI, ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia (art. 214 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl).

Analiza potrzeb i wymagań stanowi *novum* w przepisach → PRAWA ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH, nie można jednak zapominać, że poza elementami dotyczącymi określenia ryzyka związanego z udzieleniem zamówienia te wymogi są znane → ZAMAWIAJĄCEMU. Szczególna troska zamawiającego o wydatkowanie środków publicznych podyktowana jest działaniem w interesie publicznym. Wykonanie analizy potrzeb i wymagań pozwoli również na pełniejsze wdrożenie zasad funkcjonujących na gruncie finansów publicznych, uregulowanych w art. 44 ust. 3 FinPublU, zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań (zob. A. Matusiak, [w:] M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2021, Legalis, s. 235).

[A.Piw.]

AUKCJA ELEKTRONICZNA

Aukcja elektroniczna nie jest odrębną procedurą, ale formą wyboru najkorzystniejszej → OFERTY w drodze elektronicznej, którą przekazywane są wszystkie zawiadomienia i informacje. Jest przeprowadzana przy użyciu systemu teleinformatycznego w formie powtarzalnego procesu elektronicznego, umożliwiającego klasyfikację ofert za pomocą metod automatycznej oceny, po wstępnym badaniu i ocenie ofert zgodnie z kryteriami udzielania zamówienia i przypisaną im wagą.

Uregulowania aukcji elektronicznej w prawie polskim stanowią implementację uregulowań art. 35 dyrektywy 2014/24/UE.

Aukcja regulowana jest art. 227–238 PrZamPubl ulokowanymi w rozdziale poświęconym składaniu i otwarciu ofert.

Aukcja stosowana jest w postępowaniach prowadzonych w procedurze → PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO, → OGRANICZONEGO i → NEGOCJACJI Z OGŁOSZENIEM, a także dla zamówień o wartości poniżej

→ PROGÓW UNIJNYCH we wszystkich wariantach trybu podstawowego, jak również w realizacji umów ramowych i dynamicznego systemu zakupów (*H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 733*).

Możliwość stosowania aukcji elektronicznej musi zostać przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto warunki zamówienia, a w szczególności opis przedmiotu zamówienia, muszą być w sposób precyzyjny określone w dokumentach postępowania.

Celem aukcji elektronicznej jest – co do zasady – uzyskanie nowych i obniżonych cen, ale także może być to uzyskanie nowych wartości elementów składających się na kryteria oceny ofert.

Odbywa się jednoetapowo lub wieloetapowo (art. 231 PrZamPubl).

Aukcja przeprowadzana jest przy pomocy systemu teleinformatycznego w taki sposób, aby możliwa była klasyfikacja ofert za pomocą metod automatycznej oceny. Stosowana jest po dokonaniu oceny ofert przez → ZAMAWIAJĄCEGO, jako swoista „dogrywka”, ale tylko wtedy, gdy została przewidziana w → OGŁOSZENIU o zamówieniu oraz gdy złożono co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu. Oznacza to, że nie wystarczy samo złożenie dwóch ofert, muszą być one dodatkowo ofertami, które nie podlegają odrzuceniu (*J. Piéróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2013, s. 350*). Aukcja nie ma zastosowania dla zamówień publicznych na roboty i usługi budowlane, a także w przypadku świadczeń o charakterze intelektualnym, czyli np. zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, jeżeli nie można ich sklasyfikować za pomocą metod automatycznej oceny. Można więc stwierdzić, że aukcja elektroniczna jest dodatkowym etapem tradycyjnego postępowania przetargowego, w którym wykonawcy mogą jeszcze zmienić swoje oferty – głównie przez obniżenie ceny – i tym samym zwiększyć swoje szanse na uzyskanie zamówienia. Aukcja może odnosić się do następujących elementów → OFERTY:

- 1) ceny – jeżeli jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu jest cena lub
- 2) ceny lub nowych wartości elementów ofert wskazanych w dokumentach zamówienia – jeżeli kryteriami ocen są kryteria jakościowe lub najniższy koszt.

Informacja o aukcji elektronicznej musi znaleźć się w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający musi także określić inne informacje dotyczące aukcji, które może według swojej decyzji umieścić albo w ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia (czyli w → SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA). Są to: co najmniej elementy, które będą przedmiotem aukcji elektronicznej (wyrażone liczbowo lub procentowo), ograniczenia co do przedstawianych wartości (np. minimalny i maksymalny czas dostawy lub okres gwarancji), informacje udostępniane wykonawcom w trakcie aukcji, informacje dotyczące przebiegu aukcji, warunki licytacji (w szczególności minimalne wartości postąpień), parametry wykorzystywanego sprzętu elektronicznego i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń [*W. Jarzyński (red.), Ustawa Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2020, s. 732*].

