



URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

RAPORT

dotyczący stosowania art. 36aa ust. 3 ustawy Pzp

Warszawa, 2018 r.

Spis treści:

I.	Wybór zagadnień do analizy systemowej	3
II.	Metodyka doboru próby zamówień poddanych analizie. Podstawowe dane dotyczące postępowań.	6
III.	Wyniki analizy systemowej	13
IV.	Wnioski	15
V.	Podsumowanie	16

I. Wybór zagadnień do analizy systemowej.

Na podstawie ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020, dalej: „nowelizacja Pzp”), wprowadzono przepis art. 36aa ust. 3 zgodnie z którym *zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, a także w zaproszeniu do składania ofert lub zaproszeniu do negocjacji, maksymalną liczbę części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy.*

Wskazany przepis stanowi *novum* na gruncie ustawy Pzp, bowiem w stanie prawnym sprzed nowelizacji Pzp, ustawodawca przewidywał jedynie możliwość określenia maksymalnej liczby części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca, bez wyodrębnionej możliwości ograniczenia liczby części zamówienia, na które zamówienie może zostać udzielone jednemu wykonawcy, niezależnie od liczby złożonych ofert częściowych. Z kolei w obecnym stanie prawnym, ustawodawca utrzymał przysługującą zamawiającemu możliwość ograniczenia liczby części, na które ofertę może złożyć jeden wykonawca, poprzez wprowadzenie obowiązku wskazania przez zamawiającego w określonym dokumencie, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia, zgodnie z treścią art. 36aa ust. 2 ustawy Pzp, dodatkowo przewidując także możliwość wprowadzenia ograniczenia liczby części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy, stosownie do treści art. 36aa ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto, wskazać należy, iż przepis art. 36aa ust. 3 związany jest z art. 36aa ust. 4 i ust 5 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią pierwszego z wymienionych przepisów, *zamawiający może ograniczyć liczbę części zamówienia, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże zgodnie z ust. 3.* Art. 36aa ust. 5 głosi z kolei, że *w przypadku, o którym mowa w ust. 3, zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia obiektywne i niedyskryminujące kryteria lub zasady, które zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jeden wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie.* Tym samym, przepisy te określają szczegółowe zasady korzystania z instytucji, o której mowa w art. 36aa ust. 3, nakazując przede wszystkim sformułowanie przez zamawiającego obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów lub zasad, które stanowiąc

będą podstawę do wyboru części, w których możliwe będzie uzyskanie zamówienia przez wykonawcę, który miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia niż określona uprzednio przez zamawiającego.

Jednocześnie podkreślić należy, iż przepisy art. 36aa ust. 3-5 ustawy Pzp stanowią transpozycję art. 46 ust. 2 dyrektywy Parlamentu i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65, dalej: „dyrektywa klasyczna”), który to przepis stanowi, iż *w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania instytucje zamawiające wskazują, czy oferty można składać w odniesieniu do jednej, kilku czy wszystkich części. Nawet jeżeli możliwe jest złożenie ofert w odniesieniu do kilku lub wszystkich części zamówienia, instytucje zamawiające mogą ograniczyć liczbę części zamówienia, które można udzielić jednemu oferentowi, pod warunkiem że maksymalna liczba części, jaka może być udzielona jednemu oferentowi, jest określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Instytucje zamawiające wskazują w dokumentach zamówienia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub zasady, które zamierzają zastosować w celu ustalenia, które części zostaną udzielone, gdyby zastosowanie kryteriów udzielenia zamówienia prowadziło do udzielenia jednemu oferentowi większej liczby części niż wynosi maksymalna liczba.*

Ponadto, w motywie 79 dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny podkreślił, że uprawnienie do ograniczenia liczby części, o które może się ubiegać wykonawca, jak też ograniczenia liczby części, które mogą zostać przyznane jednemu oferentowi, ma na celu m.in. ochronę konkurencji lub zagwarantowanie niezawodności dostaw. Tym samym zauważyć należy, iż jedną z podstawowych przyczyn wprowadzenia instytucji, o której mowa w art. 36aa ust. 3, jest pogłębienie wsparcia dla udziału w systemie zamówień publicznych wykonawców z sektora małych i średnich przedsiębiorstw, co pozwala na uniknięcie monopolizacji określonej sfery gospodarki przez największe podmioty, jak również pozwala oczekiwać wyższej jakości oraz utrzymania konkurencyjności po stronie wykonawców, a tym samym chronić w wyższym stopniu interes zamawiającego.

