Urząd
Zamówień
Publicznych

EKONOMICZNE I PRAWNE ZAGADNIENIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH. POLSKA NA TLE UNII EUROPEJSKIEJ

Międzynarodowa konferencja naukowa
21-22 czerwca 2010 r., w Łodzi

Redakcja:
Andrzej Borowicz
Maria Królikowska-Olczak
Jacek Sadowy
Wacława Starzyńska

EKONOMICZNE I PRAWNE ZAGADNIENIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Polska na tle Unii Europejskiej
(monografia naukowa)

Pod redakcją:
Andrzeja Borowicza
Marii Królikowskiej-Olczak
Jacka Sadowego
Wacławy Starzyńskiej

Recenzenci:
prof. dr hab. Witold Kacperkiewicz
prof. dr hab. Ryszard Szostak

SPIS TREŚCI

Wprowadzenie — *Jacek Sadowy* 5

Część I
Zamówienia publiczne w prawie Unii Europejskiej i w prawie polskim

Zasada niedyskryminacji w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej — *Maria Królikowska-Olczak* 9

Naruszenie konkurencji w zamówieniach publicznych w świetle orzecznictwa — *Anna Górczyńska* 19

Udzielanie zamówień publicznych w formie elektronicznej — wybrane zagadnienia — *Ambroży Mituś* 27

Racjonalny dobór kryteriów oceny ofert w świetle art. 53 dyrektywy 2004/18/WE — *Agnieszka Kurowska* 45

Przetargowy wybór oferty najkorzystniejszej na tle europejskich tendencji rozwojowych — *Ryszard Szostak* 57

Zamówienia publiczne na usługi pocztowe w prawie Unii Europejskiej i w prawie polskim — *Michał A. Waligórski* 79

Zamówienia publiczne na tle innych dziedzin prawa w zakresie dotyczącym kontroli — *Ewa Przeszło* 95

Zamówienia „in house" i ich dopuszczalność w ustawie Prawo zamówień publicznych z perspektywy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej — *Henryk Nowicki, Paweł Nowicki* 115

Odpowiedzialność za naruszenia ustawy PZP w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych — *Izabela Łazuga* 125

Wpływ zmian koncepcji administracji publicznej na zakres i rolę wykorzystywanych instrumentów zamówień publicznych — *Andrzej Panasiuk* . 139

Część II
Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych w Unii Europejskiej i w Polsce

Zamówienia publiczne a kierunki działalności wytwórczej i rozwój innowacyjności — *Wacława Starzyńska* 151

Zamówienia przedkomercyjne jako instrument innowacyjności przedsiębiorstw — *Justyna Wiktorowicz* 173

Bariery małych i średnich przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych w Polsce — analiza systemowa — *Wiktor Płóciennik* 189

Dostępność rynku zamówień publicznych dla sektora MŚP — doświadczenia polskie na tle pozostałych krajów UE — *Janusz Zrobek, Elżbieta Roszko* 205

Wpływ bezpośredni inwestycji zagranicznych na system zamówień publicznych w Polsce — *Jerzy Różalski, Dorota Starzyńska* 229

Zarządzanie ryzykiem w zamówieniach publicznych na roboty budowlane na przykładzie uczelni publicznych — *Mirosław Urbanek* 241

Część III
Wybrane zagadnienia funkcjonowania zamówień publicznych

Wybrane aspekty nowelizacji Prawa zamówień publicznych a obowiązki podmiotów zamawiających — *Wacława Starzyńska, Jarosław Szymański* 265

Spełnienie przesłanek udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne — wymóg posiadania uprawnień, wiedzy i doświadczenia — w perspektywie prawa UE — *Aldona Piotrowska* 271

Liberalizacja świadczenia usług pocztowych a zamówienia publiczne — *Monika Krakała-Zielińska* 281

Środki ochrony prawnej w świetle obowiązujących przepisów Prawa zamówień publicznych — *Wioletta Kryzińska* 287

Instytucja przekazania informacji o czynności bezprawnie podjętej lub zaniechanej w Prawie zamówień publicznych — *Maciej Bendorf-Bundorf*. 297

Kontrola udzielania zamówień publicznych w świetle przepisów prawa polskiego i unijnego — *Joanna Grzywaczewska, Małgorzata Szydlik-Derczyńska, Monika Namysłowska, Dominik Lubasz*. 305

Rozwój i stan obecny kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych — *Przemysław Szustakiewicz* 313

WPROWADZENIE

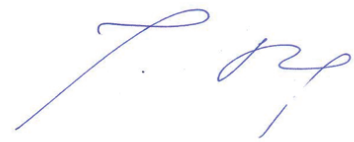
Dążąc do utrzymania stałej płaszczyzny wymiany poglądów w zakresie zamówień publicznych, pogłębionej analizą teoretyczno-naukową, Urząd Zamówień Publicznych wraz z Wydziałami: Ekonomiczno-Socjologicznym oraz Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego podjęli decyzję o organizacji międzynarodowej konferencji naukowej „Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej". Organizatorom konferencji przyświecała idea stworzenia okazji do wymiany doświadczeń oraz zaprezentowania dorobku naukowego w obszarze różnych dyscyplin podejmujących zagadnienia z zakresu zamówień publicznych. Idea ta wydaje się warta szczególnej uwagi w czasie systemowych zmian w procesie udzielania zamówień publicznych oraz dynamicznego rozwoju rynku zamówień.

Niniejsza publikacja zawiera artykuły autorstwa wysokiej klasy specjalistów z dziedziny zamówień publicznych — zarówno praktyków, jak i środowiska naukowego. Ich tematyka koncentruje się wokół analizy funkcjonowania systemu zamówień publicznych na tle rozwiązań prawnych oraz doświadczeń ekonomicznych na rynku polskim oraz europejskim. Temat wiodący został zaprezentowany w wielu aspektach. Dokonano analizy porównawczej uregulowań i instytucji prawa europejskiego i polskiego w zakresie zagadnień dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jak: szacowanie wartości przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert, wybór oferty najkorzystniejszej, warunki udziału w postępowaniu, umowy ramowe. Podjęto również problem dostępności zamówień publicznych dla sektora małych i średnich przedsiębiorstw oraz rozwoju zielonych zamówień publicznych w Polsce i Unii Europejskiej.

Organizatorzy międzynarodowej konferencji naukowej wyrażają nadzieję, że niniejsza monografia naukowa okaże się cennym wkładem do analizy problemów teoretyczno-prawnych oraz praktycznych dotyczących zamówień publicznych, a wspólne podjęcie rozważań nad poruszanymi w niej zagadnieniami wpłynie na dalszą integrację praktyków i środowiska naukowego zajmujących się problematyką zamówień publicznych.

Jacek Sadowy

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych



CZĘŚĆ I

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ I W PRAWIE POLSKIM

ZASADA NIEDYSKRYMINACJI W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH UNII EUROPEJSKIEJ

prof. n. dr hab. Maria Królikowska-Olczak
Katedra Europejskiego Prawa Gospodarczego
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

1. Zamówienia publiczne stanowią obecnie istotny aspekt systemu prawa i gospodarki Unii Europejskiej. Mają one poważny wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, na obszarze którego znoszenie granic między państwami członkowskimi, odzwierciedlające jego wewnętrzny charakter, ma gwarantować realizację fundamentalnych swobód przepływu towarów, osób, usług i kapitału. Zapewniają one wolność przemieszczania, świadczenia i korzystania z pracy oraz usług, przedsiębiorczości i inwestowania na całym tym obszarze UE[1].

Ustanowienie oraz skuteczne funkcjonowanie rynku wewnętrznego było przez instytucje UE od początku traktowane jako jeden z podstawowych celów, któremu należało podporządkować działania podejmowane zarówno przez Wspólnotę, jak i państwa członkowskie. Trzeba też zauważyć, że państwa członkowskie dostosowują obecnie prawo i politykę zamówień publicznych również do nowej strategii politycznej i gospodarczej UE zwanej Strategią Lizbońską[2]. Celem tego programu ekonomiczno-społeczego jest stworzenie konkurencyjnej i innowacyjnej gospodarki Wspólnoty jako całości. Wzrost konkurencyjności gospodarki opartej na wiedzy ma służyć w szczególności wzmocnieniu rynku wewnętrznego poprzez zapewnienie skuteczności prawa UE, prawidłowo implementowanego do porządków prawnych państw członkowskich. W polityce UE nastąpiło przesunięcie punktu ciężkości z realizacji celu integracji na realizację celu konkurencji. Aktualne rozwiązania prawne objęły swoją regulacją zachowania na rynku, w tym politykę cenową, porozumienia naruszające konkurencję oraz uzgodnione praktyki, co oznacza w prawie konkurencji, że nielegalne są działania a nie wielkość przedsiębiorstwa[3].

