

WSKAZÓWKI DLA ZAMAWIAJĄCYCH PUBLICZNYCH
do opracowania ANALIZY POTRZEB I WYMAGAŃ
w świetle nowego Prawa zamówień publicznych

Kogo dotyczy obowiązek dokonania analizy potrzeb i wymagań

Obowiązek dokonania analizy potrzeb i wymagań uregulowano w art. 83 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dalej jako „Pzp”. Obowiązek ten dotyczy wyłącznie zamawiających publicznych.

Zamawiającym publicznym, o którym stanowi art. 4 Pzp, są:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869 ze zm.);
- 2) inne, niż określone w pkt 1 państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
- 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
 - a) finansują je w ponad 50% lub
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
 - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
 - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;
- 4) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 lub 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3.

Zamawiający publiczny, zwany dalej „zamawiającym publicznym” lub „zamawiającym”, obowiązany jest dokonać analizy potrzeb i wymagań przed wszczęciem postępowania klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Zgodnie z art. 7 pkt 33 Pzp ilekroć w ustawie jest mowa o zamówieniu klasycznym – należy przez to rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego oraz zamawiającego

subsydiowanego inne niż zamówienie sektorowe i zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Od 1 stycznia 2020 roku progi unijne dla zamawiających publicznych to odpowiednio 139 000 euro albo 214 000 euro na dostawy i usługi oraz 5 350 000 euro dla robót budowlanych¹, przy kursie euro 1 euro – 4,2693 zł².

Zamawiający będzie mógł odstąpić od dokonania analizy potrzeb i wymagań w przypadku, gdy zachodzi możliwość udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w przypadku pilnej potrzeby udzielenia zamówienia³, lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, w przypadku gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia.⁴

Cel dokonania analizy potrzeb i wymagań

Analiza potrzeb i wymagań jest nowym instrumentem prawa zamówień publicznych, uregulowanym w przepisie art. 83 Pzp. Jest to analiza wykonywana obowiązkowo przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tzw. progach unijnych przez zamawiających publicznych.

Aby prawidłowo określić cel dokonania analizy potrzeb i wymagań przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia, należy mieć na uwadze zasadę efektywności ekonomicznej zamówienia, określoną w art. 17 ust. 1 Pzp, jak również raport z realizacji zamówienia, uregulowany w przepisie art. 446 Pzp. Wprowadzenie do Pzp zasady efektywności narzuca zamawiającym odpowiednią perspektywę procesu udzielania zamówień publicznych. Z kolei raport z realizacji zamówienia

¹ Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 2450).

² Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 grudnia 2019 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2453).

³ Art. 209 ust. 1 pkt 4 - ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

⁴ Art. 214 ust. 1 pkt 5 - ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

stanowi istotny instrument ewaluacyjny, a zawarte w nim wnioski powinny zostać wykorzystane przy kolejnych analizach.

Zgodnie z zasadą efektywności zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Analiza potrzeb i wymagań ma na celu przygotować zamawiającego do jak najlepszej realizacji danego zamówienia, zarówno od strony technicznej, jak i administracyjnej oraz finansowej. Właściwie przeprowadzona analiza potrzeb i wymagań pozwala zamawiającemu podjąć jak najlepszą decyzję typu *Make-or-Buy*, a więc czy realizować dane zadanie własnymi środkami, czy zlecać je „na zewnątrz”, przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia na rynku zamówień publicznych. Przy czym na gruncie przepisu art. 83 Pzp opcją podstawową jest uzasadnienie przez zamawiającego konieczności udzielenia zamówienia publicznego, co wynika z treści „(...) *przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia (...)*”. Analiza potrzeb i wymagań pozwala zamawiającemu, decydującemu się na udzielenie zamówienia publicznego, dostosować zamówienie do struktury rynku właściwego (więcej na ten temat w części zatytułowanej „Ocena zasadności podziału zamówienia na części”), zidentyfikować i przygotować się na ewentualne ryzyka oraz podjąć decyzję co do formy i trybu realizacji zamówienia – wszystko w ramach środków finansowych, którymi zamawiający dysponuje. Ponadto, jak podkreślono w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp, proponowane rozwiązanie będzie stanowiło instrument powiązania udzielanych zamówień publicznych z celami państwa. Zwiększy ono efektywność systemu przez odpowiednie przygotowanie największych zakupów i to zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i realizacji samego zamówienia.

Reasumując, celem analizy potrzeb i wymagań jest przygotowanie zamawiającego do racjonalnego i efektywnego ekonomicznie wydatkowania środków publicznych. Z jednej strony analiza jest istotnym elementem polityki zakupowej zamawiającego, przygotowując go do dokonania jak najlepszego zakupu. Możemy uznać, że jest to swojego rodzaju studium wykonalności danego

zamówienia. Przenosząc ten aspekt na obszar zakupów konsumenckich, czyli prywatnych, możemy ją porównać do czynności, które podejmuje konsument, przygotowując się do jakiegoś poważnego wydatku (np. kupno domu, samochodu, etc.). Z drugiej strony analiza potrzeb i wymagań zamawiającego jest kluczowym działaniem pozwalającym na realizację zasady efektywności ekonomicznej, określonej w przepisie art. 17 ust. 1 Pzp. Ten aspekt podkreślono w uzasadnieniu do ustawy Pzp, wskazując, że zobowiązanie zamawiających do dokonywania analizy potrzeb i wymagań ma służyć realizacji jednego z głównych celów projektu, tj. zwiększeniu efektywności systemu zamówień publicznych. Dodatkowo wykonanie analizy poprzedzającej udzielenie zamówienia pozwoli również na pełniejsze wdrożenie zasad funkcjonujących na gruncie finansów publicznych, uregulowanych w przepisie art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 869 ze zm.), zgodnie z którym należy zapewnić, aby wydatki publiczne były dokonywane w sposób celowy, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Zakres analizy potrzeb i wymagań

Stosownie do treści art. 83 ust. 2 Pzp zamawiający publiczny w ramach analizy potrzeb i wymagań poprzez kolejne działania dokonuje oceny, czy najwłaściwszym środkiem zaspokojenia zidentyfikowanej potrzeby jest udzielenie zamówienia publicznego.

Po zidentyfikowaniu konkretnej potrzeby zamawiający bada możliwość jej zaspokojenia z wykorzystaniem zasobów własnych, poprzez rozeznanie rynku poszukuje możliwości zastosowania alternatywnych w stosunku do zamówienia środków jej zaspokojenia, a także bada możliwe warianty realizacji zamówienia w celu jej zaspokojenia.

Po dokonaniu analizy zamawiający podejmuje decyzję, jakimi środkami zaspokoi zidentyfikowaną konkretną potrzebę – poprzez udzielenie zamówienia, realizację zasobami własnymi lub alternatywnym środkiem w stosunku do zamówienia.

Zakres działań, które w ramach analizy powinien podjąć zamawiający, zależy w szczególności od tego, jak jest określona i z czego wynika potrzeba, którą zamawiający planuje zaspokoić, czy jest to zadanie typowe dla danej jednostki, czy jednorazowy zakup wynikający np. z nowej dużej inwestycji.

W każdym przypadku analiza powinna uwzględniać rodzaj i wartość zamówienia. Inny zakres będzie miała analiza, gdy udzielenie zamówienia wynika z wcześniej podjętych działań zamawiającego objętych przykładowo projektem dofinansowanym ze środków unijnych a inny, gdy dotyczy typowych dla danego zamawiającego zakupów, takich jak np. utrzymanie czystości, gospodarka odpadami, zakup leków w szpitalu, remonty dróg i ulic, a jeszcze inny, gdy celem zamówienia jest zaspokojenie potrzeby samego zamawiającego, jak np. zakup energii, środków czystości albo prenumeraty prasy codziennej lub tygodników. W niektórych przypadkach, w szczególności ze względu na specyfikę, oryginalność, innowacyjność lub powtarzalność zamówienia, analiza może mieć prostą postać, w innych może mieć postać bardziej rozbudowaną.