Reasumując, podkreślić należy, iż wprowadzając do ustawy Pzp art. 36aa ust. 3, wraz z przepisami art. 36aa ust. 4 i ust. 5, ustawodawca rozszerzył zakres przysługujących zamawiającemu uprawnień co do ograniczenia liczby wykonawców uzyskujących zamówienie w poszczególnych częściach, nie tylko poprzez określenie liczby części, w których oferta może być złożona przez jednego wykonawcę, zgodnie z art. 36aa ust. 2, ale także poprzez wprowadzenie maksymalnej liczby części zamówienia, na które zamówienie może zostać udzielone wykonawcy, co daje zamawiającemu możliwość elastycznego dostosowania się do sytuacji rynkowej z jednoczesnym zagwarantowaniem

ochrony swojego interesu ekonomicznego, a w konsekwencji – racjonalnego wydatkowania środków publicznych. W obecnym stanie prawnym zamawiający, który chce zapewnić dywersyfikację wykonawców uzyskujących zamówienie w poszczególnych częściach, nie musi już korzystać wyłącznie z instrumentu ograniczającego liczbę składanych ofert, a tym znacząco obniżającego konkurencyjność w zakresie poszczególnych części zamówienia, lecz może dopuścić wszystkich wykonawców do składania ofert nawet w każdej części, a następnie, na podstawie uprzednio ustalonych obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów lub zasad, dokonać wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jeden wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie, dzięki czemu możliwy jest wybór tych ofert jednego wykonawcy, które gwarantują realizację interesu ekonomicznego zamawiającego w wyższym stopniu, aniżeli inne oferty tego wykonawcy w pozostałych częściach.

II. Metodyka doboru próby zamówień poddanych analizie.

Podstawowe dane dotyczące analizowanych postępowań.

Podstawę dla przeprowadzenia analizy systemowej w zakresie stosowania przez zamawiających instytucji przewidzianej w art. 36aa ust. 3 ustawy Pzp stanowiły dane zawarte w protokołach z kontroli uprzednich zakończonych przez Prezesa Urzędu w roku 2017, dotyczących postępowań, w których wartość zamówienia albo umowy ramowej dla:

- 1) **robót budowlanych** – była równa lub przekraczała wyrażoną w złotych równowartość kwoty **20 000 000 euro**;
- 2) **dostaw lub usług** – była równa lub przekraczała wyrażoną w złotych równowartość kwoty **10 000 000 euro**.

Ponadto, dla celów analizy wykorzystano także ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ dotyczące wskazanych postępowań.

Zgodnie z danymi Urzędu, w roku 2017 zakończono ogółem 218 kontroli uprzednich.

Dla celów niniejszej analizy, pod uwagę wzięte zostały jedynie protokoły dotyczące postępowań:

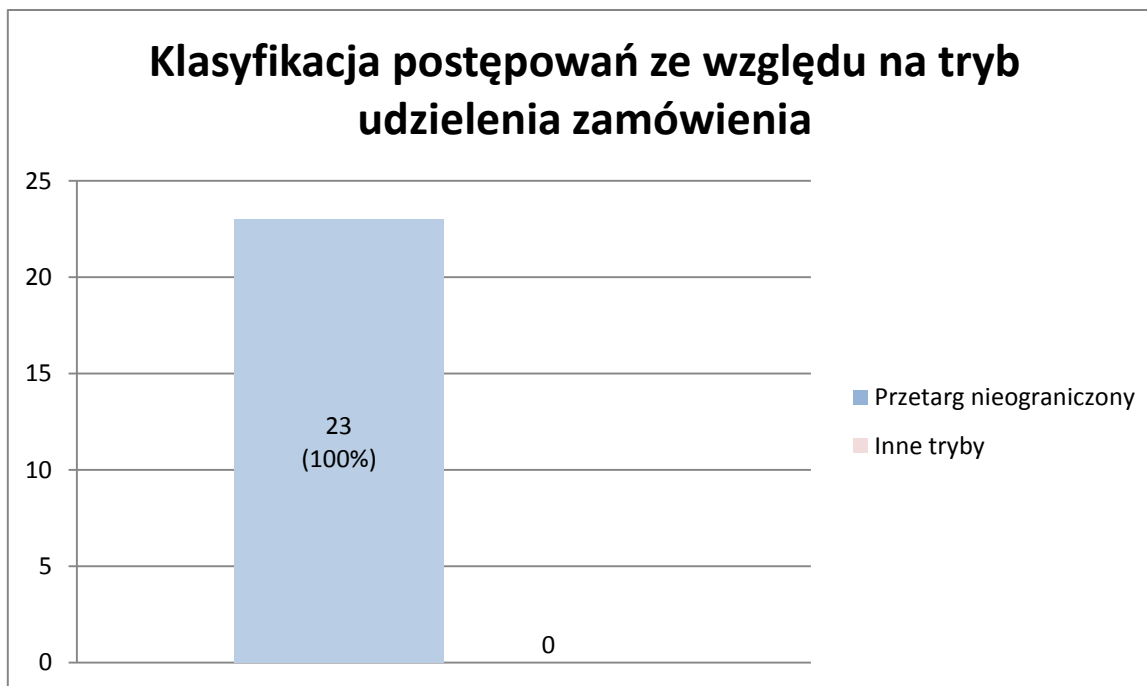
- 1) które prowadzone były na podstawie przepisów po nowelizacji Pzp;
- 2) w których dopuszczono składanie ofert częściowych.

Powyższe wynika z faktu, iż wprowadzona w ramach nowelizacji Pzp instytucja z art. 36aa ust. 3 ustawy Pzp znajduje swoje zastosowanie wyłącznie dla zamówień podzielonych na części, w których dopuszczalne jest składanie ofert częściowych.