Przyjęta i realizowana Strategia Lizbońska zamierza osiągnąć wzrost konkurencyjności także poprzez reformę zamówień publicznych. We wszystkich państwach członkowskich

---

1 A. Cieśliński: Wspólnotowe prawo gospodarcze, t. 1, wyd. 2, Warszawa 2009, s. 6 i in.; zob. też W. Czapliński: I filar Unii Europejskiej — integracja gospodarcza (w:) Prawo Unii Europejskiej, pod red. J. Barcza, Warszawa 2005, s. 100 i in.

2 Zob. J. Szomburg: Ocena nowych propozycji Komisji Europejskiej (w:) Zielona Księga Polskiego Forum Strategii Lizbońskiej. Polska wobec redefinicji Strategii Lizbońskiej, pod red. M. J. Radło, Warszawa-Gdańsk 2005, s. 11 i in.; K. Pawłowski: Społeczeństwo wiedzy szansa dla Polski, Kraków 2004, s. 21 i in.

3 Odpowiedzią na założenia Strategii Lizbońskiej była reforma wspólnotowego prawa konkurencji, wprowadzona rozporządzeniem Rady nr 1/2003 z 16.12.2002 w sprawie stosowania art. 81 i 82 TWE (Dz.Urz. 2003, L 1/1); rozporządzeniem Rady nr 139/2004 z 20.01.2004 (Dz.Urz. 2004, L 24/1); oraz rozporządzeniami Komisji Europejskiej w sprawie wyłączeń grupowych, które weszły w życie z mocą od 1 maja 2004 r. Uchwalono także szereg aktów sektorowych, obejmujących stosowanie przepisów Traktatu do poszczególnych sektorów gospodarki. Dotyczy to w szczególności: rolnictwa, transportu, telekomunikacji, usług finansowych, usług audiowizualnych, usług pocztowych, przemysłu motoryzacyjnego. Spod działania reguł konkurencji wyłączono produkcję i handel bronią, amunicją i innymi materiałami wojennymi.

sfera publiczna jest bowiem dysponentem środków finansowych, które w skali UE sięgają setek miliardów euro. Ich wydatkowanie pobudza popyt na dostawy, usługi i roboty budowlane oraz wpływa na przepływ towarów, usług, osób i kapitału, egzystencję przedsiębiorstw i warunki konkurencji na rynku wewnętrznym.

2. Regulacja zamówień publicznych w prawie UE okazała się koniecznością jako gwarancja niedyskryminacji oraz istotny instrument realizacji swobody przedsiębiorczości. Zamówienia publiczne mają więc dzisiaj ogromne znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania niezliczonych podmiotów, zarówno tych, które wydają środki finansowe pochodzące ze źródeł publicznych (państwowych, samorządowych), jak i tych, które z nich korzystają. Nie sposób nie zauważyć, że poprzez zamówienia publiczne oczekuje się realizacji reguł uczciwej konkurencji, najtrafniejszego wyboru oferty, racjonalnego wydatkowania środków finansowych itd., a w szczególności upatruje się w rozwiązaniach prawnych panaceum na zwalczenie korupcji.

Problemy te są dostrzegane w UE, która posiada własną regulację prawną zamówień publicznych, wymagając od państw członkowskich zharmonizowania swoich przepisów z przepisami unijnymi.

Rozwiązania prawne w zakresie zamówień publicznych uwzględniają rozwiązania obowiązujące w Światowej Organizacji Handlu (WTO), której UE jest członkiem. Dotyczy to Porozumienia w Sprawie Zamówień Rządowych (*Government Procurement Agreement),* które wymaga niedyskryminacyjnego otwarcia unijnego rynku zamówień publicznych w zakresie informacji obowiązkowo przekazywanych oferentom, wymogów dotyczących minimalnych terminów składania ofert, oraz tzw. wartości progowych dla podmiotów zagranicznych pochodzących z innych państw stron, do których zaliczają się m.in. Japonia, Izrael, Kanada, Szwajcaria, USA[4].

W postanowieniach Traktatu Rzymskiego, instytucja zamówień publicznych w zasadzie nie występuje[5]. Nie oznacza to, że przepisy traktatowe o swobodnym przepływie towarów, osób, usług i kapitału nie mają zastosowania. Z problematyką zamówień publicznych jest przede wszystkim związany zakaz dyskryminacji ustanowiony obecnie w art. 18 ust. 1 TFUE (art. 12 ust. 1 TWE)[6], którego treść zakłada, że w zakresie zastosowania postanowień Traktatów i bez uszczerbków dla postanowień szczególnych, które on przewiduje, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową. Zastosowanie zatem tej zasady jest możliwe wyłącznie w sytuacji, kiedy w danym stanie faktycznym nie mają zastosowania szczególne zasady dyskryminacji, uregulowane kolejno w art. 45 TFUE (art. 39 TWE), art. 49 TFUE (art. 43 TWE), art. 56 TFUE (art. 49 TWE).

---

4 Z punktu widzenia niedyskryminacyjnego dostępu do zamówień publicznych należy też wymienić obowiązujące nadal rozporządzenie 1491/93 (OJ L 93,146,1); szerzej zob. O. Lissowski: Zamówienia publiczne w Stanach Zjednoczonych i Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia prawne i ekonomiczne, Warszawa 2001.

5 Jedynie w treści art. 163 ust. 2 TWE wskazuje się na otwarcie rynków zamówień publicznych państw członkowskich. Działania te mają przyczyniać się do współpracy w dziedzinie badań i rozwoju technologicznego.

6 Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 9 maja 2008 r. (TFUE). Dz.U. 115 z 9.05.2008, s. 47.

Zauważyć należy, że działalność gospodarcza w UE jest prowadzona, co do zasady, przez podmioty na podstawie przepisów obowiązujących w poszczególnych państwach członkowskich. Państwa te mają obowiązek traktowania obywateli innych państw członkowskich oraz towary pochodzące z innych państw w taki sam sposób, w jaki traktują własnych obywateli oraz własne towary (zasada traktowania narodowego). W odniesieniu do świadczenia usług zakaz dyskryminacji ze względu na obywatelstwo powinien być interpretowany jako zakaz dyskryminacji ze względu na miejsce zamieszkania usługodawcy lub usługobiorcy. Dyskryminacja polega na niejednakowym traktowaniu jednakowych sytuacji bez obiektywnego uzasadnienia.

W orzecznictwie ETS utrwalił się pogląd, ze przepis art. 18 TFUE (12 TWE) jest szczególnym ukształtowaniem ogólnym wspólnotowej zasady równości (równego traktowania). Tymczasem zakaz dyskryminacji i zasada równości są ujmowane jako pozytywne i negatywne sformułowanie tej samej zasady. Należy przyjąć, że zakaz dyskryminacji ogranicza się, w aspekcie podmiotowym i przedmiotowym do określonego zakresu ogólnej zasady równości[7]. Wprawdzie zakaz dyskryminacji jest odzwierciedleniem tej zasady, lecz obejmuje tylko niektóre stany faktyczne podlegające zasadzie równości. Z jednej strony ogólna zasada równości ma szerszy zakres niż przewidziany w przepisie 12 TWE, bowiem obejmuje również inne niż obywatelstwo niedozwolone kryteria różnicujące. Z drugiej strony natomiast, zakres ten jest węższy, ponieważ wspólnotowa zasada równości wiąże w pierwszym rzędzie Wspólnoty i ich organy. Państwa członkowskie są związane tą zasadą tylko w zakresie implementacji prawa wspólnotowego. Przepis art.12,w odróżnieniu od szczegółowych zakazów dyskryminacji, zawiera zakaz dyskryminacji w całym zakresie stosowania Traktatu[8].

Stosunek przepisu art. 18 ust. 1 TFUE (12 ust.1) do innych przepisów traktatowych wynika z jego dyspozycji określających zakres zastosowania tego przepisu. Oznacza to, że przepis ma autonomiczne zastosowanie w przypadkach regulowanych przez prawo wspólnotowe i tylko wówczas, gdy przepis Traktatu nie przewiduje szczegółowego zakazu dyskryminacji. Przepis art.18 pełni w takiej sytuacji funkcję wypełniania luk (*ang. gap filling function)*. Zaakcentować trzeba, że przepis art.18 ma szerszy zakres zastosowania niż przepisy szczególne.

Generalnie ocena oferenta opiera się na trzech podstawowych przesłankach określonych w dyrektywach. Wiążą się one z wiarygodnością, sytuacją finansową i ekonomiczną oraz zdolnościami technicznymi. Ich potwierdzenie odbywa się na podstawie dokumentów wybranych przez zamawiającego, o ile zostaną wskazane w ogłoszeniu lub w zaproszeniu do składania ofert. W orzecznictwie nie wyklucza się jednak wprowadzenia w prawie krajowym dodatkowych kryteriów, które nie naruszają norm wspólnotowych, zwłaszcza zaś nie mają charakteru dyskryminującego przedsiębiorstwa zagraniczne[9].