Sam przepis nie zawiera wykazu kolejnych czynności dokonywanych w ramach analizy potrzeb i wymagań, wskazuje jedynie pewne stałe elementy, które należy rozważyć przy jej sporządzaniu. Uregulowanie można odczytać jako wskazówkę, na jakie aspekty powinien zwrócić uwagę zamawiający publiczny w toku jej dokonania.

Nałożony dyspozycją art. 83 Pzp obowiązek przygotowania przez zamawiających publicznych analizy potrzeb i wymagań jest początkowym etapem procesu zakupowego stanowiącym podstawę dla podejmowania dalszych decyzji. Wnioski i rekomendacje będące jej wynikiem posłużą uzasadnieniu i usystematyzowaniu prowadzonych przez zamawiającego działań w celu zaspokajania zidentyfikowanych potrzeb i dokonania wyboru najbardziej efektywnego środka ich zaspokojenia. Kluczową kwestią, podlegającą ocenie w ramach analizy jest potwierdzenie zasadności udzielenia zamówienia, dokonywane po zbadaniu, czy można lub czy jest zasadne zaspokojenie danej potrzeby zasobami własnymi albo innym alternatywnym w stosunku do zamówienia środkiem lub sposobem.

W oparciu o powyższy przepis można spróbować określić poniższą sekwencję czynności składających się na dokonanie analizy potrzeb i wymagań. Proponowany przebieg analizy ma charakter przykładowy, każdy z zamawiających, uwzględniając specyfikę zidentyfikowanej potrzeby, może go dostosować do konkretnego stanu faktycznego:

- 1) identyfikacja potrzeby i zdefiniowanie okresu odniesienia, na jaki planowane jest jej zaspokojenie. W niektórych przypadkach najwłaściwszym ze względu na efekt synergii może okazać się przyjęcie takiej samej perspektywy czasowej jak przy przygotowywaniu projektu uchwały budżetowej lub planu finansowego. W innych przypadkach najbardziej korzystne

ze względu na efektywność zamówienia może być badanie zaspokojenia potrzeb w dłuższym horyzoncie czasowym niż budżet, np. cykl życia. Powyższe wskazówki nie są jednak ujęte przepisach;

- 2) badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanej potrzeby z wykorzystaniem zasobów własnych oraz orientacyjnej wartości jej zaspokojenia tym sposobem;
- 3) rozeznanie rynku w celu ustalenia alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanej potrzeby oraz orientacyjnej wartości jej zaspokojenia tym sposobem;
- 4) rozeznanie rynku w celu ustalenia wariantów wykonania zamówienia oraz orientacyjnej wartości zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów;
- 5) w oparciu o przeprowadzone badanie wybór środka lub środków w celu zaspokojenia zidentyfikowanej potrzeby;
- 6) w przypadku, gdy wybranym w wyniku dokonania analizy środkiem zaspokojenia zidentyfikowanej potrzeby będzie udzielenie zamówienia, dokonanie wyboru wariantu realizacji zamówienia;
- 7) dla wybranego wariantu realizacji zamówienia dokonanie kolejnych analiz w celu wskazania:
 - możliwości podziału zamówienia na części,
 - przewidywanego trybu udzielenia zamówienia,
 - możliwości uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych w ramach zamówienia,
 - ryzyk związanych z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia wraz ze wskazaniem możliwości ich zmniejszenia oraz propozycji ich podziału.

Jako pomocne dla zamawiającego w dokonaniu wyboru środka zaspokojenia zidentyfikowanej potrzeby rekomenduje się określenie, czym będzie się kierował zamawiający, dokonując tego wyboru. Mogą to być względy ekonomiczne (koszty, które trzeba ponieść i środki, które zamawiający może przeznaczyć na jej zaspokojenie, inne koszty konieczne do poniesienia w założonym okresie odniesienia), względy techniczne, lokalizacyjne, społeczne, środowiskowe, wykonalność w

założonym okresie czasu, prawdopodobieństwa osiągnięcia zakładanych rezultatów, inne wynikające ze specyfiki potrzeby.

Jeżeli w wyniku dokonanej analizy zamawiający uzna zasadność udzielenia zamówienia, podsumowaniem analizy może być opracowanie wytycznych, które zostaną wykorzystane w celu przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia.

Wytyczne te mogą obejmować w szczególności:

- określenie przedmiotu zamówienia,
- orientacyjną wartość zamówienia,
- wytyczne do opracowania opisu przedmiotu zamówienia w wybranym wariantcie,
- uzasadnienie podziału lub braku dokonania podziału zamówienia na części,
- proponowany tryb udzielenia zamówienia,
- identyfikację ryzyk,
- propozycję minimalizacji ryzyk związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
- propozycję podziału ryzyk związanych z realizacją zamówienia w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o wyniki analizy potrzeb i wymagań niewątpliwie pozwoli na zachowanie spójności podejmowanych przez zamawiającego publicznych działań, a także wpłynie na zwiększenie transparentności i przejrzystości postępowań o udzielenie zamówień.

Termin dokonania analizy potrzeb i wymagań

Pzp nie określa, w jakim terminie zamawiający publiczny winien dokonać analizy potrzeb i wymagań, wskazując jednak, aby odbyło się to przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Założeniem przy projektowaniu przepisów było to, by zamawiający sam wybierał okres, w którym analiza ma być sporządzona - może to być wyodrębniony okres w toku planowania i przygotowania konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, może to być też proces ciągły - istotny jest tylko moment zakończenia analizy określony jako wszczęcie postępowania.

Wszczęcie postępowania nie jest pierwszą czynnością zamawiającego publicznego w trakcie procesu zakupowego, stanowi raczej zakończenie okresu planowania i przygotowania zakupu. Poprzedza je w każdej jednostce: okres planowania związany z przygotowaniem projektu budżetu lub odpowiednio planu finansowego. Okres planowania kończy się przyjęciem budżetu lub planu finansowego przez uprawniony organ.

Na podstawie tych dokumentów zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 (nie dotyczy zamawiających publicznych, jakimi są podmioty prawa publicznego) oraz ich związki, nie później niż w terminie 30 dni od dnia ich przyjęcia przez uprawniony organ, sporządzają plan postępowań o udzielenie zamówień, jakie przewidują przeprowadzić w danym roku finansowym. Plan zamieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych i na stronie internetowej zamawiającego (art. 23 ust. 1). Plan postępowań o udzielenie zamówień zawiera w szczególności informacje dotyczące: przedmiotu zamówienia, rodzaju zamówienia według podziału na zamówienia na roboty budowlane, dostawy lub usługi, przewidywanego trybu albo procedury udzielenia zamówienia, orientacyjnej wartości zamówienia, przewidywanego terminu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a więc wiele elementów objętych analizą potrzeb i wymagań.

Oparcie kolejno planów postępowań o udzielenie zamówień o przyjęte przez uprawnione organy budżety lub plany finansowe wymusza logiczny wniosek, że okresem, w którym powinny zostać rozpoczęte działania służące dokonaniu analizy potrzeb i wymagań, jest okres ich przygotowywania zgodnie z właściwymi przepisami. Dokonując analizy potrzeb i wymagań, zamawiający nie może bowiem ignorować współzależności pomiędzy treścią odpowiednio budżetu lub planu finansowego, treścią planu postępowań o udzielenie zamówień a wszczęciem konkretnego postępowania. Planując okres, w którym będzie dokonywana analiza, zamawiający powinien to czynić, nie powodując konieczności zmian wcześniej opracowanych dokumentów i przede wszystkim wcześniej przyjętych przez uprawnione organy budżetów lub planów finansowych. Możliwe są jednak także sytuacje, gdy zamawiający prace nad dokonaniem analizy będzie prowadził bezpośrednio przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Dotyczyć to może w szczególności zamówień typowych, dla których zamawiający ma już wypracowaną wcześniej ścieżkę postępowania.

