

Bać się czy stosować tryby negocjacyjne w zamówieniach?

Razem z zespołem przygotowaliśmy dla dużej gminy w Polsce plan zawarcia nowego programu ubezpieczeń. W naszym języku branżowym nazywamy to strategią „odnowienia”. Ubezpieczenia charakteryzują się tym, że zawierane są w cyklach, które muszą zachować ciągłość. Nie można doprowadzić to tzw. luki czasowej w ochronie, ponieważ ryzyko jest niepewne i w każdym momencie może dojść do np. zdarzenia pożarowego. „Odnowienie” musi więc zostać dokonane w sposób sprawny i terminowy.

Autor: Łukasz Górny*

Dlatego ważnym elementem naszego planu był sposób kontraktowania z rynkiem ubezpieczeniowym. Wyzwanie było wymagające. Wzięliśmy pod uwagę fakt, że w ostatnim przetargu nieograniczonym prowadzonym bez naszego udziału jako brokera została złożona tylko jedna oferta. Szkodowość gminy była wysoka. Oczekiwania klienta co do jakości nowych polis także były wysokie. Dlatego zaproponowaliśmy rozwiązania z obszaru zamówień publicznych, których celem było zwiększenie konkurencyjności i kontroli zamawiającego nad całym procesem, tzn.:

- umowę wieloletnią,
- podział zamówienia na części,
- odpowiednio ustalone kryteria oceny ofert oraz
- tryb negocjacyjny, a konkretnie dialog konkurencyjny.

Na spotkaniu z urzędnikami gminy omawiam po kolei każdy z powyższych punktów strategii. Zyskują one akceptację. Zatrzymujemy się jednak przy trybie postępowania:

- Panie mecenasie, naszym standardowym trybem jest przetarg nieograniczony. Znamy go i stosujemy w większości przypadków. Nie możemy w gminie stosować trybów innych niż podstawowe, ponieważ kontrola może nam zarzucić, że preferujemy danego Wykonawcę. Dlatego zastosujemy nasze dotychczasowe rozwiązanie – przetarg nieograniczony.

Większość elementów naszej strategii została więc przyjęta. Jednak zrezygnowano z tego trybu, który w przypadku dużych, trudnych zamówień na ubezpieczenia ma specjalne zadanie – trybu negocjacyjnego.

Pytanie zawarte w tytule artykułu – bać się czy stosować tryby negocjacyjne – nie jest więc abstrakcyjne i często w swojej pracy radcy prawnego wspierającego samorządy udzielam na nie odpowiedzi.

Tryby podstawowe stosowane najczęściej

Statystyki wskazują na to, że w polskim systemie zamówień publicznych tryby inne niż podstawowe stosowane są rzadko. Instytucje samorządowe stanowią największą w Polsce grupę zamawiających – to ok. 52 proc. wszystkich podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dane ze Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.). Dane z rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach w roku 2017 pokazują, że w trybie przetargu nieograniczonego udzielono zamówień w 86 proc. przypadków. Biorąc pod uwagę łączną wartość zamówień, tryb ten zastosowano dla 77 proc. zamówień. Polską specyfiką jest, że drugim co do kolejności trybem stosowanym najczęściej przez zamawiających jest zamówienie z wolnej ręki, wykluczające ze swej istoty jakąkolwiek konkurencję. Trudno powiedzieć, czy „walka” Urzędu Zamówień Publicznych z nadużywaniem wyboru tej drogi kontraktowania, np. za pomocą kontroli doraźnych, przynosi efekty, jednak po raz pierwszy od wielu lat odsetek takich postępowań spadł w 2017 r. poniżej 10 proc. Tryby negocjacyjne, w których dochodzi do publikacji ogłoszenia o zamówieniu, tzn. negocjacje

z ogłoszeniem oraz dialog konkurencyjny na tle całego rynku zamówień stanowią rzeczywiście margines. W 2017 r. zastosowano je w 0,07 proc. wszystkich zamówień i jedynie w 0,85 proc. zamówień pod kątem łącznej wartości. Na konkretnych liczbach wygląda to następująco. W Polsce w 2017 r. udzielono prawie 140 tys. zamówień na łączną wartość 163,2 mld zł (ok. 8,23 proc. PKB). Tak więc tryby negocjacyjne zastosowano jedynie w ok. 98 przypadkach na łączną wartość zamówień nieprzekraczającą 1,4 mld zł! A więc może tryb rekomendowany przez mnie gminie jawi się w statystykach krajowych jako zwiększający konkurencyjność rozumianą jako ilość uzyskanych ofert? Nic z tych rzeczy. Przy dużych zamówieniach „unijnych” średnia liczba ofert składanych w negocjacjach z ogłoszeniem wynosi 2,52, w dialogu konkurencyjnym to 2,09, a najbardziej konkurencyjny okazuje się przetarg ograniczony ze średnią 2,95 oferty.