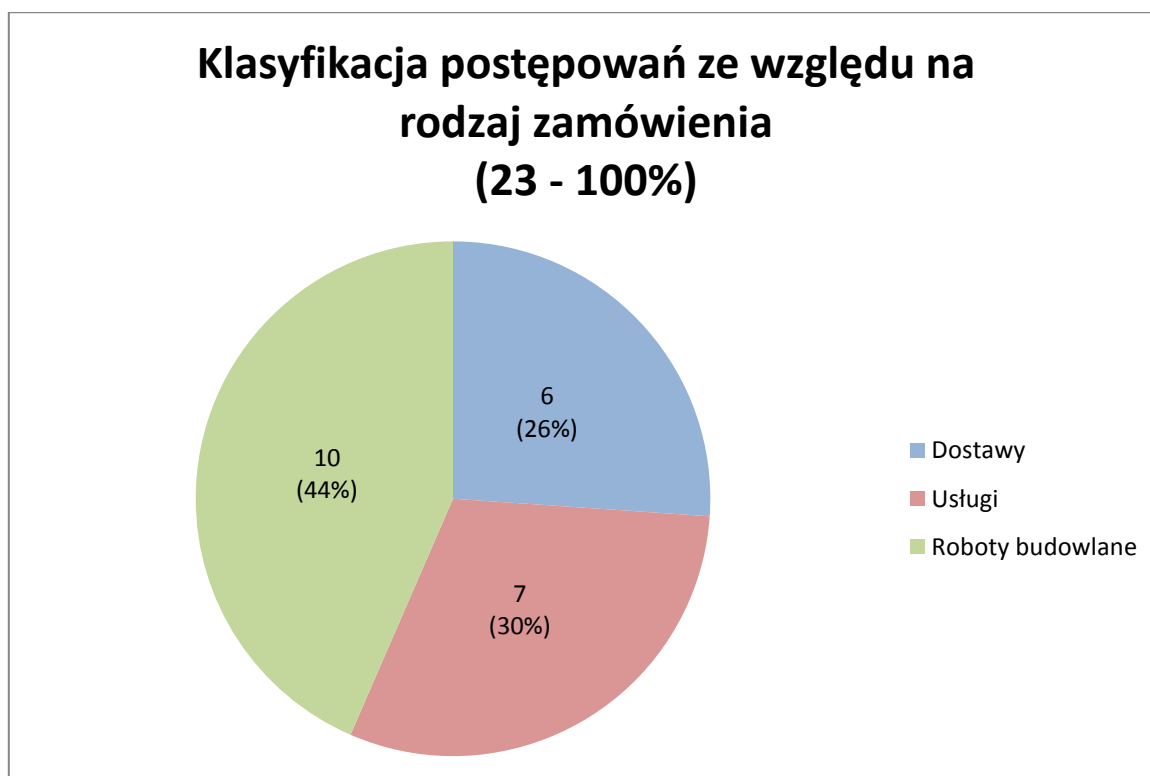
W roku 2017 zakończono 155 kontroli uprzednich w stosunku do postępowań, które zostały wszczęte po nowelizacji Pzp, tj. od dnia 28 lipca 2016 r.

W ramach ww. postępowań, 24 protokoły z kontroli uprzedniej, dotyczące 23 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, odnosiły się do postępowań, w których zamawiający dopuścili składanie ofert częściowych.

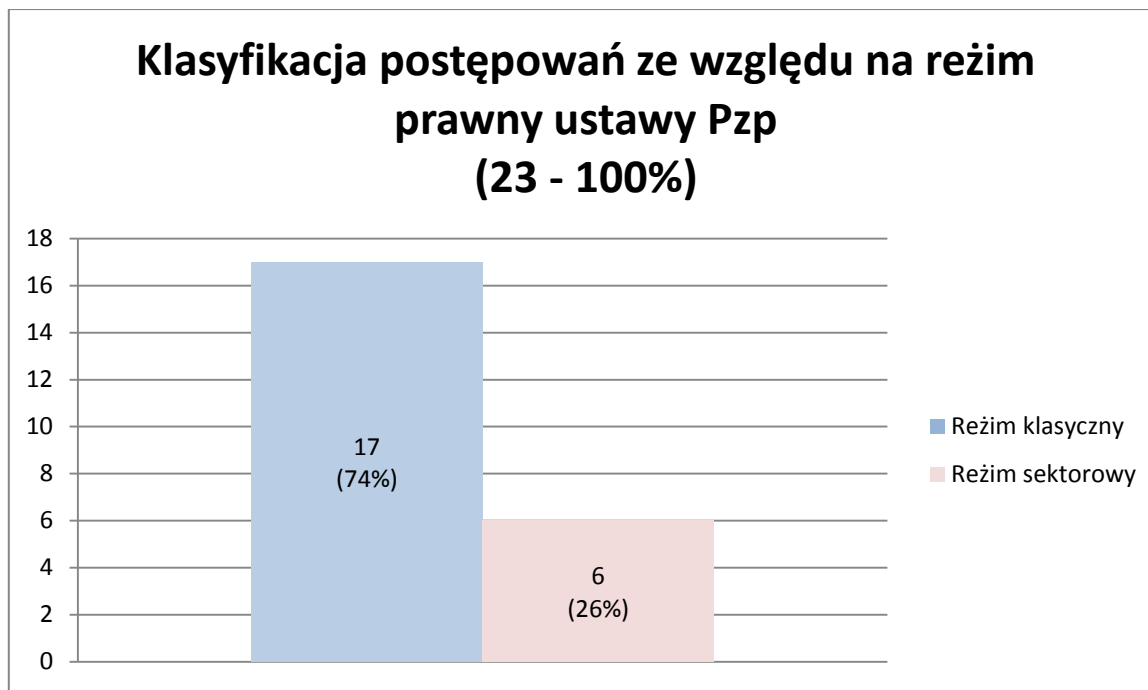
Wśród 23 postępowań poddanych kontroli, w 23 przypadkach (100%) zamawiający zastosowali tryb przetargu nieograniczonego.