Do udziału w aukcji elektronicznej zapraszani są jedynie ci oferenci, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Oznacza to, że zamawiający najpierw dokonuje otwarcia i badania ofert, a następnie wysyła zaproszenie do udziału w aukcji. Zaproszenie zawiera elementy określone w art. 232 PrZamPubl, czyli wynik badania i oceny oferty, minimalne wartości postępowań, termin otwarcia i zamknięcia aukcji, sposób oceny ofert, określenie formuły matematycznej wykorzystanej w aukcji oraz harmonogram etapów aukcji (w przypadku aukcji wieloetapowej). Zamawiający ma obowiązek na bieżąco przekazywać wykonawcom biorącym udział w aukcji wszystkie informacje, które umożliwią wykonawcy ustalenie jego pozycji w aukcji, czyli informacje o uzyskanej punktacji oraz o punktacji oferty o najwyższej liczbie punktów. Do czasu zamknięcia aukcji nie ujawnia się informacji, które umożliwiają identyfikację → WYKONAWCÓW. Ma to przeciwdziałać znikom pomiędzy wykonawcami oraz zapewniać konkurencyjność. Wszystkie postępowania składane są w formie elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Postępowania są składane za pomocą formularza, który umożliwia ich automatyczną klasyfikację i ocenę. Składanie kolejnych postępowań powoduje, że poprzednie przestaje wiązać. W przypadku awarii systemu zamawiający wyznacza termin kontynuowania aukcji. Zgodnie z orzecznictwem (wyr. KIO z 11.2.2019 r., KIO 153/19), w przypadku awarii systemu, aukcja może zostać powtórzona.

Zamawiający zamyka aukcję:

- 1) w terminie określonym w aukcji;
- 2) jeżeli w ustalonym terminie nie wpłyną nowe postępowania;
- 3) po zakończeniu ostatniego etapu.

Po zamknięciu aukcji elektronicznej zamawiający dokonuje oceny ofert w oparciu o kryteria wskazane w → OGŁOSZENIU oraz dokumentach zamówienia, wraz z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej. Dokonuje zatem oceny ofert, które nie podlegały odrzuceniu.

Kryteria oceny ofert w aukcji elektronicznej muszą być wcześniej ogłoszone w → SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA i konieczne jest, aby umożliwiały automatyczną ocenę ofert bez ingerencji → ZAMAWIAJĄCEGO. Przykładowo, mogą być to takie warunki jak: cena, dłuższy termin gwarancji, krótszy termin realizacji, niższe koszty eksploatacyjne. Nie mogą być natomiast stosowane takie kryteria jak np. estetyka wykonania czy funkcjonalność, gdyż nie umożliwiają one automatycznego przeliczania punktacji (zob. wyr. KIO z 3.10.2013 r., KIO 2271/13, Legalis). Po zakończeniu aukcji zamawiający podaje na stronie internetowej nazwę i adres zwycięskiego wykonawcy wraz z uzasadnieniem jego wyboru.

[A.G.]

CENTRALNY ZAMAWIAJĄCY

Zgodnie z art. 44 ust. 1 PrZamPubl, centralnym zamawiającym jest zamawiający, który prowadzi stałą działalność w zakresie:

- 1) nabywania produktów lub usług z przeznaczeniem ich odsprzedaży zamawiającym lub
- 2) udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi, na rzecz zamawiających.

Ponadto, centralny zamawiający może prowadzić działalność w zakresie wykonywania pomocniczych działań zakupowych, tzn. działań polegających na zapewnieniu zamawiającym wsparcia w związku z udzielaniem przez nich → ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH lub organizacji → KONKURSÓW, w szczególności poprzez zapewnienie odpowiedniej infrastruktury umożliwiającej udzielanie zamówień lub zawieranie → UMÓW RAMOWYCH, doradztwo dotyczące całego procesu zakupowego, a także przygotowanie oraz przeprowadzenie → POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA.