Przedstawiam te wszystkie dane, ponieważ stanowią one często argument zamawiających za rezygnacją z nowego modelu kontraktowania, który im proponuję. Rozumiem, że innowacje mogą rodzić obawy i bezpieczniejsze wydaje się przejście znaną, udeptaną już ścieżką. Jednak jak ma to miejsce zazwyczaj w życiu, diabeł tkwi w szczegółach, a tych w przypadku skomplikowanych zamówień nie brakuje.

Wyjątkowe sytuacje

Specyfika najlepszych ubezpieczeń korporacyjnych, w tym kompleksowych programów ubezpieczeń samo-

rzędu, obejmujących jego wszystkie jednostki organizacyjne, jest tego rodzaju, że rodzą się one z bezpośrednich rozmów z rynkiem ubezpieczeniowym. Negocjacje, w trakcie których strony przyszłej umowy przedstawiają swoje racje i stanowiska, dążąc do osiągnięcia konsensusu, najbardziej odpowiadają istocie zawierania takich skomplikowanych polis. Jeśli jednym z moich celów w ramach kompleksowej polisy jest ubezpieczenie pusto-

Możliwość zastosowania przez samorząd innych trybów niż podstawowe, do których należą przetarg nieograniczony oraz ograniczony, zależna jest od spełnienia konkretnych przesłanek opisanych w PZP. Ich wybór powinien zostać poprzedzony wnikliwą analizą, przesłanki powinny być interpretowane wąsko, a na zamawiającym spoczywa ciężar dowodzenia, że faktycznie wystąpiły.

stanów należących do jednostki, które stanowią dla niej wartość, to powinienem wspólnie z underwriterami po stronie zakładów ubezpieczeń, a więc osób, które wycenią ryzyko, ustalić szczególne dla nich warunki. Mogą one dotyczyć limitu odpowiedzialności, wyższej franszyzy lub obostrzeń co do zabezpieczenia tego mienia. Wszystkie te kwestie poruszę podczas bezpośrednich, poufnych rozmów, ale prowadzonych w sposób zapewniają-

cy równe traktowanie każdego z wykonawców. Jeśli okaże się, że objęcie ochroną tego mienia będzie bardzo drogie lub nawet uniemożliwi konkretnemu zakładowi ubezpieczeń złożenie oferty, dysponujemy z klientem beczenną wiedzą, w jaki sposób określić warunki ubezpieczenia, na bazie których składane będą ostateczne ceny. Można oczywiście stwierdzić, że w przetargu nieograniczonym przewidziano instytucję pytań do SIWZ, które także temu służą. Jednak spośród setek wniosków o zmianę postanowień SIWZ, jakie standardowo kierowane są przez zakłady ubezpieczeń w przetargach, wyłowienie tych kluczowych i wyjaśnienie dlaczego dla zamawiającego dany limit ochrony, dane rozszerzenie zakresu ubezpieczenia jest istotne, może nie doprowadzić do tak wymiernych rezultatów jak w trybie negocjacji bezpośrednich. Często underwritera trzeba „oswoić” z ryzykiem, przekazać informacje, które pokazują je w innym świetle, przekonać do danego rozwiązania, a sucha odpowiedź na pytania do SIWZ może okazać się niewystarczająca. Powyżej opisuję najbliższą mojemu sercu usługę ubezpieczeniową. Tryby negocjacyjne doskonale sprawdzą się także w trudnych zamówieniach na roboty budowlane, w których trzeba pogodzić presję czasu z możliwościami wykonawców i dynamicznie zmieniającym się rynkiem. Inne przykładowe obszary zastosowania to wymagające dużej wiedzy eksperckiej usługi informatyczne czy też bankowe. Natomiast w przypadku standardowych zamówień, np. na dostawę wody mineralnej, w której jest jasne, co chcemy kupić i kto może nam usługę zrealizować, efektywniejszy będzie przetarg nieograniczony. Podobnie gdy chcemy kontynuować zamówienie według wypracowanych wcześniej zasad, a rynek dostawców jest stabilny, sprawdzają się tryby podstawowe.

