

OPINIE I KOMENTARZE FRDL

OPINIA nr 7/2023

MYŚLENIE PYTANIAMI JAKO METODOLOGIA ROZWIĄZYWANIA PROBLEMÓW W USTAWIE PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH (ASPEKT PRAKTYCZNY)

dr Jarosław Rokicki

Słowa Einsteina:

„Kwestionuj wszystko – i pytaj o wszystko!”

Wprowadzenie

Inspiracją do napisania niniejszego artykułu była lektura książki *Myślenie pytaniami* Marilee Adams[1], która jest twórczynią metodologii myślenia pytaniami. Pomimo, że książka skierowana jest do osób zainteresowanych problematyką rozwoju osobistego, skłania do licznych refleksji na gruncie codziennego dokonywania wyborów, również zawodowych, podpowiadając inspirujące pytania i kwestie do przemyślenia.

Warto wskazać, iż kontrolerzy wielu organów kontroli w Polsce sami dysponują swoimi listami sprawdzającymi do kontroli dokumentów mających związek z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Listy kontrolne są złożone z wielu pytań kierowanych do Jednostek Kontrolowanych najczęściej w formule zamkniętej – Tak/Nie. Większość komunikacji między kontrolującymi a kontrolowanymi opiera się na zadawaniu pytań i znając ten mechanizm lepiej jest przygotować się do ewentualnej kontroli już na początkowym etapie rozwiązywania problemów. Istnieje bowiem duże prawdopodobieństwo, że pytania kontrolujących pokryją się z pytaniami, na które zamawiający uprzednio odpowiedział sobie podczas samodzielnego przeprowadzania procedury udzielenia zamówienia. Tym samym można swoiście zbudować scenariusz przyszłej kontroli w zakresie potencjalnej listy pytań, pomimo że kontrola jest często nieprzewidywalna i oddalona w czasie.

[1] M. Adams, *Myślenie pytaniami*, wyd. 3, Wydawnictwo Studio Emka, Warszawa 2020.

W przedmiotowym tekście Autor zaprezentował wybrane zagadnienia funkcjonujące na gruncie prawa zamówień publicznych, poprzez stworzenie swego instrumentarium odpowiedzi i pytań umożliwiających podjęcie ważnych decyzji w procesie zarządzania w tej sferze działalności zamawiającego. W jego skromnym odczuciu czas kilkunastu minut poświęcony lekturze artykułu zwróci się potencjalnemu czytelnikowi w postaci wielu korzyści m.in. nowego spojrzenia na rozwiązywanie problemów w sferze zamówień publicznych. Być może nawet taka filozofia będzie asumptem do jej wdrożenia w innych podmiotach zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp. Artykuł wpisuje się idealnie w potrzebę ukazania tej problematyki w wymiarze praktycznym poprzez bardzo konkretne zadawanie pytań, które zostaną wyselekcjonowane w oparciu o doświadczenia Autora związane z udziałem w setkach kontroli różnych instytucji. Praktyczny wymiar poniższych treści podanych syntetycznie w postaci czytelnych tabel przy pionierskim spojrzeniu Autora na rozwiązywanie problemów w sferze Pzp sprawia, iż niezwykle trudna problematyka Pzp staje się łatwiejsza w odbiorze i generuje większą satysfakcję w dochodzeniu do prawidłowych odpowiedzi na pytania pojawiające się w bezpośrednim stosowaniu przepisów Pzp.

Zasada efektywności ekonomicznej

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Pzp od 2021 r. wprowadziło do katalogu zasad udzielenia zamówienia zasadę efektywności ekonomicznej, która powinna być stałym elementem polityki zakupowej zamawiającego, przygotowując go do dokonania jak najlepszego zakupu. W tym miejscu nasuwa się pytanie o postrzeganie przez zamawiających zamówień publicznych, które później definiuje jego zachowania na rynku zamówień publicznych. Należy wskazać, iż ustawodawca na drodze najnowszych regulacji prawnych ukazuje zamawiającym zmianę perspektywy myślenia o zamówieniach publicznych z wąskiego, tradycyjnego procesu przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na szerszą, rozpoczynając się od zdefiniowania potrzeby ukierunkowanej na realizację zaplanowanego zadania, uwzględniając cykl życia produktu i możliwe warianty zaspokojenia danej potrzeby. Nawiązuje to chociażby do obowiązku dokonania analizy potrzeb i wymagań przed wszczęciem postępowania klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (art. 83 PZP).

W praktycznym wymiarze poniższa tabela ukazuje dwa zadania w postaci usługi drukowania ulotek i zakupu samochodu osobowego z perspektywy zdefiniowanej potrzeby ukierunkowanej na realizację zaplanowanego zadania, analizy kosztowej i wskazania alternatyw w procesie zaspokojenia tej potrzeby.

Nazwa zadania z planu budżetowego	Usługa drukowania ulotek, plakatów	Zakup samochodu osobowego/dostawczego
Zdefiniowanie potrzeby ukierunkowanej na realizację zaplanowanego zadania	Drukowanie różnych ulotek, plakatów wg zapotrzebowania	Przemieszczanie/transport osób
Analiza dotycząca kosztu (uwzględniającego cykl życia produktu) i jakości zaspokojenia potrzeby	Koszty eksploatacyjne (tonery, naprawy) związane z użytkowaniem produktu	Koszty eksploatacyjne (części, naprawy, ubezpieczenie) związane z użytkowaniem pojazdu
Alternatywy	Zakup/dzierżawa urządzeń powielających	Leasing/wynajem samochodu

Istotne staje się pytanie zamawiającego jakie stawia sobie przed wszczęciem postępowania, czy dostrzega tylko procedurę udzielenia zamówienia zgodnie z przepisami Pzp czy szerzej, nabywa produkt na rynku, uwzględniając cykl życia produktu, od zidentyfikowania potrzeb z analizą kosztową i wariantami jej zaspokojenia, w konsekwencji dokonując zakupu przy zastosowaniu właściwej procedury Pzp.

