
- OPINIA PRAWNA -

ANALIZA KONSEPCJI *LOCAL CONTENT* W KONTEKŚCIE PRAWA POLSKIEGO I UNIJNEGO

**OMÓWIENIE INSTRUMENTÓW PRAWNYCH DEDYKOWANYCH ZAMAWIAJĄCYM
UMOŻLIWIAJĄCYCH ZWIĘKSZENIE UDZIAŁU POLSKICH MŚP W RYNKU ZAMÓWIEŃ
PUBLICZNYCH**

Warszawa, 1.10.2022 r.

Spis treści

I. Przedmiot Opinii Prawnej	3
II. Podstawy opracowania Opinii Prawnej	3
III. Wnioski i podsumowanie	4
IV. Analiza problemu	7
V. Analiza prawna	11
Pytanie 1 – koncepcja local content w systemie zamówień publicznych	11
Pytanie 2 – możliwość korzystania przez zamawiających, a w szczególności przez jednostki samorządu terytorialnego, z koncepcji „local content” w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego	12
Pytanie 3 – możliwość stosowania koncepcji „local content” w postępowaniach krajowych oraz unijnych	13
Pytanie 4 – instytucje przewidziane w ustawie prawo zamówień publicznych, na podstawie których możliwe jest realizowanie przez zamawiających koncepcji local content – wskazówki praktyczne	18
Pytanie 5 – local content w zamówieniach nieobjętych ustawą Prawo zamówień publicznych	25
Pytanie 6 – polityka zakupowa państwa a zasada local content	28

I. PRZEDMIOT OPINII PRAWNEJ

Niniejsza opinia prawna („**Opinia**”) została przygotowana przez Prawników Kancelarii RKKW – KWAŚNICKI, WRÓBEL & Partnerzy – Radcowie Prawni i Adwokaci sp. k. („**Kancelaria**”) na zlecenie Związku Przedsiębiorców i Pracodawców z siedzibą w Warszawie („**Zleceniodawca**” lub „**ZPP**”).

Opinia zawiera analizę prawną koncepcji tzw. *local content* oraz jej dopuszczalności na gruncie prawa polskiego i unijnego. Opinia dedykowana jest zamawiającym publicznym, w szczególności będącym jednostkami samorządu terytorialnego („**JST**”), i ma na celu wyjaśnienie możliwości stosowania *local content* przez zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, ze szczególnym uwzględnieniem zamówień poniżej tzw. progów unijnych. Opinia zawiera odpowiedzi na następujące pytania:

1. „*Co oznacza koncepcja tzw. local content w kontekście systemu prawa zamówień publicznych*” – („**Pytanie 1**”);
2. „*Czy możliwe jest korzystanie przez zamawiających, a w szczególności przez jednostki samorządu terytorialnego, z koncepcji local content w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego?*” – („**Pytanie 2**”);
3. „*Czy możliwe jest stosowanie koncepcji local content w postępowaniach krajowych oraz unijnych*” – („**Pytanie 3**”);
4. „*Jakie instytucje zostały przewidziane przez ustawodawcę w ustawie prawo zamówień publicznych, na podstawie których możliwe jest realizowanie przez zamawiających koncepcji local content? – wskazówki praktyczne*” – („**Pytanie 4**”);
5. „*Local content w zamówieniach nieobjętych ustawą Prawo zamówień publicznych – czy możliwy?*” – („**Pytanie 5**”);
6. „*Czy polityka zakupowa państwa przewiduje zasadę local content?*” – („**Pytanie 6**”);

II. PODSTAWY OPRACOWANIA OPINII PRAWNEJ

Opinia prawna została sporządzona na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa polskiego oraz unijnego, w szczególności:

- ustawy z dnia 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022.1710 t.j. z dnia 2022.08.16), dalej jako „**ustawa Pzp**”;
- dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, dalej jako „**Dyrektywa klasyczna**”;

- dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE, dalej jako „**Dyrektywa sektorowa**”;
- ustawa z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U.2022.1634 t.j. z dnia 2022.08.04);
- Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25.03.1957 r. (Dz.U.2004.90.864/2 z dnia 2004.04.30), dalej jako „**TFUE**”.

III. WNIOSKI I PODSUMOWANIE

- (i) **W zakresie Pytania 1:** *istotą koncepcji local content jest wspieranie lokalnych MŚP. W systemie zamówień publicznych polega ona na stworzeniu przyjaznego dla MŚP środowiska zachęcającego do udziału w postępowaniach przetargowych. Aby takie środowisko powstało, zamawiający, w tym w szczególności JST, muszą być świadomi istnienia instrumentów prawnych i narzędzi przewidzianych przez ustawodawcę w ustawie Pzp. Wówczas zamawiający będą mogli korzystać z takich mechanizmów dozwolonych przez prawo nie tylko krajowe, ale i unijne, które będą ułatwiać udział MŚP w postępowaniach przetargowych.*
- (ii) **W zakresie Pytania 2:** *Stosowanie koncepcji local content w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest zgodne zarówno z prawem krajowym jak i unijnym pod warunkiem, że preferowanie lokalnych (regionalnych czy też krajowych) MŚP w postępowaniach przetargowych nie może być celem samym w sobie. Może natomiast stać się celem drugoplanowym, którego waga wzrasta wraz z ewolucją systemu zamówień publicznych. Rozwój systemu prawa zamówień publicznych ewoluuje i nie jest już definiowany wyłącznie jako zaspokajanie zidentyfikowanych potrzeb zakupowych zamawiających, ale nadaje mu się szerszy charakter – narzędzia służącego realizacji celów strategicznych polityki zakupowej państwa. Oprócz zatem bezpośredniej korzyści ekonomicznej osiągananej przez zamawiającego, polegającej na najbardziej optymalnym wykorzystaniu środków publicznych, kluczowego znaczenia nabierają cele drugoplanowe, niezwiązane bezpośrednio z aspektem ekonomicznym. Stosowanie przez zamawiających regulacji, które uwzględniają specyfikę MŚP nie oznacza stosowania preferencji wobec tych przedsiębiorców, które są niedozwolone. JST nie tylko mogą, ale zgodnie z prawem unijnym i krajowym, powinny stosować regulacje systemu zamówień publicznych, które uwzględniają specyfikę MŚP. Tworzenie korzystnych dla MŚP, dozwolonych prawem rozwiązań, prowadzi do pobudzenia lokalnego rynku pracy oraz wzmacnia konkurencyjność i innowacyjność regionalnych gospodarek gmin, powiatów i województw.*

- (iii) **W zakresie Pytania 3:** Aktualnie, mając zarówno na uwadze obowiązujące ustawodawstwo unijne oraz unijne orzecznictwo, możliwe jest wspieranie lokalnych MŚP przez krajowych zamawiających, przy uwzględnieniu celów strategicznych danego państwa. Każdorazowo musi to jednak następować z poszanowaniem ogólnych zasad unijnego prawa zamówień publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem zasady proporcjonalności a także zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Skoro przepisy unijne dopuszczają możliwość stosowania koncepcji local content, to tym bardziej korzystanie z tej koncepcji w przetargach poniżej progów unijnych jest dopuszczalne i niekiedy nawet pożądane, jeśli w efekcie przyczyniłoby się do zwiększenia zainteresowania MŚP rynkiem zamówień publicznych. Mając na uwadze regulacje zarówno unijne jak i krajowe, należy opowiedzieć się za dopuszczalnością stosowania przez zamawiających koncepcji local content w krajowych oraz unijnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.
- (iv) **W zakresie Pytania 4:** Koncepcja local content może być realizowana przez zamawiających, w tym w szczególności przez jednostki samorządu terytorialnego na podstawie instytucji przewidzianych przez ustawodawcę w ustawie Pzp, do których należą przede wszystkim:
- 1) możliwość składania ofert częściowych (podział zamówienia na części);
 - 2) warunki udziału w postępowaniu – rezygnacja z formułowania warunków udziału w postępowaniu;
 - 3) podstawy wykluczenia – brak stosowania przesłanek fakultatywnych tam, gdzie nie jest to niezbędne;
 - 4) kryteria oceny ofert;
 - 5) odpowiednie kształtowanie opisu przedmiotu zamówienia;
 - 6) odstąpienie od żądania wadium; rozsądna wysokość wadium;
 - 7) przyjazny wykonawcom wzorzec umowy;
 - 8) zasady spełniania warunków przez konsorcja;
 - 9) brak sztucznego łączenia (sumowania) zamówień;
 - 10) stosowanie art. 30 ust. 4 ustawy Pzp;
 - 11) brak zastrzegania obowiązku osobistego wykonania części zamówienia;
 - 12) udzielanie odpowiedzi na wszystkie pytania do SWZ;
 - 13) wydłużanie terminu składania ofert;
 - 14) stosowanie wynagrodzenia kosztorysowego;

15) brak żądania przedkładania dokumentów tam, gdzie wystarczające są oświadczenia wykonawców.

Bez względu na to z jakiej instytucji zdecyduje się skorzystać zamawiający, fundamentalne znaczenie dla oceny dopuszczalności zastosowania danego rozwiązania będzie miało wykazanie funkcjonalnych powiązań pomiędzy tymi konkretnymi rozwiązaniami a celem, jaki chce osiągnąć zamawiający i jego dającymi się obiektywnie uzasadnić potrzebami¹. Zwiększenie dostępu MŚP do zamówień publicznych zamawiający może realizować poprzez świadome korzystanie z instrumentów prawnych i narzędzi przewidzianych ustawą Pzp².

