

OPINIA PRAWNA DOTYCZĄCA ZAMÓWIEŃ NA
USŁUGI SPOŁECZNE I INNE SZCZEGÓLNE USŁUGI
O WARTOŚCI RÓWNEJ LUB PRZEKRACZAJĄCEJ
PROGI Z ART. 138G USTAWY PZP



EduStrefa

Roczna opieka prawna
i merytoryczna

Autor publikacji- URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości równej lub przekraczającej progi z art. 138g ustawy Pzp

Ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), dalej zwaną jako: „ustawa nowelizująca” wprowadzono do działu III ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 i 2018), zwanej dalej: „ustawą Pzp” rozdział 6 zawierający przepisy dotyczące zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Polski ustawodawca transponował w ten sposób przepisy art. 74-76 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zwanej dalej „dyrektywą klasyczną” oraz art. 91-93 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, zwanej dalej „dyrektywą sektorową”.

W motywie 114 dyrektywy klasycznej wskazano, że „niektóre kategorie usług, a mianowicie tzw. usługi na rzecz osób, takie jak niektóre usługi społeczne, zdrowotne i edukacyjne, ze względu na swój charakter nadal mają ograniczony wymiar transgraniczny. Usługi te świadczone są w określonym kontekście, mocno zróżnicowanym w zależności od państwa członkowskiego z uwagi na różne tradycje kulturowe”. Ograniczony wymiar transgraniczny usług społecznych i innych szczególnych usług oznacza, że zainteresowanie podmiotów zagranicznych ich świadczeniem jest, co do zasady, mniejsze niż pozostałych usług.

Zakres usług, o których mowa w rozdziale 6, zdefiniowany został w art. 138h ustawy Pzp poprzez odesłanie do załącznika XIV do dyrektywy klasycznej, oraz załącznika XVII do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, dalej „dyrektywy sektorowej”. W obu załącznikach, w kolumnie „opis”, wymienia się następujące kategorie usług:

- 1) usługi zdrowotne, społeczne i pokrewne,
- 2) usługi administracyjne w zakresie edukacji, opieki zdrowotnej i kultury,
- 3) usługi w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia społecznego,
- 4) świadczenia społeczne,
- 5) inne usługi komunalne, socjalne i osobiste, w tym usługi świadczone przez związki zawodowe, organizacje polityczne, stowarzyszenia młodzieżowe i inne organizacje członkowskie,
- 6) usługi religijne,

- 7) usługi hotelowe i restauracyjne,
- 8) usługi prawne, niewyłączone na mocy innych przepisów dyrektywy klasycznej lub sektorowej,
- 9) inne usługi administracyjne i rządowe,
- 10) świadczenie usług na rzecz społeczności,
- 11) usługi w zakresie więziennictwa, bezpieczeństwa publicznego i ratownictwa, o ile nie są wyłączone na mocy innych przepisów dyrektywy klasycznej lub sektorowej,
- 12) usługi detektywistyczne i ochroniarskie,
- 13) usługi międzynarodowe,
- 14) usługi pocztowe,
- 15) usługi różne (formowanie opon i usługi kowalskie).

Powyższy „opis” nie ma jednak charakteru kompletnego bez uwzględnienia konkretnych kodów CPV, które są mu przypisane. Dopiero zidentyfikowanie kodu CPV danej usługi w enumeratywnie wyszczególnionych kodach pozwala na przesądzenie, czy dana usługa ma charakter społeczny lub jest inną szczególną usługą, a zatem mają do niej zastosowanie regulacje z rozdziału 6. Katalog usług społecznych i innych szczególnych usług ma charakter zamknięty (odrębnie niż w przypadku tzw. usług nie priorytetowych, których katalog był otwarty). Jeżeli zatem kod CPV danej usługi nie mieści się wykazie kodów z załącznika XIV do dyrektywy klasycznej lub załącznika XVII do dyrektywy, taka usługa nie będzie usługą społeczną lub inną szczególną usługą.

Usługi społeczne i inne szczególne usługi wprowadzone zostały w miejsce usług niepriorytetowych (uchylone art. 2a i 2b ustawy Pzp). Nadmienić jednak należy, że podział na usługi priorytetowe i niepriorytetowe pozostał aktualny dla zamówień z dziedzin obronności i bezpieczeństwa (art. 131bb ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Regulacja dotycząca usług społecznych i innych szczególnych usług nie może mieć zatem zastosowania do zamówień z dziedzin obronności i bezpieczeństwa, o czym wprost stanowi art. 138g ust. 2 ustawy Pzp.

Transgraniczny charakter tych usług oznacza ponadto, że należy ustanowić „szczególny system udzielania zamówień publicznych na takie usługi, o wyższym progu niż próg mający zastosowanie do innych usług. Usługi na rzecz osób o wartości poniżej tego progu nie są zwykle przedmiotem zainteresowania usługodawców z innych państw członkowskich, chyba że istnieją konkretne przesłanki wskazujące inaczej, takie jak unijne finansowanie projektów transgranicznych” (tak w motywie 114 dyrektywy klasycznej). Oznacza to, że ustawodawca unijny, uwzględniając specyfikę usług społecznych i innych szczególnych usług, przewidział:

- a) wyższy próg stosowania przepisów dyrektyw dla tego typu usług,
- b) inny (łagodniejszy) reżim udzielania zamówień na te usługi.

W art. 75 dyrektywy klasycznej i art. 92 dyrektywy sektorowej przewidują, że przepisy dyrektyw stosuje się do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty:

1. 750 000 euro - w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa;
2. 1 000 000 euro - w przypadku zamówień sektorowych.

Ustawodawca polski, w art. 138g ust. 1 ustawy Pzp stanowiącym transpozycję powyższych przepisów dyrektyw określił, że przepisy rozdziału 6 stosuje się do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość powyższych kwot.

Udzielanie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości równej lub przekraczającej progi wskazane w art. 138g ustawy Pzp.