Podział zamówienia na części

W dalszej kolejności Autor przedstawi ważną problematykę podziału zamówienia na części, o której mowa w art. 91 ustawy Pzp. Przypomnijmy, iż zamówieniem podzielnym na części jest takie zamówienie, w którym można wyodrębnić części stanowiące przedmiot odrębnego postępowania lub które mogą być udzielane w częściach w ramach jednego postępowania. Zamawiający ma swobodę w podejmowaniu decyzji o podziale zamówienia publicznego na części lub jego braku, przy czym ustawodawca nie nałożył na zamawiających jednoznacznego obowiązku podziału zamówienia na części, jak również nie określił, w jakich przypadkach powinni podzielić przedmiot zamówienia. Niemniej jednak w przypadku niedokonania podziału zamówienia na części zamawiający ma obowiązek opisać w dokumentach zamówienia powody, dla których nie dokonał tego podziału. Zamawiający najczęściej ujmują uzasadnienia w zapisach SWZ, przy czym obserwuje się, że zamawiający kopiują te same uzasadnienia do każdego zamówienia nie uwzględniając ich specyfiki, charakteru i rodzaju przedmiotu zamówienia, przez co opis ten jest ogólny i wypełnia tylko pozornie obowiązek ustawowy. Aby tego uniknąć Autor w ujęciu tabelarycznym postawił kilka zasadniczych pytań, które pozwolą zamawiającemu zbudować uniwersalne uzasadnienie, odpowiadające danemu stanowi faktycznemu, które można zawrzeć w dokumentach zamówienia (w tym w SWZ).

Katalog pytań dla budowania argumentacji uzasadnienia braku podziału zamówienia na części w SWZ (przykład dotyczy robót budowlanych)

Nr	Pytanie	Odpowiedz
1.	Czy przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych ściśle ze sobą związanych funkcjonalnie ?	TAK/NIE*
2.	Czy istnieje duże ryzyko braku skoordynowania działań wykonawców z różnych branż i specjalizacji realizujących poszczególne części zamówienia, co mogłoby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia?	TAK/NIE*
2.1.	Czy opóźnienie jednego z wykonawców wpłynęłoby negatywnie na terminowość wykonania innych elementów inwestycji?	TAK/NIE*
2.2.	Czy przekazanie jednego placu budowy równolegle wielu wykonawcom groziłoby niedającymi się wyeliminować problemami organizacyjnymi, co może uniemożliwić rozgraniczenie odpowiedzialności wielu kierowników budowy i tym samym egzekucję gwarancji?	TAK/NIE*
2.3.	Czy przy tego typu robotach wykonywanych przez różnych wykonawców niemożliwe byłoby jednoznaczne określenie zasad odpowiedzialności OC (np. w razie jednoczesnego wykonywania robót przez wielu wykonawców utrudnione byłoby ustalenie podmiotu odpowiedzialnego za szkody objęte polisą OC)?	TAK/NIE*
3.	Czy roboty budowlane uwzględniają zaangażowanie różnych branż i specjalizacji, aby lepiej dostosować treść poszczególnych zamówień do wyspecjalizowanych sektorów wykonawców, którzy wezmą udział w przetargu?	TAK/NIE*
4.	Czy istnieje ryzyko powielenia kosztów pośrednich prac wpływających na koszty inwestycji, tj. w każdej z ofert częściowych wykonawca musiałby założyć odrębną wycenę użycia tego samego rodzaju sprzętu w sytuacji, w której składając jedną ofertę, użycie sprzętu wyceniłby jednokrotnie?	TAK/NIE*
5.	Czy ryzyko powstałe w wyniku podziału zamówienia na części może zagrozić terminowemu rozliczeniu projektu UE w przypadku unieważnienia jednej z części postępowania, przy założeniu, że realizacja pozostałych części nie zapewniłaby osiągnięcia wskaźników projektu?	TAK/NIE*
6.	Czy brak zastosowania podziału zamówienia na części nie ma wpływu na zwiększenie konkurencyjności w sektorze małych i średnich przedsiębiorstw?	TAK/NIE*

**Uwaga: im większa ilość pozytywnych odpowiedzi tym większa pewność argumentacji zamawiającego dotycząca braku podziału zamówienia na części*

Zamówienia podobne

Prawidłowo zadane pytanie jest sednem rozwiązania problemu, co szczególnie dotyczy wyboru trybu udzielania zamówienia publicznego m.in. zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający zadaje sobie często pytanie, czy w tych okolicznościach stanu faktycznego skorzystanie z przesłanki trybu niekonkurencyjnego jest legalne i nie narazi na zarzuty naruszenia dyscypliny finansów publicznych, czy w przypadku zamówienia dofinansowanego również częściowo na utratę środków zewnętrznych?

