



MACIEJ KUBIAK

ADWOKAT, WSPÓLNIK W KANCELARII LSW LEŚNODORSKI ŚLUSAREK I WSPÓLNICY, SPECJALIZUJE SIĘ W DZIEDZINIE PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ, A TAKŻE W ZAKRESIE PRAWA MEDIÓW I FILMOWEGO, PRASOWEGO, IT I NOWYCH TECHNOLOGII, REKLAMY I KONKURENCJI ORAZ OCHRONY DÓBR OSOBISTYCH; WYKŁADOWCA CENTRUM PRAW WŁASNOŚCI INTELEKTUALNYCH IM. H. GROCIUSZA ORAZ ARBITER SĄDU ARBITRAŻOWEGO RYNKU AUDIOWIZUALNEGO (SARA); REKOMENDOWANY W RANKINGU CHAMBERS EUROPE W DZIEDZINIE TECHNOLOGII I MEDIÓW (TMT) ORAZ WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ (IP), A TAKŻE LEGAL 500 EMEA – WŁASNOŚĆ INTELEKTUALNA



KINGA ROCHALSKA

ADWOKAT W KANCELARII LSW LEŚNODORSKI ŚLUSAREK I WSPÓLNICY, SPECJALIZUJE SIĘ W SPRAWACH Z ZAKRESU PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM ZAMÓWIEŃ NA ROBOTY BUDOWLANE, DORADZA W SPRAWACH DOTYCZĄCYCH WYCENY NIERUCHOMOŚCI ORAZ REALIZACJI PROCESU BUDOWLANEGO; UKOŃCZYŁA PODYPLOMOWE STUDIUM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH NA UNIWERSYTECIE WARSZAWSKIM ORAZ STUDIA Z ZAKRESU WYCENY NIERUCHOMOŚCI NA POLITECHNICE WARSZAWSKIEJ

ZAMÓWIENIA W BRANŻY **KREATYWNEJ** **I NEW TECH**



W sektorze publicznym szczególne miejsce zajmują zamówienia skierowane do branży kreatywnej. Wielu zamawiających zobowiązanych do stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych jest organizatorami wydarzeń kulturalnych, zamawia projekty architektoniczne, koncepcje marketingowe, reklamy czy rozwiązania związane z nowymi technologiami i softwarem.

Zamawiający ci często ograniczeni są sztywnymi procedurami obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.). Czy nowa ustawa – Prawo zamówień publicznych, uchwalona 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019), która wejdzie w życie z dniem 1 stycznia 2021 r., rozwinie wachlarz możliwych rozwiązań przetargowych i pozwoli zamawiającym na efektywniejsze udzielanie zamówień dla branży kreatywnej i nowych technologii?

PREFEROWANE TRYBY WYBORU WYKONAWCÓW

Jak wynika z corocznych sprawozdań Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w 2018 r. niemal 90% wszystkich zamówień publicznych udzielanych jest w trybie przetargu nieograniczonego¹. Tryb zamówienia z wolnej ręki stosuje ok. 9% zamawiających. Marginalne znaczenie mają inne tryby udzielania zamówień, tj. przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zapytanie

o cenę, licytacja elektroniczna czy też stosunkowo nowy tryb postępowania, który miał ułatwić udzielanie zamówień na innowacyjne projekty, tj. partnerstwo innowacyjne.

STRUKTURA TRYBÓW STOSOWANYCH W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Z perspektywy sektora kreatywnego dane te nie napawają optymizmem. Optymalne przy uzyskiwaniu zamówień dla branży IP, w szczególności przy projektach innowacyjnych, są bowiem tryby wielostopniowe, które pozwalają, w toku prowadzonych „negocjacji” z wykonawcami, na pożądaną modyfikację opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający pogodzenie potrzeb zamawiającego z możliwościami i pomysłami wykonawców.

WAŻNE !

Formalizm zamawiających i przywiązanie do trybu przetargu nieograniczonego, których źródło można wskazać w mało czytelnych przepisach obecnie obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, mają odzwierciedlenie w zmniejszającej się liczbie ofert składanych przez wykonawców w przetargach publicznych.

