

Analiza propozycji modyfikacji Prawa zamówień publicznych z dnia 17 kwietnia 2015r.

Spis Treści

WPROWADZENIE	2
ZAKRES REGULACJI	2
PARTNERSTWO	3
INNOWACYJNOŚĆ	5
ROLA PREZESA UZP	7
PROJEKTY	9
PODSUMOWANIE.....	12

Wprowadzenie

Dokument zawiera analizę zaproponowanej przez Urząd Zamówień Publicznych modyfikacji Prawa zamówień publicznych, dostępnej na stronie internetowej UZP.

Proponowana regulacja wprowadza wiele korzystnych zmian dotyczących udzielania zamówień. Skróceniu i uproszczeniu ma ulec proces udzielania zamówień. Do słownika wprowadza się pojęcie innowacji. Usunięto domorośle pomysły, na przykład dotyczące uzasadnienia stosowania ceny jako jedynego kryterium. Wprowadzono pojęcie partnerstwa. Zaczynają się pojawiać pojęcia „projekt” i „przedsięwzięcie”. Jednakże regulacja ta w dalszym ciągu wymaga wielu zasadniczych zmian.

Sytuacja w zakresie realizacji zamówień publicznych w Polsce nie jest najlepsza. Wybory samorządowe 2014, budowa gazoportu, budowa drugiej linii metra w Warszawie czy wdrożenie systemu wspomagającego pracę policjantów w terenie, problemy z projektowaniem elektrowni jądrowej są przykładami spektakularnych porażek tego systemu. **Planując modyfikację Prawa zamówień publicznych trzeba sobie zadać główne pytanie: na ile proponowana modyfikacja usprawni sytuację w tym obszarze, a w szczególności do jakiego stopnia przyczyni się do uniknięcia takich porażek?**

W niniejszej analizie proponuję rozwiązania, które będą prowadziły do podniesienia efektywności realizacji zamówień publicznych, rozumianej jako podniesienie poziomu spełniania wymagań społecznych, osiąganego dzięki dostarczaniu właściwych towarów lub usług, a nie jako sprawność samego procesu udzielania zamówień.

Zakres regulacji

Przy uchwalaniu Prawa zamówień publicznych (PZP) w jej oryginalnej wersji, w roku 1994 chodziło przede wszystkim o zapewnienie równości i uczciwości przy udzielaniu zamówień. Nie możemy powiedzieć, że PZP idealnie wykonała to zadanie, ale znaczna poprawa jest odczuwalna; liczba afer korupcyjnych, związanych z zamówieniami publicznymi zmalała. **W tej chwili głównym zadaniem stojącym przed tą regulacją powinno być zapewnienie efektywności realizacji zamówień publicznych.** Co z tego, że kontrakty na budowę autostrad czy budowę stadionów były zawierane zgodnie z prawem, skoro później tak wiele projektów publicznych poniosło porażki?

Już sam Art. 1.1. niewłaściwie określa przedmiot zainteresowania ustawy – jest nim tylko udzielanie zamówień publicznych. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego zamówienie jest to:

- polecenie dostarczenia lub wykonania czegoś lub
- to, co zostało zamówione lub
- blankiet z wyszczególnieniem zamówionych towarów lub usług.

Sama realizacja zamówień jest traktowana marginalnie w PZP. W aktualnej postaci propozycji regulacji można odnieść wrażenie, że samo pozyskanie dobra lub usługi jest ubocznym efektem zamówienia: tekst opisujący sposób zawarcia umowy zajmuje 83 stron,

zaś realizacja – zaledwie 13 stron. W dodatku część dotycząca realizacji zajmuje się przede wszystkim formalnymi aspektami zgodności wykonania z zamówieniem, a nie zapewnieniem sprawności wytwarzania produktu czy usługi.

Strony zamówień publicznych oraz główny arbiter, czyli UZP, są usatysfakcjonowane, gdy umowa zostanie zawarta sprawnie. Ale przecież nie taki powinien być rzeczywisty cel regulacji w tym obszarze. Konieczna jest zmiana akcentów regulacji w taki sposób, żeby realizacja zamówienia była uważana za jej najważniejszą część, zaś samo udzielanie zamówienia było tylko środkiem prowadzącym do dostarczenia właściwego produktu. Ustawa nie powinna nazywać się „Prawo zamówień publicznych”. Taka nazwa regulacji wskazuje, że jej najważniejszą częścią jest zawieranie zamówienia. W Stanach Zjednoczonych analogiczna ustawa nazywa się Prawo Zakupów Federalnych (ang. *Federal Acquisition Act, FAR*) – i rzeczywiście, jak wykażemy to później, jej przedmiotem jest w dużej części to, co obejmuje zamówienie, a nie tylko proces udzielania zamówienia. Proponuję zmianę nazwy regulacji na „Prawo zakupów publicznych”.