Na przykładzie zamówień podobnych poniżej Autor opracował listę kontrolną umożliwiającą monitorowanie przesłanki ustawowej, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 UPZP. Przypomnijmy, zamówienia podobne są realizowane po negocjacjach z wykonawcą dotychczasowych usług lub robót budowlanych polegających na ich powtórzeniu co do określonego, przewidzianego zakresu w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym, o ile zostały spełnione okoliczności we wskazanym powyżej artykule.

LISTA KONTROLNA (wzór)

Zamówienie podobne – dotyczy usług i robót budowlanych (na podst. art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych – PZP) dotyczą (nazwa zadania „.....”, nr ZP:)

L.p.	Pytanie (przesłanka - art. 214 ust. 1 pkt 7 PZP) Art. 214. 1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości	Tak	Nie	Uwagi
1.	Czy zamówienie podobne będzie udzielane w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego (tj. od daty zawarcia umowy podstawowej)?			
Weryfikacja pkt 1):				
<ul style="list-style-type: none"> data zawarcia umowy podstawowej wskazać konkretnie d/m/r (dowód: kopia jej 1 strony) termin 3 lata od dnia zawarcia umowy (jw.) upływa dnia r. d/m/r/ 				
2.	Czy zamówienie podstawowe zostało udzielone na skutek ogłoszenie o zamówieniu?			
3.	Czy zamówienie podobne było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego?			
Weryfikacja pkt 3):				
<ul style="list-style-type: none"> Nr ogłoszenia o zamówieniu z dn. r. (Dowód: kopia ogłoszenia o zamówieniu z właściwą sekcją odnoszącą się do planowanego zamówienia podobnego) Link do strony internetowej zamawiającego w którym znajduje się ogłoszenie 				

4.	<p>Czy całkowita wartość zamówienia podobnego została uwzględniona przy obliczaniu wartości zamówienia?</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th colspan="3">Wartość netto (w PLN)</th> </tr> <tr> <th>Zamówienia podstawowego</th> <th>Zamówienia podobnego</th> <th>Łączna wartość zamówienia</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>1</td> <td>2</td> <td>1+2</td> </tr> <tr> <td>.....</td> <td>.....</td> <td>.....</td> </tr> </tbody> </table> <p>Dowód: kopia strony protokołu z postępowania odpowiadająca podanym wartościom</p>	Wartość netto (w PLN)			Zamówienia podstawowego	Zamówienia podobnego	Łączna wartość zamówienia	1	2	1+2			
Wartość netto (w PLN)																
Zamówienia podstawowego	Zamówienia podobnego	Łączna wartość zamówienia														
1	2	1+2														
.....														
5.	<p>Czy wcześniej w ramach zamówienia podstawowego nie było już realizowanej procedury zamówienia z wolnej ręki na zamówienia podobne w danym przedmiocie zamówienia?</p> <p>Wartość netto (w PLN) zamówienia podobnego 1 zł</p> <p>Wartość netto (w PLN) zamówienia podobnego 2 zł</p> <p>Wartość netto (w PLN) zamówienia podobnego n zł</p> <p><i>Uwaga: należy pilnować, aby nie przekroczyć wartości % określonej w ogłoszeniu (o ile zamawiający ją wprowadził) bądź wartości całkowitego zamówienia (podstawowego i podobnego) wskazanego w protokole</i></p>															
6.	<p>Czy zamówienie podobne będzie polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień co w zamówieniu podstawowym (jest zgodne z opisem przedmiotu zamówienia podstawowego – w przypadku robót budowlanych z dokumentacją techniczną) sporządzonego dla realizowanego zamówienia (podstawowego)?</p> <p>Weryfikacja pkt 6):</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Dotyczy usług projektowych (UP)</th> <th>Dotyczy robót budowlanych (RB)</th> <th>Dotyczy usług (U)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td colspan="3">Wykazać powtórzenie podobnych UP/RB/U</td> </tr> <tr> <td>przedłożyć wszelkie istotne elementy (np. mapki wskazujące na obszar projektowania)</td> <td>w przypadku robót budowlanych proszę wskazać, iż zamówienie podobne dotyczy tego samego obiektu budowlanego/zamierzenia budowlanego</td> <td>w przypadku usług proszę wskazać, iż zamówienie podobne dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia określonego w dokumentach (np. SWZ)</td> </tr> </tbody> </table>	Dotyczy usług projektowych (UP)	Dotyczy robót budowlanych (RB)	Dotyczy usług (U)	Wykazać powtórzenie podobnych UP/RB/U			przedłożyć wszelkie istotne elementy (np. mapki wskazujące na obszar projektowania)	w przypadku robót budowlanych proszę wskazać, iż zamówienie podobne dotyczy tego samego obiektu budowlanego/zamierzenia budowlanego	w przypadku usług proszę wskazać, iż zamówienie podobne dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia określonego w dokumentach (np. SWZ)						
Dotyczy usług projektowych (UP)	Dotyczy robót budowlanych (RB)	Dotyczy usług (U)														
Wykazać powtórzenie podobnych UP/RB/U																
przedłożyć wszelkie istotne elementy (np. mapki wskazujące na obszar projektowania)	w przypadku robót budowlanych proszę wskazać, iż zamówienie podobne dotyczy tego samego obiektu budowlanego/zamierzenia budowlanego	w przypadku usług proszę wskazać, iż zamówienie podobne dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia określonego w dokumentach (np. SWZ)														
7.	Czy zakres usług lub robót budowlanych dotyczących zamówienia podobnego oraz warunki, na jakich zostanie ono udzielone odpowiadają opisowi ujętemu w SWZ?															
8.	Czy zamawiający przewiduje zamieszczenie/opublikowanie w BZP lub przekazanie do UPUE ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy?															
9.	Czy zamówienie podstawowe było finansowane ze źródeł zewnętrznych? Jeśli TAK, proszę wskazać źródło:															
X	<p>SUMA odpowiedzi „TAK” z pozycji 1–7 (z wyłączeniem pkt 5)</p> <p>Uwaga: jeśli suma odpowiedzi „TAK” wynosi 5 należy przygotować protokół konieczności oraz zachować się zgodnie z procedurą określona w regulacjach wewnętrznych – udzielenie zamówienia podobnego musi zostać należycie udokumentowane – szacowanie wartości, opis przedmiotu zamówienia, protokół z postępowania, protokół z negocjacji, oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawcy, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.</p>	Σ														