W motywie 114 preambuły do dyrektywy wskazano, że „zamówienia na usługi na rzecz osób powyżej tego progu [progów] powinny podlegać zasadzie przejrzystości w całej Unii. Ze względu na znaczenie kontekstu kulturowego oraz wrażliwy charakter tych usług, państwa członkowskie powinny dysponować szeroką swobodą w zakresie organizacji wyboru usługodawców w sposób uznany przez siebie za najbardziej odpowiedni. Przepisy niniejszej dyrektywy uwzględniają ten nakaz, nakładając jedynie obowiązek przestrzegania podstawowych zasad przejrzystości i równego traktowania oraz gwarantując, że instytucje zamawiające są w stanie zastosować określone kryteria jakości przy wyborze usługodawców (...)”. Mając powyższe na względzie do udzielania zamówień publicznych na takie usługi zaproponowano w dyrektywie klasycznej szczególny reżim, który jest „reżimem łagodniejszym” od reżimu klasycznego właściwego dla „usług zwykłych”.

Odzwierciedleniem powyższej normy na gruncie ustawy Pzp jest wprowadzenie zasady właściwej dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, polegającej na przyznaniu zamawiającemu kompetencji do samodzielnego określenia procedury, w jakiej zamierza prowadzić dane zamówienie. Odmiennie niż w przypadku zamówień klasycznych, czy sektorowych możliwa do zastosowania procedura udzielenia zamówienia publicznego nie jest narzucona przez ustawodawcę. W konsekwencji zamówienia na usługi społeczne udzielane są na podstawie przepisów mających charakter autonomiczny w stosunku do innych trybów udzielania zamówień wskazanych w ustawie Pzp. Obowiązkiem zamawiającego jest natomiast uwzględnienie w ramach przygotowanej przez siebie procedury – minimalnych, obligatoryjnych wymogów wskazanych w przepisach ustawy Pzp. Powyższe potwierdza art. 138k ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający określa sposób przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne z uwzględnieniem obowiązkowych elementów postępowania określonych w niniejszym rozdziale oraz zasad równego traktowania i

konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, a także przepisów art. 17 i art. 18. Przepis ten określa kompetencje zamawiającego w zakresie dokonania opisu procedury, z zastrzeżeniem jednak:

1. bezpośredniego obowiązywania zasad równego traktowania i konkurencji, przejrzystości oraz proporcjonalności,
2. obowiązkowych elementów postępowania określonych w Rozdziale 6 ustawy Pzp (nakaz stosowania niektórych przepisów ustawy Pzp wprost, a innych odpowiednio),
3. przepisów art. 17 – zapewniającego bezstronność i obiektywizm osób wykonujących czynności w postępowaniu i art. 18, kreującego zasadę odpowiedzialności kierownika zamawiającego za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania.

Zasady i przepisy ustawy Pzp stosowane wprost (np. zawarte w art. 138l ustawy Pzp), obowiązują bezpośrednio i nie przestają wiązać zamawiającego, nawet jeśli zaniechał ich uwzględnienia w dokumencie określającym procedurę.

a. Usługi społeczne i inne szczególne usługi w relacji do ogólnych przepisów ustawy

Przepisy rozdziału 6 nie odwołują się wprost do przepisów ogólnych ustawy Pzp (Dział I, Rozdział I) co jednak nie oznacza, że określając sposób przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne, zamawiający zachowuje swobodę w zakresie określania podstawowych pojęć dotyczących zamówień publicznych. Podnieść bowiem należy, że niektóre pojęcia z art. 2 ustawy Pzp transponują dyrektywy klasyczną i sektorową i zachowują takie znaczenie, jaki nadał im prawodawca unijny, także na gruncie zamówień na usługi społeczne. Niewątpliwie pojęcia: „zamawiającego”, „wykonawcy” i „zamówienia publicznego” muszą być przeniesione wprost na grunt zamówień na usługi społeczne. Bezpośrednie przejęcie na grunt zamówień na usługi społeczne normy dotyczącej „wykonawcy” (art. 2 pkt 11 ustawy Pzp) oznacza, że zamawiający nie jest uprawniony do modyfikowania zakresu podmiotowego odnoszącego się do tego uczestnika postępowania o zamówienie publiczne. Zastosowanie znajdzie także definicja „kierownika zamawiającego” (art. 2 pkt 3 ustawy Pzp) z tego względu, że przepis dotyczący odpowiedzialności kierownika zamawiającego w postępowaniu, tj. art. 18 ustawy Pzp, obowiązuje wprost na gruncie zamówień na usługi społeczne (przywoływany już art. 138k ustawy Pzp). Podobnie bezpośrednie zastosowanie znajdzie definicja protokołu postępowania (art. 2 pkt 7b ustawy Pzp), gdyż stosowanie Działu II, rozdziału 5 ustawy Pzp dotyczącego dokumentowania postępowań (m.in. za pomocą tego protokołu) jest obligatoryjne dla zamawiającego, na podstawie art. 138l ustawy Pzp. Zamawiający zasadniczo nie będzie mógł nadać niektórym pojęciom innego znaczenia niż takie, które wynikają z brzmienia przepisów prawa. Powyższe dotyczy: definicji ceny (art. 2 pkt 1 ustawy Pzp) w rozumieniu ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług, czy definicji środków publicznych (art. 2 pkt 9 ustawy Pzp) w rozumieniu ustawy o finansach publicznych. Niektóre definicje będą mogły znaleźć zastosowanie do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi po dokonaniu stosowanej weryfikacji przez zamawiającego, czy ich brzmienie nadane ustawą Pzp uwzględnia specyfikę konkretnych usług społecznych,

dotyczy to np. definicji cyklu życia (art. 2 pkt 1a ustawy Pzp, czy definicji oferty częściowej i wariantowej (art. 2 pkt 6 i 7 ustawy Pzp). Nie znajdują zastosowania na gruncie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi definicje odnoszące się do innych rodzajów zamówień (dostaw lub robót budowlanych) oraz reżimu z dziedzin obronności i bezpieczeństwa (np. art. 2 pkt 5a-5c, 8a-8b, 11a, 15 ustawy Pzp). Nie znajdzie zastosowania także definicja najkorzystniejszej oferty, o jakiej mowa w art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, z tego względu, że przepisy dotyczące zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi zawierają własną definicję najkorzystniejszej oferty określoną w art. 138s ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że najkorzystniejsza oferta przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów, w szczególności jakości i zrównoważonego charakteru usług społecznych, ciągłości lub dostępności danej usługi lub kryterium stopnia uwzględnienia szczególnych potrzeb użytkownika usługi. Oznacza to, co do zasady, że na gruncie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi nie jest możliwe opisane tylko jednego kryterium oceny ofert tj. kryterium ceny.