Krokiem – ale bardzo niewielkim – świadczącym o zainteresowaniu ustawy całym okresem życia produktu, łącznie z jego wytwarzaniem, jest nakaz uwzględniania kosztów całego cyklu życia przy wyborze oferty. Ale kryterium to obejmuje wiele składowych, na przykład koszty związane z utrzymaniem czy wycofaniem z eksploatacji. Prawo zamówień publicznych w proponowanej wersji, jak napisałem wcześniej, nie bardzo interesuje się realizacją przedmiotu zamówienia, a tym bardziej jego eksploatacją, a więc nie stwarza podstaw do egzekwowania zapisów dotyczących całego cyklu życia dostarczanego produktu. Niewłaściwe jest także wskazanie wyłącznie rachunku kosztów całego cyklu życia jako kryterium wyboru oferty, bez uwzględnienia korzyści, jakie przyniesie eksploatacja danego produktu. Czy należy wybierać produkt, którego eksploatacja będzie tania, jeśli inny produkt, wymagający więcej kosztów, przyniesie znacznie więcej korzyści? Oczywiście, jako praktyk, zdaję sobie sprawę, że szacowanie korzyści, jakie może dostarczyć dany produkt w przyszłości, jest o wiele trudniejsze, niż szacowanie korzyści, ale pominięcie korzyści dostarczanych przez produkt w całym jego cyklu życia nie jest właściwym rozwiązaniem.

Trzeba też pamiętać, że samo ustanowienie regulacji w zakresie uwzględniania kosztów całego cyklu życia nie jest równoważne jego stosowaniu, o czym przekonano się m. in. analizując zakupy dla armii norweskiej (Tysseland, B. E. (2008) Life cycle cost based procurement decisions. A case study of Norwegian defense procurement project. *International Journal of Project Management*. 26: 366–375).

Partnerstwo

Bardzo istotną pozytywną zmianą jest zaproponowanie użycia pojęcia „partnerstwo”. W proponowanej wersji w formule partnerskiej można realizować zamówienia, których celem jest dostarczenie produktu innowacyjnego. Można więc domniemywać, że wszystkie pozostałe rodzaje zamówień są udzielane w innym trybie, czyli zapewne w trybie kontrydakcyjnym, w który z założenia występują dwie przeciwstawne strony.

Żeby zapewnić sprawność systemu zamówień publicznych należy wymagać, żeby wszystkie zamówienia były realizowane w formule partnerskiej. W zapisach dotyczących

realizacji umowy brakuje zasadniczego zapisu, mówiącego, że realizacja zamówienia publicznego odbywa się w atmosferze współdziałania zamawiającego i wykonawcy. Praktycznie powinno to oznaczać współdziałanie w każdy możliwy sposób, sprzyjający osiągnięciu sukcesu w realizacji zamówienia. **Za wykonanie każdego zamówienia publicznego, a w szczególności wielkich projektów, odpowiedzialne powinny być proporcjonalnie obydwie strony: zamawiający i wykonawca.** Jeśli do realizacji odcinka autostrady wybierana jest firma, która następnie nie potrafi wywiązać się z przyjętych zobowiązań, to przynajmniej część odpowiedzialności za tę sytuację spada na zamawiającego. Przy ocenie takiej sytuacji zawsze trzeba zadać kilka pytań, na przykład: Czy właściwie poprowadzono przetarg? Czy właściwie określono kryteria wyboru? Czy zamawiający stworzył wykonawcy odpowiednie warunki do realizacji projektu? Być może pytania te powinny sięgać jeszcze dalej, do obowiązujących regulacji, na podstawie których przetarg przeprowadzono – ale o tym piszę w innym punkcie tego opracowania. Jeśli minister transportu ogłasza, że w związku z niewywiązywaniem się firmy budowlanej musiał zerwać realizację zamówienia na budowę kolejnego odcinka autostrady, to zawsze należy mu zadać pytanie: w jaki sposób pan / pani i podległe służby pomagały wykonawcy w budowie.

Partnerstwo w realizacji projektów publicznych jest obowiązującym podejściem, można powiedzieć, że praktycznie jest standardem w wielu krajach. Kamieniem milowym w stosowaniu partnerstwa był Raport Lathama, opracowany w 1994 na zamówienie rządu brytyjskiego w związku z kryzysem w przemyśle budowlanym w tym kraju (Latham, M. (1994), *Constructing the Team*, London: HMSO). Jednym z głównych wniosków tego raportu było wskazanie braku partnerstwa między zamawiającym a wykonawcą jako jednej z głównych przyczyn złej sytuacji. W 2003 brytyjski rząd wydał zalecenia dotyczące stosowania partnerstwa w projektach publicznych (Office of Government Commerce (2003) *Effective partnering. An overview for customer and suppliers*. London, UK).