Z analizy Prezesa UZP wynika, że w 2018 r. w zamówieniach o wartości poniżej progów unijnych średnia liczba ofert składanych podczas jednego postępowania wyniosła 2,38% (w roku 2016 – 2,87%), zaś w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów unijnych średnia ta wyniosła 2,23% (w roku 2016 – 2,51%)². Po odliczeniu średniej liczby odrzucanych ofert okazuje się, że przeciętnie na jeden polski przetarg przypada zaledwie 0,8 oferty.

Statystyki dotyczące liczby ofert przypadających na jedno postępowanie nie są widoczne w zamówieniach niepublicznych. Dlatego nowa ustawa z dnia 11 września

2019 r. – Prawo zamówień publicznych, która wejdzie w życie z dniem 1 stycznia 2021 r., czerpała z wzorców zamówień w sektorze prywatnym.

Na konferencji informującej o nowym Pzp – 23 października 2019 r. – Jadwiga Emilewicz, ówczesna minister przedsiębiorczości i technologii, podkreśliła, że obowiązująca jeszcze ustawa Pzp była już nowelizowana ok. 60-krotnie i stała się całkowicie nieczytelna i trudna w stosowaniu. Za przyczynę takiego zjawiska podała zbyt skomplikowane procedury, które sprawiają, że zamawiający skupiają się na formalnościach, a w zamówieniach wstawiają zbyt wysokie kary umowne i sztywne warunki. Dało się także zauważyć coraz większą niechęć wykonawców do uczestniczenia w zamówieniach publicznych, w przeciwieństwie do zamówień prywatnych. Nowe zamówienia publiczne, jak stwierdziła minister, czerpały z dobrych wzorców – z rynku zamówień komercyjnych.

W nowych przepisach dostrzec można wiele elementów, które mogą w pozytywny sposób wpłynąć na zamówienia publiczne w branży IP/new tech, m.in. większą elastyczność, mniejszy formalizm, prostsze korzystanie z negocjacji oraz pełną elektroniczną zamawianie.

TRYB UPROSZCZONY – SZANSA DLA BRANŻY KREATYWNEJ I INNOWACYJNEJ

Istotną zmianą przewidzianą w nowej ustawie Pzp jest wprowadzenie uproszczonej procedury dla zamówień o wartości szacunkowej, nieprzekraczającej progów unijnych (które zostaną ustalone zgodnie z komunikatami Komisji Europejskiej), a przekraczającej kwotę 130 tys. zł.

Nowe regulacje mają sprzyjać dialogowi z wykonawcami w celu pozyskania jak najlepszych rozwiązań dotyczących konkretnego zamówienia. W przypadku tzw. zamówień podprogowych w nowej ustawie Pzp przewidziano tryb

Tabela 1.

Tryb zamówienia	Lata/odsetek liczby zamówień			
	2015	2016	2017	2018
Przetarg nieograniczony	83,39%	81,80%	86,10%	88,00%
Przetarg ograniczony	0,83%	0,70%	0,40%	0,34%
Negocjacje z ogłoszeniem	0,07%	0,05%	0,05%	0,04%
Dialog konkurencyjny	0,01%	0,01%	0,02%	0,02%
Negocjacje bez ogłoszenia	0,13%	0,10%	0,14%	0,11%
Zamówienie z wolnej ręki	11,75%	13,42%	9,67%	9,45%
Zapytanie o cenę	3,55%	3,59%	3,29%	1,86%
Partnerstwo innowacyjne	–	0,00%	0,01%	0,01%
Licytacja elektroniczna	0,27%	0,33%	0,32%	0,17%

Źródło: Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r., czerwiec 2019 r.

podstawowy, partnerstwo innowacyjne, negocjacje bez ogłoszenia oraz zamówienie z wolnej ręki. Szczególnie istotne w praktyce dla zamawiających będą zasady udzielania zamówień w trybie podstawowym.

Postępowanie w trybie podstawowym wszczynane będzie poprzez publikację ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w odpowiedzi na ogłoszenie oferty będą mogli składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.