→ ZAMAWIAJĄCY, którzy chcą nabywać produkty lub usługi od centralnego zamawiającego, które on nabył z przeznaczeniem ich odsprzedaży, dokonują takich zakupów bez stosowania PrZamPubl. Analogiczne rozwiązanie zastosowano w sytuacji, w której centralny zamawiający prowadzi stałą działalność w zakresie udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych na → ROBOTY BUDOWLANE, dostawy lub usługi, na rzecz zamawiających – zamawiający mogą nabywać roboty budowlane, dostawy lub usługi bez stosowania PrZamPubl:

- 1) w drodze zamówień udzielanych przez centralnego zamawiającego;
- 2) za pomocą → DYNAMICZNEGO SYSTEMU ZAKUPÓW obsługiwanego przez centralnego zamawiającego;
- 3) na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego.

Również bez stosowania PrZamPubl, zamawiający mogą nabywać od centralnego zamawiającego usługi w zakresie scentralizowanych działań zakupowych oraz pomocniczych działań zakupowych.

Centralny zamawiający ponosi odpowiedzialność za zgodność z → PRAWEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH swojej działalności w zakresie nabywania produktów lub usług z przeznaczeniem ich odsprzedaży zamawiającym oraz udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi, na rzecz zamawiających. Z kolei zamawiający odpowiadają za zgodność z PrZamPubl przeprowadzanych przez siebie postępowań o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów obsługiwanym przez centralnego zamawiającego albo umową ramową zawartą przez centralnego zamawiającego oraz dokonywanych wyborów → WYKONAWCÓW zamówień objętych umową ramową zawartą przez centralnego zamawiającego, w zakresie określonym w art. 314 ust. 1 pkt 1 lub 2 PrZamPubl.

Normy prawa zamówień publicznych dopuszczają wyznaczanie centralnych zamawiających zarówno przez Prezesa Rady Ministrów – dla → ZAMAWIAJĄCYCH z administracji rządowej, przez właściwych ministrów, kierujących działem administracji rządowej dla podległych danemu ministrowi jednostek, jak również przez organy wykonawcze jednostek samorządu terytorialnego, dla jednostek, które im podlegają. Zadania centralnego zamawiającego dla jednostek administracji rządowej sprawuje obecnie COAR – Centrum Obsługi Administracji Rządowej, będący instytucją gospodarki budżetowej powołaną w celu zapewnienia realizacji zadań publicznych na rzecz Kancelarii Prezesa Rady Ministrów. Zarządzenie Nr 100 Prezesa Rady Ministrów z 30.8.2017 r. wskazało COAR jako centralnego zamawiającego dla jednostek administracji rządowej oraz wskazało jednostki administracji rządowej zobowiązane do nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych od centralnego zamawiającego lub od wykonawców przez niego wybranych oraz do udzielania zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego. Nadzór nad wykonywaniem przez COAR obowiązków centralnego zamawiającego sprawuje Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów. Do jednostek zobowiązanych do nabywania zamówień od COAR należą: Kancelaria Prezesa Rady Ministrów; wszystkie ministerstwa; Rządowe Centrum Legislacji; Rządowe Centrum Bezpieczeństwa; Urząd Komunikacji Elektronicznej; Urząd Lotnictwa Cywilnego; Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów; Urząd do Spraw Cudzoziemców; Urząd do Spraw Kombatantów i Osób Represjonowanych; Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej; Urząd Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej; Urząd Regulacji Energetyki; Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych; Urząd Transportu Kolejowego; Urząd Zamówień Publicznych; Wyższy Urząd Górniczy; Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych; Państwowa Agencja Atomistyki; Biuro do Spraw Substancji Chemicznych; Biuro Rzecznika Praw Pacjenta; Biuro Centralnej Komisji do Spraw Stopni i Tytułów; Generalna Dyrekcja Ochrony Środowiska; Główny Inspektorat Sanitarny; Główny Inspektorat Farmaceutyczny; Główny Inspektorat Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych; Główny Inspektorat Ochrony Roślin i Nasiennictwa; Główny Inspektorat Ochrony Środowiska; Główny Inspektorat Weterynarii; Główny Urząd Geodezji i Kartografii; Główny Urząd Miar; Główny Urząd Nadzoru Budowlanego; Główny Urząd Statystyczny; Główny Inspektorat Transportu Drogowego; Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej; Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, oraz wszystkie urzędy wojewódzkie.

Działają również resortowi centralni zamawiający. Przykładem jest Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, które dostarcza profesjonalne usługi w zakresie realizacji procesu zakupowego dla jednostek resortu sprawiedliwości.