(v) **W zakresie Pytania 5:** *Udzielanie zamówień nieobjętych ustawą Pzp bez zastosowania jakichkolwiek reguł stanowiłoby naruszenie prawa zarówno krajowego jak i unijnego. Ramami, w obrębie których powinien poruszać się zamawiający dokonując zakupów poniżej 130.000,00 zł powinny być ogólne zasady prawa zamówień publicznych (m. in. jawności, uczciwej konkurencji, proporcjonalności, pisemności) oraz przepisy ustaw krajowych i w pewnym zakresie regulacje unijne. Również te zamówienia, wobec których nie ma obowiązku stosowania ustawy Pzp nie mogą być udzielane w sposób uznaniowy. W związku z brakiem ingerencji ustawodawcy odnośnie reguł udzielania przez zamawiających zamówień o wartości poniżej 130.000,00 zł, ich dużo mniejszym formalizmem oraz faktem, iż cieszą się dużo większym zainteresowaniem wśród MŚP, rozważania zawarte w niniejszej Opinii dotyczące instytucji przewidzianych w ustawie Pzp, na podstawie których możliwe jest realizowanie przez zamawiających koncepcji local content, są aktualne także w odniesieniu do zamówień bagatelnych z odpowiednimi modyfikacjami uwzględniającymi charakter zamówień wyłączonych spod stosowania przepisów ustawy. W szczególności mniejsze znaczenie może mieć w tym kontekście podział zamówienia na części w sytuacji, kiedy wartość zamówienia bagatelnego jest już tak niska, że zasadniczo nie powinna stanowić bariery dla MŚP. W niektórych jednak przypadkach podział zamówienia bagatelnego może pozytywnie wpłynąć na zmobilizowanie mikroprzedsiębiorców do udziału w takim postępowaniu, co również jest pożądane.*

(vi) **W zakresie Pytania 6:** *Polityka zakupowa państwa stanowi źródło celów drugoplanowych, które mogą być stosowane przez zamawiających, w tym w szczególności przez JST w postępowaniach o udzielenie zamówienia, a które umożliwiają stosowanie zasady local content. Zgodnie z Polityką zakupową państwa zamówienia publiczne mają być w większym stopniu postrzegane jako instrument zwiększający poziom*

¹ Tak też: J. Kola, „Koncepcja local content w systemie zamówień publicznych”, „Publicznoprawne aspekty udziału sektora MŚP w procesie realizacji strategicznych celów polityki rozwoju (Aspectos de derecho público de la participación del sector de PYMES en el proceso de implementación de los objetivos estratégicos de la política de desarrollo)”; Wydawnictwo Naukowe UAM w Poznaniu, 2021, str. 155;

² W. Dzierżanowski, „Zwiększenie udziału MŚP w rynku zamówień publicznych”, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2018 r., str. 7;

innowacyjności krajowej gospodarki oraz przyczyniający się do realizacji celów zrównoważonego rozwoju, tj. celów o charakterze społecznym, środowiskowym oraz zdrowotnym.

IV. ANALIZA PROBLEMU

1. Jedną z bolączek polskiego rynku zamówień publicznych jest jego niska konkurencyjność. Mała liczba ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się ze znacznie mniejszą szansą na uzyskanie przez zamawiającego maksymalnej efektywności realizowanego zamówienia oraz brakiem zaspokojenia jego zidentyfikowanej potrzeby. Również sami zamawiający nie są świadomi możliwości wpływania na zwiększenie konkurencyjności prowadzonych przez siebie postępowań i narzędzi przewidzianych przez ustawodawcę w ustawie Pzp.
2. W środowisku przedsiębiorców pokutuje opinia, że system prawa zamówień publicznych w Polsce jest nieprzyjazny dla MŚP i nadto sformalizowany. To zaś demotywuje MŚP do składania ofert w przetargach. Podobnie zamawiający, a w praktyce – komórki zakupowe funkcjonujące w ramach struktury organizacyjnej zamawiających – przygotowując postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a następnie ich udzielając, mają wiele obaw i wątpliwości, również związanych z konsekwencjami naruszenia dyscypliny finansów publicznych.
3. Tytułem przykładu przypomnieć należy potężne obawy rynku zamówieniowego związane z elektronizacją zamówień publicznych. W październiku 2018 r., kiedy wprowadzona została elektronizacja zamówień publicznych dla postępowań powyżej progów unijnych, jedną z głównych obaw uczestników rynku zamówień publicznych była konieczność nauczenia się przez wykonawców posługiwania się różnymi systemami wykorzystywanymi przez zamawiających do udzielania zamówień publicznych. Postulowano wówczas do zamawiających o stosowanie dobrych polityk informacyjnych, mających na celu m. in. wyraźne wskazywanie w dokumentacji postępowania, z jakiej platformy do składania ofert i komunikacji z wykonawcami korzysta zamawiający, oraz w którym miejscu znajdują się wszelkie wymagane dalsze informacje, niezbędne do udziału w postępowaniu.
4. Elektronizacja procesu udzielania zamówień publicznych z założenia miała stanowić istotny impuls poprawy efektywności rynku zamówień, jego transparentności oraz według założeń ustawodawcy miała na celu poprawienie dostępu MŚP do zamówień publicznych. W szczególności miał temu posłużyć obowiązek udostępniania przez zamawiających dokumentów zamówienia w postaci elektronicznej oraz prowadzenia komunikacji elektronicznej pomiędzy zamawiającym i wykonawcą.
5. Jednakże przyznać należy, że dzięki obowiązkowi przyjmowania przez zamawiających dokumentów składanych drogą elektroniczną, zmniejszyły się koszty udziału w

postępowaniu po stronie wykonawców. Elektronizacja w istocie obniża koszty prowadzenia postępowań po stronie zamawiających w związku z brakiem konieczności przechowywania znacznej ilości dokumentów w postaci papierowej. Jak wynika z badań przeprowadzonych przez Komisję Europejską, wprowadzenie elektronicznego procesu udzielania zamówień generuje oszczędności po stronie instytucji zamawiających sięgające nawet 20% dotychczasowych wydatków.

6. Dla wielu zamawiających najczęściej pojawiającym się problemem związanym z elektronizacją zamówień publicznych były komplikacje dotycząca otwarcia ofert. W praktyce sprowadzały się do braku możliwości ich pobrania albo odszyfrowania, co w konsekwencji paraliżowało dokonanie wyboru wykonawcy.
7. Kwestia elektronizacji zamówień publicznych została poruszona w kontekście koncepcji *local content*, bowiem elektronizacja z założenia miała na celu uproszczenie procedur, „przeniesienie postępowania do komputera” i wyeliminowanie konieczności generowania kolejnych opasłych segregatorów pełnych dokumentów, przez co miała zwiększyć zainteresowanie rynku prywatnego udziałem w postępowaniach przetargowych. Elektronizacja miała wreszcie ułatwić komunikację zamawiających i wykonawców oraz zwiększyć kontrolę nad działaniami uczestników rynku zamówieniowego. W praktyce nadal spotykany jest opór uczestników procesu zakupowego w korzystaniu z narzędzi elektronicznych.
8. Sektor MŚP jest solą polskiej gospodarki, stanowi bowiem aż 99,8% wszystkich przedsiębiorstw. Nic więc dziwnego, że gdy rozwój MŚP zostaje zakłócony, następuje spowolnienie wzrostu gospodarczego.
9. W tym kontekście z punktu widzenia polskiej gospodarki niezwykle istotne jest wykorzystywanie przez **jednostki sektora finansów publicznych**, do których należą m. in. JTS³, możliwości, jakie daje obowiązujący system zamówień publicznych. Korzystanie z potencjału tego systemu przyczynia się do stymulowania popytu na produkty i usługi, w szczególności o charakterze innowacyjnym, które są świadczone przez MŚP⁴.
10. W Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r. odnotowano wzrost liczby zamawiających do 32.958 (w 2019 r. – 32.101). Największą grupę zamawiających niezmiennie stanowi **administracja samorządowa** – w 2020 r. **51,80%** (w 2019 r. – 49,85%) wszystkich podmiotów⁵. **Powyższe oznacza, że administracja samorządowa w Polsce jest *de facto***

³ Art. 9 pkt 2) ustawy z dnia z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych [Dz.U.2022.1634 t.j. z dnia 2022.08.04];

⁴ M. Godlewska, Regulacje systemu zamówień publicznych a wspieranie mikro, małych i średnich przedsiębiorców przez administrację samorządową, ST 2017, nr 12, s. 52-63;

⁵ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r., Warszawa, maj 2021 r., str. 114;

najważniejszym kupującym usługi, dostawy i roboty budowlane świadczone przez wykonawców, w tym przez wykonawców z sektora MŚP.

11. Zarówno poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, jak również aktualna – ustawa Pzp z 11.09.2019 r., przewiduje mechanizmy i instytucje pozwalające zamawiającym na uwzględnienie w postępowaniach przetargowych specyfiki MŚP. Administracja samorządowa w praktyce nie korzysta w pełni z tych możliwości. To z kolei prowadzi do braku chęci udziału w postępowaniach przetargowych przez MŚP i w efekcie przyczynia się do zdominowania rynku zamówień publicznych przez duże firmy, co jest szczególnie widoczne w branży budowlanej.
12. Wskutek braku korzystania przez zamawiających z instytucji przewidzianych przez ustawodawcę w ustawie Pzp, a które zostaną omówione w dalszej części niniejszego opracowania (przykładowo takich jak: podział zamówienia na części, stosowanie zaliczek), wykonawcy z sektora MŚP nie są w stanie samodzielnie złożyć oferty w danym przetargu i są zmuszeni do konkurowania między sobą za pomocą ceny, aby móc uczestniczyć w wykonaniu przedmiotu zamówienia – np. robót budowlanych – jako podwykonawca innego, dużego przedsiębiorcy będącego generalnym wykonawcą.
13. W raporcie z badania dotyczącego niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych, opublikowanym przez Urząd Zamówień Publicznych w 2019 r. (dalej: „**Raport UZP**”), w którym badano udział w postępowaniach przetargowych przedsiębiorców z sektora MŚP będących wykonawcami zamówień publicznych, jako najczęstszą przyczynę braku lub niskiego zainteresowania przedsiębiorców udziałem w postępowaniach wskazano: „*cena oferty jest kryterium faktycznie decydującym o wyborze oferty najkorzystniejszej*” – 340 razy (7,45% ogółu odpowiedzi). Ponad 43% respondentów wybierających taką odpowiedź uważało ją za najbardziej istotną⁶.
14. Jako drugą najważniejszą przyczynę małego zainteresowania udziałem w przetargach publicznych przez MŚP w Raporcie UZP wskazano na „*opis przedmiotu zamówienia preferujący określony produkt lub firmę*”⁷. Przyczyna ta została wskazana przez 292 ankietowanych (6,40% ogółu odpowiedzi).
15. Jako kolejne czynniki wpływające na małe zainteresowanie zamówieniami publicznymi ankietowani wskazywali: „*realizację dużej liczby zamówień poza rynkiem zamówień publicznych*” (262 respondentów – 5,74% ogółu), „*zbyt krótki czas na przygotowanie oferty*” (242 ankietowanych – 5,30% ogółu odpowiedzi), „*niekorzystne postanowienia w umowie o zamówienie publiczne*” (wskazało ją 241 respondentów – 5,28% wszystkich odpowiedzi)⁸.

