

MICHAŁ KANIA

Uniwersytet Śląski w Katowicach
michal.kania@us.edu.plMIKRO, MALI I ŚREDNI PRZEDSIĘBIORCY
W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH
KILKA PROPOZYCJI DE LEGE FERENDA

Abstrakt: Zamówienia publiczne stanowią jedną z kluczowych metod oddziaływania państwa na gospodarkę. Celami polityk zakupowych powinny być, zgodnie z obecnym stanem wiedzy praktycznej, osiągnięciami nauki oraz politykami Unii Europejskiej, tak zwane zamówienia strategiczne. Trwające prace nad nową regulacją zamówień publicznych są doskonałą okazją do refleksji nad głębokimi zmianami również w zakresie instrumentów wsparcia dla MŚP. Wsparcie MŚP w systemie zamówień publicznych jest bowiem jednym z kluczowych celów zarówno polityk Unii Europejskiej, jak i polityki krajowej.

W artykule analizie poddano główne przeszkody udziału MŚP w zamówieniach oraz dotychczas obowiązujące regulacje prawne, a także zaproponowano wiele nowych usprawnień. Do najistotniejszych należy zaliczyć: utworzenie centrum wsparcia dla MŚP, profesjonalizację kadr zamawiających, zmniejszenie kosztów postępowań odwoławczych, reformę sposobu wynagrodzenia MŚP, zwiększenie wpływu MŚP na kształtowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść umowy, analizę rynku zamówień *in house* oraz ewentualne zwiększenie dostępu MŚP do obecnych zamówień wewnętrznych i przekazywanie ustnej informacji zwrotnej do MŚP.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, mikro, mali i średni przedsiębiorcy, zamówienia strategiczne

I. WPROWADZENIE

1. Zamówienia publiczne są jedną z kluczowych metod oddziaływania państwa na gospodarkę. Celami polityk zakupowych powinny być, zgodnie z obecnym stanem wiedzy praktycznej, osiągnięciami nauki oraz politykami Unii Europejskiej, tak zwane zamówienia strategiczne. Pod tym pojęciem rozumieć należy zamówienia uwzględniające konieczność kreowania i realizację innowacyjnych rozwiązań, zamówienia prospołeczne oraz zamówienia zielone¹. Realizacja celów strategicznych, przede wszystkim zaś celu związanego z innowacją, wymaga jed-

¹ Pojęcie zamówień strategicznych zostało wypracowane na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, zawartego między innymi w orzeczeniach: z dnia 20 września 1988 r., sprawa

nak przebudowy całego systemu sektora publicznego². Prawidłowym kierunkiem rozwoju powinno się stać oparcie działań administracji publicznej na założeniach doktryny New Public Governance. Zakłada ona daleko idącą współpracę między sektorem publicznym a prywatnym, polegającą na koordynacji i współdziałaniu³. Wpływ wskazanej doktryny oraz wymienionych celów zamówień publicznych znajduje bezpośrednie przełożenie na kwestię udziału sektora mikro, małych i średnich przedsiębiorców⁴ na rynku zamówień publicznych.

2. Trwające prace nad nową regulacją zamówień publicznych są doskonałą okazją do refleksji nad głębokimi zmianami również w zakresie instrumentów wsparcia dla MŚP. Wsparcie MŚP w systemie zamówień publicznych to bowiem jeden z kluczowych celów polityk Unii Europejskiej⁵. Docenienie MŚP ma też wymiar normatywny, na który wskazuje chociażby przepis art. 173 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej:

Unia i Państwa Członkowskie czuwają nad zapewnieniem warunków niezbędnych dla konkurencyjności przemysłu Unii. W tym celu, zgodnie z systemem wolnych i konkurencyjnych rynków, ich działania zmierzają [...] do wspierania środowiska sprzyjającego inicjatywom i rozwojowi przedsiębiorstw w całej Unii, a zwłaszcza małych i średnich przedsiębiorstw⁶.

31/87, *Beentjes*; z dnia 17 września 2002 r., sprawa C-513/99, *Concordia Bus*; z dnia 10 maja 2012 r., sprawa C-368/10, *Max Havelaar*.

² Por. J. Torfing, P. Triantafillou, *Enhancing Public Innovation by Transforming Public Governance*, Cambridge 2016, s. 3.

³ *Ibidem*, s. 16.

⁴ Zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej „Za mikropresiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych: 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż 10 pracowników oraz 2) osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 2 milionów euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 2 milionów euro”. Zgodnie z art. 105 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej „Za małego przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych: 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż 50 pracowników oraz 2) osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 10 milionów euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 10 milionów euro”. W świetle zaś art. 106 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej „Za średniego przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych: 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż 250 pracowników oraz 2) osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 50 milionów euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 43 milionów euro”. Dz.U. z 2017 r. poz. 2168 ze zm.

⁵ Por. komunikat Komisji Europejskiej z dnia 3 października 2017 r., *Making Public Procurement Work in and for Europe*, Strasbourg, COM (2017) 572, Working Paper. Green Paper on the Modernisation of EU Public Procurement Policy, towards a More Efficient European Procurement Market, Synthesis of Replies.

⁶ Szerzej zob. np. P. Nowicki, *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2013, s. 54.

3. Działania związane ze wspieraniem sektora MŚP stanowią ponadto ustawowe zadanie prawodawcy krajowego. Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej w przepisie art. 8 ust. 1 podkreśla, iż „Organy administracji publicznej wspierają rozwój przedsiębiorczości, tworząc korzystne warunki do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, w szczególności wspierają mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich przedsiębiorców”. Konkretyzacja wskazanego obowiązku została zawarta w art. 103 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Zgodnie z jego treścią

Państwo stwarza, z poszanowaniem zasad równości i konkurencji, korzystne warunki dla funkcjonowania i rozwoju mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców, w szczególności przez: 1) inicjowanie zmian stanu prawnego sprzyjających rozwojowi mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców, w tym dotyczących dostępu do środków finansowych pochodzących z kredytów i pożyczek oraz poręczeń kredytowych; 1a) dokonywanie oceny przewidywanego wpływu projektu ustawy lub rozporządzenia na działalność mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców, stanowiącej odrębną część uzasadnienia projektu ustawy lub rozporządzenia, z wyłączeniem tych projektów ustaw i rozporządzeń, które nie dotyczą majątkowych praw i obowiązków przedsiębiorców lub praw i obowiązków przedsiębiorców wobec organów administracji publicznej; 2) wspieranie instytucji umożliwiających finansowanie działalności gospodarczej na dogodnych warunkach w ramach realizowanych programów rządowych; 3) wyrównywanie warunków wykonywania działalności gospodarczej ze względu na obciążenia publicznoprawne; 4) ułatwianie dostępu do informacji, szkoleń oraz doradztwa; 5) wspieranie instytucji i organizacji działających na rzecz przedsiębiorców; 6) promowanie współpracy mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców z innymi przedsiębiorcami polskimi i zagranicznymi.

II. ZNACZENIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH DLA SEKTORA MŚP ORAZ BARIERY WEJŚCIA NA RYNEK

1. MŚP przypisuje się pierwszoplanową rolę w kreowaniu lokalnych miejsc pracy, rozwoju rynków lokalnych, kreacji i wdrażaniu rozwiązań innowacyjnych⁷. Na rynku europejskim promocja MŚP w relacjach z zamawiającymi stanowi żywy przedmiot zainteresowania od ponad czterdziestu lat⁸.