W ostatnich latach możemy także zaobserwować tendencję wzrostową, polegającą na coraz częstszym ustanawianiu centralnych zamawiających dla jed-

nostek samorządowych. Zawile procedury, często zmieniające się otoczenie prawne oraz konieczność szukania oszczędności i bardziej efektywnych ekonomicznie technik zakupowych spowodowały, że zamawiający częściej łączą swój potencjał administracyjny i kadrowy, celem udzielenia → ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO. Na częstsze wykorzystywanie instytucji centralnego zamawiającego wpływają także funkcje, które obecnie powinny spełniać zamówienia publiczne. Konieczność realizacji celów strategicznych, związanych z szeroko rozumianą zasadą zrównoważonego rozwoju (zielone zamówienia publiczne, społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne, jak również zamówienia publiczne na innowacje), przy jednoczesnym nacisku na efektywność ekonomiczną udzielanych zamówień, stanowią duże wyzwanie dla → ZAMAWIAJĄCYCH, dlatego też centralny zamawiający pozwala łatwiej wymieniać doświadczenie i *know-how*, a także udzielać zamówień w sposób minimalizujący obciążenia administracyjne naturalnie występujące po stronie zamawiających.

Warto również podkreślić, że traktowanie centralnych zamawiających nie tylko jako instrumentu pozwalającego zamawiającym uporać się z problemami formalno-prawnymi zamówień publicznych, lecz jako instrumentu zapewniającego szerszą i bardziej skuteczną realizację celów horyzontalnych, jest również objawem zmian zachodzących na rynku publicznym. Sektor publiczny działa w rzeczywistości coraz większych restrykcji budżetowych z jednej strony, z drugiej zaś w sytuacji rosnącego zapotrzebowania na realizację zadań publicznych na wyższym poziomie. Udzielanie zamówień publicznych poprzez centralnych zamawiających pozwala na osiągnięcie lepszych wyników ekonomicznych, ponieważ siła zakupowa centralnego zamawiającego, która bierze się z agregacji wolumenu zamówień, jest o wiele większa, niż pojedynczego zamawiającego (*P. Nowicki, Central purchasing bodies: the case of Poland, [w:] C. Risvig Hamer, M. Comba (eds.), Centralising Public Procurement. The Approach of EU Member States, Edward Elgar Publishing 2021, s. 240).*

[P.N.]

DIALOG KONKURENCYJNY

Dialog konkurencyjny jest jedynym z trybów udzielania → ZAMÓWIEN PUBLICZNYCH. Ma charakter wieloetapowy. Tryb dialogu konkurencyjnego pojawił się w prawie polskim w art. 169–188 PrZamPubl w efekcie implementacji uregulowań prawa unijnego (*S. Arrowsmith, S. Treumer, Competitive dialogue in EU Procurement, Cambridge 2012, s. 8*). Prawo unijne podaje przykładowe sytuacje zastosowania dialogu konkurencyjnego wskazując np. wdrażanie istotnych, zintegrowanych systemów infrastruktury transportowej, sieci komputerowych oraz projekty obejmujące złożone procesy finansowania o skomplikowanej strukturze, których postaci finansowej i prawnej nie można z góry zdefiniować,

co oznacza projekty partnerstwa publiczno-prywatnego (zob. *A. Brown, The Impact of the New Directive on Large Infrastructure Projects: Competitive Dialogue or Better the Devil You Know, Public Procurement Law Review 2004, Nr 13, s. 178*).

Przesłanką udzielenia zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego jest najczęściej szczególnie złożony charakter zamówienia, który powoduje, że rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić potrzeb → ZAMAWIAJĄCEGO. W poprzednim stanie prawnym regulowanym PrZamPubl z 2004 r. przesłanką stosowania dialogu konkurencyjnego była obiektywna niemożność określenia uwarunkowań prawnych i finansowych wykonania zamówienia, natomiast obecnie ustawodawca nie formułuje tego wymogu. Zgodnie z art. 170 PrZamPubl przesłanki stosowania dialogu są obecnie analogiczne jak w przypadku trybu → NEGOCJACJI Z OGŁOSZENIEM. Tryb dialogu konkurencyjnego może być zatem stosowany w sytuacji, gdy danego rozwiązania w zakresie dostaw, usług czy robót budowlanych nie ma na rynku lub gdy przedmiot zamówienia obejmuje usługi projektowe lub innowacyjne. Tryb może być także stosowany, gdy zamówienie nie może być udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności jego realizacji, złożony charakter zamówienia lub uwarunkowania prawne, lub finansowe, lub ryzyko związane z realizacją zamówienia (*H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 574*). Dialog konkurencyjny może być również stosowany, gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej normy technicznej, wspólnej specyfikacji technicznej lub referencji technicznej. Ponadto należy zauważyć, że ustawodawca wskazuje, iż tryb dialogu konkurencyjnego jest stosowany, gdy nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie → PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO lub → OGRANICZONEGO. Oznacza to, że analizowany tryb ma być w szczególności stosowany w sytuacjach, gdy zamawiający nie potrafi dokładnie dokonać opisu przedmiotu zamówienia, a prowadzony z → WYKONAWCAMI dialog ma służyć zapoznaniu się z różnorodnymi możliwościami realizacji przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu w trybie dialogu konkurencyjnego można wyróżnić następujące etapy:

- 1) wszczęcie postępowania poprzez przekazanie ogłoszenia do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenie zawiera opis potrzeb i wymagań zamawiającego (zgodnie z art. 174 PrZamPubl), gdyż nie jest on w stanie przygotować szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Opis potrzeb i wymagań jest modyfikowany podczas postępowania i podlega wyjaśnieniom. Ponadto, w przypadku gdy zamawiający przewiduje nagrody dla uczestników postępowania, informacja o wysokości nagród powinna znaleźć się już w ogłoszeniu o zamówieniu;

- 2) składanie przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (co najmniej 30 dni zgodnie z art. 178 PrZamPubl) oraz ocena → WYKONAWCÓW w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez → ZAMAWIAJĄCEGO;
- 3) właściwy dialog z wykonawcami wyłoniionymi po dokonaniu kwalifikacji wykonawców, który może dotyczyć wszystkich warunków zamówienia. Celem dialogu jest określenie rozwiązań najbardziej spełniających potrzeby zamawiającego. Liczba zaproszonych do dialogu musi być podana w ogłoszeniu i nie może być mniejsza niż 3 (art. 177 PrZamPubl). Jeżeli kryteria selekcyjne udziału w postępowaniu spełni większa liczba wykonawców, zamawiającemu przysługuje możliwość skierowania zaproszenia do składania → OFERT tylko do wybranych wykonawców. Oznacza to, że przedsiębiorca może spełniać warunki udziału w postępowaniu, ale nie zostaje on zaproszony do składania ofert, gdyż nie uzyskał wystarczającej liczby punktów na etapie prekwalifikacji, która została dokonana w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. → PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH nie określa terminu rozpoczęcia dialogu, nie podaje również czasu jego trwania. Zobowiązuje zamawiającego do poufności przeprowadzonych rozmów, w szczególności w związku z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa (zob. *M. Bubnowski*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 156). Dialog jest prowadzony do momentu, gdy zamawiający w wyniku porównania rozwiązań jest w stanie określić, które rozwiązanie najbardziej spełnia jego potrzeby;
- 4) przygotowanie → SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA przez zamawiającego – następuje jako efekt przeprowadzonego dialogu. Zamawiający opracowuje specyfikację zamówienia i przekazuje wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert w okresie 10 dni. Do złożenia ofert zostają zaproszeni wszyscy wykonawcy biorący udział w dialogu;
- 5) badanie i ocena ofert przez zamawiającego, podczas której może on żądać wyjaśnień i ulepszenia treści ofert, lecz niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań (art. 187 PrZamPubl);
- 6) wybór oferty na podstawie kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu. Kryteriom jakościowym przypisywane są konkretne wagi, określane nie później niż w zaproszeniu do składania ofert. W dialogu konkurencyjnym najniższa cena nie może być jedynym kryterium ocennym, stąd zamawiający na podstawie wiedzy zdobytej w wyniku przeprowadzonych negocjacji, dokonuje określenia pozacenowych warunków decydujących o wyborze najkorzystniejszej oferty. Po wprowadzeniu do prawa polskiego procedury dialogu konkurencyjnego uznawano początkowo, że kryteria oceny ofert powinny być podane przez zamawiającego na bardzo wczesnym etapie procedury, bowiem już w ogłoszeniu inicjującym wszczęcie postępowania. Powodowało to związanie zamawiającego podanymi kryteriami oceny ofert na cały czas trwania procedury. W praktyce często istniały sytuacje,

w których zamawiający pod wpływem dialogu pragnął wprowadzić inne kryteria ocenne lub przypisać im inną niż pierwotnie wagę, stąd decydował się na wprowadzenie zmian do kryteriów oceny ofert poprzez zmianę ich procentowego znaczenia. Kwestionowano jednak legalność wprowadzania tego typu zmian, która mogła skutkować naruszeniem → ZASAD UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ. Z tego powodu w obecnym stanie prawnym przyjęto rozwiązanie, że → ZAMAWIAJĄCY może przed zaproszeniem do składania ofert dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu, natomiast w zaproszeniu do składania ofert kryteria ocenne muszą już obligatoryjnie być podane do wiadomości → WYKONAWCÓW (*A. Górczyńska, Competitive dialogue in Poland, [w:] S. Arrowsmith, S. Treumer (red.), Competitive...*, s. 424–444).