---

7 Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, komentarz, pod red. A. Wróbla, T. I, pod red. D. Miąsika i in. Półtorak, LEX a Wolters Kluwer business, s. 329.

8 Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, op. cit.; s. 329.

9 Trybunał w odniesieniu do zamówień publicznych stosuje wykładnię funkcjonalną. Zob. Wyrok ETS z 20.09.1988 r. w sprawie 31/87 *Gebroders Beentjes BV v. Holandia* opublikowany w: D. Piasta: Zamówienia publiczne w UE. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, część I, Warszawa 1999, s. 30–31.

Większą swobodą dysponuje zamawiający w sektorze użyteczności publicznej, bowiem może on, według swojego uznania, ustanowić i stosować system kwalifikacji, o ile będzie on odwoływał się do kryteriów obiektywnych i niedyskryminujących oraz do norm europejskich, jeżeli są stosowane. Taki system kwalifikacyjny po jego ustanowieniu oraz każdej zmianie wymaga ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE oraz udostępnienia na wniosek zainteresowanych podmiotów.

Zasada niedyskryminacji nie będzie jedynie miała zastosowania w przypadkach, gdy różne (dyskryminujące) traktowanie jest uzasadnione ze względu na obiektywne kryteria.

Zakaz dyskryminacji dotyczy zarówno dyskryminacji jawnej (bezpośredniej) jak i ukrytej (pośredniej).

W przypadku zamówień publicznych dyskryminację bezpośrednią zawierałyby takie przepisy prawa krajowego lub ustalona praktyka, które przykładowo zobowiązałyby podmioty zamawiające do udzielania pewnego procentu zamówień przedsiębiorcom krajowym lub nakładałyby obowiązek stosowania preferencji krajowych lub regionalnych. ETS wskazał, że treść art. 30 TWE wyłącza regulację krajową (wewnętrzną), która zastrzega dla przedsiębiorstw mających siedzibę w danym regionie pewną część kontraktów na dostawy publiczne. Jakkolwiek restrykcyjne skutki tego rodzaju systemu preferencyjnego dotykają w równym stopniu towarów produkowanych przez przedsiębiorstwa danego państwa członkowskiego mającego siedzibę poza danym regionem, jak i towarów produkowanych przez przedsiębiorstwa mające siedzibę w innych państwach członkowskich, pozostaje faktem, że wszystkie produkty korzystające z preferencji są towarami krajowymi. Stworzenie uprzywilejowanej sytuacji nie dla wszystkich towarów krajowych, a jedynie dla niektórych z nich, nie wyłącza danego środka państwowego spod działania art. 30 TWE[10].

Niezgodne z zakazem dyskryminacji jest sporządzanie specyfikacji technicznych wskazujących na produkty wykonane przez konkretnego producenta lub pochodzące z konkretnego źródła. Jak akcentuje A. Górczyńska należy w szczególności zakazać: wskazania typu, określonego regionu lub państwa pochodzenia czy produkcji[11]. Na tle stanu faktycznego w sprawie Dundalk pojawiło się pytanie o dopuszczalność określenia przedmiotu zamówienia przez podanie jedynie krajowych norm technicznych (w tym przypadku irlandzkich), bez użycia sformułowania „lub równoważne" odnoszącego się do innych ofert. ETS stwierdził, że takie określenie narusza treść art. 28(30) Traktatu, ponieważ prowadzi do dyskryminacji i mogło wywrzeć niekorzystny wpływ na import rur wodociągowych do Irlandii[12].

Z art. 18 TFUE wynika również zakaz dyskryminacji pośredniej, który wprawdzie nie różnicuje sytuacji cudzoziemca, ale formułuje pod jego adresem dodatkowe warunki lub

---

10 Sprawa C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana SpA v. Unita sanitaria lokale No.2 di Carrara,* (Zb. Orz. 1990, s. 889).

11 A. Górczyńska: Zasady wspólnotowego prawa zamówień publicznych (w:) Prawo europejskie w systemie polskiej gospodarki, pod. red. M. Królikowskiej-Olczak, Warszawa 2005, s. 31–32.

12 Orzeczenie ETS z dnia 22.09.1988 w sprawie C-45/87 (Dundalk), ECR 1988, s. 4929.

utrudnia korzystanie ze swobód: przedsiębiorczości i świadczenia usług[13]. Zgodnie z tezą orzeczenia[14] dyrektywa Rady 71/305 musi być interpretowana jako zakazująca państwu członkowskiemu wymagania od oferenta z innego państwa członkowskiego dostarczenia w sposób inny niż wskazany w art. 23–26 dyrektywy dowodu na to, że spełnia on kryteria określone w tych przepisach, a dotyczące jego dobrej sytuacji ekonomicznej i kwalifikacji. Uzależnienie bowiem możliwości świadczenia usług w jednym państwie członkowskim przez podmiot prowadzący działalność gospodarczą w innym państwie członkowskim od posiadania zezwolenia na działalność gospodarczą w pierwszym państwie pozbawiłoby art. 59(49) TWE wszelkiej skuteczności. Celem tego przepisu jest bowiem zniesienie ograniczeń swobody świadczenia usług przez osoby nie prowadzące podstawowej działalności w państwie, w którym usługa ma być świadczona. Komisja stanęła na stanowisku, że lista dokumentów, których można wymagać od oferenta zgodnie z dyrektywą, jest wyczerpująca. Żądanie jakichkolwiek dodatkowych dokumentów jest zatem niezgodne z prawem pochodnym. Zwłaszcza obowiązek przedstawienia zezwolenia na działalność jest znacznym obciążeniem dla podmiotów zagranicznych, które muszą je uzyskać w specjalnym postępowaniu. Obowiązek ten stanowi zatem formę dyskryminacji podmiotów z innych państw członkowskich

W świetle prawa UE państwa członkowskie są zobowiązane do wzajemnego uznawania za równorzędne towarów oraz usług z innych państw członkowskich. Tym samym wszystkie rozwiązania, które godzą w te zasady, są niedopuszczalne, a zakaz ten rozciąga się także na praktykę administracyjną.

Z uwagi na podstawowe znaczenie zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową dla funkcjonowania UE, zasada ta przenika do innych przepisów TFUE, a przez to obejmuje cały system prawa unijnego, stanowiąc między innymi normatywną i aksjologiczną podstawę swobód wspólnotowych, w których treści zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową ma swój niezwykle istotny udział i specjalne znaczenie. Podkreślić należy, że zasada niedyskryminacji, analogicznie jak pozostałe zasady prawa wspólnotowego, stanowią wskazówkę interpretacyjną przy wykładni pochodnego prawa UE, stosownie do reguły, że w razie wątpliwości co do znaczenia przepisu niższej rangi należy nadać temu przepisowi znaczenie zgodne z przepisami traktatu i zasadami ogólnymi.

Zasady te stanowią wskazówki interpretacyjne dla sądów państw członkowskich w zakresie wykładni przepisów prawa wewnętrznego tych państw stosujących przepisy prawa UE. Wiążą organy państw członkowskich w procesie stanowienia i stosowania prawa[15].

W licznych orzeczeniach ETS stwierdził, że sądy państw członkowskich mają obowiązek interpretowania prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym[16].

---

13 Zob. Wyrok ETS z dnia 14.10.2004 r. w sprawie C-299/02 Komisja v. Niderlandom (Zb. Orz. s. 9761, pkt 15).

14 Sprawa 76/81 *Sa Transporoute et Travaux v. Minister Robót Publicznych* (Zb. Orz. 1982, s. 417).

15 Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy, pod. red. A. Wróbla, Zakamycze 2005, 40 i in.

16 PoR. S. Biernat: Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem Wspólnot Europejskich (w:) Implementacja prawa Wspólnot Europejskich w krajowych porządkach prawnych, pod red. C. Mika, Toruń 1998, s. 123 i in.

Przepis art. 18 ust.1 TFUE jako bezpośrednio skuteczny przepis prawa UE ma pierwszeństwo w stosowaniu przed sprzecznymi z nim przepisami prawa państw członkowskich. Wszystkie organy państwa członkowskiego są zatem zobowiązane do odmowy stosowania przepisu prawa krajowego, gdy ustalą bezspornie, że dany przepis jest sprzeczny z treścią wskazanego przepisu unijnego. Trzeba też zaakcentować powiązania między obowiązkiem prowspólnotowej wykładni prawa krajowego a zasadą pierwszeństwa prawa wspólnotowego.