Realizacja przedmiotu zamówienia publicznego przy udziale sektora MŚP nie tylko pozwala na efektywne wykonanie zamówienia, lecz także kreuje wartość dodaną. Ograniczenie barier dla MŚP w systemie zamówień publicznych pozwala na: 1. zwiększenie konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie publiczne, co może umożliwić zamawiającym oszczędne wydatkowanie środków finansowych;

⁷ Tak m.in. W. Kirkwood, *The evolution of small business preferences in the United States and selected lessons learned for the European Union*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2016, nr 4, s. 314; M. Trybus, *The promotion of small and medium sized enterprises in public procurement: A strategic objective of the new public sector directive*, [w:] *Modernising Public Procurement: The New Directive*, red. F. Lichere, R. Caranta, S. Treumer, Copenhagen 2014, s. 257.

⁸ Zob. np. L. Bolton, *Small Firms: Report of the Committee of Inquiry on Small Firms*, London 1971, cyt. za: W. Kirkwood, *op. cit.*, s. 313.

2. wzrost liczby przedsiębiorstw z sektora MŚP wśród zwycięzców postępowań, co przekłada się na trwały rozwój tego sektora rynku; 3. zwiększenie różnorodności świadczeń oferowanych zamawiającym, co pozwala im zwiększyć spektrum i innowacyjność dostępnych dóbr⁹.

2. Udział MŚP w rynku zamówień publicznych przynosi również przedstawicielom tego sektora wiele korzyści. Po pierwsze, zamówienia publiczne niosą stabilne i względnie przewidywalne źródło wynagrodzenia. Daje to możliwość racjonalnego planowania przez MŚP źródeł przychodów, inwestowania w nowe technologie, sprzęt oraz rozwijanie poziomu zatrudnienia¹⁰. Ponadto współpraca MŚP z zamawiającymi przyczynia się w znaczący sposób do budowania renomy przedstawicieli tego sektora. Współpraca ta stanowi zatem także wartość marketingową dla MŚP. Należycie funkcjonujący sektor publiczny kreuje ponadto popyt na rozwiązania innowacyjne, których realizacja przez MŚP pozwala na ich progres technologiczny i podniesienie wartości przedsiębiorstwa¹¹.

3. Zauważa się jednocześnie, iż udział MŚP w rynku zamówień publicznych w skali Unii Europejskiej stanowi około 45,0% wartości zagregowanych zamówień publicznych, co wyraźnie nie koresponduje z udziałem procentowym tego sektora w całościowym rynku gospodarczym. Szacuje się, że rynek MŚP w Unii Europejskiej stanowi 99,8% przedsiębiorców i obejmuje około 20,8 mln podmiotów¹².

4. Dotychczasowe badania wykazały duże zainteresowanie MŚP udziałem w zamówieniach publicznych i jednocześnie bardzo krytyczne podejście tychże podmiotów do stanu przygotowania zamawiających oraz zbyt biurokratycznych procedur ustalonych na poziomie rozwiązań legislacyjnych¹³. Analiza barier dostępu MŚP do rynku zamówień publicznych została przeprowadzana zarówno na poziomie naukowym, jak i przybierała formę ankietowania zainteresowanych wykonawców. Do głównych problemów związanych z udziałem MŚP w rynku zamówień publicznych zalicza się:

- brak profesjonalizmu kadr zamawiających,
- biurokratyczne rozwiązania na poziomie legislacyjnym,
- zbyt wysokie wymagania „wejścia” na rynek zamówień,
- nieproporcjonalnie wysokie wymogi w zakresie poziomu kwalifikacji i certyfikacji,

⁹ Tak J. Jerka, *Przewodnik po nowym podejściu do zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 39–40.

¹⁰ Zob. np. A. Flynn, P. Davis, *Explaining SME participation and success in public procurement using a capability-based model of tendering*, „Journal of Public Procurement” 17, 2017, s. 339.

¹¹ *Ibidem*, s. 340.

¹² Tak *SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, PwC 2014, s. 24.

¹³ Zob. np. A. Flynn, P. Davis, *op. cit.*, s. 337.

- preferowanie dotychczasowych wykonawców,
- zbyt duże rozmiary udzielanego zamówienia,
- ograniczenia w zasobach własnych MŚP,
- opóźnienia w płatnościach ze strony instytucji zamawiających,
- brak wpływu na konkretyzację przedmiotu zamówienia¹⁴.

5. Z podobnymi problemami w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego spotykają się również duże przedsiębiorstwa. Jednakże, w odróżnieniu od sektora MŚP, dysponują one zdecydowanie większymi zasobami umożliwiającymi przewyższanie obciążeń administracyjnych. Mają również większe możliwości sprostania wymogom finansowym oraz bardziej elastycznego regulowania bieżących zobowiązań, nawet przy opóźnieniach w zapłacie ze strony zamawiających.

III. DOTYCHCZASOWE KONSTRUKCJE PRAWNE ODNOSZĄCE SIĘ DO WSPARCIA MŚP W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

1. Promocja MŚP w zamówieniach publicznych stanowiła jedno z pięciu głównych założeń reformy wprowadzonej na mocy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: dyrektywa 2014/24/UE)¹⁵. W motywie 124 dyrektywy wskazano:

Mając na uwadze potencjał MŚP w kontekście tworzenia miejsc pracy, a także wzrostu gospodarczego i innowacji, ważne jest, by zachęcać MŚP do udziału w zamówieniach publicznych — zarówno przez odpowiednie przepisy niniejszej dyrektywy, jak i przez inicjatywy na szczeblu krajowym. Nowe przepisy dyrektywy powinny przyczynić się do poprawy wskaźnika skuteczności, rozumianego jako udział MŚP w całkowitej wartości udzielonych zamówień. Nie należy nakładać obowiązkowych wskaźników skuteczności, jednak krajowe inicjatywy na rzecz zwiększenia udziału MŚP powinny być uważnie monitorowane, zważywszy na znaczenie tej kwestii.

Również w uzasadnieniu projektu nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, iż

Celem dokonywanych zmian jest m.in.: zapewnienie lepszego dostępu do rynku MŚP dzięki: ułatwieniu udzielania zamówień w częściach oraz wprowadzeniu pułapu górnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej w odniesieniu do średniego rocznego obrotu, (który co do zasady może *lege iuris* wynosić maksymalnie dwukrotność szacunkowej wartości zamówienia)¹⁶.

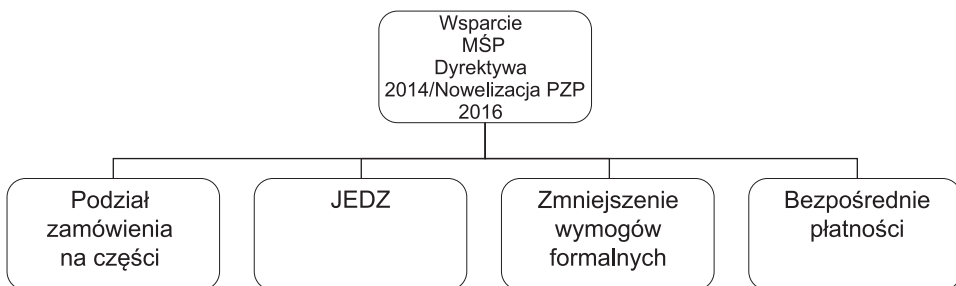
¹⁴ *Ibidem*, s. 338.