Co najmniej niektóre cechy podejścia partnerskiego powinny być obecne we wszystkich rodzajach przetargów. Cechami partnerstwa, które należałoby uwzględnić są wspólne zaangażowanie obu stron, zaufanie, współpraca i otwarta komunikacja, przyjęcie wspólnych celów, filozofia win-win, metody wspólnego rozwiązywania konfliktów, sprawiedliwość, dzielenie się korzyściami i ryzykami (Yeung, J. F. Y., Chan, A. P. C., Daniel W.M. Chan, D. W. M. (2012). *Defining relational contracting from the Wittgenstein family-resemblance philosophy*. *International Journal of Project Management* 30: 225-239). Strona publiczna, zamawiająca, musi być co najmniej tak samo zaangażowana w realizację kontraktu, jak wykonawca. Zamawiający musi mieć poczucie własności zamówienia i odpowiedzialności za jego rezultat. W Australii na poziomie federalnym najważniejsza instytucja zaangażowana w realizację projektów publicznych nazywa się Jednostka Umożliwienia Głównych Projektów (*Major Project Facilitation Unit*) – już sama nazwa mówi, że celem jej działania jest przede wszystkim ułatwienie realizacji projektów. Z kolei w stanie Australia Zachodnia wyodrębniono trzy poziomy zaangażowania strony publicznej w realizację projektów. Poziom wsparcia jest uzależniony od istotności projektu. Pierwszy poziom jest przeznaczony dla projektów, które mogą być wykonywane w istniejącym środowisku. Wsparcie polega na wstępnych konsultacjach oraz przedstawieniu projektu w odpowiednich agencjach. Drugi, najczęściej stosowany, poziom to wsparcie dla projektów mających istotne lub strategiczne

znaczenie. Strona publiczna mianuje osobę wspierającą (zwaną *patronem*) wykonawcę w zakresie związanych z rządem aspektów przygotowywania projektu (np. sprawy związane z terenem, kwestie regionalne, koordynacja i interakcja z agencjami rządowymi). Wykonawca otrzymuje dokładną informację o postępie prac związanych z zatwierdzeniem projektu. Trzeci poziom wsparcia jest przeznaczony dla szczególnych, złożonych projektów, które mają strategiczne znaczenie dla rządu. Patron projektu, poza wsparciem świadczonym na poziomie drugim, wspomaga inicjatywę w zakresie koordynacji rządowych zatwierdzeń oraz negocjacji kontraktu rządowego.

Być może brak partnerstwa we wczesnych wersjach polskiego PZP wynikał z nastawienia tej regulacji na względnie niewielkie zamówienia, wykonywane w trybie zakupów, gdzie dostateczne jest wskazanie niewielu prostych parametrów („10 000 litrów etyliny E95, dostawa do końca roku”) do właściwej realizacji zamówienia. Ale realizacja wielkich projektów typu budowy elektrowni atomowej wymaga ciągłego zaangażowania obydwu stron projektu. Partnerstwo obydwu stron staje się w takich zamówieniach krytycznym czynnikiem sukcesu.

Proponowane tryb partnerstwa innowacyjnego ma niewiele wspólnego z ogólnie rozumianym pojęciem partnerstwa, nie odwołuje się do prawie żadnego, wskazanego powyżej, jego elementu. Być może za element partnerstwa należy uznać wypłacanie wynagrodzenia w ratach, co oznacza dzielenie się ryzykiem finansowym przez obydwie strony kontraktu. Zapisem o charakterze anty-partnerskim jest ostatnie sformułowanie rozdziału dotyczącego partnerstwa (art. 148.1.), wykluczające współpracę pomiędzy wykonawcami tego rodzaju zamówień. Bardziej partnerskim, korzystniejszym z punktu widzenia także zamawiającego, byłoby sformułowanie przeciwne, mówiące, że strony partnerstwa są zobowiązane ze sobą współpracować. Dla organizacji innowacyjnych zamówień realizowanych w formule partnerstwa opracowano specjalne techniki, w których badanie umiejętności współpracy jest ważnym elementem procesu wyboru wykonawców (np. Kadefors, A., Bjorlingsson, E., Karlsson, A. (2007) Procuring service innovations: Contractor selection for partnering projects. *International Journal of Project Management*, 25: 375–385).

Innowacyjność

Innowacja, zgodnie z proponowaną ustawą, jest to wdrożenie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym między innymi procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności przedsiębiorczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych. Cieszy, że wprowadzono pojęcie innowacji do polskich regulacji prawnych, dotyczących administracji publicznej. **Pojawienie się pojęcia „innowacyjność” w regulacjach dotyczących zamówień publicznych jest ważnym krokiem w kierunku usprawniania działania całej administracji publicznej w Polsce.**

Zgodnie z proponowaną ustawą, tryb partnerstwa innowacyjnego stosuje się do produktów, usług lub robót budowlanych, których nie można zaspokoić przez nabycie produktu, usługi lub robót budowlanych już dostępnych na rynku. Porównajmy to określenie z najszerzej stosowaną definicją pojęcia „projekt” (Project Management Institute, (2013), A Guide to

Project Management Body of Knowledge. Newtown Square, USA, PA), mówiącą, że projekt są to prace, mające na celu wytworzenie unikalnego produktu, usługi lub innego wyniku. Unikalność oznacza, że produkt projektu jest jedyny w swoim rodzaju, a więc przed jego wytworzeniem nie jest dostępny na rynku ani ten produkt, ani metoda jego wytworzenia, czyli zapewne realizację każdego projektu należałoby uznać za innowację.