Czy analiza potrzeb i wymagań powinna być sporządzona w formie odrębnego dokumentu

Przepis nie zawiera wytycznych co do formy, w jakiej powinna być dokonana analiza potrzeb i wymagań. Nie wyklucza również dokonywania analiz wieloletnich. W uzasadnieniu do projektu nowej ustawy wskazano, że analiza nie musi być sporządzana w postaci oddzielnego dokumentu przygotowywanego wyłącznie w związku z dyspozycją przedmiotowego przepisu⁵. Do decyzji zamawiającego pozostawiono sposób dokonania analizy i formę dokumentu, jaką ona przyjmie. Może to być zarówno jeden dokument, jak i zbiór różnych dokumentów obejmujących poszczególne elementy analizy. W ramach dokonania analizy potrzeb i wymagań mogą być wykorzystane opracowania już wcześniej sporządzane przez zamawiającego do innych celów zawierające podobne lub tożsame elementy jak analiza, przykładowo: studia wykonalności⁶, analizy wielokryteriowe, analizy przedwdrożeniowe, ocena efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego w porównaniu do efektywności jego realizacji w inny sposób⁷ i inne. Nie można nie wskazać, że dotychczas - pomimo że nie wynikało to z przepisu prawa - wielu zamawiających dokonywało podobnych analiz na etapie planowania i przygotowywania zamówień. Teraz mogą te opracowania wykorzystać.

Tym samym nowy przepis można odczytać jako możliwość uzupełnienia już sporządzonych do innych celów analiz o nowe wymienione w przepisie elementy, co może prowadzić do konkluzji, że zamawiający jako wypełnienie ustawowego obowiązku mogliby dokonać analizy co najmniej poprzez zestawienie wcześniej sporządzonych opracowań i przeprowadzonych działań uzupełnionych o dodatkowe elementy wymagane dyspozycją art. 83 Pzp.

⁵ Uzasadnienie do projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624 [dostęp: 22.01.2020].

⁶ Zgodnie z Rozporządzeniem Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającym niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (CELEX: 32014R0651) studium wykonalności zawiera ocenę i analizę potencjału projektu, która ma wesprzeć proces decyzyjny poprzez obiektywne i racjonalne określenie jego mocnych i słabych stron oraz możliwości i zagrożeń z nim związanych, zasobów, jakie będą niezbędne do realizacji projektu, oraz ocenę szans jego powodzenia. Składa się z analizy rynku, analizy ekonomicznej, analizy technicznej, strategicznej.

⁷ Art. 3a ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz.U. z 2019 poz. 1445 ze zm.).

O jakich potrzebach stanowi analiza potrzeb i wymagań

Przepisy prawa nie definiują pojęcia „analiza potrzeb”, skłaniając do odwołania się do zwyczajnego, standardowego rozumienia.

Według słownika Wydawnictwa Naukowego PWN „analiza” to:

- rozpatrywanie jakiegoś problemu, zjawiska z różnych stron w celu jego zrozumienia lub wyjaśnienia,
- metoda badawcza polegająca na wyodrębnieniu z danej całości jej elementów i badaniu każdego z osobna.

Inaczej rzecz ujmując, analiza polega na zbadaniu danego zjawiska poprzez między innymi podział na części, aby poznać każdą z nich dokładnie. Pozwala to na zidentyfikowanie, jaką strukturę ma badane zjawisko, w jaki sposób funkcjonuje oraz jakie zależności i powiązania w nim i pomiędzy jego częściami zachodzą.

Natomiast „potrzeba” w rozumieniu słownikowym oznacza odczucie braku czegoś, co jest niezbędne do prawidłowego funkcjonowania danej jednostki czy grupy.

Tym samym „analiza potrzeb” z perspektywy zamawiającego publicznego to w największym uogólnieniu działania zmierzające do zidentyfikowania, jakie obszary jego działania nie są zaspokojone w sposób prawidłowy, kompletny bądź satysfakcjonujący.

Określenie potrzeb nie jest możliwe bez uwzględnienia celu funkcjonowania danego podmiotu.

W sferze publicznej cel funkcjonowania zamawiającego publicznego wynika ze stosownych przepisów prawa, wyznaczających zakres jego działania, obowiązki, zadania czy rolę w systemie realizacji i zaspokajania potrzeb publicznych.

Jak wskazuje Komisja Europejska w opracowaniu *„Wytyczne dla osób odpowiedzialnych za udzielanie zamówień publicznych dotyczących unikania najczęstszych błędów popełnianych w projektach finansowanych z europejskich funduszy strukturalnych i inwestycyjnych”*⁸, **potrzeba nie jest produktem lub usługą, którą zamawiający chce uzyskać.**

8

https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/public_procurement/2018/guidance_public_procurement_2018_pl.pdf

Potrzebę stanowi natomiast funkcja, której brakuje do osiągnięcia celu lub wykonania działania.

Działania w celu identyfikacji potrzeb

Należy mieć też na uwadze, że co do zasady zamawiający publiczni działają w warunkach ograniczonych środków oraz nieograniczonych bądź bardzo szerokich potrzeb, determinowanych oczekiwaniami społecznymi. Mając często do czynienia z wieloma potencjalnymi zamówieniami, zmuszeni są oceniać je pod kątem ich celowości i gospodarności, a następnie ustalić priorytety ich realizacji w świetle istotności potrzeby, która winna być zaspokojona.

Jeśli zamawiający posiada dokumenty strategiczne, na podstawie których określone są jego priorytety – zakupowe czy inwestycyjne, wówczas takie dokumenty mogą być dobrym punktem wyjścia dla identyfikacji potrzeb zamówieniowych.

Jeśli natomiast zamawiający takich dokumentów strategicznych nie posiada, powinien przystępując do sporządzenia analizy potrzeb i wymagań, postawić pytania i udzielić odpowiedzi zgodnie z poniższym.

Jednym z fundamentalnych pytań, jakie zamawiający powinien postawić w toku analizowania własnych potrzeb winno być: „dlaczego” dana rzecz lub usługa są potrzebne. Zagadnienie analizowane pod kątem odpowiedzi na pytanie „dlaczego” skłaniać będzie bowiem zamawiającego do uświadomienia sobie i wyjaśnienia powodów, dla których planuje on udzielenie zamówienia, co powinno pozwolić na wyeliminowanie zbędnego udzielenia zamówienia oraz na ukierunkowanie sposobu zaspokojenia zidentyfikowanych wstępnie potrzeb.

Prawidłowo zadawane i przemyślane pytania umożliwiają bowiem właściwe rozdzielenie potrzeb od instrumentów ich zaspokojenia. W praktyce obrotu wskazuje się na szereg dodatkowych zagadnień lub kwestii problemowych, które mogą pomóc zamawiającemu w zidentyfikowaniu i sprecyzowaniu jego realnych potrzeb. Zależnie od potrzeb do decyzji zamawiającego należy, jakie pytanie wybierze, czy będzie to lista szersza czy węższa, co zapewne będzie także związane z wielkością i stopniem

skomplikowania planowanego zamówienia:

- z czego wynika potrzeba zamawiającego?
- czy dla osiągnięcia założonych celów wystarczające będą wewnętrzne zasoby ludzkie lub posiadane aktywa zamawiającego?
- w jakim stopniu pilne jest zaspokojenie potrzeby?
- czy istnieją inne sposoby zaspokojenia potrzeby oprócz udzielenia zamówienia publicznego? (tu w szczególności pojawia się miejsce do udzielenia odpowiedzi, czy możliwe jest zaspokojenie potrzeby np. w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego albo w trybie koncesji. Odrębne przepisy dotyczące partnerstwa publiczno-prywatnego wymagają również przeprowadzenia odpowiednich analiz – oceny efektywności zaspokojenia potrzeby publicznej w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego).

Dla przykładu:

W szeregu przypadków zamawiający, analizując istniejącą potrzebę z perspektywy celów i funkcji, może stanąć przed alternatywą budowy zasobów własnych poprzez zakup bądź realizację aktywa albo poprzez zlecenie świadczenia usługi, która zapewni osiągnięcie analogicznego celu.