¹⁵ Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., s. 65.

¹⁶ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 366 z dnia 24 marca 2016 r., s. 3.

2. Dotychczasowe działania ustawodawcy unijnego zmierzające do wsparcia sektora MŚP w zamówieniach publicznych koncentrowały się wokół:

- podziału zamówienia publicznego na części,
- wprowadzenia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ),
- minimalizowania wymogów formalnych udziału w postępowaniu,
- bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców.



Rysunek 1. Konstrukcje mające na celu wsparcie MŚP w zamówieniach publicznych

Źródło: opracowanie własne.

3. Uznano, iż zwiększeniu udziału w zamówieniach publicznych sprzyjać będzie przede wszystkim podział zamówień na części. Częstokroć zamówienia są bowiem zbyt złożone i skomplikowane oraz wymagają zbyt wysokich zdolności technicznych i finansowych, aby MŚP mogły im sprostać. Prowadzi to, w prostym przełożeniu, do wyeliminowania MŚP z takich zamówień. Jak konstатовano w motywie 78 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE:

W celu umożliwienia większego dostępu MŚP oraz w celu zwiększenia konkurencji, instytucje zamawiające należy w szczególności zachęcać do dzielenia dużych zamówień na części. Podziału takiego można dokonać na zasadzie ilościowej, tak by wielkość poszczególnych zamówień lepiej odpowiadała możliwościom MŚP, lub na zasadzie jakościowej, z uwzględnieniem różnych zaangażowanych branż i specjalizacji, tak by w większym stopniu dostosować treść poszczególnych zamówień do wyspecjalizowanych sektorów MŚP, lub według różnych kolejnych etapów projektu.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE:

Instytucje zamawiające mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach; mogą też określić wielkość i przedmiot takich części. Z wyjątkiem zamówień, w przypadku których podział był obowiązkowy na mocy ust. 4 niniejszego artykułu, instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84.

Zgodnie z obowiązującym *lege iuris* art. 36aa ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części”.

4. Kolejna zmiana była związana z wprowadzeniem jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Jak zauważono w motywie 84:

Wielu wykonawców, zwłaszcza MŚP, uważa, że jedną z głównych przeszkód dla ich uczestnictwa w zamówieniach publicznych są obciążenia administracyjne wynikające z konieczności przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji. Ograniczenie takich wymogów, na przykład przez zastosowanie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia obejmującego zaktualizowane oświadczenie własne, mogłoby w znacznym stopniu uprościć procedurę z korzyścią zarówno dla instytucji zamawiających, jak i wykonawców.

Zgodnie z art. 59 dyrektywy zamówieniowej:

W chwili składania wniosków o dopuszczenie do udziału lub ofert instytucje zamawiające przyjmują jednolity europejski dokument zamówienia obejmujący zaktualizowane oświadczenie własne jako dowód wstępny zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie na potwierdzenie, że dany wykonawca spełnia którykolwiek z poniższych warunków: a) nie znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą zostać wykluczeni; b) spełnia stosowne kryteria kwalifikacji określone zgodnie z art. 58; c) w stosownych przypadkach, spełnia obiektywne zasady i kryteria ustalone zgodnie z art. 65.

W ustawie Prawo zamówień publicznych w art. 25a ust. 2 wskazano, że „Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu”. Doprecyzowanie kwestii związanych z jednolitym dokumentem zawarte zostało w dalszej części art. 25a oraz w art. 26 ustawy.

5. Trzecia zmiana była związana z wprowadzeniem limitów dotyczących wymogów stawianych uczestnikom postępowań. Przede wszystkim chodziło o wprowadzenie limitów odnośnie do wymogów w zakresie wysokości obrotów osiągniętych przez wykonawców w obszarze objętym zamówieniem. Zgodnie z art. 58 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE

W odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej instytucje zamawiające mogą nakładać wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej i finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu instytucje zamawiające mogą wymagać w szczególności, aby wykonawcy mieli określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny obrót w obszarze objętym zamówieniem. Ponadto instytucje zamawiające mogą wymagać, by wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących stosunki na przykład aktywów do zobowiązań. Mogą również wymagać posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego. Minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy, nie przekracza maksymalnie dwukrotności szacunkowej wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się np. do szczególnych ryzyk związanych z charakterem robót budowlanych, usług lub dostaw. Instytucje zamawiające wskazują główne powody zastosowania takiego wymogu w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84.

W polskim porządku prawnym wskazana zmiana została zawarta w art. 22c ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym:

Zamawiający nie może wymagać, aby minimalny roczny obrót, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, przekraczał dwukrotność wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Zamawiający wskazuje w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub protokole powody zastosowania takiego wymogu.

6. Ostatnia zmiana była związana z wprowadzeniem obowiązku dokonywania płatności przez zamawiających bezpośrednio na rzecz podwykonawców. Zgodnie z art. 77 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE:

Państwa członkowskie mogą przewidzieć w ramach prawa krajowego bardziej rygorystyczne przepisy dotyczące odpowiedzialności lub podjąć dalej idące środki na mocy prawa krajowego w odniesieniu do bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców, przykładowo wprowadzając przepisy dotyczące bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców, bez konieczności występowania przez podwykonawców z żądaniem takiej bezpośredniej płatności.

W polskim porządku prawnym kwestie dotyczące zapłaty na rzecz podwykonawców zostały uregulowane w art. 143 b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym:

Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

Zgodnie z art. 143 c ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

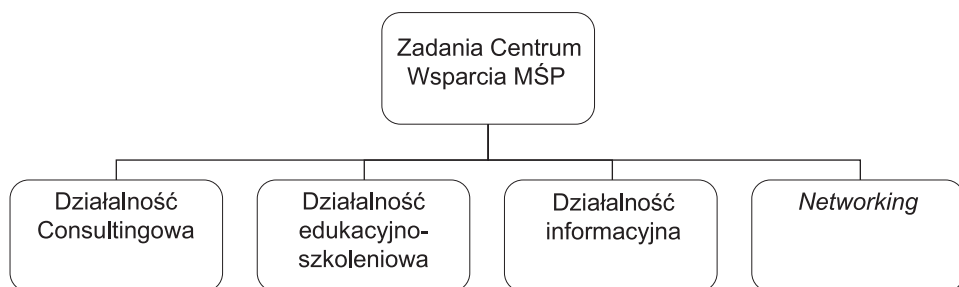
Zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane.

IV. PROPOZYCJE ZMIAN W NOWEJ USTAWIE O ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Dotychczas proponowane rozwiązania w praktyce okazują się niewystarczające. Wsparcie MŚP w zamówieniach publicznych wymaga zatem podjęcia nowych działań, zarówno na poziomie legislacyjnym, jak i pozalegisłacyjnym. W dalszej części pracy przedstawione zostaną główne propozycje zmian w zakresie wsparcia MŚP.