[A.G.]

DOKUMENTOWANIE PRZEBIEGU POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

Zagadnieniom dokumentowania przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia dedykowany jest rozdział 8, obejmujący art. 71–82, w dziale I PrZamPubl zatytułowanym Przepisy ogólne.

W przedmiotowym zakresie obowiązki → ZAMAWIAJĄCEGO polegają na sporządzaniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia protokołu postępowania, przekazywaniu → PREZESOWI URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH informacji o złożonych w danym postępowaniu wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub → OFERTACH oraz sporządzaniu rocznego sprawozdania o udzielonych zamówieniach.

Zgodnie z art. 71 ust. 1 PrZamPubl zamawiający dokumentuje przebieg postępowania o udzielenie zamówienia poprzez sporządzanie w jego toku protokołu postępowania, definiowanego jako dokument sporządzany przez zamawiającego, który potwierdza przebieg postępowania o udzielenie zamówienia (art. 7 pkt 19 PrZamPubl). Przepisy PrZamPubl w części dotyczącej protokołu są wydrożeniem postanowień → DYREKTYW UNII EUROPEJSKIEJ DOTYCZĄCYCH ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH odnoszących się do indywidualnego sprawozdania; odpowiednio art. 84 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, art. 100 dyrektywy 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 oraz art. 37 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13.7.2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeń-

stwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE. Szczegółowe kwestie związane ze sporządzaniem protokołu reguluje rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 18.12.2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434), które określa sposób dokumentowania oraz przechowywania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wzory protokołów postępowania, zakres dodatkowych informacji zawartych w protokole postępowania i sposób oraz formę udostępniania zainteresowanym protokołu postępowania wraz z załącznikami (rozporządzenie w sprawie protokołu).

Sporządzanie protokołu jest obligatoryjne w każdym trybie udzielania zamówienia i bez względu na jego wartość, z wyjątkiem przypadku, gdy zamówienia udziela się na warunkach określonych w → UMOWIE RAMOWEJ zawartej z jednym → WYKONAWCĄ lub z kilkoma wykonawcami, bez przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (art. 71 ust. 2 PrZamPubl).

Obowiązek sporządzenia protokołu aktywuje się z chwilą wszczęcia → POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA, trwa w czasie całego postępowania i powinien być wypełniany paralelnie do dokonywania poszczególnych czynności w tym postępowaniu. Jedynie bowiem bieżące i rzetelne prowadzenie protokołu prowadzi do wypełnienia jego funkcji informacyjnej. Protokół to nic innego niż sprawozdanie z czynności wcześniej podjętych w postępowaniu lub inaczej dokument odwzorowujący przebieg postępowania (uchw. KIO z 23.7.2020 r., KIO/KD 41/20, Legalis; uchw. KIO z 12.4.2018 r., KIO/KD 10/18, Legalis). Zamawiający nie tworzy własnego wzoru protokołu. Ma on do wyboru jeden z dziewięciu wzorów protokołów wprowadzonych rozporządzeniem w sprawie dokumentów. Protokół nie jest częścią komunikacji zamawiającego z wykonawcami. Formy jego sporządzenia nie determinuje więc wynikająca z art. 61 i nast. PrZamPubl → ELEKTRONIZACJA ZAMÓWIEŃ. Podkreślić jednak należy, że wyrażona w art. 20 PrZamPubl zasada pisemności rozciąga się na formę protokołu (pisemność została zdefiniowana w art. 7 pkt 16 PrZamPubl). Oznacza to, że → ZAMAWIAJĄCY ma swobodę wyboru sporządzenia protokołu w postaci elektronicznej, papierowej lub mieszanej.

Rozwinięciem rozumienia ram czasowych, jakie powinien obejmować protokół jest § 2 rozporządzenia w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którym zamawiający dokumentuje czynności i zdarzenia związane z danym zamówieniem publicznym lub umową ramową w uporządkowany sposób, umożliwiając odtworzenie chronologicznego przebiegu wszystkich etapów danego postępowania oraz istotnych czynności poprzedzających jego wszczęcie, a także czynności związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej. Powyższe nawiązuje do postrzegania udzielania zamówień jako procesu mającego swój początek (czynności związane z planowaniem i przygotowaniem postępowania), środek (przeprowadzenie postępowania) oraz koniec (zawarcie i wykonanie umowy o udzielenie zamówienia). Doku-

ment, który opisywałby wyłącznie czynności z postępowania o udzielenie zamówienia nie byłby wiarygodny i wartościowy w tym sensie, że nie pozwalałby ocenić prawidłowości czy zgodności z przepisami prawa przebiegu procesu zakupowego jako całości.