Przepisy rozdziału 6 nie odwołują się także do przepisu dotyczącego wyłączeń od stosowania ustawy Pzp. Reżim zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi stanowi jednak swoiste złagodzenie obowiązku stosowania dwóch podstawowych reżimów: klasycznego i sektorowego, w sytuacji gdy zamówienia objęte tymi reżimami dotyczą specyficznych usług opisanych w zamkniętym katalogu (katalogu usług społecznych i innych usług szczególnych). Nie oznacza to jednak, że takie zamówienia na specjalne usługi przestają być zamówieniami klasycznymi lub sektorowymi. Tym samym, jeżeli zamówienie klasyczne lub sektorowe na usługi społeczne i inne szczególne usługi wypełnia przesłanki wyłączające konieczność stosowania dyrektyw wyrażone w ustawie Pzp w art. 4 ustawy Pzp, to udzielając tego zamówienia zamawiający może skorzystać z tego wyłączenia ze stosowania przepisów Pzp. Zamawiający udzielający zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi nie może jednak skorzystać z wyłączenia ze stosowania ustawy Pzp właściwego zamówieniom z dziedzin obronności i bezpieczeństwa określonym w art. 4b ustawy Pzp.

b. Zasady udzielania zamówień na usługi społeczne

W odniesieniu do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi obowiązują wybrane zasady udzielania zamówień określone na podstawie art. 138k ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania i konkurencji, przejrzystości oraz proporcjonalności. Powyższe zasady zostały wprost zaczerpnięte z treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, że doktryna i orzecznictwo odnoszące się do zasad opisanych w tym przepisie zachowuje aktualność także w postępowaniach w celu udzielenia zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi.

Przepis art. 7 ust. 2 ustawy Pzp wskazujący, że czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm choć wprost nie obowiązuje, to jednak norma określona w tym przepisie ma pełne zastosowanie dla zamówień na usługi społeczne. Na gruncie art. 138k ustawy Pzp określono bowiem, że obowiązuje dla zamówień na usługi społeczne regulacja dotycząca konieczności zapewnienia bezstronności osób wykonujących czynności w postępowaniu, o której mowa w art. 17 ustawy Pzp. Przepis

ten ma zadanie przeciwdziałać niedozwolonym porozumieniom (konfliktom interesów) pomiędzy wykonawcą i pracownikami zamawiającego i, tym samym, wspiera zasady przejrzystości i konkurencji. W odniesieniu do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi będzie zachodziła konieczność złożenia, przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu, oświadczenia o istnieniu lub braku istnienia okoliczności, o jakich mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Podobnie zastosowanie znajdzie przepis wskazujący osoby odpowiedzialne za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania (art. 18 ustawy Pzp).

Brak bezpośredniego stosowania art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, nie oznacza przyzwolenia zamawiającemu na dowolność i arbitralność rozstrzygnięć w postępowaniu zmierzającym do udzielenia zamówienia na usługi społeczne. Zamawiający dokonując wyboru wykonawcy w zamówieniach na usługi społeczne działa bowiem nie tylko w oparciu o ustawę Pzp, ale także o własny regulamin (określenie sposobu przeprowadzenia postępowania), którym jest związany. Arbitralność rozstrzygnięć zamawiającego może być rozpatrywana na gruncie przestrzegania zasad równego traktowania i konkurencji oraz przejrzystości. W tym miejscu warto podkreślić, że Urząd Zamówień Publicznych przegotował projekt „Regulaminu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne, o których mowa w art. 138g ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”, w którym zaproponowano konkretne rozwiązania w oparciu o przepisy Rozdziału 6 Działu III ustawy Pzp.

Brak odniesienia w reżimie usług społecznych do zasady jawności, o której mowa w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp również nie oznacza, że zamawiający może ograniczać w sposób bezzasadny dostęp wykonawców do informacji o toczącej się procedurze. Arbitralność zamawiającego w tym względzie mogłaby naruszać zasadę przejrzystości. Celowym wydaje się zatem określenie w regulaminie zasad jawności procedury, mając jako wzór odpowiednie zapisy z ustawy Pzp. Nadmienić ponadto należy, że wykonawcy mają możliwość powziąć wiedzę o toczącym się postępowaniu i jego wynikach w trybie dostępu do informacji publicznej.

Zasada prymatu trybów przetargowych (art. 10 ustawy Pzp) nie znajduje zastosowania, gdyż do udzielenia zamówień na usług społeczne nie znajdują zastosowania przepisy dotyczące trybów udzielania zamówień.

c. Przygotowanie postępowania w celu udzielenia zamówienia na usługi społeczne.

Podstawowym obowiązkiem zamawiającego udzielającego zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, nałożonym treścią art. 138k ustawy Pzp, jest określenie sposobu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Ogólne przepisy ustawy Pzp dotyczące sposobu przeprowadzenia postępowania zmierzającego do udzielenia zamówienia (rozdział 3 Tryby udzielenia zamówienia) oraz dokumentacji opisującej najważniejsze elementy zamówienia (przepisy art. 36-38 ustawy Pzp odnoszące się do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) - nie obowiązują bowiem na gruncie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Dokument przygotowywany przez zamawiającego winien zawierać kompleksowy i wyczerpujący

opis procedury zmierzającej do udzielenia zamówienia, wymogów stawianych przez wykonawcę, wymogów, co do treści oferty, oraz dotyczących warunków przyszłego kontraktu etc. Zamawiający może przygotować dokument, w którym uwzględnione zostaną wszystkie lub niektóre zapisy z art. 36 ustawy Pzp. Brak takiego opisu, w sytuacji gdy przepisy Rozdziału 6 nie regulują danego zagadnienia poprzez odesłanie do przepisów ogólnych ustawy Pzp, oznacza, że dane zagadnienie nie zostało uregulowane, co może rodzić negatywne konsekwencje dla zamawiającego.