3. Postanowienie art. 2 dyrektywy Parlamentu i Rady 2004/18 WE z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi[17] konstytuuje ogólną zasadę równego i niedyskryminacyjnego traktowania wszystkich wykonawców oraz zasadę przejrzystości. Charakterystyczne dla prawa zamówień publicznych jest powiązanie zasady równego traktowania z zasadami zapewnienia uczciwej konkurencji i przejrzystości procedur przetargowych. Podzielam pogląd A. Sołtysińskiej, że zasada równego traktowania ma szerszy zakres niż sam zakaz dyskryminacji, który nie nakłada na podmioty obowiązku podejmowania działań o charakterze pozytywnym, tak jak zakłada to zasada równości. Z tych względów przytoczony art. 2 dyrektywy 2004/18 nakazuje zamawiającym nie tylko niedyskryminacyjne, ale także równe traktowanie wszystkich wykonawców. Obowiązek równego traktowania dotyczy każdego etapu postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli tylko jego prowadzenie objęte jest zakresem przedmiotowo-podmiotowym stosownych regulacji wspólnotowych[18]. Dlatego istotne znaczenie dla interpretacji zasady równości podniesionej w art. 2 cytowanej dyrektywy ma wykładnia art.18 ust.1TFUE, ustanawiająca ogólny zakaz dyskryminacji w prawie UE. Podnieść należy, że treść art. 18 ust. 1. TFUE będzie miała również bezpośrednie zastosowanie do postępowań w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, niezależnie od wartości kontraktu. Oznacza to, że zamówienia, których wartość nie przekracza progów kwotowych przyjętych w dyrektywie 2004/18 będą objęte normą art. 18 TFUE[19].

Warto przypomnieć orzeczenie Trybunału z dnia 25 kwietnia 1996 r. KE przeciwko Belgii[20], w którym podkreślono, że procedura określona w dyrektywie 90/531 o procedurach udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji[21] powinna być przestrzegana niezależnie od narodowości i siedziby oferentów. Obowiązek stosowania procedur zgodnych z przepisami dyrektywy, nałożony na podmioty zamawiające przez art. 4 ust. 1 dyrektywy, nie jest uzależniony od żadnego warunku, a zawsze jest możliwe, że udzielane zamówienie dotyczyć może bezpośrednio lub pośrednio przedsiębiorstw zarejestrowanych w innych państwach członkowskich. ETS zaznaczył w tym orzeczeniu, że stosowana przez podmiot zamawiający procedura porównywania ofert musi być zgodna na każdym etapie postępowania zarówno z zasadą równego traktowania oferentów, jak i zasadą przejrzystości. Naruszenia tego wymogu dopuszcza się państwo członkowskie, które w procedu-

17 Dz.Urz. WE L 134 z 30.04.2004.

18 Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, s. 106.

19 A. Sołtysińska: op. cit., s. 107.

20 Sprawa C-84/94.

21 OJ 1990 L 297, s. 1.

rze udzielenia zamówienia publicznego, przyjmuje poprawki zgłoszone do jednej z ofert po ich otwarciu, dopuszczając do postępowania o udzielenie zamówienia oferenta nie spełniającego kryteriów wyboru zamieszczonych w dokumentach przetargowych.

Z orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie *Serrantoni* (spór pomiędzy spółką budowlaną i stałym konsorcjum, którego spółka jest członkiem a gminą Mediolan w przedmiocie decyzji o wyłączenie spółki *Serrantoni* z udziału w procedurze przetargowej w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane)[22] wynika, że przy udzielaniu zamówienia, którego wartość progu wskazanego w dyrektywie jest znacznie niższa, stosuje się prawo wspólnotowe, w tym podstawowe zasady Traktatu.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału stosowanie podstawowych zasad Traktatu do procedur udzielania zamówień publicznych o niższej wartości progowej jest możliwe, gdy zamówienie ma znaczenie transgraniczne. Warunkiem powołania się na zasadę niedyskryminacji jest istnienie elementu wspólnotowego[23].

W wyroku z dnia 21 lutego 2008 r. Trybunał podniósł zarzut uchybienia zobowiązaniom, które ciążą na państwach członkowskich na mocy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi[24], dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy[25], dyrektywy Rady 9393/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane[26], zmienionej dyrektywą Parlamentu i Rady 97/52/Weź dnia 13 października 1997 r.[27], dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji[28] oraz na mocy art. 43 WE i art. 49 WE, a także zasad przejrzystości i równego traktowania, których są wyrazem. Wymienione dyrektywy przyjęto w ramach ustanowienia rynku wewnętrznego, rozumianego jako obszar bez granic wewnętrznych, na którym zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług kapitału. Mają one na celu wyeliminowanie praktyk ograniczających konkurencję oraz ograniczających udział w przetargach podmiotów pochodzących z innych państw członkowskich, aby urzeczywistnić w szczególności swobodę przedsiębiorczości i świadczenia usług, wyrażone odpowiednio w art. 43 TWE i 49 TWE.

Jeżeli udzielono zamówienia o charakterze transgranicznym przedsiębiorstwu krajowemu, a postępowanie charakteryzuje się brakiem przejrzystości, to zdaniem TS stanowi to przejaw różnego traktowania na niekorzyść przedsiębiorstw z innych państw członkowskich. O ile takie zróżnicowane traktowanie, które przez wykluczenie przedsiębiorstw z innych państw członkowskich działa na ich niekorzyść nie jest uzasadnione wyjątko-

22 Sprawa C-376/08.

23 Zob. Knoors Case, C-115/78, orzeczenie z 7.02.1979 r., ECR 1979, s. 409.

24 Dz.Urz. L 209. s. 1.

25 Dz.Urz. L 199, s. 1.

26 Dz.Urz. L 199, s. 54.

27 Dz.Urz. L. 328, s. 1.

28 Dz.Urz. L 199, s. 84.

wymi okolicznościami, stanowi ono przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową[29].

W innych orzeczeniach TS dopuścił możliwość nakładania wyższych podatków na krajowe produkty niż na towary pochodzenia zagranicznego lub stosowania ostrzejszych norm jakości[30]. Przy zakazie dyskryminacji zakazem objęte jest tylko różnicowanie arbitralne, dopuszczalne jest natomiast różnicowanie ze względów merytorycznych[31].

W wyroku Trybunału z dnia 14 czerwca 2007 r.[32] o zakup przez szpital wyrobów medycznych posiadających oznakowanie CE, podniesiono, że przepisy krajowe dotyczące bezpieczeństwa i ochrony zdrowia pacjentów, użytkowników i innych osób w odniesieniu do stosowania wyrobów medycznych powinny być zharmonizowane w celu zagwarantowania swobodnego przepływu takich wyrobów w ramach rynku wewnętrznego. Normą zharmonizowaną jest specyfikacja techniczna przyjęta na zlecenie Komisji przez Europejski Komitet Normalizacyjne (CEN) oraz Europejski Komitet Normalizacyjny Elektrotechniki (CENELEC) zgodnie z dyrektywą Rady 83/189/EWG z dnia 28.03.1983 r. ustanawiającą procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i uregulowań technicznych. Art. 4 ust. 1 dyrektywy 93/42 nakłada na państwa członkowskie zakaz ustanawiania na swoim terytorium jakichkolwiek ograniczeń dla wprowadzania do obrotu i używania wyrobów medycznych noszących oznakowanie CE[33]. Cytowana dyrektywa przewiduje jednak wprowadzenie środków ochronnych, w przypadku gdy stwierdzone zostanie, że niektóre wyroby medyczne oznakowane CE mogą stanowić zagrożenie dla pacjentów lub użytkowników. Możliwość odrzucenia oferty obejmującej wyroby medyczne posiadające oznakowanie CE przez instytucję zamawiającą ze względu na braki techniczne jest możliwe wyłącznie w ramach procedury ochronnej ustanowionej w dyrektywie. Dodać trzeba, że zasada równości i obowiązek zachowania przejrzystości zakazują instytucji zamawiającej, która wszczęła postępowanie przetargowe na dostawę wyrobów medycznych, wskazując, że wyroby te muszą być zgodne z Farmakopeą Europejską i posiadać oznakowanie CE, odrzucenia tych wyrobów zagrażających zdrowiu publicznemu, z pominięciem procedury ochronnej.

4. Podsumowując, pojawia się pytanie o kierunek ewolucji zasady niedyskryminacji w odniesieniu do zamówień publicznych?

Nowe treści, które niesie za sobą Traktat Lizboński, kształtujące swobody rynku wewnętrznego i polityki UE, odnoszą się także, a może przede wszystkim, do rynku zamó-

---

29 Orzeczenie z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C- 412/04 Komisja przeciwko Republice Włoskiej; zob. podobnie w odniesieniu do dyrektywy 92/50/EWG, wyrok z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii — niepublikowany.