⁶ Urząd Zamówień Publicznych, Raport z badania dotyczącego niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych, Warszawa, październik 2019 r., str. 8 i 9;

⁷ *Ibidem*, str. 9;

⁸ *Ibidem*, str. 10;

16. Jako mniej kluczowe przyczyny ograniczonego udziału przedsiębiorców w postępowaniach przetargowych respondenci wskazali: „*zapisy dotyczące wykluczenia z udziału w postępowaniu*” (0,46% odpowiedzi), „*problemy z przygotowaniem Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia*” (0,72% odpowiedzi), „*przekonanie o nieskuteczności środków ochrony prawnej*” (0,74% odpowiedzi)⁹.
17. W celu zachęcenia MŚP do udziału w rynku zamówień publicznych w ustawie Pzp przewidziano szereg rozwiązań w tym zakresie, m.in.: możliwość składania oferty przewidującej wykonanie części zamówienia, jeżeli przedmiot zamówienia został podzielony przez zamawiającego, ograniczenie nakładanych na wykonawców formalnych zobowiązań związanych z ubieganiem się o zamówienie, możliwość pozyskania zaliczki na poczet realizacji zamówienia oraz prawo do wspólnego ubiegania się o zamówienie. Mimo stworzenia wielu instrumentów, które miały mobilizować wykonawców, ich zainteresowanie zamówieniami publicznymi, mierzone liczbą składanych ofert, od kilku lat utrzymuje się na niskim, niesatysfakcjonującym poziomie. Stan ten negatywnie wpływa na proces udzielania zamówień, w tym jakość i cenę oferowanych produktów i usług¹⁰.
18. Wyniki zawarte w Raporcie UZP wskazują, że respondenci z sektora MŚP nie wskazali jednej wiodącej przyczyny braku zainteresowania udziałem w postępowaniach przetargowych. Żaden z czynników wskazanych przez wykonawców nie był przeważający. Oznacza to, że małe zainteresowanie MŚP postępowaniami przetargowymi nie ma jednego głównego źródła, lecz jest efektem licznych zastrzeżeń potencjalnych oferentów odnośnie rynku zamówień.
19. Urząd Zamówień Publicznych podał, że w 2020 r. w zamówieniach poniżej progów unijnych średnio składano 2,786 ofert. W trybach podstawowych tj. przetargu nieograniczonym i ograniczonym, liczba składanych ofert wynosiła 2,77. Powyższe stanowi nieznaczny wzrost w stosunku do danych z poprzednich lat, kiedy w postępowaniach o zamówienie publiczne wpływało średnio: w 2019 r. – 2,48 ofert, w 2018 r. – 2,24 ofert, a w 2017 r. – 2,42¹¹.
20. Sektor MŚP stanowi **przeważającą większość przedsiębiorstw w Polsce – 99,8%**. Wśród nich najliczniejszą grupę (97,0%; 2,2 mln) stanowią mikroprzedsiębiorstwa. Udział małych firm w strukturze polskich przedsiębiorstw wynosi 2,2% (49,5 tys.), średnich – 0,6% (14,4 tys.), z kolei dużych – jedynie 0,2% (3,7 tys.)¹².

⁹ *Ibidem*, str. 11;

¹⁰ Urząd Zamówień Publicznych, Raport z badania dotyczącego niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych, Warszawa, październik 2019 r., str. 4;

¹¹ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r., Warszawa, maj 2021 r.

¹² Raport Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości z 2022 r. o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce;

21. Mając na uwadze powyższe dane, a w szczególności fakt, tak znaczący odsetek przedsiębiorców w Polsce stanowią MŚP oraz to, że tak wielu przedsiębiorców z sektora MŚP nie decyduje się na złożenie ofert w postępowaniach przetargowych, prowadzi do wniosku, iż udział MŚP jako wykonawców zamówień publicznych jest nieproporcjonalny w stosunku do znaczenia tych podmiotów w gospodarce Polski.
22. Polski ustawodawca dostrzegał mankamenty systemu zamówień publicznych i zgłaszane przez wykonawców problemy związane z uczestnictwem w rynku zamówień. Skutkiem tego były liczne nowelizacje ustawy prawo zamówień publicznych i dostosowywanie jej do dyrektyw unijnych, które wbrew powszechnej opinii nie wykluczają stosowania zasady *local content* w przetargach prowadzonych przez zamawiających poszczególnych państw członkowskich UE. Powyższy problem m. in. leży u podstaw uchwalenia nowej prawa zamówień publicznych – tj. aktualnie obowiązującej ustawy Pzp z 2019 r. W uzasadnieniu do obowiązującej ustawy Pzp wskazano, że *celem opracowania nowej ustawy jest wprowadzenie nowych rozwiązań opartych na maksymalnej efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień publicznych, uwzględniających jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa oraz **potrzebę wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw**, a także innowacyjnych, nowoczesnych produktów i usług. Ponadto konieczne stało się również zwiększenie przejrzystości i spójności regulacji w zakresie zamówień publicznych*¹³.

V. ANALIZA PRAWNA

Pytanie 1 – koncepcja *local content* w systemie zamówień publicznych

23. Definiując pojęcie koncepcji *local content* w sposób możliwie najprostszy można powiedzieć, że jej istotą jest wspieranie lokalnych MŚP. W systemie zamówień publicznych polega ona na stworzeniu przyjaznego dla MŚP środowiska zachęcającego do brania udziału w postępowaniach przetargowych. Aby takie środowisko powstało, zamawiający, w tym w szczególności JST, muszą być świadomi istnienia instrumentów prawnych i narzędzi przewidzianych przez ustawodawcę w ustawie Pzp. Wówczas zamawiający będą mogli korzystać z takich mechanizmów dozwolonych przez prawo nie tylko krajowe, ale i unijne, które będą ułatwiać udział MŚP w postępowaniach przetargowych.
24. Koncepcja *local content* wyraża dążenie do promowania świadczeń oferowanych przez przedsiębiorców działających w regionie lub państwie nabywcy¹⁴. *Local content* w

¹³ Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11.09.2019 r., str. 1;

¹⁴ J. Kola, „Koncepcja *local content* w systemie zamówień publicznych”, „Publicznoprawne aspekty udziału sektora MŚP w procesie realizacji strategicznych celów polityki rozwoju (Aspectos de derecho público de la participación del sector de PYMES en el proceso de implementación de los objetivos estratégicos de la política de desarrollo)”; Wydawnictwo Naukowe UAM w Poznaniu, 2021, str. 147;

opracowaniach Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju¹⁵ określany jest jako rodzaj polityki „lokalizacyjnej”, która faworyzuje przemysł krajowy w stosunku do konkurencji zagranicznej, wymagając od przedsiębiorstw i rządu aby korzystali z towarów lub usług wyprodukowanych w kraju jako wkładu¹⁶. *Local content* stanowi zatem rodzaj strategii ukierunkowanej na zachęcanie jednostek organizacyjnych władzy publicznej do nabywania krajowych dóbr i usług.

Pytanie 2 – możliwość korzystania przez zamawiających, a w szczególności przez jednostki samorządu terytorialnego, z koncepcji „local content” w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego

25. Stosowanie koncepcji *local content* w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest zgodne zarówno z prawem krajowym jak i unijnym pod warunkiem, że preferowanie lokalnych (regionalnych czy krajowych) MŚP w postępowaniach przetargowych nie może być celem samym w sobie. Może natomiast stać się **celem drugoplanowym**, którego waga wzrasta wraz z ewolucją systemu zamówień publicznych.
26. Rozwój systemu prawa zamówień publicznych ewoluje i nie jest już definiowany wyłączenie jako zaspokajanie zidentyfikowanych potrzeb zakupowych zamawiających, ale nadaje mu się szerszy charakter – narzędzia służącego realizacji celów strategicznych polityki zakupowej państwa. Oprócz zatem bezpośredniej korzyści ekonomicznej osiągananej przez zamawiającego, polegającej na najbardziej optymalnym wykorzystaniu środków publicznych, kluczowego znaczenia nabierają **cele drugoplanowe**, niezwiązane bezpośrednio z aspektem ekonomicznym. Stosowanie przez zamawiających regulacji, które uwzględniają specyfikę MŚP nie oznacza stosowania preferencji wobec tych przedsiębiorców, które są niedozwolone.
27. Wśród celów drugoplanowych, które również mogą determinować decyzję zamawiającego dotyczącą skorzystania z koncepcji *local content* można wyróżnić m. in. cele ekologiczne – pozwalające na promowanie oferowanych przez wykonawców rozwiązań przyjaznych środowisku, cele proinnowacyjne – premiujące innowacyjne rozwiązania, czy też cele społeczne, kiedy zamawiający oczekuje od wykonawców, że np. będą pracodawcami dla mieszkańców lokalnej miejscowości i w ten sposób zmniejszy się poziom bezrobocia.

¹⁵ OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development; organizacja międzynarodowa o profilu ekonomicznym skupiająca 38 wysoko rozwiniętych i demokratycznych państw. Utworzona na mocy Konwencji o Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju podpisanej w Paryżu przez 20 państw 14 grudnia 1960 r.;

¹⁶ Local content requirements (LCRs) are part of a broader set of 'localisation' policies that favour domestic industry over foreign competition, requiring companies and the government to use domestically-produced goods or services as inputs;

28. JST nie tylko mogą, ale zgodnie z prawem unijnym i krajowym, powinny stosować regulacje systemu zamówień publicznych, które uwzględniają specyfikę MŚP. Tworzenie korzystnych dla MŚP, dozwolonych prawem rozwiązań, prowadzi do pobudzenia lokalnego rynku pracy oraz wzmacnia konkurencyjność i innowacyjność regionalnych gospodarek gmin, powiatów i województw.
29. Zamawiający stosując koncepcję *local content* zobowiązani są do przestrzegania ogólnych zasad prawa zamówień publicznych takich jak zasada proporcjonalności, uczciwej konkurencji czy równego traktowania. Obowiązek wykazania przez zamawiających **proporcjonalności** zastosowania danego rozwiązania mającego na celu uprzywilejowanie MŚP bywa w praktyce najtrudniejszy do spełnienia. Naruszenie zasady proporcjonalności spowodowałoby nieproporcjonalne ograniczenie konkurencji i w efekcie doprowadziłoby do naruszenia ustawy Pzp oraz prawa unijnego. Oprócz **proporcjonalności** zamawiający musi wykazać **zasadność** skorzystania z danej instytucji. Bez obiektywnie uzasadnionej potrzeby zamawiającego nie będzie możliwe uprzywilejowane traktowanie jakiegokolwiek rodzaju wykonawców.
30. Aby spełnić wymóg wykazania proporcjonalności i zasadności, zamawiający może powoływać się na cele, które są niezależne od potrzeby zaspokojenia jego własnego interesu ekonomicznego. Takich celów zamawiający może poszukiwać zarówno w obowiązujących przepisach prawa, jak również w dokumentach, które nie są źródłami prawa. Mogą to być dokumenty programowe czy strategiczne, dobre praktyki, zalecenia, wytyczne a także komunikaty Komisji Europejskiej. Tego typu dokumenty mogą znacząco pomóc w uzasadnieniu przez zamawiającego stosowania koncepcji *local content*.
31. W Polsce istotne znaczenie może mieć w tym kontekście uchwała Rady Ministrów z dnia 11 stycznia 2022 r. w sprawie przyjęcia Polityki zakupowej państwa¹⁷. W tym dokumencie polscy zamawiający mogą poszukiwać „celów drugoplanowych”, które uzasadniałyby w konkretnym postępowaniu przetargowym skorzystanie z takich instytucji, które przyczyniłyby się do wspierania lokalnych MŚP. Szerzej o polityce zakupowej państwa w odpowiedzi na Pytanie 5 poniżej.