1) opis przedmiotu zamówienia

Opis przedmiotu zamówienia jest najistotniejszym elementem przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, także w przedmiocie usług społecznych i innych szczególnych usług. Jest on niezbędny do prawidłowego zidentyfikowania, czy dana usługa jest usługą społeczną lub inną szczególną usługą (a co za tym idzie zastosowanie znajdzie szczególna procedura udzielania takiego zamówienia) oraz do prawidłowego oszacowania wartości zamówienia.

Art. 138m ustawy Pzp stanowi, że do zamówień na usługi społeczne, przepisy ogólne dotyczące opisu przedmiotu zamówienia tj. art. 29-30b ustawy Pzp stosuje się odpowiednio. Użycie przez ustawodawcę reguły odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia nie należy jednak rozumieć jako złagodzenia norm wynikających z tych przepisów. Co do zasady, zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi, podlegają tożsamym zasadom w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak w przypadku postępowań nieobjętych regulacją Działu III Rozdział 6, co wynika ze znaczenia prawidłowo opisanego przedmiotu zamówienia. Nie ulega więc wątpliwości, że opis przedmiotu zamówienia winien być jednoznaczny i wyczerpujący (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp), i nie jest dopuszczalny taki opis, który zawierałby znaki towarowe, patenty etc. na zasadach innych niż określone w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Zważywszy, że do udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi stosuje się wszystkie zasady, o których mowa w art. 138k ustawy Pzp, także opis przedmiotu zamówienia nie może zostać sporządzony, nie tylko z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), ale także zasad równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. Uwzględniając ponadto, że o zakwalifikowaniu danej usług jako usługi społecznej przesądza fakt właściwego oznaczenia danej usługi kodem CPV, art. 30 ust. 7 ustawy Pzp należy stosować bezpośrednio w zakresie kodów tych usług.

Zamówienia na usługi społeczne nie zostały wyłączone także spod obowiązku wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Wymóg ten wprowadza art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.), i który zachowuje aktualność także na gruncie zamówień na usługi społeczne. Zwrócić należy także uwagę, że usługi społeczne i inne szczególne usługi są usługami różnorodnymi i

specyficznymi (np. tak charakter mają usługi szkoleniowe), dla których postawienie wymogu zatrudniania na umowę o pracę może oddziaływać w sposób szczególnie na krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Określenie przez zamawiającego czynności, o których mowa w art. 22 kodeksu pracy, wymagać jednak będzie ich opisanie w dokumencie określającym sposób prowadzenia postępowania. Podnieść należy, że obowiązek stosowania art. 29 ust. 3a ustawy Pzp nie oznacza równocześnie, że aktualność na gruncie zamówień społecznych zachowuje także art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp. Zamawiający będzie jednak mógł skorzystać z normy określonej w tym przepisie, ażeby wymóg z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp uczynić wymogiem realnym.

Postawienie przez zamawiającego wymogu związanego z zatrudnieniem rodzi po stronie wykonawców konsekwencje związane ze stosowaniem zasad wynikających z przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r. poz. 847 ze zm.). Bezpośrednim adresatem tej ustawy są bowiem wykonawcy – przedsiębiorcy, którzy w świetle ww. ustawy i odpowiednich rozporządzeń wykonawczych, zobowiązani są do określenia wysokości wynagrodzenia z tytułu umowy o pracę na poziomie nie niższym niż określona kwota minimalna. Oznacza to, że ceny ofertowe wykonawców powinny uwzględniać wynagrodzenia oferowane osobom zatrudnionym przy realizacji zamówienia publicznego, na co najmniej minimalnym poziomie, określonym przepisami prawa.

Zrównoważony charakter usług społecznych, o czym wprost stanowi art. 76 ust. 2 dyrektywy klasycznej, oznacza, że ustawodawca europejski położył wyraźny akcent na ich prospołeczny (prosocjalny) i proekologiczny wymiar (tzw. „społeczne zamówienia” i „zielone zamówienia”). Na gruncie opisu przedmiotu zamówienia oznacza to przede wszystkim możliwość określenia szczególnych wymagań związanych z realizacją tych zamówień na gruncie art. 29 ust. 4 ustawy Pzp. Z tego samego powodu, konieczne będzie dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem potrzeb osób niepełnosprawnych (art. 29 ust. 5 i 6 ustawy Pzp).

Zamawiający, związany art. 30 ustawy Pzp, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia na jeden z trzech sposobów: (a) poprzez wskazanie oczekiwanego efektu – tj. przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, (b) poprzez odniesienie się do określonych norm, lub (c) łącznie, co do wymogów funkcjonalnych i w oparciu o określone normy. Zamawiający jest uprawniony także do określenia w opisie przedmiotu zamówienia określonego oznakowania (na warunkach określonych w art. 30a ustawy Pzp).

Brak bezpośredniego odniesienia w Rozdziale 6 do treści art. 31a ustawy Pzp nie oznacza, że zamawiający nie jest upoważniony do opracowania własnej procedury konsultacji poprzedzającej dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w oparciu o przepisy ustawy Pzp dotyczące dialogu technicznego.

2) szacowanie wartości zamówienia

Czynnością następującą po dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia jest oszacowanie wartości zamówienia. Jak wynika z treści art. 138m ustawy Pzp, do zamówień na usługi

społeczne znajdują zastosowanie reguły dotyczące szacowania wartości zamówień, o jakich mowa w art. 32-35 ustawy Pzp. Ustalenie wartości tych usług powinno nastąpić zasadniczo nie wcześniej niż na 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania (art. 35 ust. 1 ustawy Pzp), zaś podstawę szacunku określa się zaś z uwzględnieniem art. 34 ustawy Pzp. Zasady szacowania wartości zamówień wskazane np. w opiniach zamieszczonych na stronach internetowych UZP będą miały zatem zastosowanie także do tych zamówień. Brak odwołania w treści art. 138k ustawy Pzp (ale i 138n ustawy Pzp) do norm dotyczących zakazu dzielenia zamówień i zakazu ich agregacji (art. 5b ustawy Pzp) oraz zamówień mieszanych (art. 5c-5f ustawy Pzp) nie oznacza, że zamawiający jest zwolniony od ich stosowania. Do usług społecznych wprost odwołuje się bowiem przepis *lex specialis* zamówień mieszanych, tj. art. 5c ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli zamówienie, o którym mowa w ust. 1 [na przedmiot zamówienia składają się zamówienia, do których mają zastosowanie te same przepisy ustawy, jak zamówienia sektorowe albo zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa albo zamówienia udzielane na zasadach ogólnych], obejmuje usługi, określone w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE lub w załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE oraz inne usługi albo usługi i dostawy, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tych usług lub dostaw, których szacowana wartość jest większa.