Biorąc pod uwagę rodzaj zamówienia, dostawy były przedmiotem zamówienia w 6 postępowaniach (26%); usługi – w 7 postępowaniach (30%); zaś roboty budowlane – w 10 postępowaniach (44%).

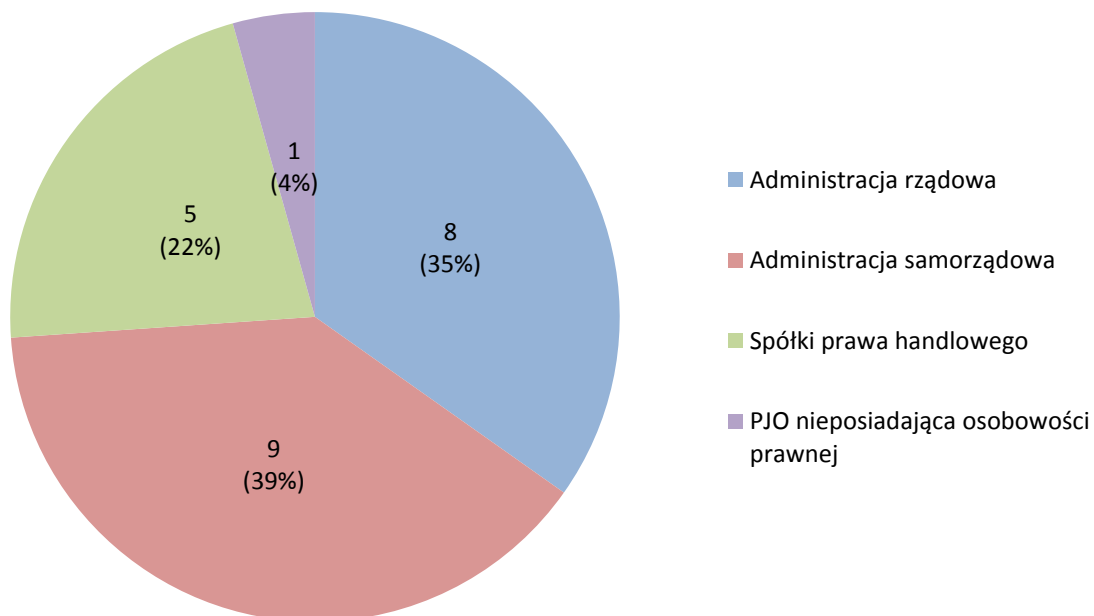


Odnosząc się do reżimu prawnego zastosowanego dla poszczególnych z 23 analizowanych postępowań, wskazać należy, iż w 17 przypadkach (74%) postępowania prowadzone były w reżimie klasycznym, zaś w 6 przypadkach (26%) – w reżimie sektorowym.