Waloryzacja w zakresie wynagrodzeń

Kolejna niezmiernie ważna w środowisku zarówno zamawiających, jak i wykonawców problematyka zamówień publicznych, wobec której Autor opracował zestaw pytań, dotyczy waloryzacji w zakresie wynagrodzeń w umowach o zamówienie publiczne. Skutki ogłoszonej dnia 20.03.2020 roku epidemii w Polsce, jak również napaści zbrojnej Rosji na Ukrainę w dniu 24.02.2022 roku, rzutują na realizację umów o zamówienie publiczne i zaznaczają się w postaci wzrostu cen materiałów, surowców i kosztów pracowniczych prowadzących do ograniczenia dostępności produktów i materiałów, m.in. z powodu przerwania łańcuchów dostaw czy braku pracowników (część pracowników będących obywatelami Ukrainy wyjechała z Polski).

L.p.	ELEMENTY OCENY i NAJWAŻNIEJSZE PYTNIA W ZAKRESIE WALORYZACJI	Uwagi																								
1.	<p>Sprawdź jaka forma wynagrodzenia została przyjęta w danej umowie o zamówienie publiczne, co uzależnia podstawę prawną dokonywania ewentualnych zmian (ustawa z 2004 r. czy nowa ustawa z 2019 r. ? – konieczność zastosowania przepisów intertemporalnych)</p> <p>Weryfikacja pkt. 1) :</p> <p>Data zawarcia umowy podstawowej r. d/m/r (Dowód: kopia 1 strony umowy podstawowej)</p> <p>Przyjęte wynagrodzenie: ryczałtowe/kosztorysowe*</p> <p>Termin złożenia oferty r. d/m/r/</p> <p>Okres obowiązywania (powyżej/poniżej 12 m-cy*)</p> <p><i>*zaznacz właściwe</i></p>																									
2.	W zależności od terminu obowiązywania umowy (v: weryfikacja pkt.1) określ jaki będzie mechanizm dokonywania zmian (jeśli umowa została zawarta na okres krótszy niż 12 m-cy, czy pomimo braku obowiązku nie zawierała zapisów waloryzacyjnych analogicznie do art. 439 Pzp																									
3.	<p>W przypadku kontraktów realizowanych w formule "zaprojektuj i buduj" (Pytanie – P)</p> <p>P1: Od kiedy Wykonawca żąda waloryzacji wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane i czy nie jest to okres obejmujący projektowanie będące czynnością dokonywaną przez wykonawcę?</p>																									
4.	<p>Czy zamawiający określił możliwe scenariusze dokonywania zmian waloryzacji umowy zdeterminowane treścią umowy a treścią wniosku wykonawcy?</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Klauzula</th> <th>Zapisy umowne</th> <th>Wniosek Wykonawcy</th> <th>Zachowania zamawiającego</th> </tr> <tr> <th>1</th> <th>2</th> <th>3</th> <th>4</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>klauzula waloryzacyjna automatyczna *</td> <td>X</td> <td>X</td> <td>+</td> </tr> <tr> <td>klauzula waloryzacyjna negocjacyjna **</td> <td>X</td> <td>X</td> <td>-/+</td> </tr> <tr> <td>klauzula waloryzacyjna niewystarczająca**</td> <td>X</td> <td>X</td> <td>-/+</td> </tr> <tr> <td>brak klauzuli waloryzacyjnej**</td> <td>!</td> <td>X</td> <td>-/+</td> </tr> </tbody> </table> <p><i>* klauzule, które są na tyle precyzyjne, że w zakresie określonej w nich zmiany nie ma konieczności dodatkowych uzgodnień lub negocjacji pomiędzy stronami</i></p> <p><i>** klauzule, które nie działają automatycznie, lecz wymagają podjęcia przez strony negocjacji w celu wypracowania porozumienia co do treści modyfikacji, która finalnie przyjmuje formę aneksu do umowy</i></p> <p>Legenda</p> <p>+ pozytywne rozpatrzenie wniosku</p> <p>-/+ wymagane zachowanie ocenę zamawiającego</p> <p>X dana klauzula występuje w zapisach umownych (2) , potrzeba złożenia wniosku o waloryzację (3)</p> <p>! dana klauzula nie występuje w zapisach umownych.</p>	Klauzula	Zapisy umowne	Wniosek Wykonawcy	Zachowania zamawiającego	1	2	3	4	klauzula waloryzacyjna automatyczna *	X	X	+	klauzula waloryzacyjna negocjacyjna **	X	X	-/+	klauzula waloryzacyjna niewystarczająca**	X	X	-/+	brak klauzuli waloryzacyjnej**	!	X	-/+	
Klauzula	Zapisy umowne	Wniosek Wykonawcy	Zachowania zamawiającego																							
1	2	3	4																							
klauzula waloryzacyjna automatyczna *	X	X	+																							
klauzula waloryzacyjna negocjacyjna **	X	X	-/+																							
klauzula waloryzacyjna niewystarczająca**	X	X	-/+																							
brak klauzuli waloryzacyjnej**	!	X	-/+																							
4.	Czy Wykonawca w swoim wniosku waloryzacyjnym zawarł niezbędne elementy umożliwiające rzetelną i obiektywną ocenę zasadności wniosku tj.																									
4.1.	Jaka jest podstawa prawna, w oparciu o którą wykonawca występuje z wnioskiem o waloryzację (czy jest to postanowienie umowy, czy przepisy prawa)?																									
4.2.	Czy wykonawca określił jakiego okresu realizacji umowy dotyczy wniosek o waloryzację?																									
4.3.	Czy wykonawca wskazał wartość oczekiwaną zmiany wynagrodzenia?																									
4.4.	Czy wykonawca zaproponował sposób dokonania zmiany: waloryzacja jednorazowa, czy cykliczna (wprowadzenie lub zmiana klauzuli waloryzacyjnej)?																									