Pytanie 3 – możliwość stosowania koncepcji „local content” w postępowaniach krajowych oraz unijnych

32. Wyróżnia się krajowe (poniżej progów unijnych) oraz unijne (powyżej progów unijnych) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

¹⁷ Zob. Załącznik do uchwały nr 6 Rady Ministrów z dnia 11.01.2022 r. – Polityka Zakupowa Państwa, Warszawa 2022;

33. Przepisy ustawy Pzp uzależniają formalno-prawny rygoryzm procedur, które muszą być zastosowane dla wyboru wykonawcy zamówienia, od jego wartości szacunkowej. Większy formalizm następuje wówczas, gdy wartość przedmiotu zamówienia przekracza określone przepisami ustawy i wyrażone w euro tzw. „progi unijne”.
34. Przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej obowiązywały krajowe regulacje prawne, które wprost dopuszczały możliwość zastrzeżenia, że w danym postępowaniu mogą brać udział wyłącznie wykonawcy krajowi lub zagraniczni posiadający oddział lub przedstawicielstwo w Polsce¹⁸. Obecnie takie rozwiązanie należy ocenić jako niezgodne z prawem Unii Europejskiej.
35. Aktualnie, mając zarówno na uwadze obowiązujące ustawodawstwo unijne oraz unijne orzecznictwo, możliwe jest wspieranie lokalnych MŚP przez krajowych zamawiających, przy uwzględnieniu celów strategicznych danego państwa. **Każdorazowo musi to jednak następować z poszanowaniem ogólnych zasad unijnego prawa zamówień publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem zasady proporcjonalności¹⁹ a także zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców.**
36. Podkreślić należy, że stosowanie prawa zamówień publicznych w celach innych niż wyłącznie bezpośrednia korzyść ekonomiczna zamawiających, tj. w tzw. celach drugoplanowych, nie jest niezgodna z prawem unijnym. Wsparcie dla MŚP to korzyść dla gospodarek krajowych, które pozostaje zgodne z prawem i politykami UE.
37. W preambułach do dyrektyw unijnych tj. Dyrektywy klasycznej oraz Dyrektywy sektorowej wprost wskazano, że ich celem jest ułatwienie udziału MŚP w zamówieniach publicznych oraz, że powyższe wynika z polityki UE wobec MŚP, a w szczególności ze strategii „Europa 2020” zawartej w komunikacie Komisji z dnia 3.03.2010 r. pt. „Europa 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”. Zatem obowiązkiem zamawiających jest prowadzenie postępowań o zamówienie publiczne zgodnie z ww. celami.
38. Realizacja przez zamawiających koncepcji *local content* jest możliwa w świetle obowiązujących przepisów prawa unijnego. Motyw 78 **Dyrektywy klasycznej** stanowi, że *zamówienia publiczne powinny być dostosowane do potrzeb MŚP. Instytucje zamawiające należy zachęcać do korzystania z kodeksu najlepszych praktyk określonego w dokumencie roboczym służb Komisji z dnia 25 czerwca 2008 r. zatytułowanym "Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych", zawierającego wytyczne mówiące o tym, w jaki sposób instytucje te mogą*

¹⁸ Zob. art. 18 ustawy z dnia 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych, Dz. U. 1994 nr 76 poz. 344;

¹⁹ J. Kola, „Koncepcja local content w systemie zamówień publicznych”, „Publicznoprawne aspekty udziału sektora MŚP w procesie realizacji strategicznych celów polityki rozwoju (Aspectos de derecho público de la participación del sector de PYMES en el proceso de implementación de los objetivos estratégicos de la política de desarrollo)”; Wydawnictwo Naukowe UAM w Poznaniu, 2021, str. 150;

stosować ramy zamówień publicznych, aby ułatwić udział MŚP. W tym celu oraz aby zwiększyć konkurencję, 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.

39. *Wielkość i przedmiot poszczególnych części zamówienia powinny być dowolnie określone przez instytucję zamawiającą, która zgodnie z odpowiednimi przepisami o obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia, powinna także mieć prawo do tego, by udzielić niektórych z tych części zamówienia bez stosowania procedur niniejszej dyrektywy. Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. W przypadku gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Przyczyny te mogłyby być na przykład następujące: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia²⁰.*
40. *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 obowiązkowym pod pewnymi warunkami. W tym samym celu państwa członkowskie powinny także mieć możliwość zapewnienia mechanizmów służących dokonywaniu bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców²¹.*
41. *Brak jest definicji legalnej „dużych zamówień”, o jakich stanowi wskazany powyżej motyw 78 Dyrektywy klasycznej. Nie wyjaśniają tego pojęcia ani dyrektywy ani ustawa Pzp. Mając na uwadze funkcjonujące rozróżnienie zamówień na krajowe i europejskie, można przyjąć, że do zamówień „dużych” należy zaliczyć zamówienia powyżej progów unijnych.*

²⁰ Motyw 78 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE;

²¹ *Ibidem*;

42. Ustawodawca unijny dopuszcza zatem stosowanie mechanizmów ułatwiających MŚP udział w rynku zamówień publicznych także w przetargach unijnych, które cechuje większy rygoryzm. *A maiori ad minus* można zatem postawić tezę, że stosowanie instytucji wzmacniających udział MŚP w rynku zamówień publicznych tym bardziej jest dozwolone i pożądane w postępowaniach krajowych (poniżej progów unijnych).
43. **Dyrektywa sektorowa** wprost przewiduje tzw. preferencje unijne będące swoistym uprawnieniem przyznanym zamawiającym sektorowym w art. 85 ust. 2 Dyrektywy sektorowej, zgodnie z którym *każda oferta przedłożona w kontekście udzielenia zamówienia na dostawy może zostać odrzucona, jeżeli udział produktów pochodzących z państw trzecich, zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013, przekracza 50 % całkowitej wartości produktów objętych ofertą. Do celów niniejszego artykułu oprogramowanie wykorzystywane w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych uważa się za produkt*²².
44. Polski ustawodawca wdrożył powyższe rozwiązanie przewidziane dyrektywą w art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może, w przypadku zamówienia na dostawy, odrzucić ofertę, w której udział produktów, w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, nie przekracza 50%, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli postępowanie nie jest wszczynane za pomocą ogłoszenia o zamówieniu - w SWZ.
45. Powyżej wskazane regulacje unijne i krajowe jednoznacznie wskazują na możliwość stosowania koncepcji *local content* także w przetargach unijnych.
46. Za dopuszczalnością korzystania przez zamawiających z koncepcji *local content* przemawia także najbardziej aktualne orzecznictwo unijne. W wyroku TSUE z dnia 17.09.2002 r. wydanym w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, dawniej Stagecoach Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki oraz HKL-Bussiliikenne Trybunał wskazał, że przepisów dyrektyw unijnych nie można interpretować w taki sposób, że każde z kryteriów udzielenia zamówienia, które zostało przyjęte przez zamawiającego celem zidentyfikowania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie musi koniecznie mieć charakter czysto ekonomiczny. Nie można bowiem wykluczyć, iż czynniki, które nie są czysto ekonomiczne, mogą mieć wpływ na ofertę z punktu widzenia tego zamawiającego²³. W dalszej części uzasadnienia wyroku Trybunał wskazał, że

²² Art. 85 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE;

²³ Wyrok TSUE z dnia 17 września 2002 r. wydanym w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, dawniej Stagecoach Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki oraz HKL-Bussiliikenne;

zasada równego traktowania wykonawców nie sprzeciwia się kryteriom związanym z ochroną środowiska naturalnego (...)”²⁴. Trybunał zatem uznał proekologiczne kryteria oceny ofert za zgodne z prawem unijnym.

47. Odnośnie postępowań krajowych i regulacji polskiej ustawy Pzp wskazać należy, że z początkiem 2021 r. weszła w życie nowa ustawa Prawo zamówień publicznych. **Miała zapewnić szerszy i łatwiejszy dostęp do zamówień publicznych dla przedsiębiorców z sektora MŚP.** W uzasadnieniu do obecnie obowiązującej ustawy Pzp ustawodawca wskazał oczekiwane efekty, jakie legły u podstaw uchwalenia nowych regulacji prawnych. Wśród nich wymienił:

- 1) zapewnienie stałego wzrostu gospodarczego Polski;
- 2) zapewnienie możliwości kształtowania polityki państwa przez zamówienia publiczne;
- 3) ograniczenie liczby zamówień udzielonych poza systemem zamówień publicznych;
- 4) zwiększenie liczby postępowań przeprowadzonych w trybach negocjacyjnych;
- 5) zwiększenie liczby przeprowadzonych wstępnych konsultacji rynkowych;
- 6) zwiększenie liczby ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- 7) **zwiększenie udziału MŚP w postępowaniach;**
- 8) zapobieganie wykluczeniu społecznemu i gospodarczemu;
- 9) ujednolicenie orzecznictwa KIO i sądów powszechnych dotyczącego zamówień publicznych;
- 10) zmniejszenie liczby sporów sądowych dotyczących zamówień publicznych;
- 11) zwiększenie efektywności kontroli zamówień publicznych;
- 12) ograniczenie liczby upadłości przedsiębiorstw w trakcie realizacji zamówienia publicznego.