W administracji federalnej w Stanach Zjednoczonych nagrodę za najlepsze innowacje zwykle dostają kierownicy wdrożeń systemów informatycznych, co świadczy o uznaniu projektów z definicji za prace innowacyjne. A więc do realizacji projektów, na przykład informatycznych, trzeba będzie stosować partnerstwo innowacyjne. Nie jestem pewien, czy takie były rzeczywiste intencje, kierujące działaniami osób, przygotowujących modyfikację PZP. Czy rzeczywiście do realizacji każdego projektu trzeba będzie zapraszać co najmniej trzy firmy?

Nie jest jasne, kiedy dla produktów innowacyjnych trzeba będzie stosować tryb partnerstwa innowacyjnego; produkty innowacyjne mogą być dostarczane także w trybach negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego.

Właściwym krokiem jest uznanie innowacyjności rozwiązania za możliwe kryterium oceny oferty. Nie jest jasne, czy zastosowanie tego kryterium będzie możliwe tylko w trybie partnerstwa innowacyjnego. Użycie tego kryterium pośrednio przecież świadczy o tym, że produkt zamówienia jest innowacyjny. Należy wyjaśnić, czy w takiej sytuacji zastosowanie trybu partnerstwa innowacyjnego będzie obligatoryjne.

Innowacyjność inaczej jest określana w definicji pojęcia, a inaczej w jego operacjonalizacji, czyli w opisie partnerstwa innowacyjnego, które zamawiający musi przygotować. Zgodnie z definicją w Art. 12.9 innowacyjność odnosi się do nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym między innymi do procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności przedsiębiorczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych. Czyli punktem odniesienia jest dotychczasowy stan instytucji zamawiającej. Natomiast w opisie partnerstwa innowacyjnego mówi się o niedostępności przedmiotu zamówienia na rynku. Być może autorom propozycji ustawy chodziło o dwa rodzaje innowacji: lokalna, odnosząca się do instytucji zamawiającego, oraz globalna, odnosząca się do całego rynku. W propozycji ustawy należy sprecyzować rodzaje innowacji i dokładniej określić reguły ich stosowania.

Analizując kwestie zamówień innowacyjnych trzeba się też odnieść do przeciwnego rodzaju zamówień, dotyczących produktów gotowych. Produkty mogą być wykonywane na zamówienie lub kupowane gotowe. Kupowanie produktów gotowych jest zawsze tańsze niż wytwarzanie na zamówienie. Z dylematem: kupić gotowe czy zamówić wytworzenie produktu mamy często do czynienia na przykład w obszarze produktów informatycznych.

Proponuję, żeby zawsze, kiedy zamawiający chce zamówić wytworzenie określonego produktu, musiał wykazać, że produkt taki nie jest dostępny na rynku, a jeśli w takiej sytuacji chce zamówić wytworzenie produktu, to cena rynkowa gotowego produktu powinna być górnym ograniczeniem wartości zamówienia.

Wprowadzenie pojęcia innowacyjności do PZP powinno być początkiem działań, zmierzających do usprawniania polskiej administracji publicznej. W każdej instytucji

publicznej należy zdefiniować i wdrożyć procesy zarządzania i wdrażania innowacji. Należy, wzorem np. administracji amerykańskiej, utworzyć stanowiska odpowiedzialne za ciągłe usprawnianie procesów działania tych instytucji.