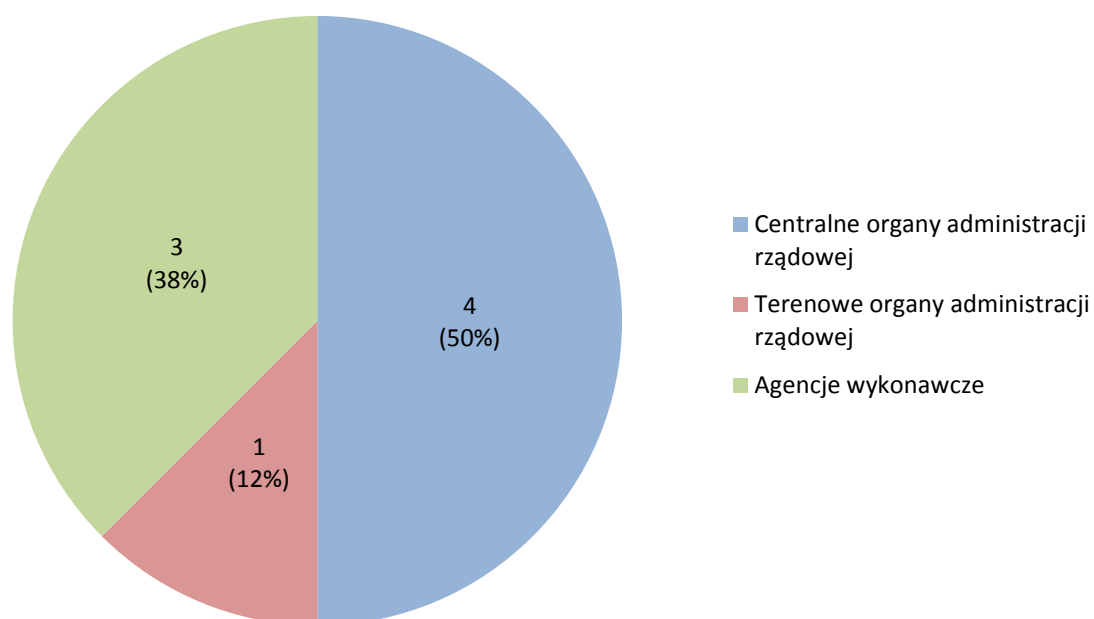


Natomiast analizując strukturę podmiotową w odniesieniu do zamawiających, należy zauważyć, iż 8 zamawiających (35%) wchodziło w skład administracji rządowej, w tym w 4 przypadkach były to centralne organy administracji rządowej, w 3 przypadkach były to agencje wykonawcze, zaś w jednym – terenowy organ administracji rządowej. Z kolei do administracji samorządowej należało 9 zamawiających (39%), w tym 5 z nich stanowiły samorządowe jednostki budżetowe, 3 – jednostki samorządu terytorialnego, zaś w jednym przypadku zamawiający występował jako samorządowa spółka prawa handlowego. W 5 przypadkach (22%) zamawiający występował jako spółka prawa handlowego. W jednym przypadku (4%) zamawiający występował w formie państwowej jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej (Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - nadleśnictwo).

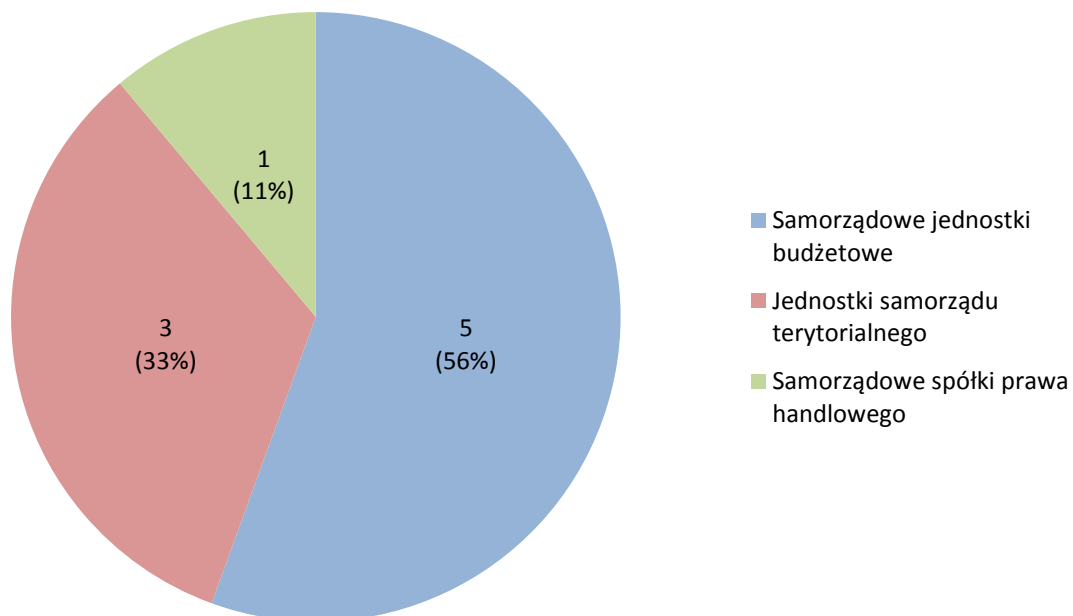
Klasyfikacja postępowań ze względu na rodzaj zamawiającego (23 - 100%)



Klasyfikacja postępowań ze względu na rodzaj zamawiającego - administracja rządowa (8 - 100%)



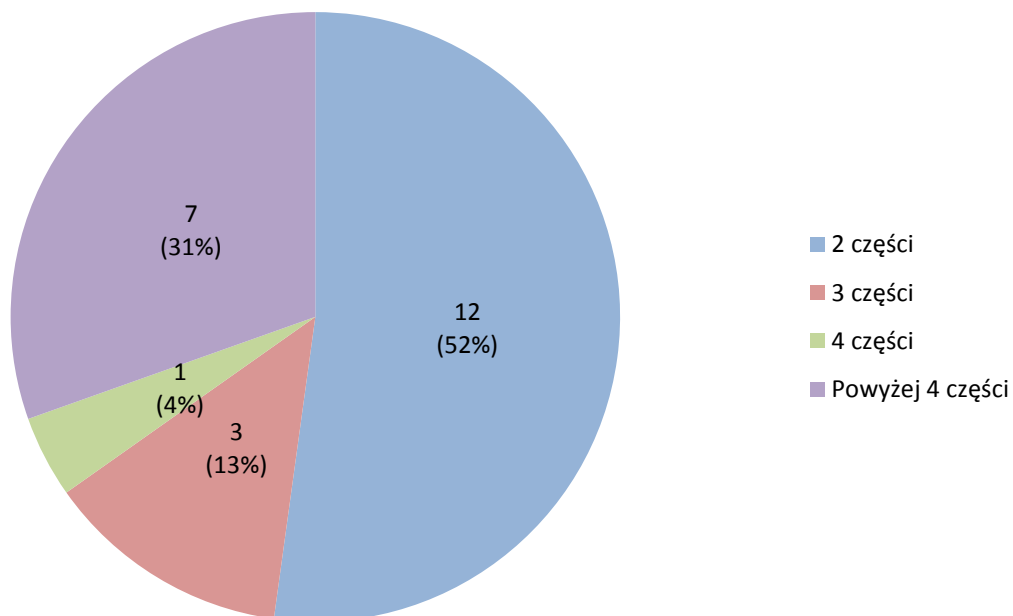
Klasyfikacja postępowań ze względu na rodzaj zamawiającego - administracja samorządowa (9 - 100%)