48. *Ratio legis* wprowadzonych nowych regulacji prawnych można w skrócie określić jako zwiększenie przejrzystości i spójności systemu zamówień publicznych, z uwzględnieniem ich istotnej roli w kształtowaniu polityki państwa a także potrzeby wsparcia rozwoju MŚP oraz innowacyjnych i nowoczesnych produktów i usług.
49. Skoro przepisy unijne dopuszczają możliwość stosowania koncepcji *local content*, to tym bardziej korzystanie z tej koncepcji w przetargach poniżej progów unijnych jest dopuszczalne i niekiedy nawet pożądane, jeśli w efekcie przyczyniłoby się do zwiększenia zainteresowania MŚP rynkiem zamówień publicznych.

²⁴ *Ibidem*;

50. Mając na uwadze regulacje zarówno unijne jak i krajowe, należy opowiedzieć się za dopuszczalnością stosowania przez zamawiających koncepcji *local content* w krajowych oraz unijnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Pytanie 4 – instytucje przewidziane w ustawie prawo zamówień publicznych, na podstawie których możliwe jest realizowanie przez zamawiających koncepcji local content – wskazówki praktyczne

51. Niezależnie od tego z której z przewidzianych prawem instytucji skorzysta zamawiający, który będzie chciał wcielić w życie koncepcję *local content* najważniejsze z punktu widzenia oceny jej dopuszczalności będzie miało każdorazowo wykazanie przez zamawiającego funkcjonalnych powiązań pomiędzy tymi konkretnymi rozwiązaniami a celami i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego²⁵. Na zamawiającym będzie ciążył obowiązek wykazania zasadności i proporcjonalności zastosowania takich kryteriów. Co istotne, z koncepcji *local content* mogą czerpać także zamawiający prywatni.
52. **Możliwość składania ofert częściowych** (podział zamówienia na części) – najbardziej doniosły sposób ułatwiania dostępu MŚP do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. **Co istotne, Dyrektywa klasyczna i Dyrektywa sektorowa upoważniają państwa członkowskie do wprowadzenia obowiązku podziału zamówienia na części. Polski ustawodawca nie zdecydował się na takie rozwiązanie i pod auspicjami nowej ustawy Pzp (tak jak to miało miejsce w poprzednio obowiązującej ustawie Pzp z 2004 r.) dał zamawiającemu swobodę wyboru w tym zakresie²⁶.** Jeżeli zamawiający nie dokona podziału zamówienia na części, będzie zobowiązany do uzasadnienia takiej decyzji w dokumentach zamówienia²⁷. Przepis art. 91 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający może ograniczyć liczbę części, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem, że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia – w zaproszeniu do negocjacji²⁸. Może zatem mieć miejsce sytuacja, w której ten sam wykonawca złoży najkorzystniejsze oferty we wszystkich częściach zamówienia, a zamawiający zawrze z takim wykonawcą umowy tylko na kilka części. Takie prawo

²⁵ Tak też: J. Kola, „Koncepcja local content w systemie zamówień publicznych”, „Publicznoprawne aspekty udziału sektora MŚP w procesie realizacji strategicznych celów polityki rozwoju (Aspectos de derecho público de la participación del sector de PYMES en el proceso de implementación de los objetivos estratégicos de la política de desarrollo)”; Wydawnictwo Naukowe UAM w Poznaniu, 2021, str. 155;

²⁶ Por. G. Matejczuk, Dzielenie zamówienia na części. Powody niedokonania podziału, Magazyn Przetargi Publiczne, wydanie: styczeń 2018, str. 35; uzasadnienie do Projektu ustawy o zmianie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, pkt 11, str. 28;

²⁷ Art. 91 ust. 2 ustawy Pzp;

²⁸ Art. 91 ust. 3 ustawy Pzp;

zamawiającego przyznane przez ustawodawcę spowoduje zdywersyfikowanie świadczeń wykonawców. W przypadku skorzystania przez zamawiającego z możliwości dokonania podziału zamówienia na części, będzie on zobligowany do określenia w SWZ takich kryteriów lub zasad, które zastosuje w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie w przypadku gdyby oferta tego wykonawcy wygrała w większej liczbie części niż wynosi maksymalna ustalona przez zamawiającego liczba, na którą zamówienie mógłby uzyskać. Ustalony w ten sposób zasady nigdy jednak nie powinny prowadzić do zniechęcenia wykonawców do składania ofert na wiele części²⁹.

53. **Warunki udziału w postępowaniu** – rezygnacja z formułowania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 57 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (a) nie podlegają wykluczeniu; (b) spełniają warunki udziału w postępowaniu, **o ile zostały one określone przez zamawiającego**³⁰. To zamawiający decyduje, czy sformułuje, a jeśli tak to jakie, warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli zamawiający nie postawi warunków dla wykonawców, wówczas nie będą musieli składać dokumentów ani oświadczeń potwierdzających ich spełnienie. Decyzja zamawiającego o rezygnacji z warunków udziału w postępowaniu zawsze będzie prowadziła do rozszerzenia konkurencji, co jest pożądane. Zrezygnowanie ze stawiania warunków w toku postępowania nie będzie zatem stanowiło naruszenia przepisów ustawy Pzp.
54. **Podstawy wykluczenia** – brak stosowania przesłanek fakultatywnych tam, gdzie nie jest to niezbędne. Przepis art. 109 ustawy Pzp zawiera katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania. Zamawiający może zrezygnować z ich stosowania, jeżeli ich brak nie zagrazi prawidłowemu wykonaniu zamówienia, nie zakłóci konkurencji czy też nie spowoduje innych negatywnych konsekwencji związanych z prawidłowym wyborem oferty najkorzystniejszej. Stosowanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia zawsze musi wiązać się ze skonkretyzowanym celem, który przez ich zastosowanie chce osiągnąć zamawiający. Stosowanie fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawców, które są nieistotne dla danego zamówienia stanowi naruszenie zasady proporcjonalności.
55. **Kryteria oceny ofert** – za ich pomocą zamawiający nie może wprost promować przedsiębiorców z sektora MŚP, ale nie jest zakazane stosowanie kryteriów, które preferują sposób wykonywania zamówienia, które łatwiej jest osiągnąć mniejszym przedsiębiorcom niż dużym firmom. Przykładem takiego kryterium może być zatrudnianie przez MŚP pracowników zamieszkałych w bezpośredniej bliskości miejsca realizacji przedmiotu zamówienia, z czym wiąże się kryterium wskazujące na czas reakcji wykonawcy i stawiennictwa na wezwanie zamawiającego³¹. Koniecznym jest jednak

²⁹ W. Dzierżanowski, „Zwiększenie udziału MŚP w rynku zamówień publicznych”, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2018 r., str. 36;

³⁰ Art. 57 pkt 1 i 2 ustawy Pzp;

³¹ W. Dzierżanowski, „Zwiększenie udziału MŚP w rynku zamówień publicznych”, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2018 r., str. 40, 41;

wykazanie, że zastosowane przez zamawiającego kryterium jest dostosowane do osiągnięcia zamierzonego przez zamawiającego celu. Przykładowo w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa) TSUE zakwestionował zasadność zastosowania kryterium posiadania przez wykonawcę „co najmniej dwóch zakładów produkcyjnych wytwarzających tlen położonych w odległości mniejszej niż 1000 km od stolicy prowincji, w której zamówienie miało być realizowane”. Zamawiający ograniczenie to uzasadniał **bezpieczeństwem dostaw**. Trybunał wskazał, że przyjęte przez zamawiającego kryterium 1000 km wydaje się być niestosowne do realizacji zamierzonego celu. Przy stosowaniu konkretnego kryterium na zamawiającym każdorazowo spoczywa obowiązek wykazania, że jest ono niezbędne do uzyskania oczekiwanego przez zamawiającego rezultatu.

56. **Odpowiednie kształtowanie opisu przedmiotu zamówienia** – istotnym ułatwieniem dla każdego wykonawcy, ale w szczególności dla MŚP jest sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, dokładny i zrozumiały³². W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano wagę dokonania precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Odpowiedzialność za wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, na podstawie którego możliwe jest ujęcie przez wykonawcę wszystkich kosztów wykonania zamówienia spoczywa na zamawiającym, a wystąpienie okoliczności, których nie można było przewidzieć przed złożeniem oferty nie może powodować ponoszenia przez wykonawcę ich negatywnych skutków³³. Niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia powoduje nie tylko ryzyko złożenia przez wykonawcę nieadekwatnej oferty, ale generuje także większą ilość pracy po stronie samego zamawiającego, który będzie zobowiązany do udzielenia odpowiedzi na pytania do SWZ. Niezwykle istotnym jest zatem zadbanie przez zamawiającego, aby opis przedmiotu zamówienia zawierał wszystkie niezbędne elementy pozwalające na przygotowanie przez wykonawcę oferty, która najpełniej zaspokoi potrzebę zakupową zamawiającego.
57. **Odstąpienie od żądania wadium (rozsądna wysokość wadium)** – zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, odnoszącym się do postępowań o udzielenie zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium. Powyższe oznacza, że żądanie wniesienia wadium w tego rodzaju postępowaniach jest fakultatywne i zależy od decyzji zamawiającego. Podobnie jest w postępowaniach o udzielenie zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne (do których na mocy art. 266 ustawy Pzp stosuje się powyższy przepis dotyczący wadium), jak również w zamówieniach sektorowych (art. 362 pkt 1 ustawy Pzp). Oznacza to, że bez względu na wartość i rodzaj zamówienia oraz tryb

³² Art. 99 ust. 1 ustawy Pzp;

³³ Postanowienie KIO z dnia 9 listopada 2020 r., sygn. KIO 2817/20, SzuKIO;

prowadzonego postępowania, zamawiający nie ma obowiązku żądania wniesienia wadium. W przeciwieństwie do poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., w nowej ustawie Pzp ustawodawca zrezygnował z obligatoryjnego żądania wadium w przetargach powyżej progów unijnych. W uzasadnieniu do projektu nowej ustawy Pzp wskazano, że w celu uproszczenia prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przewidziano zasadę fakultatywności wadium mającą zastosowanie do wszystkich postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy ustawy. A zatem, bez względu na wartość zamówienia i bez względu na tryb, w jakim postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone, zamawiający nie ma już obowiązku żądania od wykonawców wniesienia wadium³⁴. Tym samym wadium stało się instytucją fakultatywną. Każdorazowa decyzja zamawiającego o rezygnacji z wadium to poszerzenie konkurencyjności w danym postępowaniu.