Rola Prezesa UZP

Czy można sobie wyobrazić szefa urzędu centralnego, który nie odpowiada za obszar działań, będące przedmiotem jego pracy? Można. W ten sposób określona jest rola Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Lista jego obowiązków, opisana w proponowanej ustawie, obejmuje opracowywanie aktów, nakładanie kar, edukowanie, przygotowywanie, analizowanie i mnóstwo innych, bardzo ważnych spraw. Natomiast projekt ustawy (przygotowanej przez tegoż prezesa), podobnie jak i aktualnie obowiązująca ustawa, nie przewiduje jego odpowiedzialności za sprawność systemu zamówień publicznych w Polsce. **Proponuję wprowadzenie do ustawy zapisu o współodpowiedzialności Prezesa UZP (razem z podmiotami realizującymi zamówienia publiczne) za sprawność systemu zamówień publicznych w Polsce.** Sprawność tego systemu powinna być rozumiana jako osiąganie przez zamówienia publiczne stawianych przed nimi celów – a nie jako tylko poprawność systemu udzielania zamówień. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych musi też odpowiadać za usprawnianie tego systemu. Aktualnie za sprawność tego systemu nie odpowiada nikt. Uważam (pisałem o tym wielokrotnie), że za wiele porażek polskich projektów publicznych odpowiada złe prawo zamówień publicznych, a więc osoba, która „opracowuje oraz opiniuje projekty aktów normatywnych dotyczących zamówień publicznych”. Jeśli zapis o odpowiedzialności Prezesa UZP zostałby wprowadzony do ustawy, to możliwe byłoby zadawanie mu pytań: w jaki sposób prawo zamówień publicznych oraz działania UZP wpłynęły na porażki, albo umożliwiły sukces określonych projektów publicznych? Aby doprecyzować czynną rolę Prezesa UZP, należałoby w Art. 275.1.8, dodać zapis, że wymagane analizy odnoszą się przede wszystkim do ostatecznych efektów zamówień, czyli do realizacji umów (a nie do systemu ich zawierania). Pewnym aspektem, odnoszącym się do jakości systemu zamówień publicznych, jest prowadzenie wykazu wykonawców, którzy wyrządzili szkodę. Na liście tej w końcu roku 2013 znajdowało się 2 wykonawców. Czyli, gdybyśmy ten wskaźnik przyjęli za miarę jakości systemu zamówień publicznych, to trzeba by go uznać za prawie idealny. A tak nie jest. Należy więc wprowadzić inne wskaźniki dotyczące systemu zamówień publicznych i uczynić Prezesa UZP odpowiedzialnym za poprawianie wartości tych wskaźników.

Jak rozumie swoją rolę Prezes UZP w zakresie podnoszenia efektywności systemu ZP możemy dowiedzieć się z jego (ostatniego dostępnego) sprawozdania rocznego za rok 2013.

1. Podniesienie efektywności systemu zamówień publicznych w Polsce

W celu poprawy efektywności systemu zamówień publicznych należy dokonać analizy funkcjonujących rozwiązań, zgłaszanych postulatów zmian oraz przeglądu zagranicznych praktyk w poszczególnych obszarach.

Biorąc pod uwagę liczne zmiany obowiązujące od 2004 r. prawa zamówień publicznych oraz przyjęcie nowych dyrektyw w zakresie zamówień publicznych, których termin wdrożenia upływa 18 kwietnia 2016 r., konieczne staje się przygotowanie projektu nowego aktu

prawnego kompleksowo regulującego funkcjonowanie systemu zamówień publicznych w celu zapewnienia spójności i czytelności przepisów oraz efektywnego, odformalizowanego i przejrzystego udzielania zamówień publicznych.

Nowa ustawa powinna być zgodna z przyjętymi rozwiązaniami na szczeblu europejskim, a jednocześnie wykorzystać dorobek 20-letniego okresu funkcjonowania zamówień publicznych w Polsce oraz powinna uwzględniać uzasadnione oczekiwania uczestników rynku zamówień publicznych. (Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2013 r.).

W tekście tym należy się zgodzić z koniecznością dokonania przeglądów rozwiązań zagranicznych. Zdecydowanie proponuję uwzględnić w tym przeglądzie amerykańskie Prawo Zakupów Publicznych, którego przedmiotem zainteresowania jest cały proces zakupu publicznego – od zamówienia, poprzez realizację, aż do zakończenia procesu zakupu. Wskazane byłoby także w ustawie uwzględnić nie tylko „oczekiwania uczestników rynku zamówień publicznych”, ale wszystkich interesariuszy tego procesu, przede wszystkim najważniejszych z nich: społeczności, dla których zamówienia publiczne są realizowane. **Zamówienia publiczne nie są realizowane po to, żeby zadowoleni byli zamawiający i wykonawcy, ale żeby usprawnić życie i funkcjonowanie pojedynczych obywateli oraz zainteresowanych społeczności.** Dla kierowców drugorzędne znaczenie ma, w jaki sposób podpisano umowy na budowę mostu w Mszanie na autostradzie A1, czy umowy na odcinki autostrady w okolicach Przemyśla – ważny jest ostateczny efekt, czyli możliwość jeżdżenia autostradą.

W poprzednim sprawozdaniu za rok 2012 Prezes UZP pisze, że „*Ogólnopolskie media wskazywały działania związane z ostatnimi przygotowaniem do Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej EURO 2012. Szczególne zainteresowanie wzbudziły kłopoty z realizacją zamówienia na autostradzie A2. Szczegółowo prezentowano przygotowania miast, w których rozgrywano mecze.*” Kłopoty z realizacją autostrady A2 (oraz wielu innych projektów związanych z EURO 2012) muszą być rozpatrywane w aspekcie prawa, które spowodowało te kłopoty. Jednak w rozdziale „IV Wnioski i Rekomendacje” nie ma ani słowa o ewentualnych działaniach UZP, które miałyby na celu usunięcie kłopotów, o których piszą dziennikarze.