Konieczność spełnienia warunków ustawowych

Możliwość zastosowania przez samorząd innych trybów niż podstawowe, do których należą przetarg nieograniczony oraz ograniczony, zależna jest od spełnienia konkretnych przesłanek opisanych w PZP. Ich wybór powinien zostać poprzedzony wnikliwą analizą, przesłanki powinny być interpretowa-

ne wąsko, a na zamawiającym spoczywa ciężar dowodzenia, że faktycznie wystąpiły. Uspokajam. W przypadku trudnych zamówień, wymagających od zamawiającego poznania stanowiska rynku, osiągnięcia swego rodzaju „rady”, jak zrealizować własne cele nie jest to trudne. Następujące przesłanki z art. 55 ust. 1 pkt 6) i 8) oraz 9) ustawy PZP idealnie wpisują się w wybór trybu negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego (identyczne przesłanki w zw. z art. 60b ust. 1. ustawy PZP):

- rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego,
- zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszego dialogu z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności oraz z uwagi na ryzyko związane z usługami;
- zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, (...), wspólnej specyfikacji technicznej, (...), lub referencji technicznej.

Tryby negocjacyjne dzielą się na trzy główne etapy:

- I etap kwalifikacji wykonawców do postępowania – na podstawie ogłoszenia o zamówieniu do postępowania zgłaszają się zainteresowani wykonawcy. Składają wniosek o dopuszczenie. Wykazują w nim, że spełniają warunki udziału w postępowaniu. Na podstawie oświadczeń kwalifikowani są przez zamawiającego do dalszego etapu. Jeśli na rynku funkcjonuje ograniczona liczba wykonawców, nie ma sensu wprowadzać dodatkowych tzw. kryteriów selekcji, które ograniczają to grono. Jeśli zamawiający obawia się, że będzie musiał podjąć rozmowy z co najmniej kilkunastoma zainteresowanymi, warto zastosować kwalifikację oparte np. na doświadczeniu lub sytuacji finansowej wykonawcy.
- II etap negocjacji/dialogu z wykonawcami – kluczowy element całego postępowania. Odbywa się z każdym z wykonawców. W negocjacjach z ogłoszeniem poprzedzony jest złożeniem oferty wstępnej jako odpowiedzi na warunki zamówienia opisane przez zamawiającego w tzw. SIWZ wstępnym. W dialogu

konkurencyjnym nie przewidziano tego elementu, ale dzięki temu staje się on trybem szybszym i jeszcze bardziej elastycznym. W dialogu zamawiający przygotowuje tzw. opis potrzeb i wymagań zamawiającego, który w praktyce zawiera warunki zamówienia. Dobrze sprawdza się oczekiwanie od wykonawców, aby przed przystąpieniem do dialogu bezpośredniego przedstawili swoje stanowisko co do poszczególnych postanowień. Dzięki temu dialog prowadzony jest sprawniej. Co więcej, celem rozmów z rynkiem powinno być także uzyskanie od wykonawców wstępnej kwoty oraz informacji o wpływie danego rozwiązania z przyszłej umowy na cenę (np. wymóg zastosowania takiego, a nie innego materiału w przypadku inwestycji, wpływ limitu odpowiedzialności na składkę ubezpieczeniową etc.). W dialogu konkurencyjnym na początkowym etapie postępowania, do momentu stworzenia SIWZ, zamawiający może przedstawić jedynie hierarchię kryteriów oceny ofert, nie precyzując ich wagi (podstawą jest art. 60c ust. 1a PZP). Jest to pomocne, ponieważ często dopiero po przeprowadzeniu rozmów (negocjacji/dialogu) z wykonawcami zamawiający może uzyskać dodatkowe informacje pozwalające na odpowiednie ukształtowanie kryteriów oceny. W trybie negocjacji z ogłoszeniem wagi kryteriów oceny ofert przedstawiane są już w ogłoszeniu o zamówieniu.