58. **Przyjazny wykonawcom wzorzec umowy** – formułując wzorzec umowy zamawiający powinien kierować się zasadą proporcjonalności. Umowa nie powinna zawierać postanowień skrajnie niekorzystnych dla wykonawców. Przenoszenie na wykonawcę znacznej części ryzyk umownych w efekcie zniechęca do uczestnictwa w postępowaniach przetargowych. Aktualnie obowiązująca ustawa Pzp zawiera tzw. katalog klauzul abuzywnych, tj. zakazanych postanowień umownych³⁵. Jest to *novum* w porównaniu z poprzednio obowiązującą ustawą. Intencją ustawodawcy było zagwarantowanie bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron tak, aby nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawców oraz wyeliminowanie postanowień umowy rażąco naruszających ich interesy³⁶. Wzorzec umowy o zamówienie publicznie nie może przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia, naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron³⁷. Z kolei przepis art. 436 ustawy Pzp wskazuje elementy, które obligatoryjnie powinna zawierać umowa zawierana w reżimie Pzp. Ustawodawca przewidział także w umowach, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, obowiązek zawierania postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (obowiązkowe klauzule waloryzacyjne). Powyższe rozwiązanie ma szczególne znaczenie w obecnej sytuacji gospodarczej.

³⁴ Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11.09.2019 r., str. 1; str. 32;

³⁵ Art. 433 ustawy Pzp;

³⁶ Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11.09.2019 r., str. 1; str. 83;

³⁷ Art. 433 ustawy Pzp;

59. W kontekście umowy o zamówienie publiczne należy wskazać także na bardzo istotne z punktu widzenia MŚP narzędzie przewidziane przez ustawodawcę. Przepis art. 442 ustawy Pzp przewiduje możliwość **udzielenia zaliczek** na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Udzielanie zaliczek ma szczególne znaczenie dla wykonawców z sektora MŚP, bowiem zazwyczaj posiadają oni mniejsze zasoby finansowe. Zaliczkowanie umożliwia wykonawcom składanie ofert w postępowaniach, w których wielkość zamówienia jest znaczna w porównaniu do wielkości firmy oferenta. Zaliczka może także przyczynić się do korzystniejszego skalkulowania oferty przez wykonawcę. Nowa ustawa Pzp wprowadziła obowiązek wypłaty wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udzielenia zaliczki, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Obowiązek ten aktualnie dotyczy wszystkich kategorii umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a nie tylko umów na roboty budowlane. Rozwiązania takie miało na celu poprawienie płynności finansowej wykonawców, zwłaszcza z sektora MŚP oraz obniżenie po ich stronie kosztów realizacji umowy w zakresie konieczności pozyskiwania finansowania, a w konsekwencji miało przełożyć się na kwestie konkurencyjności, atrakcyjności ubiegania się o zamówienia publiczne szerszej grupy wykonawców³⁸. Zasadnym jest zatem stosowanie zaliczek za każdym razem, gdzie może przyczynić się to do zwiększenia konkurencji. Zaliczki są nadto zgodne z polityką UE.
60. **Zasady spełnienia warunków przez konsorcja** – możliwość złożenia oferty przez konsorcjum zwiększa potencjał wykonawców, daje bowiem MŚP większą szansę na spełnienie warunków stawianych przez zamawiającego w postępowaniu. Zgodnie z art. 117 ust 1 ustawy Pzp zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, **sposób** spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Powyższe oznacza, że swoboda konsorcjantów w zakresie spełniania poszczególnych warunków udziału w postępowaniu może zostać ograniczona przez zamawiającego. Dlatego tak istotnym jest, aby zamawiający nie decydowali się na określanie takiego sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez konsorcja, który miałby charakter dyskryminacyjny i ograniczałby potencjał konsorcjum.
61. **Brak sztucznego łączenia (sumowania) zamówień** – w praktyce zdarza się, że zamawiający z nadmiernej ostrożności łączą zamówienia, które mogą stanowić przedmiot odrębnych postępowań przetargowych. Ta nadgorliwość zamawiających powodowana obawą naruszenia przepisów ustawy w przypadku błędnej decyzji o dokonaniu podziału, może w efekcie doprowadzić do naruszenia zasad niedyskryminacji i proporcjonalności. Zbędne łączenie zamówień przez zamawiających utrudnia spełnienie wymogów

³⁸ Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11.09.2019 r., str. 85;

formalnych i ogranicza dostęp do rynku zamówień. Dlatego też tak ważna jest racjonalna ocena zamawiającego zasadności łączenia zamówienia, bowiem zakaz dzielenia zamówienia w celu uniknięcia stosowania ustawy wprowadzony przez ustawodawcę do prawa zamówień publicznych³⁹ nie oznacza automatycznie zasady sumowania zamówień.

62. **Stosowanie art. 30 ust. 4 ustawy Pzp** – w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy ustawy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80.000,00 euro dla dostaw lub usług oraz 1.000.000,00 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia. W przypadku zamówień udzielanych w częściach zamawiający może zatem z różnych względów (ekonomicznych, organizacyjnych itd.) podjąć decyzję o ich udzielaniu w kilku postępowaniach, przy czym wartością zamówienia udzielanego w częściach w odrębnych postępowaniach jest łączna wartość tych części⁴⁰. Przewidziane w art. 30 ust. 4 ustawy Pzp zasady szacowania zamówień umożliwiają zatem adresowanie mniejszych zamówień do MŚP.
63. **Brak zastrzegania obowiązku osobistego wykonania części zamówienia** – zgodnie z obowiązującą ustawą Pzp zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy⁴¹. Jeżeli zamawiający zastrzeże obowiązek osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę, to wobec tej części wykonawca nie będzie mógł korzystać z podwykonawstwa. Takie zastrzeżenie może zatem dla wykonawców dysponujących mniejszym potencjałem stanowić wymóg istotnie utrudniający udział w postępowaniu. Przede wszystkim wykonawcy będą musieli samodzielnie wykonać większą część zamówienia oraz będą musieli samodzielnie spełnić warunek dotyczący doświadczenia. Aby zatem ułatwiać MŚP dostęp do udziału w rynku zamówień publicznych postuluje się zastrzeganie przez zamawiających osobistego wykonania kluczowych części zamówienia z rozważą. Tam gdzie nie jest to niezbędne dla osiągnięcia celu przez zamawiającego – nie należy tego robić.
64. **Udzielanie odpowiedzi na wszystkie pytania do SWZ** – wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ⁴². Ustawodawca wprowadził do prawa zamówień publicznych cezurę czasową dotyczącą składania wniosku o wyjaśnienie treści SWZ. Od tego, w którym momencie wpłynie wniosek wykonawcy, powstanie obowiązek udzielenia odpowiedzi przez zamawiającego bądź brak takiego

³⁹ Art. 29 ust. 2 ustawy Pzp;

⁴⁰ M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 30;

⁴¹ Art. 121 pkt 1) i 2) ustawy Pzp;

⁴² Art. 135 ust. 1 ustawy Pzp;

obowiązku. Jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynie do zamawiającego nie później niż na 14 dni przed terminem składania ofert – w wypadku wyznaczenia terminu składania ofert minimum 35 dni lub na 7 dni przed terminem składania ofert – w wypadku skorzystania przez zamawiającego ze skróconego terminu składania ofert (minimum 15 dni) zamawiający będzie zobowiązany do udzielenia odpowiedzi na takie zapytanie. Gdy wniosek taki wpłynie później, zamawiający może, ale nie musi udzielić odpowiedzi na zadane pytania. Warunkiem powstania obowiązku udzielenia wyjaśnień jest więc wpłynięcie wniosku do zamawiającego w przywołanym terminie⁴³. Nie istnieje zatem zakaz udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców, które wpłynęły po terminie do obligatoryjnego udzielenia odpowiedzi. Podejmując decyzję o udzieleniu odpowiedzi na tak zadane pytania zamawiający nie narusza w żadnym zakresie ustawy Pzp. Nadto, zamawiający odpowiadając na wszystkie pytania wykonawców działa we własnym interesie, bowiem zwiększa swoją szansę na otrzymanie od wykonawcy świadczenia, które najpełniej zaspokoi jego potrzebę zakupową. Udzielając odpowiedzi na pytania do SWZ zamawiający powinien także mieć na uwadze jakość swoich odpowiedzi. Należy uznać za błędną praktykę odpowiadanie na pytania wykonawców „tak jak w SWZ”. Taka odpowiedź *de facto* nie prowadzi do wyjaśnienia treści SWZ, a jest stosowana nagminnie przez zamawiających. Tego rodzaju odpowiedzi nie można także zakwalifikować jako spełnienie obowiązku zamawiającego nałożonego przez ustawodawcę. Mając na uwadze powyższe, zamawiający, aby ułatwić wykonawcom, a w szczególności wykonawcom z sektora MŚP, udział w zamówieniach publicznych, powinien udzielać odpowiedzi na wszystkie pytania wykonawców, nawet te, które wpłyną do niego po terminie obligującym do udzielenia takiej odpowiedzi. Jeżeli bowiem wątpliwości wykonawców nie zostaną usunięte, to wówczas istnieje uzasadnione ryzyko, że zamawiający nie uzyska właściwego świadczenia.

65. **Wydłużanie terminu składania ofert** – ustawa Pzp przewiduje minimalne terminy składania ofert. Ustawowe terminy mogą być zatem wydłużane przez zamawiających. Termin na złożenie oferty powinien być adekwatny dla prawidłowego i pełnego przygotowania oferty. Konkretny termin składania ofert musi każdorazowo być poddany analizie przez zamawiającego pod kątem oceny jego adekwatności do przedmiotu zamówienia. Przedstawiciele doktryny stoją na zgodnym stanowisku, że dobrą praktyką jest przedłużanie terminów składania ofert nawet wówczas, gdy nie jest to niezbędne⁴⁴. Zamawiający decydując się na przedłużenie terminu składania ofert działa również we własnym interesie, albowiem udzielenie wykonawcom dłuższego czasu na przygotowanie ofert pozwala na uzyskanie lepiej przygotowanych ofert, a w efekcie lepszego świadczenia wykonawcy. Wydłużanie terminów składania ofert ma istotne

⁴³ M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 135;

⁴⁴ W. Dzierżanowski, „Zwiększenie udziału MŚP w rynku zamówień publicznych”, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2018 r., str. 34;

znaczenie zwłaszcza dla MŚP, ponieważ wykonawcy ci zazwyczaj nie posiadają stałych wyspecjalizowanych komórek czy personelu, który jest w stanie szybko przygotować ofertę zawierającą wszystkie niezbędne elementy.