Następnie zamawiający będzie miał trzy możliwości (trzy warianty trybu podstawowego) do wyboru:

Wariant 1. Możliwość wyboru najkorzystniejszej oferty bez przeprowadzania negocjacji – tryb podstawowy bez negocjacji (wariant podobny do obecnie obowiązującego trybu przetargu nieograniczonego) – jeżeli specyfika przedmiotu zamówienia oraz potrzeby zamawiającego będą umożliwiały opisanie w wystarczająco precyzyjny sposób wszystkich warunków zamówienia na etapie wszczęcia postępowania, a zamawiający nie przewidzi możliwości negocjacji ofert.

Wariant 2. Możliwość negocjacji ofert w celu ich ulepszenia, o ile zamawiający przewidział taką możliwość na etapie wszczęcia postępowania (tryb podstawowy z możliwością negocjacji). We wskazanym wariantcie negocjacje będą mogły dotyczyć wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, nie będą mogły jednak prowadzić do zmiany treści SWZ – ten tryb może działać w przypadku prostych wdrożeń gotowego oprogramowania czy dostarczenia nieskomplikowanych rozwiązań sprzętowych, gdy zamawiający dobrze wie, czego chce. Co więcej, pozwoli zarządzić kluczowymi parametrami, takimi jak np. cena, termin realizacji czy długość gwarancji.

Wariant 3. Zakłada obowiązkowe negocjacje ofert w celu ich ulepszenia (tryb podstawowy z negocjacjami). W tym wariantcie zamawiający na pierwszym etapie sporządzać będzie jedynie opis potrzeb i wymagań, a SWZ tworzyć będzie dopiero po przeprowadzeniu negocjacji. Negocjacje będą mogły dotyczyć warunków zamówienia, w celu podniesienia jego efektywności, nie będą mogły natomiast prowadzić do zmiany minimalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia lub realizacji zamówienia określonych w opisie potrzeb i wymagań – ten model wydaje się najbardziej właściwy dla projektów kulturalnych, w przypadku których ważne są elementy kreatywne (trudne do sparametryzowania i obiektywizacji na etapie przygotowania SWZ), oraz projektów związanych z bardziej skomplikowanymi nowymi technologiami.

W trybie podstawowym przewidziane zostały regulacje nakazujące zapewnienie przez zamawiającego w trakcie negocjacji równego traktowania wszystkich wykonawców, równego dostępu do informacji oraz poufności charakteru negocjacji. Ponadto zamawiający będzie miał możliwość ograniczenia liczby wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert (o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję, i nie jest mniejsza niż trzy).

Nie ulega wątpliwości, iż nowe, odformalizowane procedury rzeczywiście czerpią z mechanizmów wypracowanych w przetargach prywatnych. Położenie większego nacisku na negocjacje ofert może mieć kluczowe znaczenie zwłaszcza dla wykonawców z branży kreatywnej i innowacyjnej. Nierzadko bowiem zdarza się, że zamawiający publiczni przed wszczęciem postępowania nie mają możliwości sporządzenia szczegółowej specyfikacji warunków zamówienia. Do jej opracowania często niezbędna jest wiedza wykwalifikowanych specjalistów po stronie wykonawców. Widoczne jest to zwłaszcza w zamówieniach dotyczących obszaru IT, gdzie ze względu na szybko zmieniające się standardy wykonawcy dysponują najświeższą wiedzą na temat pożądaných rozwiązań rynkowych.

Nowe regulacje zawierają także odpowiedź na postulowaną przez zamawiających możliwość negocjacji ofert, do czego w szczególności wykonawcy z branż nowych technologii i kreatywnych, startujący głównie w prywatnych przetargach, zostali przyzwyczajeni.

Z WOLNEJ RĘKI BEZ REWOLUCJI

Zamówienia z wolnej ręki są stosunkowo często stosowane przez zamawiających z branży kreatywnej w przypadkach, w których zachodzą przesłanki określone w art. 67 ust. 1 i ust. 1a Pzp. Zamawiający korzystają z możliwości udzielenia zamówień w tym mniej sformalizowanym trybie w szczególności w przypadku, gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia (zob. art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a). Taka sytuacja ma miejsce m.in. w przypadku zamówień dotyczących promocji lub sponsoringu danego wydarzenia lub danej drużyny sportowej.