CENTRUM WSPARCIA MŚP

W celu podniesienia poziomu wiedzy MŚP o rynku zamówień publicznych warto *de lege ferenda* rozważyć koncepcję utworzenia centrum wsparcia MŚP lub całej sieci odpowiednich punktów na poziomie wszystkich województw. Przykłady tego typu rozwiązań funkcjonują między innymi w Niemczech, Irlandii czy na Litwie. Zadania centrum powinny koncentrować się na działalności informacyjnej, konsultingowej, networkingowej oraz edukacyjno-szkoleniowej. Możliwe staje się rozważenie powołania większej liczby centrów i umiejscowienie tychże na przykład przy regionalnych izbach gospodarczych. Zasadne wydaje się również rozważenie możliwości powołania przy centrum instytucji rzecznika ds. MŚP, którego działania mogłyby koncentrować się na wskazywaniu odpowiednim instytucjom problemów związanych z funkcjonowaniem MŚP na rynku zamówień publicznych. Rzecznik mógłby zostać ponadto wyposażony w kompetencję do występowania w imieniu MŚP w konkretnych postępowaniach odwoławczych. Wskazane działania mogą zostać komplementarnie uzupełnione o funkcjonowanie portalu elektronicznego poświęconego wsparciu MŚP w zamówieniach publicznych. Taka witryna mogłaby zawierać informacje prawne, materiały szkoleniowe, dobre praktyki oraz bazę networkingową odnośnie do zagadnień związanych z MŚP w zamówieniach publicznych.



Rysunek 2. Zadania centrum wsparcia MŚP w zamówieniach publicznych

Źródło: opracowanie własne.

Działalność doradcza, konsulting, porady ekonomiczne i prawne. Głównym celem działalności centrum wsparcia MŚP byłoby doradztwo na rzecz MŚP zainteresowanych realizacją zamówień publicznych. Zespoły zadaniowe centrum, składające się z konsultantów prawnych i ekonomiczno-finansowych, nie tylko udzielałyby wsparcia na rzecz MŚP w jego miejscu aktywności, lecz także poprzez konsultacje, warsztaty i szkolenia w siedzibie centrum. Centrum wsparcia MŚP powinno również oferować pomoc doradczą na kolejnych etapach przygotowania i realizacji zamówienia publicznego.

Działalność szkoleniowa, seminaria, konferencje, studia podyplomowe. Celem działalności szkoleniowej byłoby zbudowanie potencjału kompetencyjnego

MŚP w zakresie udziału w zamówieniach publicznych oraz realizacji umowy. Działalność szkoleniowa mogłaby obejmować szkolenia intensywne, konferencje, seminaria oraz studia podyplomowe w zakresie zamówień publicznych. Studia mogłyby być prowadzone w kooperacji z ośrodkami naukowymi pod patronatem Ministerstwa Rozwoju. W ramach organizowanych zajęć możliwe byłoby również wzmacnianie potencjału sektora zamawiających.

Działalność informacyjna, wydawnictwo, strona internetowa, newsletter. Celem działalności informacyjnej byłoby zagwarantowanie MŚP dostępu do bieżących informacji dotyczących rynku zamówień publicznych. Taka działalność mogłaby obejmować wydawnictwa specjalistyczne na poziomie centralnym skierowane do przedstawicieli sektora, zawierające komentarze prawne, wzory dokumentów czy informacje o bieżących wydarzeniach. Ponadto wskazane byłoby prowadzenie informacyjnej strony internetowej oraz rozsyłanie krótkiego newslettera, przygotowywanego w cyklu codziennym lub cotygodniowym.

Działalność networkingowa, budowanie sieci kontaktów między MŚP. Działalność networkingowa umożliwiałaby nawiązywanie kontaktów biznesowych pomiędzy MŚP, umożliwiających budowanie potencjału konsorcjów, korzystanie z zasobów podmiotów trzecich czy też wykonywanie określonych zadań w łańcuchu dostaw związanych z konkretnym zamówieniem publicznym.

PROFESJONALIZACJA KADR ZAMAWIAJĄCYCH

W najnowszej literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na konieczność prze-modelowania rynku B2G do standardów obowiązujących w relacjach B2B¹⁷. Koniecznym elementem budowy takiej sytuacji staje się profesjonalizacja kadr zamawiającego — rozumiejącego potrzeby i specyfikę funkcjonowania sektora MŚP. Takie działanie wpisuje się w kreację tak zwanego inteligentnego zamawiającego. Warto zatem wdrożyć w przemyślanej i systemowej formie działania edukacyjno-szkoleniowe w sektorze zamawiających, których przedmiotem powinno być poznanie realizacji polityk zakupowych od strony przedsiębiorców, w tym przede wszystkim sektora MŚP. Warto w tym kontekście wskazać, iż w Europejskim kodeksie najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych wskazano, iż

W istocie liczne konsultacje przeprowadzone w toku przygotowywania niniejszego „Kodeksu najlepszych praktyk”, które doprowadziły do wniosku, że ułatwienie dostępu MŚP do zamówień publicznych wymaga zmiany kultury instytucji zamawiających w zakresie udzielania zamówień, wskazują na znaczące możliwości zwiększenia uczestnictwa MŚP w procedurach udzielania zamówień poprzez zwiększenie profesjonalizmu w dziedzinie zamówień publicznych¹⁸.

¹⁷ Zob. np. A. Flynn, P. Davis, *op. cit.*, s. 343.

¹⁸ Zob. Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych, Bruksela 2008, 25.06.2008 SEC (2008) 2193, s. 14.

Dobrym przykładem tego typu działań jest inicjatywa podjęta w Irlandii, gdzie w celu wspierania osiągnięcia poziomu kompetencji i profesjonalizmu wymaganego do wdrożenia Ram polityki w zakresie zamówień publicznych Departament Krajowych Ram Polityki w Zakresie Zamówień Publicznych (NPPPU) wspiera podyplomowe studia magisterskie w dziedzinie nauk ekonomicznych (MBS) ze specjalnością strategiczne zamówienia publiczne, prowadzone na Wydziale Ekonomicznym Uniwersytetu Dublińskiego.

ZMNIEJSZENIE KOSZTÓW POSTĘPOWAŃ ODWOŁAWCZYCH

Istotnym ograniczeniem MŚP mogą być koszty postępowania odwoławczego¹⁹. Wartość wpisów może być dla MŚP barierą do skorzystania z konstytucyjnego prawa do drogi sądowej. Warto zatem *de lege ferenda* rozważyć nowe rozwiązanie polegające na możliwości obniżenia dla MŚP wysokości opłaty od odwołania, a następnie skargi wnoszonej do sądów okręgowych. Ryzyko wprowadzenia wskazanego rozwiązania związane jest jednak z wzrostem liczby odwołań wnoszonych przez MŚP do KIO. Z tego powodu należy rozważyć przekazanie ewentualnych kompetencji związanych z reprezentacją MŚP nowo powołanemu rzecznikowi ds. MŚP.