Dla zobrazowania powyższego:

i. Gospodarka odpadami

Zamiast budowy własnego miejsca utylizacji odpadów, zamawiający może nabyć usługę utylizacji odpadów przez podmiot zewnętrzny.

ii. Opieka

Zamiast budowy obiektu przedszkola w celu zaspokojenia potrzeb opieki nad dziećmi w gminie zamawiający może dokonać nabycia usług opieki w istniejących placówkach prywatnych.

iii. Potrzeby własne urzędu

Zamiast kupowania 100 drukarek w celu zaspokojenia potrzeby drukowania dokumentów w urzędzie zamawiającego zamawiający może dokonać nabycia usługi drukowania przez wyspecjalizowany podmiot zewnętrzny.

- jakie ostateczne rezultaty zamawiający planuje uzyskać?
- czy potrzebę można zaspokoić w częściach bądź etapami?

- jeśli tak, to które części/etapy są niezbędne do zrealizowania natychmiast, a które są opcjonalne?
- które części/etapy zamówienia mają znaczenie kluczowe dla osiągnięcia celu lub zaspokojenia potrzeby?
- czy części/etapy mogą być realizowane w różnych modelach, także siłami własnymi bądź przy pomocy innych środków niż zamówienie publiczne?
- jaki minimalny zakres zamówienia jest niezbędny dla zrealizowania potrzeby?
- czy zakup wymaga innowacyjnego podejścia, aby otrzymać zindywidualizowane rozwiązanie, które jeszcze nie istnieje na rynku?

Dodatkowo warto zwrócić uwagę, że z chwilą identyfikacji głównych celów i potrzeb przez zamawiającego istotne staje się dobranie odpowiednich kryteriów – wskaźników, służących konsekwentnemu precyzowaniu sposobu zaspokojenia potrzeby zamawiającego.

Informacje dodatkowe – do wykorzystania w przypadku niektórych szczególnie złożonych zamówień

Zwracamy uwagę, że w praktyce obrotu funkcjonuje szereg metodyk analizy otoczenia zewnętrznego i wewnętrznego, które mogą być pomocne w procesie identyfikacji potrzeb zamawiającego oraz sposobów ich zaspokojenia.

Bez opisywania szczegółów owych metod warto zwrócić uwagę w tym kontekście zwłaszcza na metodę SWOT oraz macierz BCG, które mogą być szczególnie pomocne w toku analizy potrzeb i sposobów ich efektywnego zaspokojenia.

Do decyzji zamawiającego należy jednak to, czy skorzysta z ustandaryzowanych metodyk czy też posłuży się analizą indywidualną.

Możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb

Zgodnie z art. 83 ust. 2 pkt 1 Pzp analiza potrzeb i wymagań obejmuje badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych. Zamawiający w toku

analizy własnych potrzeb powinien, jak była o tym wcześniej mowa, poddać ocenie posiadane zasoby własne, w tym aktywa.

W ramach posiadanych zasobów uzasadnione wydaje się, by Zamawiający uwzględnił w szczególności:

- własne zasoby kadrowe oraz ich zdolność do wykonania dodatkowych zadań,
- aktywa rzeczowe,
- aktywa finansowe, w tym w szczególności limity wynikające z funduszu płac zamawiającego, które mogą uniemożliwiać bądź istotnie utrudniać wykonanie szeregu zadań, a także aktywa obrotowe, w sposób pozwalający na ocenę zdolności do obsługi bieżącej zobowiązań wynikających z angażowania sił własnych,
- możliwość zwiększenia, wykorzystania bądź zmiany sposobu korzystania z już posiadanych zasobów,
- ewentualne ryzyko pogorszenia jakości i poziomu zaspokajania obecnych potrzeb z uwagi na realizację tymi samymi zasobami nowych, dodatkowych zadań,
- zasadność ograniczenia bądź rezygnacji z obecnie wykonywanych zadań i skierowania tych samych zasobów do zaspokojenia potrzeby poddanej analizie,
- możliwość udzielenia własnych zasobów jako swoistego wkładu zamawiającego w realizację zamówienia (*na przykład przekazanie wykonawcy posiadanych przez zamawiającego barier drogowych do wykorzystania przy realizacji robót budowlanych*).

W każdym przypadku zamawiający powinien również ocenić, jakie korzyści, koszty i ryzyka będą wiązać się ze stosowaniem wybranych metod zaspokojenia potrzeby bądź z nich wynikać.

W toku oceny możliwości zaspokojenia potrzeby zasobami własnymi nie bez znaczenia jest ocena długofalowej zasadności rozbudowy kompetencji własnych zamawiającego, szczególnie w przypadku, gdy dotyczy to zadań leżących w podstawowej sferze aktywności zamawiającego (np. w przypadku utrzymania zieleni miejskiej – rozbudowa własnego zespołu ogrodników zamiast nabywania usługi utrzymania zieleni u zewnętrznego wykonawcy).

Dla uniknięcia wątpliwości odrębną kwestią jest ocena zdolności do wykonania zamówienia przy pomocy podmiotu wewnętrznego zamawiającego.

Należy również podkreślić, że pomimo konieczności uwzględnienia w ramach analiz potrzeb i wymagań możliwości zaspokojenia potrzeby przy pomocy zasobów własnych, nie ma podstaw do przyjęcia, że zaspokojenie takich potrzeb zasobami własnymi zamawiającego ma prymat nad udzieleniem zamówienia.

Wręcz przeciwnie, wybranie sposobu zaspokojenia potrzeby powinno być jednym z wyników analizy potrzeb i wymagań. Zamawiający, opierając się na zobiektywizowanej ocenie, może bowiem stwierdzić, jaki model - zasobami własnymi, powierzenie wykonawcy czy częściowo przy pomocy zasobów własnych (np. rzeczowych), a częściowo poprzez powierzenie wykonawcy - może najefektywniej zaspokoić potrzebę.

W odniesieniu do alternatywnych środków zaspokojenia potrzeby przepisy Pzp nie precyzują, czym one są. Biorąc jednak pod uwagę wykładnię systemową, należałoby uznać, że „alternatywnymi środkami zaspokojenia potrzeb” są takie metody zaspokojenia potrzeb, które nie stanowią realizacji siłami własnymi oraz nie stanowią zamówienia publicznego.

Każdorazowo zamawiający publiczny powinien zatem dokonać oceny, czy w odniesieniu do zaspokojenia danej potrzeby w ogóle istnieją inne możliwości natury organizacyjnej albo podmiotowej, które mogą prowadzić do osiągnięcia oczekiwanego przez zamawiającego celu, jednak bez udzielania zamówienia publicznego.

Prawne formy realizacji zadań publicznych, umożliwiające osiągnięcie zakładanych celów wynikają co do zasady dla zamawiających publicznych z przepisów prawa publicznego (administracyjnego). Podmioty sfery publicznej działają bowiem na podstawie i w granicach wyznaczonych normami

kompetencyjnymi. W konsekwencji w odniesieniu do danego celu (danej potrzeby) zamawiający powinien na gruncie stosowanych w odniesieniu do niego przepisów prawa poddać ocenie:

- jakimi środkami prawnymi (instrumentami prawnymi) dysponuje zamawiający na gruncie przepisów prawa,

Dla przykładu:

Gmina jako zamawiający może poddać ocenie możliwość zaspokojenia potrzeby z zastosowaniem np. przepisów ustawy o gospodarce komunalnej, ustawy o gospodarce nieruchomościami, ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi czy ustawy o organizacjach pożytku publicznego i wolontariacie.

- czy środki te są możliwe do zastosowania w konkretnym przypadku,
- czy środki te są adekwatne do celu, który zamawiający zamierza osiągnąć.

Ocena poszczególnych środków alternatywnych powinna być bowiem zobiektywizowana w taki sposób, aby możliwe było porównanie na uogólnionym poziomie ewentualnych przewag stosowania alternatywnych środków zaspokojenia potrzeb względem udzielenia zamówienia publicznego. Jednym ze sposobów poszukiwania tych środków mogą być wstępne konsultacje rynkowe w oparciu o art. 84 Pzp, które można wykorzystać zarówno na etapie planowania polityki zakupowej zamawiającego, jak i przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia.