- III etap ustalenia warunków SIWZ oraz złożenie ofert – negocjacje powinny pozwolić na świadome ukształtowanie warunków zamówienia zamkniętych w formie SIWZ. Zamawiający posiada informacje z pierwszej ręki co do możliwości rynkowych, więc jest dużo pewniejszy co do tego, jakie oferty mogą być złożone w postępowaniu. W modelowym postępowaniu element niepewności zostaje ograniczony, a gra rynkowa toczy się już o to, kto zaoferuje lepszą cenę.

Dialog konkurencyjny dla zamówienia unijnego można sprawnie przeprowadzić w ok. 90 dni.

Wartość dodana

Struktura trybów negocjacyjnych pozwala także na coś więcej niż przy-

gotowanie dobrych, partnerskich warunków realizacji zamówienia. To coś, czego nie odczytamy z analizy polskich statystyk krajowych dotyczących rynku zamówień publicznych. Pozwalają one na większą kontrolę zamawiającego nad całym procesem zainteresowania rynku zamówieniem. Z uwagi na to, że pierwszym etapem jest kwalifikacja wykonawców do postępowania, już w tym momencie zamawiający ma świadomość co do faktycznej konkurencji. Może tak poprowadzić cały proces, aby podtrzymać ich zainteresowa-

////////////////////////////////////

**Coraz większe grono
urzędników patrzy
na proces zamówień
publicznych poprzez
pryzmat celów, które
chce osiągnąć. Stąd
liczba projektów
w ubezpieczeniach
zrealizowanych
w formule negocjacyjnej,
w tym zwłaszcza
w trybie dialogu
konkurencyjnego,
zwiększa się.
Referencje z udanego
postępowania pozwalają
na zmianę schematów
i wypróbowanie nowych
rozwiązań także tam,
gdzie do tej pory
stosowano klasyczny
przetarg.**

nie złożeniem atrakcyjnej oferty. Ponadto często najtrudniejsze do realizacji dotyczą wrażliwych obszarów zamawiającego. Tryby negocjacyjne

zapewniają stronom zdecydowanie większą „intymność” w rozmowach i przekazywaniu informacji i danych poufnych. Etap negocjacji, w tym w przypadku ubezpieczeń np. lustracje ryzyka (ocena kluczowych obiektów przez inżynierów oceny ryzyka, zbadanie zabezpieczeń ppoż., procedur etc.) prowadzony jest jedynie z zakwalifikowanymi do postępowania wykonawcami. SIWZ nie musi być publikowany na stronie internetowej. Europejskie dane zawierają wskazówkę co do tego, jakiego rodzaju zamówienia współgrają z trybami negocjacyjnymi. Na całym rynku europejskim 10 proc. zamówień pod względem ich ilości oraz 20 proc. pod względem wielkości kontraktowana jest w trybach negocjacyjnych. Co więcej, pod kątem wartości zamówień stosowanie trybu dialogu konkurencyjnego wzrosło tylko w okresie od 2006 r. do 2010 r. z poniżej 1 proc. zamówień do ponad 8,5 proc. zamówień (Raport Komisji Europejskiej „Ocena skutków i skuteczności przepisów Unii Europejskiej dotyczących zamówień publicznych”, ang. „Public procurement in Europe, Cost and effectiveness”). To te najtrudniejsze do uzyskania zamówienia, wymagające wstuchania się stron we własne potrzeby i możliwości.

Coraz większe grono urzędników patrzy na proces zamówień publicznych poprzez pryzmat celów, które chce osiągnąć. Dlatego liczba projektów w ubezpieczeniach zrealizowanych w formule negocjacyjnej, w tym zwłaszcza w trybie dialogu konkurencyjnego, zwiększa się. Referencje z udanego postępowania pozwalają na zmianę schematów i wypróbowanie nowych rozwiązań także tam, gdzie do tej pory stosowano klasyczny przetarg. Jeśli mamy do realizacji wymagające zadanie przygotowania np. dobrej, kompleksowej polisy dla całej jednostki samorządowej, uszytej na miarę, która bierze pod uwagę to, co aktualnie jest osiągalne na dynamicznie zmieniającym się rynku ubezpieczeniowym, tryb negocjacyjny jest realną alternatywą. Dotyczy to także innych usług, robót i dostaw, które stanowią wyzwanie dla samorządu i nie mają charakteru standardowego. ■

* *radca prawny, broker, główny specjalista ds. zamówień publicznych EIB S.A.*