WYNAGRODZENIE MŚP

Istotne znaczenie dla MŚP odgrywa kwestia wynagrodzenia wykonawcy, otrzymywanego w związku z realizacją zamówienia. Z punktu widzenia gospo-

¹⁹ W świetle rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi oraz w konkursie, którego wartość jest: 1. mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku — Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 7500 zł; 2. równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 15 000 zł. Wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość jest: 1. mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, wynosi 10 000 zł; 2. równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, wynosi 20 000 zł. Wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 15 000 zł.

darczego pełni ono kluczową funkcję zachęcającą wykonawców z sektora MŚP do wzięcia udziału w procedurze udzielania zamówienia publicznego. Tymczasem w praktyce obserwuje się działania zamawiających, które oddziałują we wskazanej materii niekorzystnie w stosunku do wykonawców. Takie praktyki polegają między innymi na: kształtowaniu warunków wypłaty wynagrodzenia lub jego części w sposób wymagający od wykonawców wysokiego własnego zaangażowania finansowego czy też nieproporcjonalnego rozłożenia wynagrodzenia w stosunku do etapów zrealizowanego zamówienia. Obserwowane jest również nadużywanie przez zamawiających formuły wynagrodzenia ryczałtowego oraz praktyka zlecania dodatkowych prac, nieujętych w umowie, w ramach uzgodnionego wynagrodzenia. Jedynie w określonym zakresie i w ustalonych wypadkach ustawodawca *lege iuris* przewidział konieczność waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy (art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz wypłacania zaliczki lub zapłatę wynagrodzenia w częściach (art. 143a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Jak podkreśla się w literaturze, o możliwości udzielania przez zamawiającego zaliczek na poczet wykonania zamówienia warto wspomnieć z dwóch powodów. Przede wszystkim instytucja zaliczek może przyczynić się do znacznego zwiększenia konkurencyjności, ponieważ otrzymanie zaliczki umożliwia wykonawcom realizację zamówienia publicznego ze środków zamawiającego, bez konieczności kredytowania przedmiotowego zamówienia do czasu jego zakończenia, co z kolei może przełożyć się na obniżenie cen ofert. Jednocześnie zaliczki należy zakwalifikować do instrumentów umożliwiających większe korzystanie z potencjału wykonawców z sektora MŚP. Mikro, małe i średnie przedsiębiorstwa nie mają bowiem takich możliwości finansowych jak przedsiębiorstwa duże, a realizacja skomplikowanego, długotrwałego i kosztownego zamówienia publicznego może być sporym obciążeniem ekonomicznym. W takiej sytuacji zaliczki sprawdzają się zdecydowanie lepiej niż płatności częściowe czy też okresowe, uruchamiane po wykonaniu poszczególnych etapów inwestycji. W wypadku zaliczek są one uruchamiane „z góry”, umożliwiając działania wykonawcy w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia za środki finansowe zamawiającego. Natomiast płatności częściowe są wypłacane dopiero po zrealizowaniu określonej w umowie części zamówienia. Rzecz jasna, nawet takie płatności stanowią bardziej atrakcyjne rozwiązanie dla wykonawcy niż jedna płatność końcowa²⁰.

Dalece niesatysfakcjonujące jest jednak wykorzystywanie zaliczek „fakultatywnych”. Zgodnie ze sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 2016 roku o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych z danych zawartych w ogłoszeniach o zamówieniu opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych wynika, że w roku 2016 liczba postępowań, w których przewidziano zaliczko-

²⁰ Tak P. Nowicki, *op. cit.*, s. 65.

wanie, wyniosła 482, co stanowiło 0,45% ogółu postępowań ogłoszonych w BZP. Dla porównania w roku 2015 liczba takich zamówień wyniosła 593 (0,51% ogółu postępowań), w 2014 — 780 (0,54%) a w 2013 — 1362 (0,77%).

De lege ferenda proponuje się zatem rozważenie nowego rozwiązania polegającego na możliwości wprowadzenia w określonych przypadkach postanowień przewidujących konieczność wypłacania zaliczek również w wypadku, kiedy przedmiotem zamówienia są usługi oraz dostawy. Warto zastanowić się również nad kwestią dopuszczenia, iż omawiane zaliczki będą wypłacane w przypadkach umów zawieranych na krótsze okresy niż 12 miesięcy.

Na mocy nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 roku do art. 142 został dodany ust. 5. Przepis ten nakłada na zamawiającego konieczność wprowadzenia do umowy w sprawie zamówienia publicznego mechanizmów korekty wynagrodzenia z uwagi na wystąpienie pewnych zmian stanu prawnego, dotyczących elementów kosztotwórczych wynagrodzenia wykonawcy. W świetle art. 142 ust. 5 ustawy

Umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany: 1) stawki podatku od towarów i usług, 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Wskazany przepis obejmuje swoim zakresem wyłącznie umowy o terminie realizacji ponad 12 miesięcy, a ponadto nakazuje zawarcie w nich postanowień o zasadach wprowadzania zmian wynagrodzenia tylko w wypadku zmiany podatku VAT, płacy minimalnej oraz zasad lub stawek ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych. Tymczasem, przykładowo, wykonawcy robót budowlanych z pewnością oczekiwaliby waloryzacji także na przykład w przypadku wahań cen rynkowych materiałów budowlanych.

W związku z tym *de lege ferenda* postuluje się rozważenie nowego rozwiązania polegającego na rozszerzeniu zakresu wskazanego przepisu na umowy zawierane na okresy krótsze aniżeli 12 miesięcy. *Lege iuris* w wypadku umów krótszych zamawiający nie ma takiego obowiązku, co nie oznacza jednak, że analogiczne klauzule nie mogą zostać wprowadzone do wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowiącego część składową specyfikacji istotnych warunków zamówienia²¹.

²¹ Tak m.in. J. Jerzykowski, *Komentarz do art. 142 ustawy — Prawo zamówień publicznych*, LEX 19.10.2014.

PODZIAŁ ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO NA CZĘŚCI

Istotne znaczenie dla MŚP mają kwestie dotyczące dzielenia oraz agregowania zamówień publicznych. Wiadomo, że im większy zakres prac, które składają się na realizację przedmiotu zamówienia, tym większa jego wartość, natomiast zasoby wykonawców z sektora MŚP, zarówno te składające się na potencjał osobowy czy techniczny, jak i te, które określają jego sytuację ekonomiczno-finansową, są w naturalny sposób ograniczone. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, może *de facto* skutecznie wyeliminować MŚP z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia²². Na aspekt ten zwrócono uwagę w motywie 59 preambuły do dyrektywy zamówieniowej. Podkreślono w nim, iż

na unijnych rynkach zamówień publicznych rodzi się silna tendencja do agregacji zapotrzebowania przez publicznych nabywców w celu uzyskania ekonomii skali, w tym niższych cen i kosztów transakcyjnych, oraz w celu poprawy i profesjonalizacji zarządzania zamówieniami. Można to uzyskać poprzez koncentrację zakupów pod względem liczby zaangażowanych instytucji zamawiających, bądź ilości i wartości w czasie. Agregacja i centralizacja zakupów powinny jednak być uważnie monitorowane w celu uniknięcia nadmiernej koncentracji siły nabywczej i zmonopolizacji oraz w celu zachowania przejrzystości i konkurencji, jak również możliwości dostępu do rynku dla MŚP.