Tryb ten stosowany jest ponadto w przypadku, gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia (zob. art. 67 ust. 1 pkt 1). Chodzi tu w szczególności o przypadki związane z ochroną praw autorskich i praw pokrewnych oraz o przypadki związane z ochroną patentową i ochroną innych praw wyłącznych wynikających z prawa własności przemysłowej.

Ta przesłanka jest często stosowana w przypadku udzielania przez zamawiających zamówień na zakup licencji, np. na zakup licencji filmowych czy realizację konkretnych projektów artystycznych.

W przypadku wyboru artystów, którzy mają wystąpić w organizowanym przez zamawiającego wydarzeniu, zamawiający korzystają z przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1a Pzp, wskazując, że usługi w zakresie działalności twórczej lub artystycznej mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę.

Opisane przypadki odpowiadają potrzebom praktyki zamawiających, co zostało potwierdzone w nowej ustawie Pzp. Przesłanki te zostały przeniesione do nowej ustawy Pzp w niezmienionym brzmieniu, zarówno w stosunku do zamówień powyżej progów unijnych [art. 214 ust. 1 pkt 1 i 2 nowego Pzp], jak i do zamówień poniżej progów unijnych [art. 305 pkt 1 nowego Pzp]. Co ciekawe, ustawodawca rozszerzył przesłanki udzielania zamówienia z wolnej ręki, przewidując m.in. możliwość udzielenia zamówienia we wskazanym trybie, w przypadku gdy możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu albo postępowaniem egzekucyjnym, albo upadłościowym [art. 214 ust. 1 pkt 9 nowego Pzp]. Ta przesłanka, w związku ze wzrostem liczby postępowań o ogłoszenie upadłości, może okazać się przydatna również dla zamawiających z sektora kreatywnego.

Art. 214
ust. 1
pkt 1, 2 i 9
n. Pzp

Art. 67 ust. 1
pkt 1a Pzp

Przypisy:

- ¹ Zob. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r., czerwiec 2019 r., https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/41555/Sprawozdanie-UZP-za-2018.pdf.
- ² Zob. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r., czerwiec 2019 r., https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/41555/Sprawozdanie-UZP-za-2018.pdf.

REKLAMA

[lsw | Leśnodorski
Słusarek
i Wspólnicy]

[LSW IP BLOG

[Blog o tym, co inspirujące w prawie własności intelektualnej, w tym m.in. prawie autorskim, filmowym, reklamy, mediów, Internetu, dóbr osobistych i nowych technologii.

[Nasz blog kierowany jest do twórców, producentów, ludzi mediów i branż kreatywnych. Dotyka aspektów kultury, technologii, sztuki, rozrywki, reklamy, sportu.

[Omawiamy przełomowe orzeczenia, przedstawiamy nasze analizy i komentarze, zwracamy uwagę na praktyczne problemy związane ze stosowaniem przepisów.

[www.lswipblog.pl]

[LSW PP BLOG

[Od kilkunastu lat doradzamy przedsiębiorcom i władzom publicznym w sprawach z zakresu prawa pomocy publicznej, zamówień publicznych oraz infrastruktury i funduszy unijnych. Z pytań, które otrzymujemy niemal codziennie widać, że aspekty te nie tylko są niezwykle ważne w praktyce, ale także, że budzą liczne wątpliwości i kontrowersje.

[Wychodząc naprzeciw Państwu pytaniom i oczekiwaniom postanowiliśmy założyć LSW PP Bloga. Od ponad roku dzielimy się naszymi doświadczeniami i refleksjami w zakresie pomocy publicznej, zamówień publicznych oraz infrastruktury i funduszy unijnych, opierając się o wiedzę zdobytą z prowadzenia bieżących spraw, o wnioski z obserwacji bogatego orzecznictwa sądowego i praktyki administracyjnej oraz o praktykę wynikającą z realizowanych transakcji i projektów.

[www.lswppblog.pl]