66. **Stosowanie wynagrodzenia kosztorysowego** – taka formuła zachęca wykonawców do udziału w rynku zamówień publicznych. Wykonawcy chętniej składają oferty w postępowaniach, w których zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe, nie zaś ryczałtowe. Ustalenie ostatecznego wynagrodzenia należnego wykonawcy jest wówczas dużo bardziej elastyczne i uwzględnia rzeczywisty wymiar pracy wykonawcy. Stosowanie wynagrodzenia kosztorysowego stanowi zatem rodzaj zachęty dla MŚP do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Stosowanie wynagrodzenia ryczałtowego rodzi wśród wykonawców obawy, że nie będą mogli domagać się od zamawiającego zapłaty wyższego wynagrodzenia w przypadku poniesienia większych kosztów w wykonaniu zamówienia, niż pierwotnie kalkulowali.
67. **Brak żądania przedkładania dokumentów tam, gdzie wystarczające są oświadczenia wykonawców** – zgodnie z art. 126 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Wezwanie, o którym mowa powyżej jest możliwe jedynie wtedy, gdy jest to rzeczywiście niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Nadmierne korzystanie z powyższej instytucji może doprowadzić do obejścia zasady potwierdzania wymaganych okoliczności na podstawie oświadczenia wstępnego i żądaniu podmiotowych środków dowodowych od wszystkich wykonawców, bez uzasadnionej przyczyny. Postulowanym rozwiązaniem jest zatem rezygnacja przez zamawiającego z żądania przedkładania dokumentów tam gdzie nie jest to niezbędne i poprzestanie na oświadczeniach wykonawców.

Pytanie 5 – local content w zamówieniach nieobjętych ustawą Prawo zamówień publicznych

68. W poprzednio obowiązującym stanie prawnym zamawiający nie byli zobowiązani do stosowania przepisów prawa zamówień publicznych w postępowaniach o wartości poniżej 30.000,00 EUR.
69. Obecnie obowiązująca ustawa Pzp stanowi, że jej przepisy stosuje się do zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których **wartość** jest równa lub przekracza kwotę 130.000,00 złotych, przez zamawiających publicznych⁴⁵. Ustawodawca zrezygnował z posługiwania się kwotą wyrażoną w walucie euro, co stanowi ułatwienie

⁴⁵ Art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp;

- dla zamawiających. Warto jednak zauważyć, że wprowadzona do ustawy kwota 130.000,00 zł stanowi w przybliżeniu równowartość w złotych poprzednio zawartej w przepisach kwoty 30.000,00 euro⁴⁶.
70. Podstawą ustalenia **wartości** zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością⁴⁷.
 71. Powyższe oznacza, że zamówienia o wartości poniżej 130.000,00 zł są wyłączone spod reżimu Pzp. Mimo iż ustawodawca ostatecznie nie posługuje się pojęciem „zamówień bagatelnych” czy „progu bagatelności”, to w praktyce tego rodzaju zamówienia wyłączone spod stosowania Pzp są określane tym terminem⁴⁸.
 72. Decyzja ustawodawcy i rezygnacji z uregulowania w nowej ustawie Pzp zamówień „bagatelnych” wynikała z przychylenia się do postulatów uczestników rynku zamówień publicznych, zwłaszcza zamawiających, którzy wskazywali na **zbytnie sformalizowanie udzielania zamówień o najmniejszej wartości**. Zamawiający podnosili również kwestię ewentualnych niejasności, które mogą towarzyszyć nowym rozwiązaniom w zakresie zamówień „bagatelnych”, zwłaszcza mając na uwadze, że nowa ustawa Pzp przewiduje wiele rozwiązań wymagających, po stronie zamawiających, profesjonalizacji procesu zakupowego⁴⁹.
 73. W zamówieniach „bagatelnych”, wyłączonych spod ustawy Pzp, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, z wyłączeniem przepisów Prawa zamówień publicznych (zasada swobody umów).
 74. W związku z tym, że w postępowaniach o wartości poniżej 130.000,00 zł nie stosuje się ustawy Pzp, zamawiający mają dużo większą (ale nie niczym nieograniczoną) swobodę w dokonywaniu tego typu zakupów.
 75. Brak stosowania ustawy Pzp nie oznacza, że zamawiający nie są zobowiązani do stosowania jakichkolwiek reguł. W szczególności związani są ogólnymi zasadami prawa zamówień publicznych, takimi jak m. in. zasada jawności, uczciwej konkurencji, proporcjonalności, pisemności.
 76. Zamówienia „bagatelne” udzielane są na podstawie wewnętrznych regulaminów zamawiających.

⁴⁶ Kwota 30.000,00 EUR obowiązywała na mocy art. 4 pkt 8 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp z 2004 r.;

⁴⁷ Art. 28 ustawy Pzp;

⁴⁸ Pierwotnie w nowej ustawie Pzp ustawodawca posługiwał się terminem zamówień bagatelnych zdefiniowanych jako zamówienia wartości nie mniejszej niż 50.000,00 zł oraz mniejszej niż 130.000,00 zł i stosował wobec nich obowiązek zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych (art. 2 ust. 2 oraz art. 268 Pzp). Przepisy te zostały uchylone przez art. 2 pkt 1 i pkt 49 ustawy z dnia 27 listopada 2020 r. (Dz.U.2020.2275) zmieniającej ustawę Pzp z dniem 1 stycznia 2021 r.

⁴⁹ Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 27.11.2020 r. o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy – prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, str. 20-21;

77. W praktyce często zamawiający w regulaminie udzielania zamówień o wartości poniżej 130.000,00 zł wprowadza na własne potrzeby dodatkowe progi np. do kwoty 15.000,00 zł, powyżej 15.000,00 zł do poniżej 50.000,00 zł oraz od kwoty 50.000,00 zł do 130.000,00 zł. Zamówienia o najmniejszej wartości cechują się najniższym stopniem sformalizowania.
78. Zamówienia nieobjęte ustawą Pzp cieszą się szczególnym zainteresowaniem MŚP. Oprócz obowiązku stosowania do nich ogólnych zasad prawa zamówień publicznych, zamawiający zobowiązani są do poszanowania reguł wynikających z krajowego ustawodawstwa – m. in. ustawy o finansach publicznych. Prawo realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych przysługuje **ogółowi podmiotów**, chyba że odrębne ustawy stanowią inaczej⁵⁰. Wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, w celu uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów, przy doborze optymalnych metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań⁵¹.
79. Udzielanie zamówień wyłączonych spod obowiązku stosowania ustawy Pzp musi także odbywać się z poszanowaniem reguł zawartych w TFUE, takich jak: niedyskryminowanie wykonawców ze względu na przynależność państwową, swobodny przepływ towarów, brak ograniczeń ilościowych w przywozie i wywozie, zasada swobody prowadzenia działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług.
80. Udzielanie zamówień nieobjętych ustawą Pzp bez zastosowania jakichkolwiek reguł stanowiłoby naruszenie prawa zarówno krajowego jak i unijnego. Ramami, w obrębie których powinien poruszać się zamawiający dokonując zakupów poniżej 130.000,00 zł powinny być wskazane powyżej ogólne zasady prawa zamówień publicznych oraz przepisy ustaw krajowych i w pewnym zakresie regulacje unijne.
81. Również te zamówienia, wobec których nie ma obowiązku stosowania ustawy Pzp nie mogą być udzielane w sposób uznaniowy.
82. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia bagatelnego dokonują analizy rynku i wstępnie selekcionują wykonawców, których zaproszą do złożenia ofert w postępowaniu. W przypadku zamówień o wyższej wartości zaproszenie do składania ofert zamawiający często publikuje np. na swojej stronie internetowej.
83. W związku z brakiem ingerencji ustawodawcy odnośnie reguł udzielania przez zamawiających zamówień o wartości poniżej 130.000,00 zł, ich dużo mniejszym formalizmem oraz faktem, iż cieszą się dużo większym zainteresowaniem wśród MŚP, rozważania zawarte w niniejszej Opinii dotyczące instytucji przewidzianych w ustawie Pzp, na podstawie których możliwe jest realizowanie przez zamawiających koncepcji

⁵⁰ Art. 43 ustawy o finansach publicznych;

⁵¹ Art. 44 ustawy o finansach publicznych;

local content, są aktualne także w odniesieniu do zamówień bagatelnych z odpowiednimi modyfikacjami uwzględniającymi charakter zamówień wyłączonych spod stosowania przepisów ustawy. W szczególności mniejsze znaczenie może mieć w tym kontekście podział zamówienia na części w sytuacji, kiedy wartość zamówienia bagatelnego jest już tak niska, że zasadniczo nie powinna stanowić bariery dla MŚP. W niektórych jednak przypadkach podział „bagatelnego” zamówienia może pozytywnie wpłynąć na zmobilizowanie mikroprzedsiębiorców do udziału w takim postępowaniu, co również jest pożądane.

Pytanie 6 – polityka zakupowa państwa a zasada *local content*

84. Podstaw wspierania rozwoju potencjału MŚP w zamówieniach publicznych można doszukać się w oficjalnych dokumentach programowych przyjętych przez Radę Ministrów, określających strategię rozwoju na najbliższe lata.
85. Tego rodzaju dokumentem jest **Polityka zakupowa państwa**, stanowiąca Załącznik do uchwały nr 6 Rady Ministrów z dnia 11.01.2022 r. w sprawie przyjęcia Polityki zakupowej państwa⁵².
86. Polityka zakupowa państwa, opisująca strategię zakupową przyjętą na lata 2022–2025 stanowi dokument o strategicznym znaczeniu dla systemu zamówień publicznych, określającym priorytetowe działania państwa w tym obszarze.
87. Wspomniana strategia jest kierowana przede wszystkim do jednostek administracji rządowej i ma za zadanie wyznaczyć kierunek zamawiających w zakresie udzielanych zamówień publicznych. **Jednym z jej głównych celów jest zmiana spojrzenia na zamówienia publiczne i odejście od postrzegania zamówień publicznych wyłącznie w kategoriach sformalizowanych procedur, których dochowanie jest głównym i najważniejszym celem zamawiającego.**
88. **Zamówienia publiczne mają być w większym stopniu postrzegane jako instrument zwiększający poziom innowacyjności krajowej gospodarki oraz przyczyniający się do realizacji celów zrównoważonego rozwoju, tj. celów o charakterze społecznym, środowiskowym oraz zdrowotnym.**
89. Pomimo tego, że obowiązek stosowania polityki zakupowej obejmuje zamawiających wchodzących w skład administracji rządowej, to określone korzyści wynikają z niej również dla pozostałych zamawiających. Oprócz jednostek administracji rządowej, polityka będzie wywoływała określone powinności także wobec innych instytucji zamawiających, które np. są beneficjentami programów i funduszy rządowych, w zakresie wskazanym w polityce. W związku z tym, Polityka zakupowa państwa może

⁵² Monitor Polski z 2022 r., poz. 125;

stanowiąc przydatne i ważne źródło wiedzy oraz podstawę wypracowania optymalnych praktyk zakupowych również dla zamawiających spoza administracji rządowej.