Istotna dla udziału MŚP w rynku zamówień publicznych jest wielkość udzielanych zamówień²³. Warto zauważyć, iż w końcowej części motywu 79 preambuły do dyrektywy zamówieniowej, wskazano, iż

Państwa członkowskie powinny zachować możliwość podejmowania dalszych starań w celu ułatwiania MŚP udziału w rynku zamówień publicznych, rozszerzając zakres obowiązku rozważenia celowości podziału zamówień na mniejsze części, żądając od instytucji zamawiających uzasadnienia decyzji o niedokonywaniu podziału zamówień na części lub czyniąc ten podział obowiązkiem pod pewnymi warunkami. W tym samym celu państwa członkowskie powinny także mieć możliwość zapewnienia mechanizmów służących dokonywaniu bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców.

Lege iuris zgodnie z art. 36aa ustawy „Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części”. Wprowadzenie wskazanego przepisu stanowi zachętę dla zamawiających do dokonywania podziału zamówienia na części. Można tego dokonać na zasadzie ilościowej, tak by wielkość poszczególnych zamówień lepiej odpowiadała możliwościom MŚP, lub na zasadzie jakościowej, z uwzględnieniem różnych zaangażowanych branż i specjalizacji, tak by w większym stopniu dostosować treść poszczególnych zamówień do wyspecjalizowanych sektorów MŚP, lub według różnych kolejnych etapów projektu²⁴.

²² P. Nowicki, *op. cit.*, s. 62.

²³ Zob. *SMEs' access to public procurement markets...*, s. 49.

²⁴ E. Wiktorowska, *Komentarz do art. 36aa ustawy — Prawo zamówień publicznych*, LEX 15.03.2017.

W tym kontekście należy wskazać, że informację o zasadności ewentualnego podziału zamówienia na części zamawiający może uzyskać na skutek przeprowadzenia dialogu technicznego z udziałem przedstawicieli MŚP. Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania opierają się zatem *lege iuris* jedynie na zachęcie do podziału zamówienia, nawet jeśli ustawodawca zdecydował się nałożyć w art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy obowiązek uzasadnienia swojej decyzji. W świetle wskazanego przepisu „W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający co najmniej: powody niedokonania podziału zamówienia na części”.

Warto nadmienić, iż w Europie stosuje się różne praktyki dotyczące podziału zamówień publicznych na części. Na przykład w rozwiązaniach francuskich, zawartych w Code des Marches Publics z 2006 roku, oraz rozwiązaniach niemieckich podział zamówienia na części jest regułą, od której wyjątki polegające na agregowaniu części zamówienia wymagają odpowiedniego uzasadnienia. Uzasadnieniem tym mogą stać się takie aspekty jak to, że podział na części spowodowałby w danym wypadku ograniczenie konkurencji lub ryzyko sprawienia, że realizacja zamówienia byłaby technicznie trudna bądź kosztowna, lub jeżeli dana instytucja nie byłaby w stanie zapewnić koordynacji wykonania zamówienia²⁵.

Wprowadzenie podobnego rozwiązania na gruncie polskim wymagałoby zmiany art. 36aa ustawy przez użycie zwrotu „zamawiający dzieli zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części”. Wydaje się jednak, iż na gruncie krajowych rozwiązań narzucenie obowiązkowego podziału zamówienia na części w każdym przypadku nie będzie zasadne. Kwestia podziału zamówienia powinna następować z uwzględnieniem racjonalnych przesłanek ekonomicznych. W motywie 79 preambuły dyrektywy 2014/24/UE wskazano bowiem, iż

Realizacja celu, jakim jest ułatwienie dostępu MŚP do zamówień publicznych, mogłaby zostać utrudniona, gdyby instytucje zamawiające były zobowiązane do udzielenia zamówienia w częściach nawet wtedy, gdy oznaczałoby to konieczność zaakceptowania znacznie mniej korzystnych rozwiązań w porównaniu z udzieleniem zamówienia obejmującego pewien zbiór części lub ich całość.

Jak słusznie stwierdziła KIO w wyroku z dnia 23 maja 2017 roku (sygn. KIO 920/17),

Kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego. Jednakże decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności na umożliwienie udziału w postępowaniu szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danym przedmiocie zamówienia, nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu podzielenie zamówienia na części. Zamawiający podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma

²⁵ Szerzej zob. M. Burgi, *Small and medium-sized enterprises and procurement law — European legal framework and German experiences*, „Public Procurement Law Review” 2007, nr 16, s. 288–289; oraz Europejski kodeks najlepszych praktyk, s. 7–8.

bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe.

Należy zatem w tym zakresie utrzymać przyjęte *lege iuris* rozwiązania oraz dążyć w miarę możliwości do promowania dobrych praktyk związanych z dzieleniem zamówienia na części. Warto ewentualnie zastanowić się nad wprowadzeniem nowego rozwiązania. W miejsce dzisiaj obowiązującego zwrotu „zamawiający może” proponuje się *de lege ferenda* użycie zwrotu „zaleca się”. Jak bowiem słusznie wskazuje się w doktrynie, formuła ustawowego zalecania bardziej odpowiada intencji ustawodawcy unijnego²⁶. Ewentualnie możliwe będzie *de lege ferenda* rozważenie postulatu wprowadzenia obowiązku podziału na części zamówień złożonych, infrastrukturalnych o określonej wartości kwotowej. Wydaje się, iż szczegółowe kwestie w tym zakresie powinny pozostawać do regulacji w aktach wykonawczych przez kompetentnych w tym zakresie ministrów.

Na marginesie należy wskazać, iż korzystne z punktu widzenia MŚP będzie również szerokie wykorzystywanie przez zamawiających konstrukcji ofert częściowych. Zgodnie z art. 2 pkt 6 ustawy „Przez ofertę częściową rozumieć należy ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego”. W tym wypadku istnieje jedno postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiot został podzielony na odrębne zadania, z których każde może być przedmiotem odrębnej oferty.

WPLYW MŚP NA KSZTAŁTOWANIE TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA ORAZ TREŚĆ UMOWY

W celu wzmocnienia pozycji MŚP na rynku zamówień publicznych należy rozważyć zdecydowanie większy od dotychczasowego wpływ przedstawicieli tego sektora na sposób kształtowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść zawieranych umów²⁷. Posiadana przez MŚP wiedza może się bowiem okazać przydatna dla zamawiających, w szczególności w wypadku udzielania zamówień strategicznych. Wpływ MŚP na treść SIWZ zwiększy jednocześnie potencjalne możliwości udziału przedstawicieli tego sektora w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Może się również przyczynić do zwiększenia szans na ewentualne udzielenie zamówienia przedstawicielom MŚP. Postulowane rozwiązanie wymaga więc zwiększenia elastyczności zamawiających

²⁶ Por. R. Szostak, *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych — aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. A. Panasiuk, M. Stręciwilk, Warszawa 2017, s. 175.

²⁷ Na aspekt ten wskazuje się m.in. w opracowaniu *Zamówienia publiczne a innowacyjność MSP*, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2013, s. 47.

na etapie przygotowania postępowania. Z tego powodu warto rozważyć wprowadzenie obligatoryjnego dialogu technicznego (rozeznania rynku). *De lege lata*, zgodnie z art. 31a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może poinformować wykonawców o planach i oczekiwaniach dotyczących zamówienia, w szczególności może przeprowadzić dialog techniczny, zwracając się do ekspertów, organów władzy publicznej lub wykonawców o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy.