Na gruncie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi nie znajdzie natomiast zastosowania art. 6a ustawy Pzp. Do przepisu tego będącego *lex specialis* względem ogólnych zasad łącznego szacowania wartości zamówień, o jakich mowa w art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, nie odwołują się przepisy Rozdziału 6. Zastosowanie muszą zatem znaleźć klasyczne reguły wykładni przepisów prawa mówiące, że przepisy *lex specialis* stosuje się tylko w takim zakresie jakim zostały wprowadzone i nie dokonuje się rozszerzającej interpretacji ich stosowania, jeśli nie zostało to wprost przewidziane w ustawie.

Odpowiednie stosowanie zasad szacowania wartości zamówień oznacza natomiast, że ustawodawca przyznał zamawiającemu uprawnienie do opisywania i korzystania z instytucji znanych ogólnym przepisom ustawy, na gruncie zamówień na usługi społeczne. Nakaz odpowiedniego stosowania art. 32 ustawy Pzp oznacza zatem, że zamawiający może opisać w dokumencie określającym sposób przeprowadzenia postępowania także:

- zamówienia podobne, jeśli dokona ich szacunku zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy Pzp,
- zamówienia częściowe, na zasadach zgodnych z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp,
- przewidzieć możliwość skorzystania z prawa opcji – wartością zamówienia jest wówczas wartość największego możliwego zakresu tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji (art. 32 ust. 7 ustawy Pzp).

3) kwalifikacja podmiotowa wykonawców

Art. 138m ustawy Pzp stanowi, że do zamówień na usługi społeczne stosuje się odpowiednio także przepisy art. 22-22d oraz art. 24. Ustawodawca nie zwolnił zatem zamawiającego z obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp dotyczących kwalifikacji

podmiotowej wykonawców. Oferty wykonawców niedających rękojmi należytego wykonania zamówienia nie będą mogły być wybrane jako najkorzystniejsze. Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile [warunki] zostały określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

W odniesieniu do niepodlegania wykluczeniu wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi społeczne podlegają zasadniczo takim samym regułom, jak w postępowaniach prowadzonych wg zasad ogólnych. Wobec wykonawcy nie mogą się ziszczyć obligatoryjne przesłanki wykluczenia z postępowania, o jakich mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Wypełnienie którejkolwiek z tych przesłanek powoduje wykluczenie wykonawcy, niezależnie od okoliczności, czy zamawiający wskazał te przesłanki w dokumencie postępowania, czy też nie. Możliwość weryfikowania wykonawcy pod kątem przesłanek fakultatywnych na gruncie art. 24 ust. 5 ustawy Pzp jest dopuszczalna, jeżeli zamawiający przewidzi w dokumencie określającym sposób przeprowadzenia postępowania jedną, kilka lub wszystkie przesłanki wyrażone w tym przepisie. Aktualność zachowują także przepisy dotyczące liczenia terminów wyrażone w art. 24 ust. 7 ustawy Pzp. Mechanizm "samooczyszczenia" określony w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, jako nowa instytucja dyrektywy klasycznej skierowana bezpośrednio do wykonawcy, obowiązuje także w postępowaniach na usługi społeczne i inne szczególne usługi.

Aktualność zachowują także przepisy dotyczące warunków udziału w postępowaniu, tj. art. 22-22d ustawy Pzp. Podobnie jak w postępowaniach prowadzonych wg zasad ogólnych, zamawiający nie jest zobowiązany określać warunków udziału w postępowaniu, ale jeśli wyraża taką wolę - wymagane jest od niego precyzyjne określenie warunków w dokumencie postępowania. Podobnie jak w postępowaniach prowadzonych wg zasad ogólnych warunki mogą dotyczyć kompetencji, sytuacji i zdolności opisanych w art. 22 ust. 1b ustawy, na zasadach określonych w art. 22b - 22d ustawy Pzp. Obowiązki art. 22a ustawy Pzp umożliwia wykonawcom powoływanie się przy spełnianiu warunków na potencjały podmiotów trzecich, zamawiający zaś jest zobowiązany do oceny takich podmiotów. Możliwość powoływania się na potencjały podmiotów trzecich winien jednak opisać zamawiający w taki sposób, ażeby nie stały one w sprzeczności z treścią art. 22a ustawy Pzp. Brak bezpośredniego odniesienia w treści art. 138k - 138n ustawy Pzp do art. 23 ustawy Pzp nie oznacza niedopuszczalności wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia. Przepis art. 23 ustawy Pzp jest bowiem skierowany bezpośrednio do wykonawcy, który może podjąć autonomiczną decyzję o formie organizacyjnej, w jakiej ujawni się w postępowaniu: samodzielnie, z podmiotem trzecim, czy w konsorcjum. Możliwość taką również powinien opisać zamawiający.