Wskazanie wariantów realizacji zamówienia

W przypadku, gdy w wyniku powyższych działań zamawiający publiczny ustali, iż najbardziej korzystnym dla zaspokojenia danej potrzeby jest udzielenie zamówienia, ustala możliwe warianty udzielenia zamówienia lub wskazuje, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia i określa tę możliwość.

Pzp nie zawiera definicji wariantu realizacji zamówienia; zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego - wariant to inne rozwiązanie jakiegoś problemu⁹.

⁹ <https://sjp.pwn.pl/slowniki/wariant.html>

Jednym ze sposobów ustalenia możliwych wariantów wykonania zamówienia mogą być wstępne konsultacje rynkowe w oparciu o art. 84 Pzp. Prowadząc konsultacje rynkowe, zamawiający może w szczególności korzystać z doradztwa ekspertów, władzy publicznej lub wykonawców. Doradztwo to może być wykorzystane przy planowaniu, przygotowaniu lub przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia pod warunkiem, że nie powoduje to zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Prawidłowe przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia wymaga rozeznania rynku i dostępnych na nim rozwiązań, a w wielu przypadkach także bezpośredniej konsultacji zamawiającego z uczestnikami rynku reprezentującymi konkretną branżę, przedstawicielami izb branżowych i potencjalnymi wykonawcami.

Poszukiwane warianty realizacji zamówienia powinny być zgodne z założonymi celami udzielenia zamówienia i zaspokojeniem wcześniej zidentyfikowanej potrzeby.

Warianty te przykładowo mogą być powiązane z:

- wyborem rodzaju zamówienia: roboty budowlane, dostawy lub usługi,
- decyzją o udzieleniu zamówienia na usługi zamiast zakupu rzeczy, jak np. najem, dzierżawa, leasing zamiast zakupu samochodu, sprzętu medycznego, usługa drukowania zamiast zakupu drukarek,
- decyzją o udzieleniu zamówienia odrębnie na roboty budowlane lub prace projektowe albo decyzją o udzieleniu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych,
- decyzją o zawarciu umowy ramowej z kilkoma wykonawcami zamiast udzielania kilku zamówień,
- decyzją o ustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,
- zakupem usługi, dostawy lub roboty budowlanej dostępnej na rynku albo ogłoszeniem partnerstwa innowacyjnego w celu poszukiwania rozwiązania innowacyjnego niedostępnego na rynku,

- wyborem dialogu konkurencyjnego, negocjacji z ogłoszeniem lub konkursu w przypadku udzielania zamówienia na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego,
- wyborem sposobu opisu przedmiotu zamówienia – poprzez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności albo poprzez odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi albo innym sposobem dopuszczonym przepisami,
- wyborem technologii wykonania robót budowlanych (np. droga o nawierzchni betonowej zamiast bitumicznej) lub usług (np. sprzątanie ręczne lub mechaniczne),
- wyborem parametrów i wielkości dostaw, jedno urządzenie o większej wydajności lub kilka o mniejszych, zakup komputerów stacjonarnych lub laptopów,
- inne.

Dokonując identyfikacji możliwych wariantów udzielenia zamówienia, zamawiający może posłużyć się wskazówkami do opracowania analiz wykonalności lub analiz przedwdrożeniowych zawartymi w dostępnych na stronach instytucji wdrażających *Instrukcjach sporządzania Studium Wykonalności Inwestycji (Projektu) dla wnioskodawców ubiegających się o wsparcie ze środków pomocowych*¹⁰.

Oszacowanie orientacyjnej wartości poszczególnych wariantów realizacji zamówienia

Orientacyjna wartość poszczególnych wariantów zamówienia, ale także orientacyjna wartość/koszt zaspokojenia zidentyfikowanej potrzeby za pomocą zasobów własnych lub alternatywnego środka jej zaspokojenia, która pomoże zamawiającemu w dokonaniu wyboru - stanowi co do zasady przybliżoną, potencjalną, spodziewaną wartość nabywanych dostaw, usług lub robót budowlanych. Wartości orientacyjnej nie można utożsamiać z pojęciem „szacowanej wartości zamówienia” będącej szacunkowym wynagrodzeniem wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalonym przez zamawiającego z należytą starannością na podstawie art. 28-36 Pzp, a także pojęciem „kwoty na sfinansowanie zamówienia”, o której mowa w art. 222 ust. 4 Pzp. Ustalenie szacunkowej wartości

¹⁰ Vide https://www.funduszeuropejskie.gov.pl/media/19624/Zal_nr_6_Instrukcja_do_SWI_RPOWS.pdf albo http://www.funduszeuropejskie.gov.pl/media/19187/Zal_nr_03_1_Instrukcja_Studium.pdf albo Instrukcja sporządzania Studium Wykonalności przedsięwzięcia ubiegającego się o dofinansowanie ze środków NFOŚiGW – generator.

zamówienia, w świetle art. 36 Pzp, następuje nie wcześniej niż 3 lub 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania, jeżeli przedmiotem zamówienia są odpowiednio dostawy i usługi lub roboty budowlane¹¹.

Orientacyjna wartość analizowanego wariantu to wartość oszacowana przez zamawiającego w przybliżeniu, np. na podstawie rozeznania rynku.

Dla określenia orientacyjnej wartości zamówienia w każdym z wariantów można posłużyć się danymi pozyskanymi w wyniku:

- analizy ogólnodostępnych informacji, cenników, wydruków ze stron internetowych,
- analizy ofert z poprzednich postępowań (z uwzględnieniem zmian warunków oraz zmian rynkowych),
- kontaktów z innymi zamawiającymi,
- analizy wyników postępowań o udzielenie zamówień publicznych z TED/BZP (z uwzględnieniem różnorodności uwarunkowań),
- analizy ofert orientacyjnych przesłanych w ramach rozeznania rynku.

Ocena zasadności podziału zamówienia na części

Ważnym elementem związanym z promowaniem zrównoważonego rozwoju, zarówno w kontekście gospodarczym, jak i społecznym, jest promowanie udziału w rynku zamówień publicznych mikro-, małych i średnich przedsiębiorców. Prawodawca unijny dostrzegł potencjał MŚP w kontekście tworzenia nowych miejsc pracy, a także wzrostu gospodarczego i innowacji, i w konsekwencji w reformie unijnego systemu zamówień publicznych z 2014 r. przyjął rozwiązania mogące zachęcić wykonawców z sektora MŚP do udziału w rynku zamówień publicznych¹².

Jednym z takich instrumentów jest możliwość podziału zamówienia na części. Ze strony teoretycznej taki podział można uznać za przejaw uczciwej konkurencji, ponieważ uwzględnia on zakres działań MŚP, pozwalając im konkurować z dużymi przedsiębiorstwami. Uwzględnienie możliwości

¹¹ Per analogiam <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/przygotowanie-przez-zamawiajacych-planu-postepowan-o-udzielenie-zamowien>.

¹² Zob. motyw 78-80 i 124 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

wykonawców z sektora MŚP w procesie udzielania zamówień publicznych stanowi wyraz poszanowania nie tylko zasad równości (ang. *equality*), lecz także słuszości (ang. *equity*) i sprawiedliwości społecznej. O równym traktowaniu w zamówieniach publicznych możemy mówić bowiem jedynie wśród wykonawców, którzy rzeczywiście posiadają realne szanse na uzyskanie i zrealizowanie zamówienia publicznego. Równe traktowanie nie musi bowiem oznaczać równych szans przy udzielaniu zamówienia.