4.5.	Czy wykonawca określił czy wniosek dotyczy robót lub usług wykonanych czy niewykonanych?																									
5.	W kontekście pkt. 4) czy zamawiający dokładnie przeanalizował wniosek wykonawcy w celu ustalenia, o co konkretnie wnioskuje wykonawca (brak precyzyjnego ustalenia na wstępie, jakie jest żądanie wykonawcy, generuje po stronie zamawiającego ryzyko wykrócenia w dalszych ustaleniach ponad roszczenie samego wykonawcy i zmianę wynagrodzenia wyższą niż oczekiwaną)?																									
6.	<p>Czy na etapie zapytań do rzeczonoego prowadzonego postępowania przez zamawiającego nie była poruszana kwestia dotycząca zmian wynagrodzenia w projektowanych postanowieniach umowy, w szczególności w zakresie klauzul waloryzacyjnych czy innych postanowień umownych?</p> <p>Uwagi: w przypadku umowy o terminie obowiązywania powyżej 12 m-cy i kalkulacji w macierzy ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, gdy wynikają one ze specyfiki zamawianych przez inwestora dostaw, usług lub robót budowlanych i są kalkulowane przez każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego – czy wykonawca nie wykazuje podwyższenia wynagrodzenia poniżej wartości bazowych w mechanizmie określonym przez zamawiającego?</p>																									
7.	<p>Czy wykonawca przedstawił pisemnie szczegółową kalkulację kosztów wykonania zamówienia z uwzględnieniem wyszczególnienia wpływu czynników zewnętrznych na przedmiotowe koszty obowiągujące w momencie sporządzenia oferty (tzn. poziomu przyjętych i uwzględnionych w ofercie cen i kosztów w tym zakresie związanych z realizacją prac objętych przedmiotem umowy, w tym ryzyk z tym związanych oraz różnic względem wskaźników GUS)?</p> <p>Czy wykonawca przedstawił konkretne dane i wyliczenia pokazujące, że koszty wykonania zamówienia istotnie wzrosły, najlepiej wraz ze stosownymi dowodami (np. wycenami od podwykonawców, oświadczeniami hurtowni, dystrybutorów).</p> <p>Uwaga: Kalkulacja może stanowić bazowy materiał porównawczy w stosunku m.in. do kalkulacji wtórnej, w przypadku wnioskowania o zmianę wysokości wynagrodzenia. Nieprzekazanie przedmiotowej kalkulacji lub przekazanie kalkulacji niekompletnej, nieprecyzyjnej, niejasnej, nierzetelnej, czy niespójnej powinno stanowić podstawę do odmowy uwzględnienia wniosku o zmianę wynagrodzenia umownego z uwagi na brak możliwości realnej weryfikacji takiego wniosku względem uwarunkowań ofertowych (tj. kontekstu ustalenia wpływu zmian na koszty realizacji zamówienia).</p>																									
8.	Czy analiza dowodów prowadzi do konkluzji, że kalkulacja sporządzana przez wykonawcę przed złożeniem oferty jest już nieaktualna spowodowana obiektywnymi czynnikami zewnętrznymi (konkretnie konfliktem zbrojnym) i nie mieści się w ramach standardowego ryzyka kontraktowego przewidywanego przez profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych?																									
9.	Czy zamawiający przeanalizował dane uzyskane z analizy dokumentów zamówienia i warunków realizacji umowy pomocne w ustaleniu podziału ryzyk?:																									
9.1.	informacje z SWZ w celu ustalenia, czy projekt umowy zawierał klauzule waloryzacyjne i w jakim zakresie jest możliwe ich zastosowanie (modyfikacja);																									
9.2.	informacje z otwarcia ofert w celu ustalenia, czy wykonawca nie zaniżył ceny oferty w stosunku do wartości zamówienia i innych ofert;																									
9.3.	informacje wykonawcy w ramach procedury badania rażąco niskiej ceny na etapie postępowania (jeżeli zaistniała taka sytuacja);																									
9.4.	ocenę realizacji umowy w celu ustalenia, czy są opóźnienia w stosunku do harmonogramu rzeczowo - finansowego, jeżeli tak - jakie są przyczyny opóźnień, przestoju; czy odpowiedzialny za ich powstanie jest zamawiający czy wykonawca, czy do umowy zawierano aneksy i zlecano wykonawcy roboty dodatkowe lub zamienne;																									
9.5.	stopień zaawansowania robót, wartości robót wykonanych i pozostałych do wykonania.																									
10.	Czy zamawiający na bazie danych historycznych (z okresu np. 5 lub 3 lat przed terminem składania ofert) na podstawie wskaźników cen materiałów lub kosztów, w szczególności ogłaszanych przez GUS ustalił:																									
10.1.	Jak zmieniały się ceny kluczowych materiałów budowlanych wykorzystywanych do realizacji przedmiotu zamówienia (stopniowo wzrastały lub malały lub zmiany były dynamiczne)																									
10.2.	Jaki był poziom tych zmian?																									
10.3.	Jakie informacje – wedle danych posiadanych na moment składania oferty – co do przyszłych zmian w tym zakresie były dostępne dla wykonawcy?																									