Możliwe jest także pogrupowanie analizowanych postępowań ze względu na ilość części, na jakie dane zamówienie zostało podzielone.

Liczba części	Liczba postępowań
2	12 (52%)
3	3 (13%)
4	1 (4%)
Powyżej 4	7 (31%)

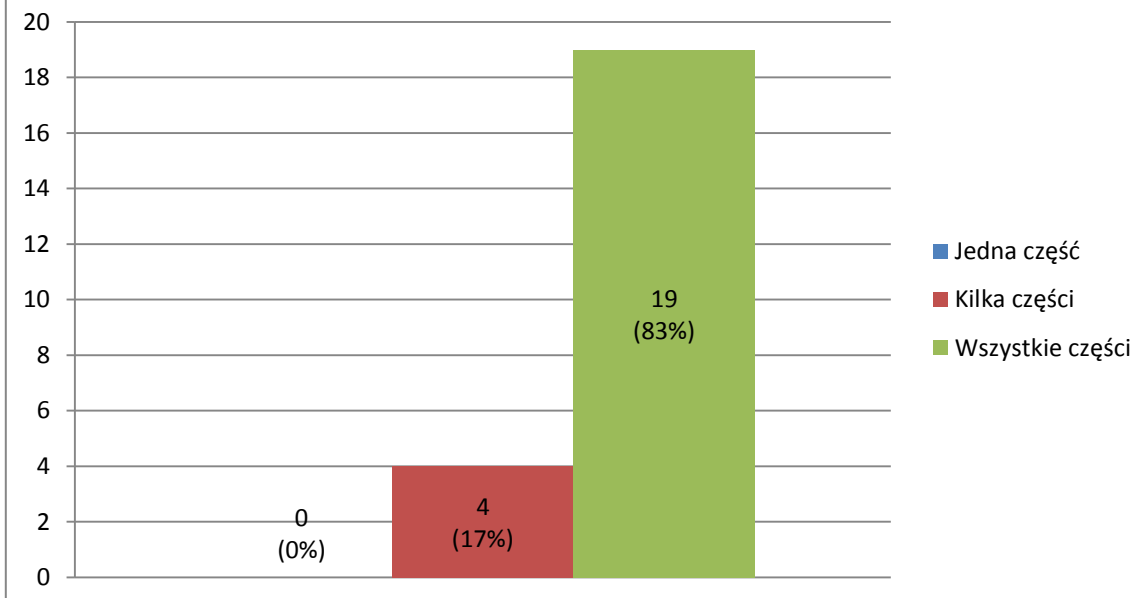
Klasyfikacja postępowań ze względu na liczbę części, na jakie zostało podzielone zamówienie (23 - 100%)



Ponadto, klasyfikacja analizowanych postępowań może dotyczyć także liczby części, w odniesieniu do których jeden wykonawca może składać oferty, zgodnie z treścią art. 36aa ust. 2 ustawy Pzp.

Liczba części, na które może składać oferty jeden wykonawca	Liczba postępowań
Jedna część	0 (0%)
Kilka części	4 (17%)
Wszystkie części	19 (83%)

Klasyfikacja postępowań ze względu na liczbę części, na które może składać oferty jeden wykonawca (23 - 100%)



III. Wyniki analizy systemowej.

Analiza przedmiotowych postępowań w zakresie zastosowania przez zamawiających instytucji, o której mowa w art. 36aa ust. 3 ustawy Pzp pozwoliła na określenie:

- 1) w ilu przypadkach zamawiający wskazali maksymalną liczbę części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy;
- 2) w ilu przypadkach zamawiający ograniczyli liczbę części, na które zamówienia można udzielić jednemu wykonawcy.