Urząd Zamówień Publicznych, powinien wspomagać realizację zamówień publicznych, a w szczególności wielkich projektów.

Po pierwsze UZP, jako instytucja centralna najbardziej bezpośrednio związana z realizacją projektów publicznych, powinien określać standardy zarządzania projektami oraz sposoby oceny kompetencji wykonawców w zakresie zarządzania projektami, zapewne na podstawie modeli dojrzałości projektowej (patrz rozdział dotyczący projektów), a następnie nadzorować ich stosowanie.

Urząd Zamówień Publicznych mógłby także wykonywać kilka innych funkcji w wielkich projektach. Na przykład mógłby bezpośrednio uczestniczyć w procesie przetargowym, wspomagając zamawiających w zakresie oceny oferentów – nie wszystkie organizacje stosujące przetargi na wielkie projekty publiczne mają dostatecznie wykwalifikowane kadry w zakresie zarządzania projektami. Albo może nawet doradzać wykonawcom w zakresie

organizacji zarządzania projektami – takie rozwiązanie możliwe jest do stosowania w Wielkiej Brytanii, Kanadzie czy w Nowej Południowej Walii.

Urząd Zamówień Publicznych powinien czynnie włączyć się w kształtowanie podejścia do zarządzania projektami publicznymi w Polsce. Realizację proponowanych obowiązków UZP mógłby wesprzeć na przykład Polski Oddział Project Management Institute. W Polsce istnieje liczna grupa wysoko wykwalifikowanych profesjonalistów z obszaru zarządzania projektami.

Projekty

W języku polskim słowo „projekt” oznacza dwa pojęcia. Po pierwsze jest to forma realizacji prac, oznaczająca to samo, co, zgodnie z Polską Normą PN-ISO 10006, oznacza pojęcie „przedsięwzięcie”. Po drugie, słowo „projekt” oznacza „dokumentację pokazującą ideę wykonania określonego produktu”. Zarządzanie projektami zostało także unormowane w dokumencie ISO 21500.

W propozycji regulacji nowego PZP używane są obydwa pojęcia. Pojęcie „projekt” w znaczeniu „przedsięwzięcia” jest używane kilkakrotnie, w tym celu używane jest zarówno słowo „projekt” (np. Art. 3.1.2, Art. 24, Art. 39.4.3, Art. 59.2, Art. 148.1) jak i słowo „przedsięwzięcie” (np. Art. 5.2, Art. 6.1.a, Art. 19.2.2). Nb. używanie synonimów pojęć w regulacjach prawnych zwykle nie ma uzasadnienia i wprowadza zamieszanie. A więc pierwszy postulat dotyczy ujednoczenia nazewnictwa – proponuję konsekwentnie używać słowo „projekt”, ponieważ właśnie to słowo zostało przyjęte w środowiskach zajmujących się tą dziedziną działalności. Pojawienie się słów „projekt” i „przedsięwzięcie” w propozycji ustawy to krok zdecydowanie w dobrym kierunku. Ale w tym obszarze, aby uniknąć kolejnych porażek projektów publicznych, należy na poziomie ustawowym uregulować główne zasady zarządzania projektami.

Projekt jest to specyficzny rodzaj zorganizowanej działalności, wykonywany także przez instytucje publiczne, oznaczający ograniczone w czasie prace prowadzące do wykonania unikalnego produktu, usługi lub innego efektu. Projekty są bardzo istotną częścią działalności ludzkiej; Bank Światowy szacuje, że ok. 30% sumy światowych produktów krajowych brutto pochodzi z projektów. Znaczną część tej kwoty obejmują projekty publiczne, ponieważ największe inwestycje – budowa dróg, elektrowni, linii kolejowych, wytwarzanie sprzętu wojskowego – są właśnie inwestycjami publicznymi. Zrozumiały to najbardziej rozwinięte gospodarczo kraje świata: Australia, Wielka Brytania czy Stany Zjednoczone, które wprowadziły do swoich regulacji zapisy dotyczące projektów.

Proponowana modyfikacja PZP stwarza podstawy, przy umiejętnym stosowaniu, do uwzględniania podejścia do zarządzania projektami postępowaniu o udzieleniu zamówienia. Ale zapisy te są niejawnie. Sposób umieszczenia pojęć „projekt” i „przedsięwzięcie” sprawia wrażenie, że zostały one włączone do projektu ustawy przypadkowo.