Należy pamiętać, że to od decyzji zamawiającego zależy, czy udzieli zamówienia jako jednej całości, czy też podzieli przedmiot zamówienia na części, z których każda może być przedmiotem odrębnej procedury lub wszystkie mogą zostać udzielone w ramach jednego postępowania. Istotą podziału zamówienia na części jest umożliwienie wykonawcom z sektora MŚP udziału w realizacji zamówienia jako generalnych wykonawców poszczególnych części, a nie tylko ewentualnych podwykonawców w przypadku zamówień, których rozmiar przekracza ich możliwości. Dokonując analizy potrzeb i wymagań, zamawiający powinien wziąć pod uwagę strukturę wykonawców na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia i ewentualnie dostosować do niej zamówienie od strony proceduralnej. Z jednej strony maksymalna agregacja zamówienia może ograniczyć konkurencję w danym zamówieniu publicznym, jednocześnie zmniejszając możliwości zakupowe zamawiającego (mniej wykonawców, mniejsza możliwość wyboru). Z drugiej strony podział zamówienia na zbyt małe części może spowodować niskie zainteresowanie tym zamówieniem nawet wśród wykonawców z sektora MŚP. W takich sytuacjach podział zamówienia na części będzie po prostu nieefektywny bądź niemożliwy.

Podział zamówienia na części może mieć charakter homogeniczny lub heterogeniczny. W przypadku podziału homogenicznego każda część obejmuje te same działania wykonawcy. Natomiast podział heterogeniczny oznacza, że każda część dotyczy różnych aktywności, przykładowo związanych z realizacją poszczególnych etapów zamówienia. W motywie 78 preambuły dyrektywy 2014/24/UE wskazano również, że podziału zamówienia na części „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”. O wyborze metody podziału decyduje oczywiście

zamawiający, uwzględniając własne potrzeby, a także specyfikę rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia.

Decyzja o ewentualnym podziale zamówienia na części lub o odstąpieniu od jego podziału musi uwzględniać rozważenie wszystkich aspektów związanych z realizacją zamówienia, wpływających na możliwość jego wykonania w najbardziej efektywny sposób. Jest to realizacja koncepcji „inteligentnego zamawiającego”, ponieważ decyzja o podziale zamówienia na części wymaga nie tylko znajomości specyfiki realizacji przedmiotu zamówienia, lecz również wiedzy o strukturze rynku dla niego właściwego. Zamawiający powinien ponadto uwzględnić efektywność ekonomiczną udzielanego zamówienia¹³. W szczególności zamawiający muszą mieć na uwadze, że podział zamówienia na części nie może naruszać lub ograniczać uczciwej konkurencji¹⁴.

Wybór odpowiedniego trybu udzielenia zamówienia

Jednym z podstawowych czynników, które mają wpływ na efektywność udzielanych zamówień publicznych, jest wybór odpowiedniego trybu postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający powinien docenić znaczenie czynności wyboru trybu, ponieważ wpływa ona na pozostałe działania podejmowane na etapie przygotowania postępowania i determinuje zachowania zamawiających i wykonawców na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Należy podkreślić, że każdy tryb daje zamawiającemu określone możliwości, charakteryzujące się różną dynamiką oraz poziomem elastyczności.

¹³ Jak podkreśla Komisja Europejska: „W praktyce nabywcy publiczni muszą w odpowiedni sposób zrównoważyć dwie kwestie: z jednej strony, dzielenie zamówień na części w celu ułatwienia małym, innowacyjnym dostawcom udziału w postępowaniu (...), a z drugiej strony – ograniczanie do minimum własnych obciążeń administracyjnych poprzez zlecenie realizacji zamówienia pojedynczemu wykonawcy, który będzie ponosił odpowiedzialność za wykonywanie wszystkich zadań”. Zob. Komisja Europejska, *Zawiadomienie Komisji: Wytyczne dotyczące zamówień publicznych na innowacje*, s. 30.

¹⁴ Zob. m.in. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2017 r. (sygn. KIO 2373/16), w którym KIO słusznie uznała, że bezwzględny obowiązek podziału zamówienia na części nie istnieje oraz wyrok z dnia 30 czerwca 2016 r. (sygn. KIO 1032/16), utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w Częstochowie wyrokiem z dnia 21 września 2016 r. (sygn. VI Ca 665/16), gdzie Sąd trafnie wskazał, że co prawda zamawiający nie ma obowiązku tak ułożyć zamówienia, aby umożliwić złożenie oferty znacznej liczbie podmiotów, musi jednak uwzględnić w danych realiach rynkowych zasadę uczciwej konkurencji, w szczególności w przypadku, gdy brak podziału zamówienia na części faworyzowałby dotychczasowego wykonawcę i ograniczałby innym wykonawcom możliwość rywalizowania o przedmiotowe zamówienie.

Zgodnie z przepisem art. 129 ust. 1 Pzp, zamawiający publicznie udzielają zamówienia w jednym z następujących trybów:

- przetargu nieograniczonego;
- przetargu ograniczonego;
- negocjacji z ogłoszeniem;
- dialogu konkurencyjnego;
- partnerstwa innowacyjnego;
- negocjacji bez ogłoszenia;
- zamówienia z wolnej ręki.

W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, przy spełnieniu warunków wynikających z przepisu art. 227 ust. 1 Pzp. Zamawiający może również wykorzystać szczególne instrumenty lub procedury, takie jak umowa ramowa (art. 311 – 315 Pzp), dynamiczny system zakupów (art. 316 – 324 Pzp) czy też konkurs (art. 325 – 358 Pzp).

Wybór odpowiedniego trybu udzielenia zamówienia publicznego determinowany jest przez kilka czynników:

- 1) po pierwsze, znajomość przedmiotu zamówienia, wpływająca m.in. na możliwość jego opisu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Przepis art. 99 ust. 1 Pzp wyraźnie wskazuje, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Brak możliwości opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z dyspozycją tego artykułu będzie wskazywał, że zastosowanie przetargu ograniczonego lub

nieograniczonego może nie być prawidłowe, a – przykładowo – właściwym trybem będą negocjacje z ogłoszeniem lub dialog konkurencyjny,

- 2) po drugie, szczególne okoliczności związane z charakterem, stopniem złożoności lub uwarunkowaniami prawnymi bądź finansowymi, lub ze względu na ryzyko związane z przedmiotem zamówienia mogą wskazywać na konieczność negocjowania z wykonawcami, co finalnie powinno wywołać decyzję o wykorzystaniu trybów negocjacyjnych, chęć lub konieczność prowadzenia negocjacji z wykonawcami,
- 3) po trzecie, wybór niektórych trybów, uwarunkowany jest spełnieniem odpowiednich przesłanek wynikających z właściwych przepisów ustawy. Zgodnie z art. 129 ust. 2 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego (bez spełnienia jakichkolwiek dodatkowych przesłanek), natomiast w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie. W przypadku negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego zostały one uregulowane w przepisie art. 153 Pzp, partnerstwa innowacyjnego – w art. 189 Pzp, negocjacji bez ogłoszenia – w art. 209 Pzp oraz zamówienia z wolnej ręki – w art. 214 ust. 1 Pzp,
- 4) po czwarte, wybierając określony tryb udzielenia zamówienia, zamawiający powinien zarezerwować odpowiedni czas na jego prawidłowe przeprowadzenie, tak aby nie działać pod niepotrzebną presją. Przykładowo, o ile udzielenie zamówienia z wolnej ręki pozwala zaspokoić pilne potrzeby zakupowe zamawiającego, o tyle udzielenie zamówienia publicznego w trybie partnerstwa innowacyjnego będzie potrzebowało o wiele więcej czasu niż inne tryby.

Warto w tym miejscu przypomnieć, że prowadzenie negocjacji z wykonawcami nie będzie efektywne, jeśli nie będzie żadnej przestrzeni negocjacyjnej pomiędzy nimi a zamawiającym, a więc nie będzie pola do dokonywania konstruktywnych ustaleń. Prowadzenie takiego postępowania będzie nieracjonalne i będzie generować zbędne koszty administracyjne po stronie zamawiającego i po stronie zainteresowanych wykonawców. Zatem wybór odpowiedniego trybu udzielenia

zamówienia nie tylko ma znaczenie z perspektywy formalnej, lecz przede wszystkim z perspektywy celów, które zamawiający chce osiągnąć.

Możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia
--

Po reformie unijnego systemu zamówień publicznych z 2014 r., zamówienia publiczne stały się istotnym instrumentem realizującym koncepcję zrównoważonego rozwoju, przyjmując rozwiązania prawne pozwalające na promowanie i egzekwowanie w ramach udzielanych zamówień wartości związanych z ochroną środowiska naturalnego, aspektami społecznymi oraz wspieraniem innowacji. W związku z przyjęciem unijnych dyrektyw zamówieniowych z 2014 r. prawodawca unijny podkreślił, że należy umożliwić zamawiającym lepsze wykorzystanie systemu zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów strategicznych: społecznych (motyw 2 preambuły dyrektywy 2014/24/UE), wspierania innowacyjności (motywy 47 i 95 preambuły dyrektywy 2014/24/UE), promowania równouprawnienia płci w pracy i zatrudniania osób defaworyzowanych, a także ochrony środowiska (motyw 98 preambuły dyrektywy 2014/24/UE). Jest to związane z realizacją strategii Europa 2020.

Nie oznacza to jednak, że każde zamówienie publiczne jest odpowiednie do włączania aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych. Omawiana analiza potrzeb i wymagań, zgodnie z art. 83 ust. 3 pkt 4 Pzp, powinna wskazać możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia, lub brak takiej możliwości.

Zamawiający musi jednak pamiętać, że pewne normy ustawowe wskazują na konieczność uwzględnienia tych aspektów. Przykładem takiego rozwiązania jest przepis art. 95 Pzp, przewidujący określenie w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonywanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w §22 ust. 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. –

Kodeks pracy. Realizacja takiego obowiązku przez zamawiającego oznacza *de facto* implementowanie do zamówienia publicznego słusznych postulatów społeczno-gospodarczych, związanych z ochroną i promowaniem zatrudnienia na podstawie stosunku pracy.

Ponadto konieczność realizacji celów strategicznych może być również związana z wdrażaniem polityki zakupowej państwa.

Natomiast w sytuacji, w której to od decyzji zamawiającego zależy uwzględnienie aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia, zamawiający powinien przede wszystkim odpowiedzieć na pytanie, czy jakkolwiek efekt społeczny, środowiskowy oraz gospodarczy (innowacje mogą być elementem każdego z tych efektów) jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów (zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 2 Pzp). Aby udzielić takiej odpowiedzi zamawiający musi przede wszystkim znać dostępne rozwiązania oraz możliwości wykonawców na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia publicznego. Bez tej wiedzy może się okazać, że przedmiotem zamówienia staną się: 1) świadczenia niemożliwe do zrealizowania; 2) świadczenia możliwe do zrealizowania, lecz w bardzo długim okresie czasu i z koniecznym zaangażowaniem środków finansowych przekraczających możliwości zamawiającego; 3) świadczenia możliwe do zrealizowania, lecz jedynie przez jednego konkretnego wykonawcę.

W pierwszym przypadku prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia będzie bezcelowe i nieefektywne ekonomicznie, generując niepotrzebne koszty administracyjne po stronie zamawiającego. W drugim przypadku prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia może okazać się niemożliwe ze względu na ramy czasowe lub finansowe. W trzecim przypadku może się okazać, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia doprowadziło do sztucznego zawężenia konkurencji na rynku, a więc było niezgodne z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych. Zatem podkreślenia wymaga konieczność posiadania przez zamawiającego odpowiedniej wiedzy o możliwościach i potrzebach wykonawców działających na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji oprócz uwzględnienia aspektów finansowych zamawiający musi mieć również na uwadze inne czynniki, fundamentalne dla zgodności z prawem udzielanych zamówień. Analiza potrzeb i wymagań powinna mieć na względzie również to, że uwzględnienie aspektów społecznych,

środowiskowych lub innowacyjnych w konkretnym zamówieniu nie może prowadzić do sytuacji, w której konkurencja na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia będzie sztucznie zawężana. Jeśli jednak możliwość zastosowania klauzul społecznych, środowiskowych czy innowacyjnych istnieje i jest to uzasadnione, zamawiający powinien je uwzględnić.

Chcąc uwzględnić aspekty społeczne, środowiskowe lub innowacyjne w przedmiocie zamówienia, zamawiający może skorzystać z dostępnych w ustawie instrumentów, przykładowo: ofert wariantowych (art. 92 Pzp), zamówień zastrzeżonych (art. 94 Pzp), odpowiedniego ukształtowania przedmiotu zamówienia (art. 96 Pzp) czy wykorzystania w kryteriach oceny ofert kryterium kosztu opartego na metodzie efektywności kosztowej, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia (art. 245 Pzp).

Ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia

Analiza potrzeb i wymagań powinna uwzględniać ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia. Pojęcie „ryzyka” nie jest zdefiniowane normatywnie na gruncie prawa zamówień publicznych. W rozumieniu powszechnym ryzyko oznacza miarę, ocenę zagrożenia czy niebezpieczeństwa wynikającego albo z prawdopodobnych zdarzeń od nas niezależnych, albo z możliwych konsekwencji podjęcia decyzji.

Odnosząc powyższe do kwestii planowanego udzielenia zamówienia publicznego, wskazanie w analizie potrzeb i wymagań „*ryzyk związanych z postępowaniem o udzielenie i z realizacją zamówienia*” należałoby rozumieć jako wskazanie prawdopodobnych zdarzeń, które mogą powodować, że nie uda się osiągnąć celu – zaspokoić potrzeby zamawiającego, która miałaby być zaspokojona wskutek udzielenia danego zamówienia. Analogiczne ryzyka rozumiane jako prawdopodobne zdarzenia, które mogą powodować, że nie uda się zaspokoić potrzeby zamawiającego, należy również wskazać w odniesieniu do procesu realizacji umowy o planowane zamówienie publiczne.

Sporządzenie katalogu potencjalnych ryzyk nie wydaje się jednak wystarczające z perspektywy podejmowania decyzji o wyborze konkretnego sposobu zaspokojenia potrzeby zamawiającego.

Wydaje się, że zasadnym byłoby uzupełnienie katalogu zidentyfikowanych ryzyk o dwie istotne pozycje:

- ocenę prawdopodobieństwa ziszczenia się danego ryzyka,
- stopień wpływu ryzyka, o ile się zmaterializuje, na możliwość zaspokojenia potrzeby zamawiającego.

Dopiero bowiem identyfikacja ryzyk wraz z oceną, na ile prawdopodobne jest zmaterializowanie się danego ryzyka, pozwala na podjęcie uzasadnionej decyzji merytorycznej co do sposobu zaspokojenia potrzeby zamawiającego.

Zależnie od wielkości zamówienia oraz złożoności jego przedmiotu zamawiający może dokonać oceny i wskazać ryzyka związane z przygotowaniem postępowania oraz realizacją zamówienia:

- z zastosowaniem uproszczonej oceny ryzyka, w oparciu o rozeznanie eksperckie i uogólnioną ocenę ryzyk, albo
- z zastosowaniem jednej ze stosowanych w obrocie metodyk analizy ryzyk, uwzględniającej zaawansowane metody statystyczne, co powinno zapewnić możliwość rzetelnego porównania analizowanych sposobów zaspokojenia potrzeb.