11.	Czy zamawiający sprawdził jak kształtowały się ceny w analogicznych przetargach, również u innych zamawiających, w celu ustalenia działania wykonawcy w zakresie standardowego ryzyka kontraktowego?
12.	<p>Czy prawdopodobna jest sytuacja, w której brak dokonania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy skutkować będzie w dalszej perspektywie odstąpieniem od umowy (przez wykonawcę lub przez zamawiającego), np. wskutek wstrzymania przez wykonawcę realizacji zamówienia?</p> <p>Jeśli tak:</p> <p>a) czy zamawiającemu lub wykonawcy przysługiwać będą z tego tytułu określone roszczenia (np. kary umowne)? Jeśli takie przysługiwałyby zamawiającemu: czy realna jest możliwość zaspokojenia takich roszczeń przez zamawiającego i w jaki sposób zaspokojenie takie może nastąpić (np. czy konieczne jest w tym celu wystąpienie na drogę sądową)?</p> <p>b) jakie będą konsekwencje dla realizowanej inwestycji: czy powstanie konieczność jej wykonania (dokończenia) przez inny podmiot? Jeśli tak: Jaki będzie dodatkowy koszt wynikający z tego wydłużenia?</p> <p>a) czy będzie to oddziaływać negatywnie na inne inwestycje, które są realizowane na rzecz zamawiającego?</p> <p>b) czy będzie to miało wpływ na konkurencję na rynku, którego beneficjentem jest zamawiający (np. wyeliminowanie wykonawcy z danego rynku wpłynie na powstanie monopolu innego podmiotu lub będzie istotnym zmniejszeniem kręgu konkurujących ze sobą na rynku podmiotów), a wskutek tego w dalszej kolejności na zmianę (wzrost) rynkowych kosztów realizacji tego typu?</p> <p>Czy zachodzą inne niż określone powyżej okoliczności (np. dodatkowe kwestie społeczne, organizacyjne, etc.), które wpływają na decyzję zmiany umowy obejmującej wynagrodzenie wykonawcy?</p>
13.	<p>W przypadku, gdy zmiana umowy dokonywana jest na podstawie ugody zawartej w wyniku polubownego rozwiązania sporu dodatkowo należy odpowiedzieć sobie na pytania:</p> <p>Czy wykonawca wystąpił z roszczeniem dotyczącym waloryzacji opierając roszczenie o art. 357(1) lub art. 632 § 2 K.C. ? Jeśli tak:</p> <p>a) czy okoliczności sprawy potwierdzają, że wykonawca mógłby potencjalnie skutecznie dochodzić swojego roszczenia na drodze sądowej? (w tym, czy potwierdzono rażącą stratę wykonawcy?)</p> <p>b) jakie jest prawdopodobieństwo (zarówno co do zasady, jak i co do wysokości) uznania żądania wykonawcy w procesie sądowym za uzasadnione?</p> <p>c) jakie byłyby dodatkowe konsekwencje dla zamawiającego w przypadku przegranego postępowania sądowego (np. wartość dodatkowych należności ubocznych, jakie zamawiający zobowiązany byłby zapłacić wykonawcy, wartość kosztów postępowania sądowego – zarówno kosztów przysługujących wykonawcy od zamawiającego, jak i koszty poniesione wewnętrznie przez samego zamawiającego w związku z obsługą i prowadzeniem postępowania sądowego)?</p> <p>Uwaga: w przypadku uzyskania odpowiedzi wskazujących na prawdopodobieństwo zaistnienia skutków wynikających z pytań - zmiana wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen będzie zasadna i korzystna dla zamawiającego.</p>

Konkurencja

Kolejnym zagadnieniem, na którym można operować pytaniami w strategii rozwiązywania problemów w zamówieniach publicznych jest konkurencja. Nie ulega wątpliwości, iż gwarantem zachowania konkurencyjności na rynku zamówień publicznych jest zamawiający, który dysponuje wieloma instrumentami umożliwiającymi jej odpowiednie kształtowanie (w tym ograniczanie lub poszerzanie). Powstaje zasadnicze pytanie czy działania zamawiającego, na bazie jego własnych doświadczeń, są ukierunkowane na zapewnienie możliwie najszerszego dostępu do rynku zamówień publicznych?