PZP uznaje trzy formy zakupów: dostawy, usługi i roboty budowlane. Projekt (np. informatyczny czy organizacyjny), na pewno nie jest robotami budowlanymi. Projekt także nie jest „dostawą”, bo dostawa jest to zakup czegoś „na wagę” albo „na sztuki”. Pozostają więc „usługi”. Usługa jest to „(...) użyteczny proces niematerialny, który wytwarza praca

ludzka w procesie produkcji poprzez oddziaływanie na strukturę określonego obiektu.” Produkt projektu informatycznego jest materialny – to system wraz z całą dokumentacją i innymi niezbędnymi składowymi. Definicja usług jest więc właściwa na przykład dla wywozu nieczystości czy zapewnienia ochrony budynków, ale na pewno nie dla projektów. Jednakże zamawiający projekty publiczne muszą się zdecydować na którąś z tych opcji i najczęściej uznają, że realizacja projektu publicznego należy do tej samej kategorii działań, co wywożenie nieczystości – usług. Takie zakwalifikowanie projektów ma zasadnicze znaczenie dla możliwości wymagania zarządzania nimi: PZP nie wymaga sprawnego zarządzania projektami, bo nie może, skoro nie wie, że one istnieją. **W Prawie zamówień publicznych należy wyodrębnić obok dostaw, usług i robót budowlanych specjalny rodzaj zamówienia – projekt.**

Istniejąca w dotychczasowej wersji ustawy możliwość stosowania zamówień dodatkowych pozwala na zarządzanie ryzykami. Możliwe jest wskazanie ryzyk, zagrażających projektowi. Jeśli ryzyko takie zaistnieje w czasie realizacji projektu, można uruchamiać akcje przeciwdziałające tym ryzykom. Na przykład spełnienie się ryzyka utrudnień związanych z warunkami geologicznymi w trakcie budowy autostrady może uruchamiać dodatkowe prace, właściwe dla trudnego rodzaju gruntu. Ale **opisanie ryzyk zagrażających wielkim projektom powinno mieć charakter obligatoryjny.**

W proponowanej wersji ustawy, która umożliwi uzależnienie kryterium wyboru oferty od procesu produkcji (czyli sposobu zarządzania projektem) można będzie premiować i wybierać te firmy, które wykazą się umiejętnością zarządzania projektami. Ponadto ustawa umożliwia żądanie certyfikatów, poświadczających zgodność z kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Otwiera to drogę do żądania od oferentów certyfikatów potwierdzających umiejętność realizacji projektów, a więc w szczególności wyników badania ich dojrzałości projektowej, czyli stosowania „modeli dojrzałości projektowej”. Ten sposób kwalifikowania firm do realizacji projektów został opracowany w latach ’80 na zamówienie amerykańskiego Departamentu Obrony przez Carnegie Mellon University i jest zalecany do stosowania w przetargach publicznych.

Proponowana ustawa, zarówno w przypadku projektów, jak i innych form realizacji zamówienia, w znikomym stopniu odnosi się do procesu jego realizacji.

Poza opisem zmian proponowana ustawa zawiera m. in. opis sposobów wypowiedzenia umowy. Umowa może zostać wypowiedziana, jeśli (Art. 212, str. 97):

- Nastąpiła istotna zmiana umowy, co wymagało przeprowadzenia nowego postępowania o zamówienie publiczne,
- Wykonawca spełniał przesłankę wykluczenia z postępowania,
- Zamówienie zostało zawarte z naruszenie przepisów prawa UE.

W wykazie powodów wypowiedzenia umowy nie wskazuje się przesłanek dotyczących postępu prac w projekcie. Oznacza to, że, inaczej niż dotychczas, nie będzie możliwe określanie w umowie innych warunków wypowiedzenia umowy. Wynika to zapewne z nieuwzględnienia specyfiki projektów. Projekty nie są realizowaną jednorazowo w określonym punkcie czasu dostawą. Projekt to proces; ostateczny wynik to efekt

systematycznej realizacji jego planu. Na przykład w zakresie projektów budowlanych standard FIDIC przewiduje wiele możliwych powodów odstąpienia przez wykonawcę od umowy, na przykład porzucenie robót lub nierealizowanie zobowiązań. Dotychczas częstą i dość naturalną praktyką były zapisy, mówiące, że umowa może zostać wypowiedziana, jeśli wykonawca nie wykonuje postanowień umowy. Proponowana wersja ustawy nie pozwala na wypowiedzenie umowy w takiej sytuacji, gdyż wskazuje krótką listę powodów wypowiedzenia.

Ale wypowiedzenie umowy nie zawsze jest optymalnym rozwiązaniem problemu, nawet jeżeli wykonawca nie wywiązuje się z przyjętych zobowiązań. Sposób reagowania na odchylenie od ustalonego planu jest dobrze rozwiązany w Prawie Zakupów Publicznych (FAR) USA. Po pierwsze, do przetargów na realizację dużych projektów dopuszczane są wyłącznie firmy, które potrafią stosować najważniejszą technikę monitorowania realizacji projektów – Analizę Wartości Wypracowanej (*Earned Value Analysis, EVA*). Preferowanym sposobem wykazania się tą umiejętnością jest posiadanie oficjalnej, państwowej certyfikacji na zgodność systemu finansowo-księgowego z odpowiednią normą odnoszącą się do systemu zarządzania wartością wypracowaną. Jeśli firma nie posiada takiego certyfikatu, to dopuszczalne jest szczegółowe opisanie w ofercie sposobu zarządzania wartością wypracowaną, która będzie stosowana w projekcie. Wymaganie stosowania systemu zarządzania wartością wypracowaną pociąga za sobą istotne konsekwencje. Elementem koniecznym do stosowania tej metody jest właściwe zaplanowanie projektu – czyli zapis o systemie zarządzania EVA praktycznie oznacza wymaganie właściwego planowania projektu.