Bez względu jednak na stopień skomplikowania planowanego zamówienia, analiza ryzyka opiera się na uporządkowanych działaniach, wskazanych kierunkowo poniżej:

- Identyfikacja ryzyka

Proces ten polega na identyfikacji ryzyk istotnych dla zamówienia, przy czym jako baza do zidentyfikowania ryzyk mogą służyć w szczególności doświadczenia z udzielania i realizacji innych, analogicznych zamówień,

- Ocena ryzyka

Istotą oceny ryzyka jest określenie prawdopodobieństwa wystąpienia zidentyfikowanych ryzyk i wielkości ich skutków w przypadku, jeśli takie ryzyka się ziszczą (zmaterializują),

- Ocena możliwości mitygacji ryzyka

Polega na ocenie możliwości ograniczenia ryzyka, to jest zmniejszenia prawdopodobieństwa jego wystąpienia lub negatywnego wpływu (w wymiarze finansowym i niefinansowym),

- Ocena ryzyk i zagrożeń realizacyjnych

Istotne jest oszacowanie i rozważenie ryzyk, które mogą zaistnieć na etapie wykonywania umowy o zamówienie publiczne. Sposób ukształtowania obowiązków każdej strony, sposób i rodzaj zasobów własnych zamawiającego wykorzystywanych przy realizacji zamówienia, będą determinować rodzaj, liczbę oraz wartość ryzyk. Ich ocena może również wpływać zwrotnie na sposób kształtowania postępowania o udzielenie zamówienia oraz na treść umowy (*przykładowo: znaczące ryzyko związane ze stopniem złożoności zamówienia i jego odmiennym rozumieniem przez wykonawcę można ograniczać poprzez wykorzystanie dialogu konkurencyjnego, negocjacji z ogłoszeniem, a nawet konsultacji rynkowych*).

Powyższe czynności, aczkolwiek złożone, w praktyce w przypadku licznych postępowań, zwłaszcza tych o mniejszej wartości, mogą być sporządzone w formie uproszczonego opisu ryzyk (zagrożeń), które zamawiający dostrzega tak na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, jak i realizacji zamówienia. Należy z tej perspektywy uwzględnić przede wszystkim te ryzyka, które mają charakter podstawowy dla danego zamówienia.

Matryca ryzyk

W odniesieniu do bardziej złożonych zamówień do prezentacji i oceny ryzyka zamawiający może wykorzystać matrycę ryzyk. Stosowanie matrycy nie jest obowiązkowe, ale może być przydatne dla zamawiającego, porządkuje bowiem sposób podejścia, ocenę i wyniki badania ryzyka.

Matryca ryzyk jest listą ryzyk rozszerzoną między innymi o prawdopodobieństwo wystąpienia oraz potencjalne skutki materializacji ryzyka, a także ewentualnie o określenie sposobów zapobiegania ryzyku.

Przykładowy zarys matrycy ryzyk wskazany jest poniżej:

Lp.	Ryzyko	Opis	Jednostka ryzyka	Alokacja ryzyk			Prawdopodobieństwo (%)	Wartość (1-mały, 5-duży)	Określenie sposobów zapobiegania lub minimalizowania skutków wystąpienia ryzyka
				Zamawiający	Wykonawca	Ryzyko podzielone			
1. Ryzyka związane z przygotowaniem Projektu									
1.		.	Koszt i czas	X					

W jakim dokumencie zamawiający będzie potwierdzał dokonanie analizy potrzeb i wymagań - protokół postępowania ?

Zgodnie z art. 73 ust. 1 Pzp zamawiający dokumentuje przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, sporządzając w jego toku protokół postępowania. Zgodnie z art. 7 ilekroć w ustawie jest mowa o:

- postępowaniu o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu,
- protokole postępowania – należy przez to rozumieć dokument sporządzany przez zamawiającego, który potwierdza przebieg postępowania o udzielenie zamówienia.

Analiza potrzeb i wymagań nie mieści się w normie prawnej żadnego z wyżej wymienionych przepisów, ponieważ obejmuje czynności dokonywane przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania i tym samym nie stanowi załącznika do protokołu.

Nie można jednak nie wskazać w przypadku udzielania przez zamawiających publicznych zamówień klasycznych o wartościach równych lub przekraczających progi unijne, że wnioski i rekomendacje z analizy potrzeb i wymagań powinny być uwzględniane w takich częściach protokołu postępowania, jak: wskazanie przedmiotu i wartości zamówienia; informacja o trybie udzielenia zamówienia, w tym wskazanie okoliczności uzasadniających zastosowanie wybranego trybu, jeżeli przepisy ustawy przewidują przesłanki zastosowania tego trybu; informacja o przeprowadzeniu konsultacji rynkowych. Inny aspekt objęty tą analizą - powody niedokonania podziału zamówienia na części - ustawodawca nakazuje podać w dokumentach zamówienia¹⁵ (art. 91 ust. 2).

¹⁵ Zgodnie z art. 7 pkt 3 przez dokumenty zamówienia należy rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań.

Rekomendacje co do obszarów kompetencyjnych, które powinny być uwzględnione przy sporządzaniu analizy potrzeb i wymagań

Ustawa Pzp nie reguluje kwestii związanych z obszarami kompetencyjnymi czy podmiotowymi osoby lub osób, które powinny dokonywać analizy potrzeb i wymagań zamawiającego. Nie ma zatem takiego obowiązku, by analizę przygotowywała jedna czy kilka osób, by był to pracownik zamawiającego, podmiot zewnętrzny lub wersja hybrydowa. Decyzja w tym zakresie należy do zamawiającego. Nie ma również jednolitej praktyki w Unii Europejskiej w tym zakresie, mimo że podobne analizy są wykonywane przez instytucje zamawiające w wielu państwach członkowskich. Niewątpliwie jednak w analizie powinny być odzwierciedlone trzy obszary kluczowe dla późniejszego prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia i odnoszące się do:

- kwestii merytorycznych, związanych z opisem przedmiotu zamówienia, możliwościami realizacyjnymi (w tym również możliwościami zaspokojenia potrzeb zamawiającego z wykorzystaniem zasobów własnych) oraz znajomością rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia,
- kwestii finansowych, pozwalających na ocenę możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z perspektywy środków finansowych, którymi zamawiający dysponuje,
- kwestii prawnych, związanych z zagwarantowaniem legalności każdego możliwego rozwiązania, ewentualną rekomendacją odpowiedniego trybu udzielenia zamówienia, identyfikacją ryzyk procesowych lub związanych z możliwymi korektami finansowymi.

W niektórych instytucjach zamawiających w państwach członkowskich Unii Europejskiej podobną analizę wykonuje przede wszystkim zespół, który początkowo składa się tylko z osób merytorycznych – czyli znających bardzo dobrze rynek właściwy dla przedmiotu zamówienia oraz odpowiadających za opis przedmiotu – a w następnych etapach do zespołu dołączają kolejne osoby: rozwiązania merytoryczne przechodzą ocenę finansową, by finalnie trafić do oceny prawnej. Tego typu rozwiązania funkcjonują np. w Holandii.

Z drugiej strony istnieją praktyki, zgodnie z którymi osoby pokrywające wszystkie wspomniane wyżej obszary kompetencyjne uczestniczą w pracach takiego zespołu od samego początku. Tak więc tak samo uczestniczą w pracy zespołu pracownicy merytoryczni, finansiści oraz prawnicy. Tego typu

praktykę stosuje m.in. włoski CONSIP. Pozwala ona zaoszczędzić czas, ponieważ dokumenty, które są oceniane etapami w rozwiązaniu pierwszym, tutaj są analizowane symultanicznie, a wszystkie ryzyka bądź problemy są identyfikowane na bieżąco. **Wydaje się, że takie rozwiązanie, mimo ewentualnych kosztów administracyjnych oraz czasowego zaangażowania pracowników zamawiającego, powinno być praktyką rekomendowaną.**

Należy również zauważyć, że w przypadku przedmiotu zamówienia o dużym stopniu skomplikowania, a także w sytuacji, w której zamawiający będzie chciał realizować cele strategiczne, uwzględniając aspekty społeczne, środowiskowe lub innowacyjne zamówienia, w składzie zespołu powinny znaleźć się osoby dysponujące wiedzą ekspercką, relatywną do poziomu zaawansowania przedmiotu zamówienia.

Z kolei w przypadku zamówień o stosunkowo prostym przedmiocie zamówienia, powtarzalnych, w ogóle może nie być potrzeby tworzenia zespołu. Analizę może sporządzić pracownik zamawiającego, wspierając się w niektórych aspektach wiedzą innych pracowników.