30 Zob. Vedel Case, C-204/80, orzeczenie z 16.02.1982 r., ECR 1982, s. 465.

31 A. Sołtysińska: op. cit., s. 108.

32 Sprawa C-6/05 (sprawa o zakup przez szpital (Grecja) wyrobów medycznych posiadających oznakowanie CE).

33 Dyrektywa Rady 93/42/EWG z dnia 14.06.1993 r. dotycząca wyrobów medycznych (Dz.Urz. L 169, s. 1); zmieniona rozporządzeniem (WE) nr 1882/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29.09.2003 r. (Dz.Urz. L 284, s. 1)

wień publicznych.[34] Oznacza to niedyskryminacyjny dostęp do postępowań o udzielenie zamówienia dla wszystkich przedsiębiorstw zarejestrowanych na obszarze UE. Nie ulega wątpliwości, że dla funkcjonowania rynku wewnętrznego istotne znaczenie ma efektywna polityka zamówień publicznych, która jest ważnym narzędziem interwencjonizmu gospodarczego.

Podkreśla się, że rynek zamówień publicznych jest kształtowany nie tylko w drodze publicznej kontroli wydatkowania środków finansowych leżących w gestii państw członkowskich, ale także przez instytucje UE. Reformowany system prawny UE w zakresie zamówień publicznych, poprzez obowiązek przestrzegania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, zwłaszcza zasady niedyskryminacji, równości i uczciwej konkurencji, przejrzystości ma zapewnić konkurencyjność oraz efektywność wydatkowania środków publicznych. Poprzez doskonalenie rozwiązań proceduralnych UE upatruje się także większej skuteczności ograniczania zjawisk patologii gospodarczych, a w szczególności korupcji.

Zasada niedyskryminacji, określona przez dyrektywę 2004/18, obowiązuje nie tylko w sytuacji zróżnicowanego traktowania ze względu na narodowość, ale jest naczelną zasadą wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jako zasada związana z zapewnieniem uczciwej konkurencji.

---

[34] Szerzej zob. A. Nowak-Far: Traktat reformujący UE: propozycje zmian w dziedzinie rynku wewnętrznego i polityk UE, „Sprawy Międzynarodowe" 2007, nr 4.

NARUSZENIA KONKURENCJI W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W ŚWIETLE ORZECZNICTWA

dr Anna Górczyńska

Celem Wspólnego Rynku jest urzeczywistnienie pełnej i uczciwej konkurencji. Prawo wspólnotowe nie dąży oczywiście do niczym nieskrępowanej i nieograniczonej konkurencji; kieruje się raczej wypracowaną na gruncie amerykańskim doktryną rozsądku, w myśl której za niezgodne z prawem uznawane są jedynie działania powodujące szkodę dla społeczeństwa. Oznacza to także na gruncie UE poszukiwanie równowagi pomiędzy negatywnymi i pozytywnymi skutkami działalności przedsiębiorstw. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie w swoim orzecznictwie postulował dążenie do konkurencji skutecznej i wykonalnej, która uwzględnia cele Traktatu i specyfikę konkretnego sektora. Stąd konkurencja powinna gwarantować każdemu podmiotowi jak najszerszą swobodę na rynku oraz autonomię w podejmowaniu decyzji, w tym ustalania cen i warunków handlowych, zakresu produkcji i sprzedaży oraz wyboru partnerów gospodarczych i finansowych. Przedmiotem zainteresowania wspólnotowego prawa konkurencji są wszystkie formy aktywności, które mogłyby bezpośrednio lub pośrednio, aktualnie lub potencjalnie zagrozić handlowi wewnątrzwspólnotowemu, utrudnić realizację jego celów, a zwłaszcza powodować sztuczne podziały utrudniające pełną integrację[35].

Naruszenie wspólnotowego prawa konkurencji w zamówieniach publicznych należy rozpatrywać w dwóch aspektach. Po pierwsze ocenie wypełniania idei konkurencyjności poddane może zostać zachowanie zamawiającego względem przedsiębiorców w procedurze udzielania zamówienia. Zamawiający udzielając zamówienia publicznego jest nie tylko dysponentem środków publicznych i stroną umowy cywilno-prawnej w sprawie realizacji zamówienia, ale także jego decyzje wpływają na konkurencyjność rynków lokalnych.

Po drugie konkurencyjność w zamówieniach publicznych może być rozpatrywana poprzez analizę zachowań przedsiębiorców. Naruszenia konkurencyjności postępowania przetargowego mogą przejawiać się w szczególności w postaci zmowy kartelowej przedsiębiorców i nadużywania pozycji dominującej.

Wspólnotowe uregulowania konkurencji zawarte są w szczególności w art. 81 i 82 TWE. Art. 81 TWE reguluje **zakaz karteli** stanowiąc, że przez kartele rozumie się porozumienia, decyzje zrzeszeń oraz uzgodnione praktyki przedsiębiorstw, które mogą wpłynąć na handel między państwami członkowskimi, a zarazem ich celem lub skutkiem jest wyłączenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na Jednolitym Rynku. Przedsiębiorstwa biorące udział w zmowie muszą posiadać samodzielność tj. zmowa nie dotyczy porozumień przedsiębiorstwa-matki z filiami, albo między zależnymi filiami, albo przedstawicielami i agentami a ich instytucją macierzystą. Prowadzą oni działalność na rachunek przedsię-

35 A. Cieśliński, Wspólnotowe prawo gospodarcze, C. H. Beck, Warszawa 2003.

biorstwa nie mając wystarczającej samodzielności w stosunkach z mocodawcami, aby zawierać z nimi porozumienia w myśl art. 81. Porozumienia przedsiębiorstw są to nie tylko umowy, ale także nieformalne a nawet ustne uzgodnienia lub oświadczenia woli stron określające zachowanie stron na rynku i ograniczające ich autonomię lub powodujące koordynację działań. Decyzje zrzeszeń to natomiast wszelkie uchwały i zalecenia związków przedsiębiorstw nie mających nawet osobowości prawnej, które są skierowane do ich członków niezależnie od tego czy są przyjęte w sposób formalny czy też nieformalny. W ten sposób mogą być ustalane np. ceny i warunki umów dla ochrony własnych interesów, bojkot określonych producentów, ograniczenia równoległego importu, określanie warunków postępowań przetargowych i wykluczania z nich niektórych firm. Zmowa kartelowa może także przyjąć formę tzw. uzgodnionych praktyk, które polegają na innych niż powyższe zbiorowych działaniach, które skutkują faktyczną koordynacją postępowania przedsiębiorstw. Podmioty wprowadzające uzgodnione praktyki prowadzą faktyczną współpracę w celu eliminacji konkurencji ze strony innych podmiotów. Przykładowo mogą być to regularne lub nawet jednorazowe spotkanie przedstawicieli przedsiębiorstw, w następstwie którego dochodzi do podobnych zachowań, wymiana poufnych informacji o istniejących i planowanych cenach, warunkach sprzedaży i klientach. Z zasady te zachowania wskazują na zamiar wpływu na innych lub wspólnego działania służącego koordynacji i eliminacji ryzyka konkurencji. Celem wszystkich wskazanych powyżej przejawów zmowy kartelowej ma być wpływ na handel wewnątrzwspólnotowy, który oznacza naruszenie lub groźbę naruszenia konkurencji zarówno na rynku wspólnotowym, jak i w pewnych sytuacjach na rynku tylko jednego państwa a nawet regionu, jeżeli wywrze ono skutki mające wpływ na handel w całej Wspólnocie[36]. Przykładowo w sprawie Holenderskiego Kartelu Cementowego (C-8/72)[37] zmowa przedsiębiorstw obejmująca terytorium Królestwa Niderlandów zmierzała do utrwalenia podziału rynku i utrudnienia wejścia na rynek przedsiębiorstw zagranicznych.

W odniesieniu do postępowań przetargowych zmowa kartelowa może przejawiać się poprzez np.:

— porozumienia cenowe — w których przedsiębiorcy ustalają ceny dostaw, usług lub robót budowlanych;

— porozumienia o podziale rynku lub źródeł zaopatrzenia — w sytuacji zmowy odnoszącej się do geograficznego lub asortymentowego podziału rynku zamówień;

— porozumienia dyskryminacyjne — tj. nierówne traktowanie partnerów handlowych;

— porozumienia wiązane — uzgodnienia wymuszające przyjęcie dodatkowych świadczeń, które nie są związane z głównym przedmiotem zamówienia.

Istotnym przejawem ochrony konkurencji w zamówieniach publicznych jest zakaz zmowy kartelowej. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wypowiadał się w orzeczeniach co do zachowań przedsiębiorstw, które poprzez zawarte porozumienia czy uzgodnione

---

36 A. Cieśliński, op. cit.

37 C-8/72 Cement Deals v Komisja, Zb. Orz 1972, s. 977.

praktyki eliminowały konkurencję. Przykładowo szczególnie dotkliwymi dla zamawiającego przejawami zmowy przedsiębiorców są kartele cenowe. Poprzez zawyżenie ceny realizacji dostaw czy usług przedsiębiorcy starali się kształtować korzystne dla siebie warunki świadczeń względem publicznego zamawiającego.