W trakcie realizacji projektu FAR nakłada na zamawiającego obowiązek wykonywania tzw. Zintegrowanych Przeglądów Planów Bazowych. W trakcie takiego przeglądu weryfikowana jest, we współpracy z wykonawcą, możliwość realizacji projektu zgodnie z przyjętym planem oraz ryzyka zagrażające projektowi. Rozporządzenie wykonawcze do tego dokumentu (tzw. Circular A-11) mówi, że „Jeśli negatywne odchylenia kosztu, harmonogramu, albo wykonania są równe lub większe niż 10%, należy dostarczyć kompletną analizę powodów odchyżeń, opisać akcje korygujące, które będą podjęte i najbardziej prawdopodobne oszacowania szacunków na zakończenie (EAC). Należy wykorzystać technikę EVA zidentyfikowania elementów prac, gdzie pojawiają się problemy.” Zgodnie z FAR w trakcie realizacji kontraktu wykonawca powinien także zarządzać jego wartością. Oznacza to, że dopuszczalne i pożądane są zmiany, które będą optymalizować koszty kontraktu.

Tryb partnerstwa innowacyjnego nie jest jedynym trybem, jaki należy wprowadzić do nowej ustawy. **Dla największych projektów należy wprowadzić specjalny tryb ich zlecenia i realizacji, można go nazwać trybem wielkich projektów.** Głównym kryterium, powodującym zakwalifikowanie zamówienia do grupy wielkich projektów, byłoby wstępne oszacowanie budżetu prac (np. 200 mln zł, ale jest to kwestia dalszej dyskusji).

Do polskich regulacji dotyczących zamówień publicznych należy wprowadzić zapisy, nakazujące monitorowanie postępu prac w projektach za pomocą EVA oraz odpowiedzialność kierowników projektów za zarządzanie problemami w czasie ich realizacji.

Warto wspomnieć, że Unia Europejska w jednym ze swych rozporządzeń (Nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r) w artykule 34 nakazuje rozwijanie zdolności podmiotów lokalnych do opracowywania i wdrażania operacji, w tym rozwijania ich zdolności zarządzania projektami. Proponowana modyfikacja PZP nie wspomaga realizacji tej dyrektywy, ponieważ nie uznaje projektów za formę realizacji zamówień publicznych.

Podsumowanie

Przedstawiona przez UZP propozycja modyfikacji Prawa Zamówień Publicznych zawiera wiele pozytywnych usprawnień, ale nie odnosi się do głównych problemów tego obszaru funkcjonowania administracji publicznej.

W niniejszym opracowaniu przedstawione zostały uwagi sformułowane na podstawie własnych obserwacji autora oraz doświadczeń innych krajów z myślą o zasadniczym usprawnieniu systemu realizacji zamówień publicznych w Polsce. Aby system ten usprawnić, konieczne jest wprowadzenie kilku głównych zmian.

Regulacja powinna poświęcać procesowi realizacji zamówienia co najmniej tyle uwagi, co jego udzieleniu, w tym celu należy rozważyć zmianę jej nazwy na „Prawo zakupów publicznych”. Partnerstwo powinno być obowiązującym sposobem realizacji wszystkich zamówień. Sprawność systemu zamówień publicznych powinna być mierzona poziomem satysfakcji użytkowników dostarczanych produktów, a nie tylko poziomem satysfakcji „uczestników rynku zamówień publicznych”. Prezes UZP powinien być odpowiedzialny za system zamówień publicznych i ciągle jego usprawnianie, mierzone w odniesieniu do satysfakcji użytkowników produktów tego systemu. Konieczne jest wprowadzenie zapisów, nakazujących efektywną realizację przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem sposobu realizacji wielkich projektów.

Niewprowadzenie takich modyfikacji będzie konserwowało aktualnie istniejący, niesprawny system realizacji zamówień publicznych. Odpowiadając na retoryczne pytanie zadane we wprowadzeniu, twierdzę, że planowana modyfikacja PZP nie usprawni znacząco systemu polskich zamówień publicznych, a w szczególności nie przyczyni się do uniknięcia porażek, z jakimi mieliśmy do czynienia w ostatnich latach.

Na zakończenie dodam, że jeśli formułowane w tym dokumencie uwagi nie pokrywają się z zapisami dyrektyw Unii Europejskiej, to rolę polskiego rządu, a w szczególności UZP powinno być wpływające na rozwiązanie europejskie tak, żeby prawo europejskie sprzyjało optymalnej realizacji zamówień publicznych.