Zgodnie ze sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 2016 roku o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych, z treści opublikowanych w 2016 roku w BZP ogłoszeń wynika, iż zamawiający przeprowadzili 193 postępowania, w których zastosowano dialog techniczny, co stanowiło 0,18% ogółu postępowań poniżej progów unijnych. Dla porównania, w roku 2015 dialog technicznych zastosowano w 240 postępowaniach (0,21%), a w 2014 — w 275 postępowaniach, i podobnie w roku 2013. Oznacza to, że od momentu obowiązywania przepisów wprowadzających instytucję dialogu technicznego w BZP ukazała się taka sama liczba ogłoszeń, w których wskazano na zastosowanie dialogu technicznego.

De lege ferenda warto byłoby zatem zastanowić się nad nowym rozwiązaniem polegającym na wprowadzeniu obligatoryjności dialogu technicznego w wypadku zamówień o określonych celach strategicznych bądź też w zamówieniach o określonej wartości kwotowej.

Warto w tym kontekście pochylić się również nad kwestią wzmocnienia kompetencji negocjacyjnych zamawiających. Prymat trybów przetargowych, o którym mowa w art. 10 ustawy, odgrywa kluczową rolę przy założeniu paradygmatu zasady konkurencyjności w postępowaniach zamówieniowych²⁸. Przesunięcie akcentów w kierunku realizacji zasady efektywności, uwzględniającej realizację tak zwanych zamówień strategicznych, wymaga zdecydowanie większego niż obecnie wykorzystania trybów negocjacyjnych. W 2016 roku były one wykorzystywane poza trybem zamówienia z wolnej ręki w poniżej 1% udzielonych zamówień. W tym kontekście należy jednakże zwrócić uwagę na konieczność pozostawiania przez krajowego ustawodawcę w reżimie wyznaczanym prawem unijnym w odniesieniu do braku rozszerzania przesłanek zastosowania trybów negocjacyjnych.

²⁸ Zgodnie ze sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 2016 r. o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych dane z rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach w roku 2016 pokazują, że w trybie przetargu nieograniczonego udzielono zamówień w 82% wypadków. Zamówienie z wolnej ręki stanowi tryb udzielenia zamówienia publicznego w 13,42% przypadków.

KONSORCJUM I SOLIDARNA ODPOWIEDZIALNOŚĆ WYKONAWCÓW

Jak słusznie zauważa się w doktrynie zamówień publicznych, instytucja wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum) niewątpliwie jest instrumentem prawa zamówień publicznych umożliwiającym korzystanie z potencjału wykonawców z sektora MŚP w zamówieniach publicznych²⁹. Mikro, małe i średnie przedsiębiorstwa, zastanawiając się nad udziałem w postępowaniach, bardzo często napotykają barierę, której nie są w stanie przekroczyć, w postaci zbyt wygórowanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Zakładając, że zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu zgodnie z zasadami prawa zamówień publicznych, to jest proporcjonalnie oraz w sposób niedyskryminujący i zapewniający równe traktowanie wykonawców, przy skomplikowanym i kosztownym zamówieniu przedsiębiorcy z sektora MŚP nie mają możliwości realnie uczestniczyć w takim postępowaniu jako wykonawcy, ponieważ nie spełniając warunków udziału, zostaną z niego wykluczeni. Widząc takie warunki, przedsiębiorcy z sektora MŚP nie składają nawet ofert, czasami zostając podwykonawcami większych przedsiębiorstw, które spełniały warunki udziału w postępowaniu. Pośredni udział w realizacji zamówienia publicznego nie zawsze jest jednak satysfakcjonujący, chociażby ze względu na niższe wynagrodzenia podwykonawcy. Jeśli zamawiający nie udzieli zamówienia w częściach, co zapewne skutkowałoby ustaleniem warunków udziału w postępowaniu na niższym poziomie, proporcjonalnie do wielkości każdej z części zamówienia, udział w postępowaniu jako konsorcjum może okazać się jedyną możliwością faktycznego ubiegania się o udzielenie zamówienia dla wykonawców z sektora MŚP. Połączenie potencjałów małych i średnich przedsiębiorców daje im rzeczywistą możliwość konkurowania z przedsiębiorcami, którzy mają większy potencjał organizacyjny i ekonomiczny, a tym samym charakteryzują się silniejszą pozycją na danym rynku właściwym³⁰.

W tym kontekście warto wskazać na wątpliwości, jakie pojawiły się na gruncie wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie C-387/14 *Esaprojekt Sp. z o.o.* Trybunał uznał w nim między innymi, że „Nie stanowi automatycznie doświadczenia danego wykonawcy projekt, który realizował on jako członek konsorcjum”. Zdaniem Trybunału „W sytuacjach, gdy wykonawca polega na doświadczeniu konsorcjum, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału danego wykonawcy w realizacji zamówienia”. TS stwierdził również, że „Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie

²⁹ Szerzej zob. P. Nowicki, *op. cit.*, s. 57.

³⁰ K. Horubski, T. Kocowski, *Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych — zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, cz. 1, red. J. Niezyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Warszawa 2011, s. 48.

przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, ale wyłącznie przez bezpośredni udział w realizacji określonej części zamówienia”. Wynika z tego — zdaniem Trybunału — że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, na realizacji przez innych członków konsorcjum świadczeń, w których faktycznie i konkretnie nie brał udziału³¹. Tymczasem dotychczas w Polsce przeważał pogląd, w myśl którego uczestnik konsorcjum jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte podczas realizacji zamówienia, a doświadczenia tego nie można ograniczać jedynie do czynności faktycznie wykonywanych w ramach inwestycji³². Podstawy takiego stanowiska doszukiwano się w ustawowej odpowiedzialności solidarnej członków konsorcjum za prawidłowe wykonanie zamówienia. Ewidentnie zatem w Polsce kluczowe znaczenie przypisywane jest odpowiedzialności (prawnej i faktycznej) za prawidłową realizację zamówienia, przy czym udział w jego wykonaniu może polegać, podobnie jak w wypadku podwykonawców, na działaniach wyłącznie organizacyjnych. W świetle przedstawionych wątpliwości, ze względu na konieczność usunięcia stanu niepewności, proponuje się jasne wskazanie dotyczące możliwości powoływania się na doświadczenie zdobyte podczas wspólnej realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 141 ustawy „Wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy”. W świetle zaś art. 23 ust. 1 ustawy „Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia”. Na podstawie art. 141 ustawy zamawiający może zatem żądać wykonania umowy od wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia łącznie lub od każdego z osobna, a zaspokojenie żądania zamawiającego przez któregośkolwiek z tych wykonawców zwalnia pozostałych. Z przepisu art. 141 ustawy wynika bowiem, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec zamawiającego. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący i jego stosowanie nie podlega wyłączeniu na podstawie umownego postanowienia stron ograniczającego solidarną odpowiedzialność. Podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie przed zamawiającym *ex lege* z uwagi na sam fakt wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy. Podmioty te pozostają przy tym zobowiązane wspólnie aż do zupełnego zaspokojenia żądania zamawiającego w zakresie obowiązków wynikających z umowy. Taka odpowiedzialność może okazać się w niektórych przypadkach niekorzystna dla MŚP realizujących zamówienia publiczne w konsorcjach.