Reguły konkurencji wprowadzają także bezwzględny **zakaz nadużywania pozycji dominującej** na rynku lub jego istotnej części przez jedno lub kilka przedsiębiorstw, jeżeli może to negatywnie wpłynąć na handel pomiędzy państwami członkowskimi (art. 82 TWE). Uregulowanie traktatowe nie oznacza, iż zakazane jest samo posiadanie pozycji dominującej, a jedynie jej nadużywanie. Przykładowe formy nadużywania pozycji dominującej to narzucanie uciążliwych cen i warunków umów; ograniczanie produkcji, zbytu lub rozwoju technologicznego; dyskryminacyjne traktowanie różnych podmiotów obrotu gospodarczego czy transakcje wiązane uzależniające realizację głównego przedmiotu umowy od spełnienia dodatkowych świadczeń[38].

W praktyce jednakże powierzanie przez gminę wykonywania swoich zadań i obsługa znacznej większości lub całości rynku lokalnego przez jeden podmiot może skutkować stworzeniem poprzez postępowanie przetargowe pozycji dominującej jednego przedsiębiorstwa na rynku lokalnym. Zajmowanie przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej nie jest co prawda automatycznie jednoznaczne z naruszeniem konkurencji, jednakże uregulowania prawa wspólnotowego i krajowego nakazują przeprowadzenie procesu ocennego czy nie powoduje ona istotnego ograniczenia konkurencji. Może się bowiem zdarzyć, iż poprzez postępowanie przetargowe tylko jeden podmiot przez czas określony w umowie z zamawiającym będzie odgrywał wiodącą rolę w danym sektorze rynku lokalnego np. w zakresie lokalnego transportu czy wywozu odpadów. W literaturze postuluje się więc dopuszczenie dzielenia zamówień na części, które jednakże dopuszczalne jest jedynie, gdy nie będzie ono miało na celu uchylenie się od obowiązku stosowania uregulowań prawnych w zakresie zamówień publicznych[39].

Prawo zamówień publicznych podporządkowane jest zasadom, **wśród których najistotniejsze są zasada niedyskryminacji, zasada równości oraz zasada uczciwej konkurencyjności postępowania.** Stanowią one fundament wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od ich wartości, a zatem także niezależnie od podlegania danego zamówienia reżimowi prawa wspólnotowego[40] czy też prawa polskiego. Są one wspólne dla wszelkich postępowań, w których następuje wydatkowanie środków publicznych. W prawie wspólnotowym katalog podstawowych zasad zawierają już preambuły obu dyrektyw oraz wskazane są w treści przepisów szczegółowych odnoszących się do podstawowych zasad postępowań w sprawie udzielenia

---

38 W. Czapliński, Zakaz praktyk ograniczających konkurencję [w:] red. J. Barcz, Prawo Unii Europejskiej, s. 225 i in.

39 E. Nowińska, Ch. Schnell, Konkurencja w przetargu to nie wszystko, Rzeczpospolita z 15.04.2010 r., s. C6.

40 Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. L 134 z 30.04.2004 r., s. 114); Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych usługi (Dz. Urz. L 134 z 30.04.2004 r., s. 1).

zamówienia publicznego. Mają one na celu udostępnienie rynku zamówień publicznych wszystkim przedsiębiorcom na równych zasadach w celu realizacji podstawowego celu zamówień publicznych jakim jest efektywne wydatkowanie środków publicznych. Z tego powodu zamawiający kształtując politykę zamówień publicznych powinny uwzględniać szerszy kontekst rynkowy, a w szczególności uregulowania prawne dotyczące ochrony konkurencji[41].

W niniejszym opracowaniu w szczególności zostanie poddana analizie zasada konkurencyjności. Także polskie Prawo zamówień publicznych w art. 7 nakazuje prowadzenie postępowania przetargowego w sposób, który nie będzie naruszał uczciwej konkurencji. W prawie polskim czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta[42]. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji doprecyzowuje powyższą definicję poprzez stwierdzenie, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców[43]. Jednym z częstych przykładów naruszeń konkurencji jest rażąco niska cena oferty lub ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podczas ustalania czy w postępowaniu zaistniała sytuacja złożenia ofert z rażąco niską ceną zamawiający powinien brać pod uwagę ogólną cenę oferty (a nie poszczególne elementy jej kalkulacji)[44]. Zamawiający więc powinien cenę, co do której istnieje wątpliwość czy nie jest ona rażąco niska, odnieść do sytuacji na rynku oraz porównać ją z innymi cenami ofert[45].

W literaturze podnosi się jednak czasami argument negatywnego oddziaływania konsekwentnego przestrzegania zasad jawności i konkurencyjności w zamówieniach publicznych. Zagrożeniem dla ekonomicznej skuteczności zamówień publicznych mogą być wzrost kosztów administracyjnych ponoszonych przez zamawiającego poprzez konieczność oceny coraz większej ilości ofert oraz przez oferenta przez konieczność przygotowania ofert do zwiększonej liczby przetargów, wzrost ryzyka w przypadku zawierania umowy z nieznanymi i niesprawdzonymi, ale najtańszymi oferentami, czy też utrata możliwości czerpania korzyści z długoterminowej współpracy z jednym oferentem[46].

Zasada zachowania konkurencyjności postępowania przetargowego jest nierozerwalnie związana z zasadą równości, która zakazuje nierównego traktowania, dyskryminowania czy też faworyzowania uczestników postępowania ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie nakazuje ona podchodzić jednakowo do wszystkich uczestników postępowania czyli uczestników zarówno potencjalnych, jak i aktualnych,

---

41 E. Nowińska, Ch. Schnell, Konkurencja w przetargu to nie wszystko, Rzeczpospolita z 15.04.2010 r., s. C6.

42 Art. 3 ust. 1 Ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503).

43 Art.15 ust. 1 Ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503).

44 Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. T. Czajkowskiego, Warszawa 2007, s. 305.

45 KIO/UZP 126/09.

46 Ch. Bovis, The Liberalisation of Public Procurement on the Common Market, wyd. Ashgate, 1998 r., s. 163–165.

którymi są kandydaci i oferenci na każdym etapie postępowania poprzez zapewnienie wszystkim jednakowych szans uzyskania zamówienia. Na zamawiającym spoczywa więc obowiązek prowadzenia postępowania w sposób bezstronny. Bezstronność wymaga nie tylko zachowania formalnej neutralności, ale i faktycznego i identycznego traktowania[47]. Zasada zakłada stawianie wszystkim uczestnikom postępowania takich samych warunków udziału w postępowaniu, ocenianie spełniania tych warunków na takich samych zasadach i w identyczny sposób wobec wszystkich, przekazywanie wszystkim w takim samym czasie wszystkich informacji związanych z postępowaniem, formułowanie warunków postępowania i jego prowadzenie, które nie prowadzi do pośredniej dyskryminacji wykonawców ze względu na przynależność państwową. Zasada równego traktowania dotyczy wszystkich faz postępowania, odnosi się więc także do postępowania przygotowawczego. Zakaz dyskryminacji chroni zarówno tych, którzy złożyli oferty, jak i potencjalnych oferentów, którzy mogliby zostać zniechęceni do udziału w postępowaniu przez dyskryminacyjne praktyki zamawiającego[48]. Zakaz dyskryminacji jest bezwarunkowy i nie dopuszcza wyjątków. Dotyczy wszystkich zamówień publicznych udzielanych przez państwa członkowskie, także o mniejszej wartości niż wartości progowe, od których mają zastosowanie regulacje dyrektyw, jak również zamówień szczególnych, które są wyłączone spod działania dyrektyw[49].

W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości za ograniczanie konkurencji zostały uznane m.in. podział zamówienia na części i omijanie przez to obowiązku publikacji w Dzienniku Urzędowym UE[50], zaproszenie do negocjacji zbyt małej liczby kandydatów[51], automatyczne odrzucanie ofert o najniższych cenach jedynie na podstawie kryterium arytmetycznego bez szczegółowego wyjaśnienia powodów różnicy cen[52]. Podobnie jak w sprawach dotyczących równego traktowania i przejrzystości Trybunał podkreślił, że naruszenie tych zasad prowadzi do ograniczenia wolnej konkurencji[53].

Istnieją sytuacje, gdy niemożliwe jest udzielanie zamówień z zachowaniem zasady konkurencji, ponieważ wykonawcą zamówienia może być czasem tylko jeden przedsiębiorca (monopolista). Dyrektywy zezwalają na dokonanie w takiej sytuacji zamówienia w trybie niekonkurencyjnym przez zastosowanie trybu negocjacji bez uprzedniego ogłoszenia z tylko jednym oferentem. Procedura ta nie może być jednak nadużywana i stosowana w sytuacji, gdy na rynku istnieje konkurencja[54].