Co istotne, w ramach przyjętej metodologii rozpoznania struktury podmiotowo-przedmiotowej rynku zamawiający może zapewniać najwyższy stopień konkurencyjności zamówienia zwolnionych z UPZP poprzez upublicznienie ogłoszenia na swojej stronie internetowej, albo wysłanie zapytania ofertowego/cenowego do wskazanej w Regulaminie zamówień publicznych/wytucznych minimalnej liczby wykonawców, odpowiednio przy wydatkowaniu środków finansowych pochodzących z środków własnych zamawiającego lub środków pomocowych budżetu Unii Europejskiej. Właśnie obszar zamówień zwolnionych z obowiązku stosowania przepisów Pzp (obecnie 130 000 zł netto) umożliwia samodzielne działania zamawiającego w zakresie kształtowania konkurencyjności zamówień pod warunkiem umiejętnego poszukiwania odpowiedzi na pytania pojawiające się w jego praktyce stosowania przepisów ustawy Pzp tj.

a) Czy poza opublikowaniem ogłoszenia zamawiający informuje znaną mu grupę wykonawców działających w branży, specjalizacji objętej przedmiotem zamówienia o możliwości złożenia oferty, szczególnie w przypadku, kiedy podejrzewa niską konkurencyjność w obrębie danego przedmiotu zamówienia?

b) Czy zamawiający wpływa na lokalny rynek zamówień publicznych poprzez skierowanie zaproszenia głównie do wybranej grupy wykonawców działających na danym terytorium zamawiającego bądź w przypadku ogłoszenia zamówienia na stronie internetowej zamawiającego zaproszenie do złożenia oferty równolegle przekazuje do tej grupy wykonawców?

Omawiana problematyka konkurencyjności zamówień objętych przepisami ustawy Pzp również umożliwia zadawanie kluczowych pytań, które mogą być ukierunkowane na poszerzenie konkurencyjności. Przede wszystkim powstaje pytanie, czy zamawiający weryfikują zapisy SWZ pod kątem możliwości złożenia oferty przez potencjalnych wykonawców, szczególnie w przypadku zapytań składanych przez wykonawców i w razie potrzeby dokonują stosownych zmian? Kolejne pytanie jest związane z art. 276 ust. 2 lub art. 130 ust. 3 UPZP, tj. czy zamawiający odpowiednio po zamieszczeniu/opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych/Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, korzysta w ustawowego prawa poinformowania o wszczęciu postępowania znanych mu wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą usługi, dostawy lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia. Choć wskazane przepisy są fakultatywne, to ich wykorzystanie może przynieść zamawiającemu korzyści w postaci zapewnienia właściwej konkurencji na danym rynku.

Podsumowując ten wątek, zamówienia publiczne wzmacniają konkurencyjność, a zamawiający swoimi działaniami mogą istotnie ową konkurencyjność kształtować. Umiejętne zadawanie pytań przez zamawiającego o to, w jaki sposób może zwiększyć konkurencyjność w tych obszarach działalności, w której zachodzi ryzyko nie złożenia oferty, powinno stawać się motywem działania każdego zamawiającego odpowiedzialnego za gospodarowanie środkami publicznymi.

Kryteria oceny ofert

Kryteria oceny ofert, które decydują o wyborze oferty najkorzystniejszej, również są ciekawym polem do zadawania pytań. Zamawiający każdorazowo decyduje o doborze i kształcie kryteriów oceny ofert, dostosowując je do potrzeb nabycia konkretnego przedmiotu zamówienia. Powinien odpowiedzieć sobie na kilka istotnych pytań, które uchronią go na etapie badania i oceny złożonych ofert przed nieefektywnym wyborem oferty najkorzystniejszej.

Pytanie 1	Czy zamawiający wypełnia zasadę efektywnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych i każdorazowo podejmuje decyzję o procentowym udziale ceny w wyborze oferty, uwzględniając specyfikę przedmiotu zamówienia oraz swoje potrzeby?
Pytanie 2	Czy zamawiający uwzględni w kryterium oceny ofert kryterium kosztu opartego na rachunku kosztów cyklu życia produktu, poprzez m.in. porównanie elementów rekompensujących wyższe koszty utrzymania produktu oraz system korzyści lub ich brak (macierz ocen), np. podczas zakupu drukarki uwzględnić koszty jej eksploatacji w postaci tonerów czy koszty części zamiennych, przykładowo wymiany bębna; podczas zakupu samochodu koszty paliwa czy serwisowania (w tym koszty części zamiennych)?
Pytanie 3	Czy zamawiający poszukuje powiązań pomiędzy wymogami zawartymi w specyfikacjach technicznych oraz kryteriami oceny ofert (specyfikacje techniczne określają wymagany poziom, jaki musi zostać spełniony, co umożliwia zastosowanie dodatkowej punktacji dla zaoferowanych przez wykonawcę elementów przewyższających minimalny próg)?
Pytanie 4	Czy w przypadku wyboru wykonawcy jedynie w oparciu o kryterium cenowe zamawiający dokonuje w opisie przedmiotu zamówienia wyczerpującego uzasadnienia uwzględnienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia?
Pytanie 5	Czy w przypadku wprowadzania kryterium <u>pozacenowego</u> mającego charakter wymierny (np. czas reakcji, termin realizacji) zamawiający obowiązkowo wprowadza do zapisów umowy kary umowne za niedotrzymanie deklaracji ofertowej wykonawcy stanowiącej kryterium oceny ofert (np. w sytuacji niedotrzymania czasu reakcji na awarię od momentu powiadomienia przez zamawiającego można wprowadzić przedziały czasowe z odpowiednio dobranymi karami umownymi)?
Pytanie 6	Czy zamawiający zachowuje zdolności pomiarowe kryterium oceny ofert poprzez ograniczanie do minimum wszelkiej uznaniowości (swobody, arbitralności) członków Komisji Przetargowej przy jego zastosowaniu na etapie oceny ofert celem prawidłowego wyboru wykonawcy?
Pytanie 7	Czy zamawiający w przypadku stosowania kryteriów niewymiernych (np. właściwości estetyczne, komfort, organizacja przedsięwzięcia, rozwiązanie technologiczne itp.) po uprzednio dokonanych w SWZ jednoznacznym i wyczerpującym opisie tych kryteriów, dokonuje bezwzględnie ich kwantyfikacji poprzez stopniowanie spełnienia preferencji uwzględniających ich opis (np. za pomocą wyrazów wartościujących typu bardzo dobry, dobry, słaby, mierny) i nadanie im określonej wartości w punktach (bardzo dobry – 5 pkt, dobry – 4 pkt, słaby – 3 pkt, mierny – 2 pkt)?