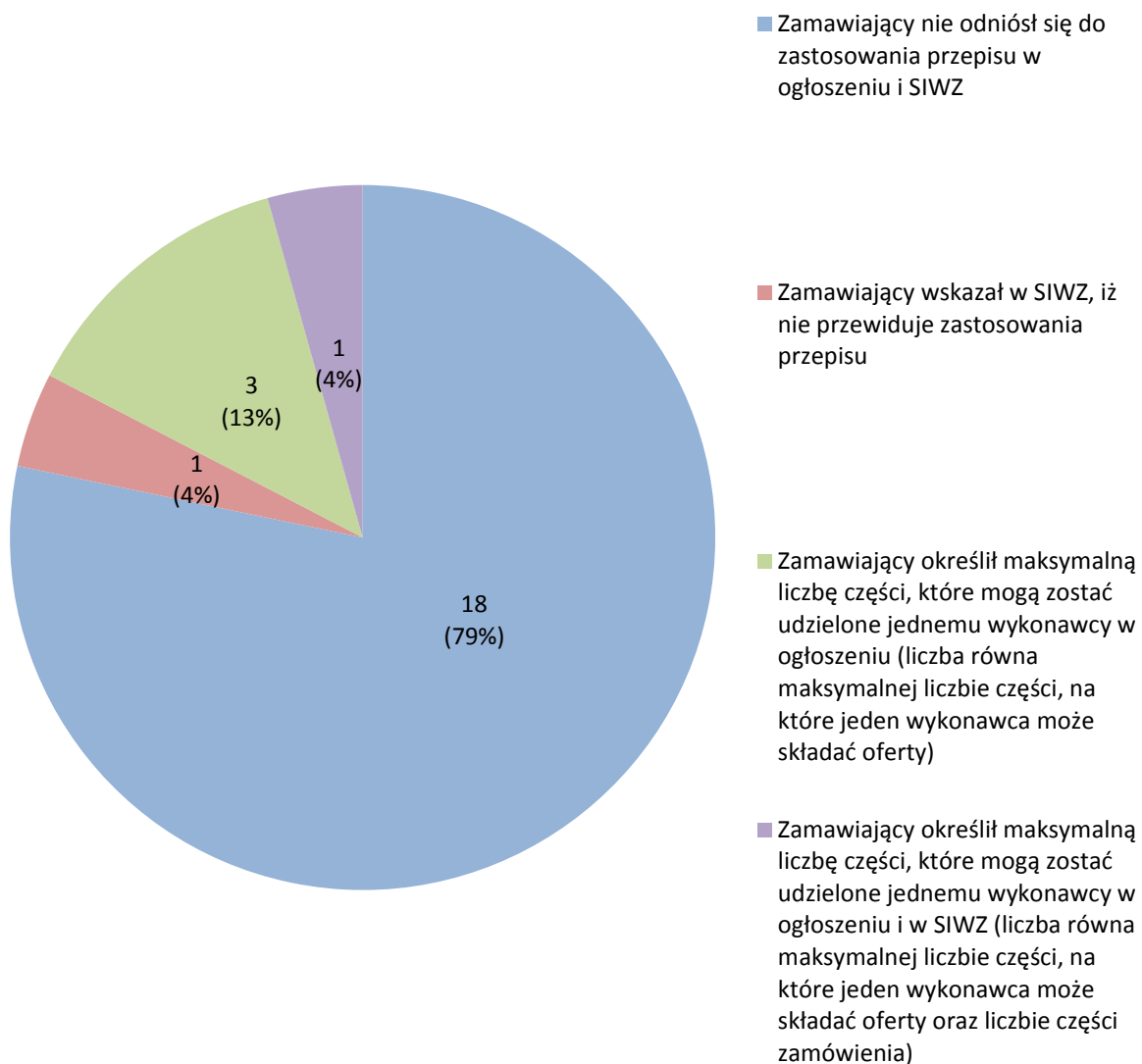
Zauważyć należy, iż w zdecydowanej większości postępowań, bowiem aż w 18 przypadkach (78%), zamawiający nie określili maksymalnej liczby części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy w żadnym dokumencie z postępowania, o którym mowa w art. 36aa ust. 3 ustawy Pzp, jednocześnie zamawiający ci w żaden sposób nie odnieśli się do ww. przepisu.

Z kolei w jednym postępowaniu (4%), zamawiający wprost wskazał w SIWZ, iż nie określa maksymalnej liczby części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy.

W trzech postępowaniach (13%), zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu maksymalną liczbę części, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy, jednakże w każdym z tych przypadków, zamawiający ograniczył także liczbę ofert, jakie mogą być składane przez jednego wykonawcę na poszczególne części zamówienia, przy czym maksymalna liczba części, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy jest zawsze równa maksymalnej liczbie części, na które jeden wykonawca może składać oferty. Podkreślić należy, iż w tych przypadkach, zamawiający nie wskazywali maksymalnej liczby części, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy w SIWZ, jak również nie określali obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów lub zasad, o których mowa w art. 36aa ust. 5 ustawy Pzp. Zauważyć należy też, iż przedmiotowe trzy postępowania były prowadzone przez tego samego zamawiającego.

W jednym postępowaniu (4%), zamawiający wskazał maksymalną liczbę części, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SIWZ, jednakże również w tym przypadku maksymalna liczba części, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy jest równa maksymalnej liczbie części, na które jeden wykonawca może składać oferty, jak również liczbie części, na które podzielono dane zamówienie. W tym przypadku zamawiający nie określił w SIWZ obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów lub zasad, o których mowa w art. 36aa ust. 5 ustawy Pzp.