---

47 H. Ingenstau, H. Korbion, VOB, Teile A und B. Kommentar, 14 Auflage, wyd. Werner Verlag, 2001 r., s. 340.

48 Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 5 października 2000 r. w sprawie C-16/98 Komisja przeciwko Francji, ECR 2000, s. I–8315, p. 107–108.

49 Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 (Teleaustria), ECR 2000, s. I–10745, p. 60.

50 Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 5 października 2000 r. w sprawie C-16/98, ECR 2000, s. I–8315, p. 108.

51 Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 26 września 2000 r. w sprawie C-225/98, ECR 2000, s. I–7445, p. 60–63.

52 Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo), p. 18 [w:] D. Piasta, op. cit., część I, s. 107.

53 M. Lemke, Wprowadzenie..., op. cit., s. 25–26.

54 Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 3 maja 1994 w sprawie C-328/92, ECR 1994, s. I–1569 [w:] D. Piasta, op. cit., część I, s. 154.

Naruszenia zasady konkurencji były często przedmiotem rozważań Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W sprawie Komisja przeciwko Włochom[55] prawo włoskie upoważniło pewne organy państwowe do zawierania określonej kategorii umów jedynie z przedsiębiorstwami, w których większość udziałów jest bezpośrednio lub pośrednio kontrolowana przez Skarb Państwa. Omawiany przypadek dotyczył umów tworzenia i dostarczania systemów komputerowych gromadzących i przetwarzających dane. Regulacja stanowiła niewątpliwe ograniczenie konkurencji na rynku tego rodzaju produktów. Państwo włoskie podnosiło jednak, że umowy tego typu nie podlegają dyrektywie ze względu na tajny charakter wprowadzanych danych, który jest konieczny do walki z przestępczością, zwłaszcza w dziedzinie podatków, zdrowia publicznego i sektora rolniczego. Włochy przytoczyły także postanowienia dyrektywy 77/62, które wyłączały z jej zakresu stosowania kontrakty na dostawy określone jako tajne lub gdy ich wykonaniu musiałyby towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa podjęte zgodnie z aktami prawnymi obowiązującymi w państwach członkowskich lub też gdyby wymagał tego wzgląd na ochronę bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że zachowanie poufności przez pracowników danego przedsiębiorstwa nie zależy od tego czy stanowiono własność Skarbu Państwa a regulacje prawa włoskiego naruszają zasadę wolnej konkurencji.

Jednym z przejawów naruszenia zakazu konkurencji są preferencje krajowe i regionalne. Niezgodne z regułami uczciwej konkurencji a jednocześnie zakazem dyskryminacji jest sporządzanie specyfikacji technicznych wskazujących na produkty wykonane przez konkretnego producenta lub pochodzące z konkretnego źródła. Należy w szczególności zakazać wskazania typu, określonego regionu lub państwa pochodzenia czy produkcji. Na tle stanu faktycznego w sprawie Dundalk pojawiło się pytanie o dopuszczalność określenia przedmiotu zamówienia przez podanie jedynie krajowych — w tym przypadku irlandzkich norm technicznych, bez użycia sformułowania „lub równoważne" odnoszącego się do innych ofert. Trybunał stwierdził, iż takie określenie narusza art. 28 (30) Traktatu, ponieważ prowadzi do dyskryminacji i mogło wywrzeć niekorzystny wpływ na import rur wodociągowych do Irlandii[56].

W sprawie Du Pont de Nemours SpA przeciwko Unita sanitaria No.2 di Carrara[57] Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że prawo zobowiązujące większość organów zamawiających do uzyskania przynajmniej 30 % wszystkich dostaw od przedsiębiorstw rolnych i przemysłowych działających na terenie Włoch Południowych jest niezgodne z prawem wspólnotowym. Naruszenia doznaje w tym przypadku zasada swobodnego przepływu towarów oraz zasada konkurencji, ponieważ towary pochodzące z innych państw członkowskich, a nawet innych regionów Włoch są traktowane w sposób dyskryminacyjny. Dyskryminacja dotyczy w tym przypadku zarówno towarów włoskich, jak i pochodzących z innych państw członkowskich. W tezie orzeczenia Trybunał stwierdził, iż regulacja swobodnego przepływu towarów wyklucza stosowanie przepisów krajowych, na mocy

---

55 Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom, ECR 1989 r., s. 4039.

56 Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 22 września 1988 r. w sprawie C-45/87 (Dundalk), ECR 1988, s. 4929, p. 26.

57 Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 20 marca 1990 r. w sprawie C-21/88 Du Pont de Nemours Italiana SpA przeciwko Unita sanitaria locale, ECR 1990, s. I–889, p. 11 i p. 13.

których część zamówień publicznych na dostawy rezerwuje się dla przedsiębiorców działających w określonych regionach państwa członkowskiego. Pomimo, iż ograniczenia odnoszą się także do przedsiębiorstw tego państwa członkowskiego, które nie mają siedziby w danym regionie, to jednak wszystkie produkty objęte systemem preferencji są produktami krajowymi. Ponadto fakt, iż ograniczający skutek, jaki środek wywiera na import, nie zapewnia uprzywilejowanej pozycji wszystkim krajowym produktom, a jedynie niektórym, nie wyłącza tego środka z zakazu zawartego w art. 28 TWE.

W sprawie C-16/98[58] Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, że podział zamówienia na części i pominięcie publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich jest dyskryminacją przedsiębiorców zagranicznych, którzy przez brak ogłoszenia zostali pozbawieni informacji o przetargu. Ponadto uznał, iż zasada niedyskryminacji obowiązuje na wszystkich etapach postępowania przetargowego, a nie jedynie od momentu złożenia oferty przez wykonawcę. Stwierdził także, iż art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/38/EWG zabraniający jakiejkolwiek dyskryminacji pomiędzy oferentami chroni również tych, którzy zostali zniechęceni do udziału w postępowaniu przez dyskryminacyjne zachowanie zamawiającego.

Trybunał orzekł także w sprawie Komisja przeciwko Grecji[59] o naruszeniu postanowień wspólnotowego prawa zamówień publicznych. Grecja naruszyła konkurencję na rynku zamówień publicznych przez eliminację potencjalnych oferentów w wyniku zawarcia ramowego porozumienia na wyłączną dostawę tkanin ubraniowych na użytek greckich szpitali i armii. Porozumienie zostało zawarte z sześcioma greckimi producentami. Na mocy porozumienia i zgodnie z jego warunkami wszystkie ośrodki zdrowia i armia zostały zobowiązane do zakupu towarów jedynie od sześciu przedsiębiorców. Zawarcie porozumienia nie zostało poprzedzone publikacją ogłoszenia o przetargu w Dzienniku Urzędowym, a procedura przetargu przy udzieleniu tego zamówienia nie została w ogóle wszczęta.

Zgodnie z jednym z ostatnich wyroków Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 12 listopada 2009 w sprawie C-199/07 Komisja przeciw Grecji, do naruszenia konkurencji doszło poprzez wprowadzenie do greckich przepisów kryteriów automatycznego wykluczenia oraz poprzez pomieszanie kryteriów kwalifikacji wykonawców i oceny ofert. Uregulowania te miały na celu wyeliminowanie konkurencji jaka stanowiły dla krajowych podmiotów zagraniczne firmy konsultingowe. W omawianej sprawie zarzuty Komisji odnosiły się do niektórych fragmentów i warunków zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym przez ERGA OSE AE będący przedsiębiorstwem publicznym należącym do greckich kolei. Ogłoszenie to dotyczyło wykonania badania dotyczącego projektu budowlanego i elektromechanicznego w zakresie wybudowania stacji kolejowej. Dla zagranicznych biur konsultingowych wprowadzono obowiązek podjęcia dodatkowych działań, które dopuszczałyby udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym klauzule te były przejawem naruszenia zasad równości i nieograniczonej

---

58 Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 5 października 2000 r. w sprawie C-16/98, p. 111.

59 Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 4 maja 1995 r. w sprawie C-79/94 Komisja przeciwko Grecji, ECR 1995 r., s. I–1071.

konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami, które powinny być zapewnione w każdym etapie postępowania. ETS orzekł, że Republika Grecka uchybiła rozwiązaniom dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji poprzez dyskryminacyjne traktowanie już na etapie ogłoszenia zagranicznych biur konsultingowych i konsultantów, którzy oświadczyli, że posiadają kwalifikacje odpowiadające kategoriom świadectw innym niż te wymagane w tym konkursie jak również poprzez brak rozróżnienia w postępowaniu przetargowym pomiędzy kryteriami wyboru jakościowego i kryteriami udzielenia omawianego zamówienia.

Głównym zadaniem regulacji zamówień publicznych jest zapewnienie efektywnej konkurencji, która może przyczyniać się do wzrostu gospodarczego oraz zapewnić efektywność wydatkowania środków publicznych. Stosując powyższą zasadę instytucje publiczne powinny dokonywać zakupu towarów i usług oraz robót budowlanych po korzystniejszych cenach i o lepszej jakości. Zasada zawarta jest w preambułach wszystkich dyrektyw, gdyż ma na celu stworzenie warunków równej konkurencji przy ubieganiu się o zamówienia publiczne[60].