Warto w tym miejscu wspomnieć, iż kwestia odpowiedzialności solidarnej związana jest z uzyskaniem doświadczenia i referencji w związku z realizowa-

³¹ Szerzej zob. K. Kuźma, W. Hartung, *Przetargi: udział konsorcjów w postępowaniach o zamówienie publiczne*, „Rzeczpospolita” 24 sierpnia 2017.

³² Por. np. orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2008 r. w sprawie 530/08, sygn. KIO 530/08, czy z dnia 26 stycznia 2015 r. w sprawie 65/15, sygn. KIO 65/15.

nym zamówieniem. Z sytuacją gdy konsorcjum nie zrealizuje zamówienia, mogą się wiązać sankcje w postaci wykluczenia z przyszłych postępowań. W takim wypadku element solidarnej odpowiedzialności może powodować, że nierzetelne zachowanie jednego członka konsorcjum obciąży również drugiego, jeśli nie zdoła wywiązać się z obowiązków umownych. Jak słusznie argumentuje się w doktrynie, skoro z jednej strony miałby on uzyskiwać prawo do doświadczenia (referencje) w przypadku doprowadzenia do prawidłowej realizacji zamówienia również w stosunku do wykonania zadań, za które w ramach konsorcjum nie odpowiadał, to z drugiej — powinien ponosić również negatywne konsekwencje wynikające z solidarnej odpowiedzialności³³. Warto zatem poddać pod dyskusję konieczność likwidacji rozwiązania dotyczącego solidarnej odpowiedzialności na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych na przykład w kontekście bardziej złożonych zamówień infrastrukturalnych. Tym bardziej iż wymóg odpowiedzialności solidarnej został zniesiony w ustawie z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prawnym. Takiego wymogu brakuje również na gruncie ustawy z dnia 21 października 2016 roku o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

ANALIZA RYNKU ZAMÓWIEŃ *IN-HOUSE* I EWENTUALNE ZWIĘKSZENIE DOSTĘPU MŚP DO OBECNYCH ZAMÓWIEŃ WEWNĘTRZNYCH

Niebagatelny obszar zainteresowania MŚP mogą stanowić usługi w zakresie użyteczności publicznej. Zasadne staje się więc w tym kontekście zbadanie rynku tychże usług pod kątem realizacji wspomnianych zadań przez tak zwane podmioty wewnętrzne, czyli zamówienia *in-house*³⁴. Okazać się może bowiem, iż duża liczba lokalnych MŚP nie ma możliwości uzyskania zamówień publicznych w wyniku obowiązywania systemowych rozwiązań preferujących wzmiankowane podmioty wewnętrzne. Proponuje się zatem dokonywanie systemowych analiz rynku przez zamawiających w celu ewentualnego potwierdzenia zasadności wykorzystywania zamówień *in-house*. Konstrukcja ta powinna *de lege ferenda* znaleźć zastosowanie jedynie w braku ukształtowania faktycznej konkurencji mogącej zaspokajać potrzeby społeczne. Warte rozważenia może okazać się dodanie do obecnie obowiązującego art. 67 ust. 1 pkt 12 zwrotu „jeżeli na rynku właściwym nie istnieją

³³ Tak K. Kuźma, W. Hartung, *op. cit.*

³⁴ Por. np. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 23 października 2013 r., RKT-411-03/13/M, wobec miasta Katowice, w której za praktykę ograniczającą konkurencję uznano nadużywanie przez gminę Katowice pozycji dominującej na lokalnych rynkach świadczenia usług cmentarnych na cmentarzach do niej należących przez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania konkurencji na tych rynkach lokalnych. Szerzej na temat prawidłowego wykorzystywania mechanizmów *in-house* w warunkach kształtowania rynku konkurencyjnego zob. W. Hartung, *Zamówienia in-house — między zamówieniami a konkurencją*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych — aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. A. Panasiuk, M. Stręciwilk, Warszawa 2017, s. 17–27.

warunki konkurencyjne”. Wprowadzenie takiego rozwiązania wymagałoby jednak przeprowadzenia przez zamawiających testu rynku pod kątem ustalenia istnienia na nim konkurencji.

INFORMACJA ZWROTNA DLA MŚP PO ZAKOŃCZONYM POSTĘPOWANIU

De lege ferenda warto zastanowić się również na zasadności wprowadzenia nowego rozwiązania polegającego na udzielaniu ustnej informacji zwrotnej dla wykonawców, których oferta nie została wybrana w danym postępowaniu. Takie działanie pozwoliłoby lepiej przygotować się MŚP do udziału w kolejnych postępowaniach poprzez identyfikację popełnionych błędów³⁵. Wprowadzenie takiego rozwiązania mogłoby zostać umiejscowione w obowiązującym obecnie art. 92 ustawy i mogłoby przybrać postać zalecenia w stosunku do działań zamawiających.

MICRO, SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES IN PUBLIC PROCUREMENTS. SOME PROPOSALS *DE LEGE FERENDA*

Summary

Public procurements are one of the main methods of the state's influence on the economy. The aims of the procurement should be the implementation of the Value for Public Money as the effectiveness rule, which means the exponential growth of the strategic procurements: innovative, green and social; concerning National Purchase Policy, particularly the fast growth of innovative procurements. The Polish Ministry of Development and Finance is preparing a new Public Procurement Act. This Act should replace the Act of 29 January 2004 — Public Procurement Law (Journal of Laws of 2017, item 1579). The overall objective is to obtain better Value for Public Money, to deliver better outcomes for societal and other public policy objectives while increasing the efficiency of public spending. This is the very good moment for some proposals connected with the improvement of SME's situation in public procurement.

Keywords: public procurements, micro, small and medium-sized enterprises, strategic procurements

BIBLIOGRAFIA

- Bolton L., *Small Firms: Report of the Committee of Inquiry on Small Firms*, London 1971.
Burgi M., *Small and medium-sized enterprises and procurement law — European legal framework and German experiences*, „Public Procurement Law Review” 2007, nr 16.
Flynn A., Davis P., *Explaining SME participation and success in public procurement using a capability-based model of tendering*, „Journal of Public Procurement” 17, 2017.

³⁵ Zob. A. Flynn, P. Davis, *op. cit.*, s. 347.

- Hartung W., *Zamówienia in-house — między zamówieniami a konkurencją*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych — aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. A. Panasiuk, M. Stręciwilk, Warszawa 2017.
- Horubski K., Kocowski T., *Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych — zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, cz. 1, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Warszawa 2011.
- Jerka J., *Przewodnik po nowym podejściu do zamówień publicznych*, Warszawa 2012.
- Kirkwood W., *The evolution of small business preferences in the United States and selected lessons learned for the European Union*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2016, nr 4.
- Kuźma K., Hartung W., *Przetargi: udział konsorcjów w postępowaniach o zamówienie publiczne*, „Rzeczpospolita” 24 sierpnia 2017.
- Nowicki P., *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2013.
- Szostak R., *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych — aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. A. Panasiuk, M. Stręciwilk, Warszawa 2017.
- Torfin J., Triantafillou P., *Enhancing Public Innovation by Transforming Public Governance*, Cambridge 2016.
- Trybus M., *The promotion of small and medium sized enterprises in public procurement: A strategic objective of the new public sector directive*, [w:] *Modernising Public Procurement: The New Directive*, red. F. Lichere, R. Caranta, S. Treumer, Copenhagen 2014.