Klasyfikacja postępowań ze względu na zastosowanie art. 36aa ust. 3 ustawy Pzp (23 - 100%)



IV. Wnioski.

Biorąc pod uwagę dane uzyskane w ramach przeprowadzonej analizy systemowej zauważyć należy, iż:

- 1) w zdecydowanej większości postępowań, tj. 18 (79%), zamawiający mimo dopuszczenia składania ofert częściowych, nie odnieśli się w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ do instytucji z art. 36aa ust. 3;
- 2) w 1 postępowaniu (4%) zamawiający wskazał wprost w SIWZ, iż nie określa maksymalnej liczby części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy;
- 3) w 3 postępowaniach (13%) zamawiający formalnie wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu maksymalną liczbę części, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy, lecz liczba ta jest w każdym z przypadków równa maksymalnej liczbie ofert, jakie może złożyć w danym postępowaniu jeden wykonawca zgodnie z art. 36aa ust. 2 ustawy Pzp;
- 4) w 1 postępowaniu (4%) zamawiający formalnie wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ maksymalną liczbę części, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy, lecz liczba ta jest równa maksymalnej liczbie ofert, jakie może w danym postępowaniu złożyć jeden wykonawca zgodnie z art. 36aa ust. 2 ustawy Pzp, jak również liczbie części, na jakie zamówienie zostało podzielone;
- 5) w żadnym z badanych postępowań zamawiający nie zastosowali instytucji z art. 36aa ust. 3 ustawy Pzp w sposób, który realnie ograniczyłby możliwość uzyskania więcej niż określoną liczbę części zamówienia przez jednego wykonawcę;
- 6) w żadnym z badanych postępowań zamawiający nie określili w SIWZ obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów lub zasad, o których mowa w art. 36aa ust. 5 ustawy Pzp.

V. Podsumowanie.

Przedmiotowa analiza miała na celu zbadanie jak często i w jaki sposób zamawiający korzystają z instytucji określenia maksymalnej liczby części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy, zgodnie z art. 36aa ust. 3 ustawy Pzp. Badanie zostało przeprowadzone na podstawie protokołów z kontroli uprzednich zakończonych w roku 2017, dotyczących postępowań wszczętych po nowelizacji Pzp, w których zamawiający dopuścili składanie ofert częściowych. Ponadto, dla celów analizy wykorzystano także ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ dotyczące wskazanych postępowań. W toku analizy podzielono badane postępowania według trybu, rodzaju zamówienia, reżimu prawnego ustawy Pzp, rodzaju zamawiającego, liczby części na jakie podzielono zamówienie oraz liczby części, na które jeden wykonawca może składać oferty. Przede wszystkim jednakże skupiono się na zbadaniu:

- 1) w ilu przypadkach zamawiający wskazali maksymalną liczbę części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy;
- 2) w ilu przypadkach zamawiający ograniczyli liczbę części, na które zamówienia można udzielić jednemu wykonawcy.

W zakresie pierwszej kwestii, należy wskazać, iż w 3 postępowaniach z 23 (13%) zamawiający formalnie wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu maksymalną liczbę części, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy, zaś w 1 postępowaniu z 23 (4%) zamawiający formalnie wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ maksymalną liczbę części, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy.

W zakresie drugiej kwestii, zauważyć należy, iż w żadnym z analizowanych przypadków wskazanie maksymalnej liczby części zamówienia, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy, nie doprowadziło do realnego ograniczenia liczby części zamówienia, których można udzielić jednemu wykonawcy bądź to w związku z faktem, iż liczba części, na które zostało podzielone zamówienie była równa maksymalnej liczbie części zamówienia, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy, bądź zamawiający wprowadzili ograniczenie liczby części, na które oferty może złożyć jeden wykonawca na podstawie art. 36aa ust. 2 ustawy Pzp, a liczba tych części była równa wskazanej przez zamawiających maksymalnej liczbie części zamówienia, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy.

Powyższe wnioski przemawiają za uznaniem, iż instytucja, o której mowa w art. 36aa ust. 3 ustawy Pzp nie jest stosowana przez zamawiających, co może przynajmniej częściowo wynikać z niezrozumienia jej istoty, na co wskazuje kilka z analizowanych przypadków, gdzie zamawiający formalnie wskazali maksymalną liczbę części zamówienia, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy, ale nie prowadziło to do realnego

ograniczenia liczby części, w których dany wykonawca może uzyskać zamówienie, zgodnie z ratio legis instytucji z art. 36aa ust. 3 ustawy Pzp. Wniosek ten wzmacnia dodatkowo fakt niewskazania przez powyższych zamawiających w SIWZ obiektywnych i niedyskryminujących kryteriów lub zasad, o których mowa w art. 36aa ust. 5 ustawy Pzp. Może to świadczyć o braku woli danych zamawiających do skorzystania z tej instytucji, a formalne wskazanie maksymalnej liczby części zamówienia, które mogą zostać udzielone jednemu wykonawcy wynika bądź to z błędu, bądź z chęci podkreślenia ograniczenia w zakresie maksymalnej liczby ofert, jaką może złożyć jeden wykonawca, zgodnie z art. 36aa ust. 2 ustawy Pzp.