Zródło: J. Rokicki, M. Zastrzeżyński, Kodeks dobrych praktyk w zakresie funkcjonowania zamówień publicznych w mieście/gminie/powiecie... przygotowany dla Śląskiego Związku Gmin i Powiatów w Katowicach, Katowice 2022

Warto również na koniec, w oparciu o zobrazowane w artykule przykłady, dokonać próby stworzenia podstaw metodologicznych (wytycznych) w zakresie stawiania pytań, co Autor starał się ująć w tabeli.

Istotny jest poziom szczegółowości pytań – dotyczących najważniejszych kwestii w danej dziedzinie, jak również zachowanie logicznego ciągu pytań umożliwiającego całościowe spojrzenie na dane zagadnienie.
Pytania powinny być formułowane w liczbie mnogiej (My jako zamawiający).
Przy tworzeniu pytania powinno przyjmować się nastawienie, iż kontroler ma uzyskać równowagę pomiędzy zadawanymi pytaniami i uzyskiwanymi odpowiedziami.
Pytania mają moc rozbięcia problemów na części pierwsze, a może nawet ich rozwiązywania.
Im więcej pytań zadawanych, tym mniej będzie wątpliwości miała kontrola.
Warto przejrzeć listę w poszukiwaniu przegapionych pytań.
Stawianie pytań umożliwia wystąpienie w roli kontrolera i budowę bezpiecznego terytorium dla zamawiającego.
Burza pytań w Zespole Zamówień Publicznych może być potężnym narzędziem w kreatywnym myśleniu i rozwiązywaniu problemów.

Podsumowanie

Podsumowując warto zaakcentować, iż zamówienia publiczne są tym obszarem funkcjonowania w organizacji zobowiązanej do stosowania ustawy Prawo Zamówień Publicznych, który stanowi zainteresowanie organów kontroli typu Regionalna Izba Obrachunkowa w ramach np. kompleksowej kontroli gospodarki finansowej czy Instytucji Zarządzającej projektem dofinansowanym środkami unijnymi. Poszukiwanie innowacyjnych metod rozwiązywania problemów w zarządzaniu tego typu organizacją wydaje się być istotne dla prawidłowego jej funkcjonowania w warunkach ciągłej kontroli, nie tylko wspomnianych organów kontroli, ale również kontroli społecznej wyrażanej często w uzyskiwaniu dostępu do informacji publicznej. Dlatego wydaje się, iż umiejętnie zadawane pytania i poszukiwanie konstruktywnych i satysfakcjonujących odpowiedzi przez zamawiającego, na etapie przygotowania i przeprowadzenia postępowania, niewątpliwie przybliży do skutecznego rozwiązania problemu, jak również w wielu przypadkach przyczynia się do pozytywnego wyniku kontroli. Zdaniem Autora wykształcenie w pracowniku zajmującym się zamówieniami publicznymi nawyku zadawania pytań w danym stanie faktycznym jest niezwykle pożyteczne dla zamawiającego, ale również buduje obraz nowoczesnej organizacji uczącej się w warunkach gospodarki rynkowej. Opracowywanie statych pytań w danym obszarze zamówień publicznych, na które pracownik zamawiającego musi odpowiedzieć w konkretnym stanie faktycznym przed dokonaniem konkretnych czynności wywołujących określone skutki w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno być wpisane w strategię inteligentnego rozwiązywania problemów.

O AUTORZE

dr Jarosław Rokicki - doktor nauk ekonomicznych w zakresie ekonomii. Naczelnik zamówień publicznych w administracji samorządowej. Wykładowca akademicki, autor wielu artykułów o charakterze ekonomicznym i z zakresu polityki społecznej i zamówień publicznych. Współautor książki „Zamówienia Publiczne. Zarządzanie Organizacją, Ludźmi i Problemami”, "Zamówienia publiczne nie są trudne" i "System zamówień publicznych w Polsce". Występował jako pełnomocnik w wielu postępowaniach odwoławczych przed zespołami arbitrów i Krajową Izbą Odwoławczą w Warszawie.

Opinie wyrażone w powyższym tekście mają charakter autorski i nie należy ich traktować jako stanowiska Fundacji Rozwoju Demokracji Lokalnej im. Jerzego Reguńskiego.

.....
Warszawa, maj 2023
www.frdl.org.pl

Fundacja Rozwoju Demokracji Lokalnej im. Jerzego Reguńskiego
ul. Żurawia 43, 00-680 Warszawa