90. Dokument Polityki zakupowej państwa został podzielony na trzy priorytety: priorytet – Profesjonalizacja (rozdział IV), priorytet – Rozwój potencjału MŚP (rozdział V) oraz priorytet – Zrównoważone i innowacyjne zamówienia publiczne (rozdział VI), określające cele do zrealizowania oraz zamierzenia zaplanowane na lata 2022–2025.
91. Podkreślenie istotnej roli oraz znaczenia przedsiębiorców należących do sektora MŚP we współczesnej gospodarce, w szczególności w kształtowaniu jej przewag konkurencyjnych, znalazło odzwierciedlenie w założeniach krajowej oraz unijnej polityki gospodarczej. **Jak wskazano w Polityce zakupowej państwa, MŚP uczestniczą w tworzeniu lokalnych, a więc bardzo pożądanых, miejsc pracy, a także budowaniu potencjału regionalnych społeczności oraz rynków. We wspomnianym dokumencie podkreślono również dynamikę oraz elastyczność funkcjonowania MŚP, a także skłonność do kreowania innowacji oraz „zielonych” rozwiązań i technologii, które mają szczególne znaczenie w procesie transformacji gospodarki europejskiej w kierunku gospodarki innowacyjnej oraz zrównoważonej.**⁵³
92. MŚP w swojej działalności w dużym stopniu uwzględniają lokalne uwarunkowania społeczno-gospodarczych, a ich znaczenie jest szczególnie istotne na terenach oddalonych od dużych ośrodków miejskich lub przemysłowych. Zauważalne jest również coraz większe zainteresowanie MŚP zarządzaniem opartym o zasady społecznej odpowiedzialności biznesu (ang. Corporate Social Responsibility, CSR), którego elementem są m.in. działania na rzecz lokalnej społeczności, kampanie społeczne, wolontariat pracowniczy.⁵⁴
93. Obok priorytetu polityki państwa zakładającego rozwój potencjału MŚP, kolejnym priorytetem są zrównoważone i innowacyjne zamówienia publiczne.
94. **Zrównoważone zamówienia publiczne** – oznaczają taki sposób organizacji postępowania o udzielenie zamówienia, który uwzględnia aspekty środowiskowe lub społeczne, przy jednoczesnym zapewnieniu celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych.⁵⁵
95. Wśród zamówień zrównoważonych można rozróżnić tzw.: (1) **zamówienia społeczne**, (2) **zamówienia zdrowotne** oraz (3) **zielone zamówienia**.
96. W ramach **zamówień społecznych**, zamawiających obok zaspokojenia własnej potrzeby zakupowej, powinni uwzględnić również aspekty społeczne, takie jak:

⁵³ Polityka zakupowa państwa, str. 19.

⁵⁴ Polityka zakupowa państwa, str. 19.

⁵⁵ Zrównoważone zamówienia publiczne. Aspekty społeczne i środowiskowe w procedurze udzielania zamówienia w świetle nowelizacji ustawy - Prawo zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych, str. 5.

- (a) wymóg zatrudnienia m.in. osób bezrobotnych, poszukujących pracy, osób usamodzielnianych czy też z niepełnosprawnościami;
 - (b) godną pracę;
 - (c) zgodność z prawami społecznymi i z prawem do pracy;
 - (d) integrację społeczną osób marginalizowanych (w tym także osób z niepełnosprawnościami);
 - (e) równość szans i niedyskryminację;
 - (f) zapewnienie dostępności dla wszystkich zainteresowanych;
 - (g) uwzględnienie kryteriów zrównoważonego rozwoju, w tym kwestii etycznego handlu oraz szerszego dobrowolnego przestrzegania zasad społecznej odpowiedzialności biznesu (CSR).
81. Zamówienia społeczne zakładają zatem wprowadzenie dodatkowych wymagań przez zamawiającego do dokumentów zamówienia, które umożliwią realizację określonych celów społecznych w ramach udzielanych zamówieniach publicznych.
82. Wspomniane aspekty społeczne mogą być uwzględniane na różnych etapach procesu udzielania zamówienia publicznego, takich jak planowanie i przygotowanie postępowania, prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, jak również na etapie realizacji zamówienia.
83. Zgodnie z art. 21 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp polityka zakupowa państwa winna uwzględniać obok aspektów społecznych, również aspekty zdrowotne. Zamówienia zdrowotne powinny stymulować kształtowanie wśród społeczeństwa właściwych nawyków żywieniowych, a w konsekwencji także zachowań prozdrowotnych czy kreowania środowiska promującego zdrowy styl życia, mających na celu m. in.:
- a) zmianę struktury spożycia produktów o wysokiej zawartości cukru, soli, tłuszczu;
 - b) mechanizm przeciwdziałania negatywnym zachowaniom zdrowotnym;
 - c) zmniejszenie częstości występowania żywieniowych czynników ryzyka przewlekłych chorób niezakaźnych;
 - d) zahamowanie trendów wzrostowych nadwagi i otyłości, a co za tym idzie zmniejszenie częstości występowania chorób metabolicznych, chorób układu krążenia czy nowotworów dietozależnych.
84. Tzw. **zielone zamówienia** przyczyniają się do kształtowania odpowiedzialnych postaw społecznych w zakresie ochrony środowiska, poprawy warunków życia regionalnych i lokalnych społeczności oraz ograniczenia negatywnego oddziaływania na środowisko m.in. poprzez:

- a) ograniczenie emisji gazów cieplarnianych – np. przez zakup produktów i usług o niższym śladzie węglowym w całym cyklu życia;
 - b) ograniczenie zużycia wody – np. przez zakup urządzeń o zmniejszonym zapotrzebowaniu na wodę;
 - c) ograniczenie zanieczyszczenia powietrza, wody i gleby – np. przez zakup pojazdów elektrycznych do realizacji usługi transportu publicznego;
 - d) ograniczenie ilości produkcji odpadów – np. przez wykorzystanie technologii biodegradowalności w produkcji;
 - e) oszczędność energii – np. przez wykorzystywanie odnawialnych źródeł energii;
 - f) ograniczenie wykorzystania surowców naturalnych (pierwotnych) — np. przez wykorzystanie odpadowych surowców wtórnych.
85. Dzięki tzw. zielonym zamówieniom wydatkowanie środków publicznych może być połączone z realizacją celów zrównoważonego rozwoju, a także ważnych celów gospodarczych, takich jak wzrost innowacyjności gospodarki.
86. Uwzględnianie przez zamawiających w zamówieniach publicznych **kwestii środowiskowych i klimatycznych** nie stoi na przeszkodzie efektywnemu zaspokajaniu własnych potrzeb zakupowych czy też realizacji określonych zadań. Aspekty środowiskowe w ramach zamówień publicznych pozwalają zaspokoić potrzeby zamawiających, a przy tym pozwalają osiągnąć realne korzyści ekonomiczne w całym cyklu życia produktu, i jednocześnie w możliwie najszerszym zakresie są przyjazne dla środowiska i klimatu.
87. Polityka zakupowa państwa przewiduje, że aspekty środowiskowe mogą zostać wykorzystane w opisie przedmiotu zamówienia (np. wymagania dotyczące określonych poziomów oddziaływania na środowisko); warunkach udziału w postępowaniu lub w fakultatywnych podstawach wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia (np. obowiązek spełniania wymogów systemów lub norm zarządzania środowiskowego, brak naruszenia nakazów i zakazów w dziedzinie ochrony środowiska); kryteriach oceny ofert (np. kryteria odnoszące się do efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia); wymaganiach związanych z realizacją zamówienia (np. wymagania dotyczące określonych środków zarządzania środowiskowego).⁵⁶
88. **Zamówienia innowacyjne** – Polityka zakupowa państwa zachęca zamawiających do uwzględnienia aspektów innowacyjnych w procesie zamówień publicznych i wskazuje, że rolą polityki zakupowej państwa powinno być włączenie środków wydatkowanych w ramach systemu zamówień publicznych do działań państwa w zakresie rozwoju polskich

⁵⁶ Polityka zakupowa państwa, str. 33.

innowacji. Podkreśla się przy tym, że zamawiający publiczni mają potencjał, aby jako klienci na innowacje, przy wykorzystaniu środków, jakim dysponują, stali się ważnym impulsem dla rozwoju technologii.⁵⁷

89. W związku z powyższym celem Polityki zakupowej państwa powinno być m.in.:
- a) podnoszenie innowacyjności polskiej gospodarki;
 - b) rozwój polskich przedsiębiorstw, w tym w szczególności należących do sektora MŚP, startupów i przedsiębiorstw konkurencyjnych oraz zdolnych do gwałtownego zwiększenia potencjału;
 - c) budowanie przestrzeni do opracowywania lub wykorzystywania już opracowanych innowacyjnych technologii, w oparciu o które mogą powstać przedsiębiorstwa konkurencyjne na rynku krajowym, europejskim, a nawet światowym.

Obowiązująca ustawa Pzp przewiduje szereg instytucji możliwych do wykorzystania przez zamawiających, w tym w szczególności przez JST realizujące przetargi zarówno unijne jak i krajowe, które powodują, że rynek zamówień publicznych może być przyjazny dla MŚP.

Oparcie systemu zamówień publicznych na współpracy sektora publicznego i prywatnego, której powinien przyświecać cel kształtowania dobrych praktyk w relacji na linii zamawiający – wykonawca, powoduje zmianę mentalności uczestników rynku zamówieniowego i ukierunkowanie jej na dialog i współpracę.

Taka postawa uczestników systemu zamówień publicznych bez wątpienia powoduje zwiększenie zainteresowania przedsiębiorców, w szczególności sektora MŚP udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Większe zainteresowanie rynkiem zamówieniowym przez wykonawców to także szansa dla sektora finansów publicznych na uzyskanie bardziej konkurencyjnej oferty.

Adriana Gostępska

Adriana Gostępska
– adwokat –
Senior Associate

Witold Sławiński

Witold Sławiński
– adwokat –
Partner

⁵⁷ Polityka zakupowa państwa, str. 38.