Minimalny zakres informacji, które muszą zostać podane w protokole określa art. 72 ust. 1 oraz art. 73 ust. 2 PrZamPubl. Dodatkowe informacje, które powinny zostać wpisane do protokołu, w zależności od zastosowanego trybu postępowania lub procedury, wartości, rodzaju lub przedmiotu zamówienia wskazuje rozporządzenie w sprawie dokumentów. → ZAMAWIAJĄCY nie musi jednak podawać w protokole postępowania informacji, które zostały już podane w ogłoszeniu o zamówieniu, pod warunkiem załączenia tego ogłoszenia do protokołu postępowania (art. 72 ust. 2 PrZamPubl). Podyktowane jest to ekonomiką gospodarowania środkami zamawiającego, które nie powinny być pożytkowane na niepotrzebne powtarzanie tych samych działań. Protokół z postępowania podpisuje tylko osoba sporządzająca go, ale w jego treści należy umieścić informację o kierowniku zamawiającego zatwierdzającym protokół postępowania albo pracownikowi zamawiającego upoważnionym przez kierownika zamawiającego do zatwierdzenia protokołu postępowania (§ 3 pkt 23 rozporządzenia w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Poprzednio wymagany był zarówno podpis osoby sporządzającej protokół, jak i osoby zatwierdzającej go.

Od samego protokołu należy odróżnić załączniki, którymi są oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 73 ust. 1 PrZamPubl). Jest to w swojej istocie katalog otwarty, co sugeruje użycie w wyżej wymienionym wyliczeniu zwrotu „inne dokumenty i informacje”. Przykładowo, do kategorii „innych dokumentów” nie będą jednak zaliczane dokumenty dotyczące prowadzonego postępowania, pochodzące od podmiotów innych niż wykonawcy lub zamawiający, których złożenie nie jest wymagane przepisami PrZamPubl (wyr. KIO z 11.1.2018 r., KIO 2722/17, Legalis) lub wyjaśnienia i uzupełnienia ofert ponieważ dokumenty te są *de facto* treścią ofert (*sensu largo*) (wyr. KIO z 27.2.2015 r., KIO 257/15, Legalis).

Szerzej rzecz ujmując, sporządzanie protokołu postępowania służy realizacji podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia, jakimi są zasada jawności (art. 18 PrZamPubl), będąca również jedną z najistotniejszych konstytucyjnych zasad systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (art. 61 Konstytucji RP), oraz zasada przejrzystości (art. 16 pkt 2 PrZamPubl), mając na uwadze, że zasada przejrzystości postępowania wymaga, aby wydatkując środki publiczne zamawiający był w stanie wykazać ich celowość i efektywność (wyr. KIO z 28.1.2021 r., KIO 8/21, Legalis). Nałożony na zamawiającego obowiązek sukcesywnego, etapowego prowadzenia protokołu ma znaczenie z punktu widzenia

zasady jawności, ponieważ tylko w ten sposób zainteresowani mogą uzyskać wgląd w postępowanie, którego opis w protokole będzie oddawał stan, w którym się ono rzeczywiście znajduje. Ustawodawca przesądza, że protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek (art. 74 ust. 1 PrZamPubl). Podmiotom zainteresowanym uzyskaniem wglądu do protokołu postępowania nie został narzucony wzór wniosku o udostępnienie czy też jego treść. Chodzi o to, aby dostęp do protokołu, a zatem jawność postępowania nie były komplikowane czy formalizowane w tych sytuacjach, w których jest to zupełnie zbędne.

Prawo zamówień publicznych nie określa terminu, w którym po otrzymaniu stosownego wniosku → ZAMAWIAJĄCY powinien przekazać wnioskującemu protokół. Zostało to doprecyzowane w § 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie protokołów, który stanowi, że zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie. Bez wątpienia nie jest to równoznaczne z udostępnieniem natychmiastowym. Należy oprzeć się na tradycyjnym pojmowaniu terminu „niezwłocznie”, jako realnego czasu, który w danych okolicznościach faktycznych i prawnych jest wymagany dla dokonania danej czynności. Udostępnianie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania następuje – co do zasady – przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (§ 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie protokołów).