Przepisy rozdziału 6 ustawy Pzp nie odwołują się do art. 25 ustawy Pzp, a zatem na gruncie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi nie obowiązują wprost dokumenty z Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu

o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), dalej „rozporządzenie o dokumentach”. Konieczność opisanie środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków i braku podstaw do wykluczenia spoczywa zatem na zamawiającym, z uwzględnieniem art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, który nakazuje stosowanie zasady proporcjonalności nie tylko do określania warunków udziału w postępowaniu, ale także wymaganych od wykonawców środków dowodowych, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Ogólne odniesienie do środków dowodowych oznacza, że podmiotem je określającym jest zamawiający. Zamawiający może ocenić, że wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia będzie złożenie oświadczenia. Zamawiający może także skorzystać z katalogu dokumentów wskazanych w rozporządzeniu do opisanie środków dowodowych. Może także zaproponować dokumenty inne, nieznanie rozporządzeniu pod warunkiem jednak, że wymóg ich żądania nie będzie naruszał zasad udzielania zamówienia. Oznacza to, że dokumenty takie winny, po pierwsze, rzeczywiście potwierdzać, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu (niepodleganie wykluczeniu) i, po drugie, być powszechnie dostępne dla wykonawcy. Ustawa w odniesieniu do usług społecznych i innych szczególnych usług nie odwołuje się także do art. 25a ustawy Pzp, co oznacza, że wstępna ocena zdolności podmiotowych wykonawcy w oparciu o JEDZ i oświadczenia, nie jest obligatoryjnym elementem takiego postępowania.

Brak odwołania w treści Rozdziału 6 do art. 26 ustawy Pzp oznacza, po pierwsze, że reżim zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi nie przewiduje obligatoryjnej instytucji wstępnego potwierdzania spełnienia warunków i braku podstaw do wykluczenia powiązanej z wymogiem żądania dokumentów tylko od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Konsekwentnie, bezprzedmiotowe jest dokonywanie czynności wstępnego oceniania ofert na potrzeby wskazania wykonawcy, którego wezwie się o złożenie dokumentów – chyba, że zamawiający opisz procedurę o takim kształcie. Po drugie, przepisy nie przewidują instytucji uzupełniania lub wyjaśniania oświadczeń lub dokumentów (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania) na potwierdzenie spełnienia warunków i braku podstaw do wykluczenia. Oznacza to, że jeżeli zamawiający nie opisz procedury czy takie uzupełnienie przewiduje i w jakim zakresie – trudno będzie znaleźć podstawę materialną do dokonania takiej czynności, jeśli w prowadzonym postępowaniu znajdą okoliczności wskazujące na zasadność takiego uzupełnienia.

4) kryteria oceny ofert

Dyspozycja art. 138l oraz art. 138m ustawy Pzp, nie przewiduje stosowania w ww. postępowaniach przepisów odnoszących się do zasad kształtowania kryteriów oceny ofert. Tym samym należy uznać, iż zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne, o wartości określonej w art. 138g ustawy Pzp, nie jest związany zakazem ustanawiania kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy. Opis kryteriów i zasady ich oceny musi dokonać zamawiający zgodnie z zasadami równego traktowania i konkurencji, przejrzystości oraz proporcjonalności.

Przypomnieć należy, że definicja najkorzystniejszej z art. 138r ust. 3 ustawy Pzp oferty nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie obok ceny (lub kosztu) co najmniej jednego kryterium oceny ofert, w szczególności spośród: jakości i zrównoważonego charakteru usług społecznych, ciągłości lub dostępności danej usługi lub kryterium stopnia uwzględnienia szczególnych potrzeb użytkownika usługi.

d. Przeprowadzenie postępowania w celu udzielenia zamówienia na usługi społeczne.

Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne, zgodnie z art. 138i ustawy Pzp, za pomocą ogłoszenia o zamówieniu lub wstępnego ogłoszenia informacyjnego, stosując odpowiednio zasady określone w art. 11 – 11c ustawy Pzp. W załączniku XVIII pn. Usługi społeczne i inne szczególne usługi – zamówienia publiczne” oraz załączniku XIX pn. „Usługi społeczne i inne szczególne usługi – zamówienia sektorowe” do Rozporządzenia Wykonawczego Komisji 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. *ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011* ustanowiono obligatoryjne formularze ogłoszeń o zamówienie.

Na mocy odesłania do art. 11c ustawy Pzp zamawiający ma możliwość zmiany ogłoszenia o zamówieniu lub zamieszczenie sprostowania. Z uwagi na brak odesłania do art. 12a zamawiający nie jest zobowiązany do przestrzegania wyznaczonych okresów przedłużenia terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w szczególności gdy zmiana ogłoszenia jest istotna. Zmiana kluczowych elementów ogłoszenia bez przyznania wykonawcom czasu na wprowadzenie odpowiednich zmian do oferty może być jednak rozpatrywana w kontekście naruszenia zasad równego traktowania i konkurencji.

W myśl art. 138i ust. 3 ustawy Pzp, obowiązek publikacji ogłoszeń nie realizuje się natomiast, w sytuacji w której w odniesieniu do udzielanego zamówienia zachodzą okoliczności określone w art. 62 ust. 1 oraz 67 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem gdy w stosunku do przedmiotu zamówienia spełnione są przesłanki umożliwiające nabycie określonych świadczeń w trybie negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki. W takiej sytuacji wszczęciem postępowania jest zaproszenie do negocjacji jednego wykonawcy.

Zgodnie z treścią art. 138n ustawy Pzp, zamawiający przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne o wartości równej lub przekraczającej kwoty 750 000 euro oraz 1 000 000 euro w przypadku zamówień sektorowych, w którym:

1. w odpowiedzi na ogłoszenie wszyscy zainteresowani wykonawcy składają oferty wraz z informacjami potwierdzającymi, że nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, albo
2. w odpowiedzi na ogłoszenie wszyscy zainteresowani wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z informacjami potwierdzającymi, że nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, albo
3. przeprowadza negocjacje z wykonawcami dopuszczonymi do udziału w postępowaniu.