Odróżnienie protokołu od załączników do protokołu jest relewantne właśnie na gruncie realizowania zasady jawności. O ile protokół jest udostępniany na bieżąco, to załączniki do protokołu postępowania udostępnia się dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania. Reguła ta nie odnosi się do oferty, która wraz z załącznikami udostępniana jest niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 PrZamPubl lub art. 291 ust. 2 zd. 2 PrZamPubl oraz do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które wraz z załącznikami udostępniane są od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków (art. 74 ust. 2 PrZamPubl). Jawność protokołu nie ma jednak charakteru pełnego i doznaje pewnych ograniczeń w zakresie dotyczącym informacji poufnych, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu, które nie podlegają udostępnieniu oraz w obszarze danych osobowych (art. 74 ust. 3–4, art. 75 oraz 76 PrZamPubl).

Nowym rozwiązaniem wprowadzonym przez PrZamPubl z 2019 r. jest uregulowanie zwrotu wykonawcom przez zamawiającego z urzędu złożonych przez nich planów, projektów, rysunków, modeli, próbek, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, jeżeli nie wystąpili oni z własnej inicjatywy z wnioskami o zwrot w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie → ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO albo unieważnienia postępowania, co dotyczy również → WYKONAWCY, którego → OFERTA została wybrana jako najkorzystniejsza, w zakresie, w jakim wymienione załączniki do protokołu nie stanowią załączników do umowy (art. 77 ust. 1–2 PrZamPubl). Jak wskazano w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych

wień publicznych, przedmiotowa regulacja zmierza do zapobiegania obciążania → ZAMAWIAJĄCYCH dodatkowymi kosztami przechowywania wskazanych materiałów w sytuacji, gdy nie są już one potrzebne dla celów postępowania, ani nie są niezbędne dla wykazywania prawidłowości realizacji umowy (druk sejmowy Nr 3624 z 12.7.2019 r., <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>, s. 25–26; dostęp: 30.3.2022 r.).

Niezależnie od obowiązków i okresów archiwizacji wynikających z ustawy z 14.7.1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 164 ze zm.) zamawiający musi przechowywać protokół z postępowania wraz z załącznikami przez okres 4 lat od dnia zakończenia → POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA [odpowiednio od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub dnia unieważnienia postępowania, w sposób gwarantujący ich nienaruszalność (art. 78 ust. 1 PrZamPubl)]. Okres przechowania podlega wydłużeniu, jeżeli okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego przekracza 4 lata, na cały okres obowiązywania tej umowy (art. 78 ust. 4 PrZamPubl). Obowiązek przechowywania protokołu ma charakter bezwzględny i to zamawiający odpowiada za zniszczenie, zagubienie czy uszkodzenie protokołu lub załączników. Prawo zamówień publicznych nie określa sankcji za niedopełnienie wyżej wymienionego obowiązku. W literaturze przedmiotu prezentowane jest stanowisko, że naruszenie integralności protokołu może zostać zakwalifikowane jako przestępstwo przeciwko dokumentom, o którym mowa w art. 276 KK (*M. Sarnowski*, Protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w nowym ujęciu, PZP 2019, Nr 3, Legalis). Poza tym, doprecyzowano, że wszystkie dokumenty stanowiące załączniki do protokołu postępowania są przechowywane w oryginalnej postaci i formie, w jakich zostały sporządzone lub przekazane (art. 79 ust. 1 PrZamPubl).

Zamawiający zostali także zobligowani do przekazania → PREZESOWI URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH informacji o złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertach, nie później niż w terminie 7 dni od dnia otwarcia odpowiednio ofert lub ofert dodatkowych albo ofert wstępnych lub ofert ostatecznych albo unieważnienia postępowania (art. 81 ust. 1 PrZamPubl), co zostało pomyślane jako dodatkowe narzędzie umożliwiające Prezesowi UZP skuteczną analizę funkcjonowania → SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH. Obowiązek ten z natury rzeczy nie będzie dotyczył → ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI, ponieważ nie jest to tryb, w którym składane są oferty lub wnioski. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 21.12.2020 r. w sprawie informacji o złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertach przekazywanej Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 2406) reguluje zakres danych zawartych w informacji o złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub → OFERTACH, wzór informacji, a także sposób sporządzania oraz sposób i tryb przekazywania informacji (rozporządzenie w sprawie informacji o wnioskach oraz ofertach).