Dyspozycja art. 138n ustawy Pzp, określa trzy dopuszczalne sposoby udzielania zamówień obejmujących swym przedmiotem nabycie usług społecznych i innych szczególnych usług, o których mowa w art. 138h ustawy Pzp. Podkreślić należy, że reżim zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi nie zna pojęcia trybów udzielenia zamówienia, co oznacza, że Rozdział 3 ustawy Pzp pod tytułem „Tryby udzielania zamówienia” nie znajdzie zastosowania. Zamawiający nie jest przy tym zobowiązany w szczególności do respektowania instytucji ustawowych związanych z prowadzeniem postępowania, jak np.: prowadzeniem korespondencji z wykonawcami w sprawie wyjaśnienia sposobu prowadzenia postępowania (art. 38 ustawy Pzp), wymagania wniesienia wadium, przestrzegania terminu związania ofertą etc. Dokonanie opisu procedury udzielenia zamówienia, który spoczywa na zamawiającym, zamawiający jest zobowiązany ująć w kontury określone treścią art. 138n ustawy Pzp. Wybór którejkolwiek z metod wyrażonych w pkt 1-3 cyt. przepisu powinien być podyktowany rodzajem przedmiotu zamówienia, warunkami oraz okolicznościami jego realizacji, tak aby zainicjowana procedura w jak największym stopniu realizowała cel udzielenia zamówienia publicznego tj. zabezpieczenia potrzeb zakupowych instytucji zamawiającej.

Sposób opisany w pkt. 1 konstrukcyjnie przypomina procedurę otwartą, o jakiej mowa w dyrektywie klasycznej. Zamawiający zamierzający oprzeć procedurę udzielenia zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi na konstrukcji procedury otwartej zobowiązany jest do zamieszczenia ogłoszenia oraz przygotowania i upublicznienia dokumentu, w którym wskaże wymogi związane z przeprowadzeniem postępowania, co najmniej w zakresie składania ofert oraz informacjami potwierdzającymi, że wykonawcy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu. Wykonawcy w odpowiedzi na ogłoszenie składają oferty wraz informacjami potwierdzającymi, że nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonuje zaś badania i oceny złożonych ofert oraz badania podmiotowego wykonawców na podstawie przedłożonych informacji. Wraz z dokonaniem takiej oceny następuje wypełnienie obligatoryjnych elementów tej procedury. Uszczegółowienie obligatoryjnych elementów tej procedury lub określenie innych jej elementów spoczywa na zamawiającym.

Sposób opisany w pkt. 2 konstrukcyjnie przypomina procedurę ograniczoną lub procedurę negocjacyjną poprzedzoną ogłoszeniem, o jakich mowa w dyrektywie klasycznej. Zamawiający zamierzający oprzeć procedurę udzielenia zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi na konstrukcji procedury ograniczonej lub procedury negocjacyjnej poprzedzonej ogłoszeniem, zobowiązany jest do zamieszczenia ogłoszenia oraz zażądania od wykonawców złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z informacjami potwierdzającymi, że nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu. Wykonawcy w odpowiedzi na ogłoszenie składają obligatoryjne, w procedurach bazujących na konstrukcji z pkt. 2, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz informacjami potwierdzającymi, że nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonuje zaś badania wykonawców na podstawie przedłożonych informacji we wnioskach. Informacje, o jakich mowa powyżej nie są zaś tożsame z dokumentami, o jakich mowa w rozporządzeniu o dokumentach. Wraz z dokonaniem takiej oceny

następuje wypełnienie obligatoryjnych elementów tej procedury. Jej dalsze elementy określa zamawiający, który może np.: zaprosić wszystkich lub niektórych wykonawców (jeśli w ogłoszeniu przewidzi procedurę kwalifikacyjną) do składania ofert, zaprosić wszystkich lub niektórych wykonawców (jeśli w ogłoszeniu przewidzi procedurę kwalifikacyjną) do etapu negocjacji – a dopiero następnie do składania ofert etc. Zamawiający może przewidzieć także inne rozwiązania np. łączące różne elementy z różnych trybów w zakresie np. prekwalifikacji wykonawców.

Sposób opisany w pkt. 3 konstrukcyjnie może zostać wykorzystany do opisu procedur zawierających element negocjacyjny po uprzedniej publikacji ogłoszenia lub bez obowiązku publikacji (ale tylko w okolicznościach wyraźnie wskazanych w ustawie). Zamawiający zamierzający oprzeć procedurę udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi na konstrukcji procedury negocjacyjnej poprzedzonej ogłoszeniem, zobowiązany jest do zamieszczenia ogłoszenia (art. 138i ust. 1 ustawy Pzp) oraz przeprowadzenia negocjacji z wykonawcami dopuszczonymi do udziału w postępowaniu. Przepis nie zawiera innych wymogów opisujących procedurę jak ogłoszenie i negocjacje. Brak jest np. obowiązku składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a zatem dopuszczenie do udziału w postępowaniu może nastąpić np. w momencie prowadzenia negocjacji. Ustawa Pzp nie wskazuje jakie są wymogi, które zamawiający powinien uwzględnić przesądzając o dopuszczeniu wykonawcy do negocjacji (z wyłączeniem obligatoryjnych, np. niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp). Dalsze elementy procedury określa zamawiający, który może np.: zaprosić wszystkich lub niektórych wykonawców, z którymi prowadził negocjacje do składania ofert, zaprosić wszystkich lub niektórych wykonawców do kolejnego etapu negocjacji – a dopiero następnie do składania ofert etc. Zamawiający może przewidzieć także inne rozwiązania np. łączące różne elementy z różnych trybów w zakresie np. prekwalifikacji wykonawców.

Jeżeli na gruncie art. 138i ust. 3 ustawy Pzp postępowanie zostanie wszczęte bez publikacji ogłoszenia, zamawiający jest zobowiązany opisać procedurę udzielenia takiego zamówienia mając na uwadze treść art. 138n pkt 3 ustawy Pzp. Przemawia za powyższym wykładania systemowa tego przepisu ustawy. Z treści art. 138n pkt 3 ustawy Pzp wynika, że obligatoryjnym elementem tej konstrukcji procedury są tylko negocjacje (brak jest wymogu, aby następowały one w odpowiedzi na ogłoszenie). Oznacza to, że sposób opisany w pkt 3 może odwoływać się do tych okoliczności udzielenia zamówienia, które nie wymagają publikacji ogłoszenia. Sposób przygotowania procedury na gruncie konstrukcji z pkt. 3, w zależności od wystąpienia przesłanki z art. 62 ust. 1 lub 67 ust. 1 ustawy Pzp, będzie przypominał tryb negocjacji bez ogłoszenia lub tryb zamówienia z wolnej ręki.

Rozdział 6 Działu III ustawy Pzp, wprowadza także inne przepisy o charakterze zabezpieczającym prawidłowy tok postępowania o zamówienie publiczne, których celem jest ograniczenie arbitralności podejmowanych przez zamawiającego decyzji odnośnie procedury i jej późniejszego stosowania.

Art. 138q ustawy Pzp, stanowi, że zamawiający ustala terminy składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem złożoności

przedmiotu zamówienia oraz czasu potrzebnego na przygotowanie ofert lub wniosków. Przepis ten oznacza także, że terminy muszą być jasno określone i znane wykonawcom wyrażających zainteresowanie postępowaniem.

Art. 138r ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę w przypadkach określonych w art. 89, co oznacza, że przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp znajdują zastosowanie do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Jedną z przesłanek odrzucenia oferty jest jej niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Przygotowanie specyfikacji nie jest jednak niezbędne dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Na gruncie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi należy zatem przyjąć, że ww. przepis znajdzie zastosowanie w sytuacji, gdy zamawiający określi w ogłoszeniu lub opisie sposobu przeprowadzenia postępowania istotne wymogi i wytyczne dla wykonawcy, których niedotrzymanie będzie skutkowało merytoryczną niezgodnością złożonej oferty z wymaganiami zamawiającego, co do oczekiwanej usługi. Niezgodności mające charakter formalny, choćby stanowiły także niezgodność z siwz, nie stanowią podstawy odrzucenia. Wprost znajdzie zastosowanie do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi art. 89 ust. 1 pkt 1, 3, 5 i 6 ustawy Pzp. Zastosowanie art. 89 ust. 1 ust. 7-7d ustawy Pzp uzależnione będzie od tego czy zamawiający przewidział np. termin związania ofertą, czy wadium. Odwołanie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oznacza dla zamawiającego obowiązek nie tyle zdefiniowania rażąco niskiej ceny oferty, gdyż zakres materialny tego pojęcia został już ustalony w orzecznictwie, ile określenie procedury pozwalającej na odrzucenie oferty, jeśli wykonawca nie oddali wątpliwości zamawiającego, co do wystąpienia ceny rażąco niskiej. Zgodnie z art. 138r ust. 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę również w innych przypadkach niż określone w art. 89, jeżeli przewidział dodatkowe przesłanki odrzucenia oferty w ogłoszeniu o zamówieniu lub opisie procedury. Takimi przesłankami mogą być np. przesłanki wzorowane na przesłankach dopuszczających odrzucenie oferty określonych w procedurach zamówień sektorowych, jeśli ich wykorzystanie w zamówieniach na usługi społeczne jest uzasadnione.

Na podstawie art. 138k ustawy Pzp przepis art. 93 ustawy Pzp stosuje się odpowiednio. Powyższe wynika z faktu, że część przesłanek dotyczących unieważnienia postępowania nie wystąpi w reżimie zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi nie znajdą zastosowania: art. 93 ust. 1 pkt 2, 3 i 5 ustawy Pzp (dotyczące trybu zapytania o cenę, licytacji elektronicznej oraz okoliczności, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena).

e. Czynności dokumentujące prowadzenie postępowania oraz sprawozdawcze

Na podstawie art. 138l ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest stosować przepisy Działu II, rozdziału 5 tj. przepisy dotyczące dokumentowania postępowań (art. 96 – 98 ustawy Pzp). Oznacza to obowiązek należytego udokumentowania przebiegu postępowania, zasadniczo poprzez sporządzanie protokołu postępowania. Zamawiający, w zależności od opisanej przez siebie procedury udzielania zamówienia, sporządza pisemny dokument zawierający, co najmniej wszystkie odpowiadające tej procedurze elementy, o jakich mowa w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp. Obowiązek stosowania na gruncie

zamówień na usługi społeczne rozdziału dotyczącego dokumentowania postępowań oznacza też, że zamawiającego dotyczą przepisy dotyczące jawności takiego protokołu i załączników do niego tj. art. 96 ust. 2-3 ustawy Pzp. Wiążące pozostaje również brzmienie Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r., poz. 1128), choć załączniki 1-9 do rozporządzenia odwołujące się do poszczególnych trybów postępowania, które to tryby nie występują na gruncie zamówień na usługi społeczne, nie znajdują zastosowania. Bez zmian pozostaje obowiązek przechowywania dokumentów postępowania przez okres 4 lat od dnia jego zakończenia. Zamawiający ponadto w zakresie swoich obowiązków sprawozdawczych, na gruncie art. 98 ustawy Pzp, zobowiązany jest uwzględniać także zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi.

Art. 138s ust. 1 ustawy Pzp określa wymóg zamieszczenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na usługę społeczną.

f. Stosowanie innych regulacji ustawowych.

Na podstawie art. 138l ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest stosować także przepisy Działu V, rozdziału 3 dotyczące kontroli udzielania zamówień przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 161 – 171a ustawy Pzp). Oznacza to, że Prezes Urzędu, co do zasady, ma kognicję do prowadzenia kontroli postępowań o zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi zarówno w formie kontroli doraźnej, jak i obligatoryjnej kontroli uprzedniej.

Ustawa przesądza także, że do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości równej lub przekraczającej kwoty z art. 138g ust. 1 ustawy Pzp mają zastosowanie przepisy Działu VI dotyczące środków ochrony prawnej. Dostępna wykonawcy jest zatem pełna droga odwoławcza, zarówno w formie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, jaki też skargi do sądu powszechnego. Gwarantem skutecznego odwołania od czynności zamawiającego w szczególności w odniesieniu do wyboru najkorzystniejszej oferty jest jednak obowiązywanie zasady *standstill*, czyli obligatoryjnego i stałego okresu czasu, który musi upłynąć od momentu informacji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty do momentu podpisania umowy o zamówienie. W okolicznościach, gdy przepisy Rozdziału 6 nie odwołują się wprost do art. 94 ustawy Pzp transponującego zasadę *standstill*, zamawiający udzielając zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne winien uwzględniać minimalne terminy określone bezpośrednio w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.