Konkurencja jest także głównym dogmatem społecznej gospodarki rynkowej, ponieważ zakłada dążenie do zgodnego z prawem konkurowania z podmiotami prowadzącymi działalność na rynku. Jest to więc zasada porządku gospodarczego będąca podstawowym instrumentem selekcji, która pomaga przyjęcie optymalnych rozwiązań dla zapewnienia realizacji potrzeb danej społeczności[61]. Doktryna ordoliberalizmu, ukształtowana w Niemczech w latach trzydziestych XX wieku i wywodząca się z etyki chrześcijańskiej, zakłada pełną współzależność pomiędzy ładem gospodarczym i społecznym, której fundamentem jest konkurencja.

Zapewnienie zasad uczciwej konkurencji ma skłonić przedsiębiorców do uczestnictwa w przetargach. W efekcie wzrostu zainteresowania przetargami i większej liczby przedsiębiorców zainteresowanych uczestnictwem w procedurze przetargowej, wzrasta konkurencja pomiędzy przedsiębiorstwami, a zamawiający ma zwiększone szanse otrzymania oferty o lepszej jakości i niższej cenie. Jednocześnie uregulowania prawne odnoszące się do naruszania konkurencji poprzez zmowę kartelową czy nadużywanie pozycji dominującej mają służyć wyeliminowaniu przejawów dyskryminacji innych podmiotów gospodarczych i zapewnieniu pełnej konkurencyjności postępowań przetargowych.

---

60 Komunikat Komisji Europejskiej, The Rules Governing the Procedures in the Award of Public Procurement Contracts, 1997, s. 4.

61 T. Włudyka, Model społecznej gospodarki rynkowej a transformacja ustrojowa polskiej gospodarki. Analiza prawno-gospodarcza, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2002 r., s. 46 i s. 95.

UDZIELANIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W FORMIE ELEKTRONICZNEJ — WYBRANE ZAGADNIENIA

dr Ambroży Mituś

1. POJĘCIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO A REŻIM PRAWNY UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ

Niewątpliwie jednym z istotnych elementów systemu zamówień publicznych jest istnienie instrumentów i mechanizmów sprzyjających racjonalnemu i efektywnemu udzielaniu zamówień publicznych. Takie instrumenty i mechanizmy (rozwiązania prawne) oferują w szczególności przepisy umożliwiające udzielanie zamówień publicznych w formie elektronicznej. Przy czym rodzaj i zakres stosowania tych przepisów jest uzależniony przede wszystkim od pojęcia „zamówienia publicznego".

W myśl art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych[62], zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane[63]. Istotnym elementem tak definiowanego zamówienia publicznego (umowy) jest odpłatność. Dlatego do umów nieodpłatnych, choć zawieranych przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy (tj. zamawiającego), nie stosuje się przepisów prawa zamówień publicznych.

Niewątpliwie definicja „zamówienia publicznego" z ustawy Prawo zamówień publicznych jest węższa od uprzednio istniejącej na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych[64], gdzie zamówieniem publicznym były wszystkie „opłacane przez zamawiającego usługi, dostawy lub roboty budowlane wykonywane przez dostawców lub wykonawców" (art. 2 ust. 1 pkt 4). W obecnym stanie prawnym w pojęciu „zamówienia publicznego" nie mieszczą się przypadki zlecania realizacji zadań publicznych w innej formie niż poprzez zawarcie umowy. Taką inną formą prawną może być np. uchwała rady gminy powołująca — na podstawie art. 2 i art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej[65] — spółkę, której celem i statutowym obowiązkiem będzie realizacja zadań publicznych z zakresu gospodarki komunalnej. Jeżeli akt powołujący (uchwała, akt założycielski) zawiera postanowienie, że spółka powoływana jest celem realizacji określonych zadań publicznych to powierzenie jej wykonywania zadań komunalnych nie wymaga zawarcia umowy. Pod-

---

62 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwana dalej PzpU.

63 Definicja ta jest zgodna z Dyrektywą 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L z 2004 r., Nr 134, s. 114). Zgodnie z jej art. 1 ust 2 zamówieniami publicznymi są umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą.

64 Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tj.: Dz.U. z 2002 r., Nr 72, poz. 664 z późn. zm.).

65 Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 1997 r., Nr 9, poz. 43).

stawą powierzenia wykonywania tych zadań jest sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania[66].

Choć w systemie zamówień publicznych pojęcie „zamówienia publicznego" ma znaczenie zasadnicze, to jednak nie przesądza samoistnie o istnieniu lub nie istnieniu obowiązku stosowania przepisów z zakresu zamówień publicznych *sensu stricto* (tj. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych). Dopiero połączenie zakresu treściowego pojęcia „zamówienie publiczne" z istniejącymi podmiotowymi i przedmiotowymi wyłączeniami wyznacza zakres stosowania tych regulacji. Na gruncie obowiązującej ustawy, jej przepisów nie stosuje się przede wszystkim w przypadkach określonych w art. 4 PzpU (choć mamy do czynienia z zamówieniami publicznymi), a w szczególności do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza równowartości w złotych kwoty 14 tys. euro[67]. W tym ostatnim przypadku procedura wyboru oferty (wykonawcy) i zawarcia umowy odbywa się na zasadach ogólnych określonych w kodeksie cywilnym[68], który jako regulacja *lex generalis* zawiera pryncypia przetargowego sposobu zawierania umów bez ograniczeń podmiotowych i przedmiotowych[69].

Do rozwiązań proceduralnych umożliwiających udzielanie zamówień publicznych w formie elektronicznej należy przede wszystkim zaliczyć:

a) na gruncie Kodeksu cywilnego — przepisy odnoszące się do elektronicznych negocjacji oraz aukcji i przetargu elektronicznego,

b) na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych — przepisy dotyczące trybu licytacji elektronicznej i aukcji (tzw. dogrywka) oraz tzw. dynamicznego system zakupów.

Oprócz przepisów proceduralnych (formalnych) istnieje mnogość przepisów (instytucji prawnych) o charakterze materialnym, mających zastosowanie w elektronicznych zamówieniach publicznych. Na pierwszy plan wśród tych przepisów wysuwają się instytucje cywilnoprawne o wymiarze uniwersalnym, takie jak składanie elektronicznych oświadczeń woli, forma dokumentu elektronicznego, czy nabywanie towarów i usług cyfrowych przez zamawiającego.

2. ELEKTRONICZNE OŚWIADCZENIA WOLI

Zgodnie z ustawową definicją oświadczenia woli zawartą w art. 60 k.c. oświadczenie elektroniczne to zarówno oświadczenie złożone (wyrażone) za pomocą środków komunikacji elektronicznej, jak również oświadczenie wyrażone za pomocą innych form elektronicznych do których możemy w szczególności zaliczyć elektroniczne nośniki informacji (np. dyskietki, płyty CD/DVD itp.). Warunkiem koniecznym istnienia elektro-

---

66 Zob.: wyrok NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r. (II GSK 105/2005).

67 Jest to kwota, odpowiadająca progowi wprowadzonemu ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2007 r., Nr 82, poz. 560).

68 Ustawia z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

69 S. Rudnicki, *Uwagi ogólne o aukcji i przetargu*, *LexPolonica*, kom. art. 70^1 k.c.

nicznego jest oświadczenie woli, aby wola składającego je podmiotu była ujawniona (wyrażona) w sposób dostateczny, niezależnie od tego czy takie oświadczenie będzie podpisane elektronicznie lub też, czy w ogóle będzie podpisane[70]. Jednakże dla prawnie skutecznego złożenia oświadczenia woli jest wymagane, aby była możność przypisania tego oświadczenia konkretnemu podmiotowi[71].

Podobnie jak dla tradycyjnego, tak również dla elektronicznego oświadczenia woli doniosłe znaczenie ma chwila jego złożenia. Prawo polskie w kwestii chwili, z jaką należy uznać oświadczenie woli za złożone opowiada się za teorią doręczenia (art. 61 k.c.), tzn. oświadczenie woli, które ma być złożone oznaczonej osobie, zostaje złożone z chwilą dojścia (doręczenia) treści tego oświadczenia do wiadomości tej osoby[72]. Na takim samym stanowisku stoi dodany §2 (tegoż art. 61 k.c.)[73], odnoszący się do oświadczeń woli składanych za pomocą środków komunikacji elektronicznej stanowiący, że elektroniczne oświadczenie woli jest złożone innej osobie z „chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią".

Aby oświadczenie woli zostało złożone w danej chwili, konieczne jest, aby doszło do adresata oraz aby doszło w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią. Natomiast nie jest wymagane, aby adresat faktycznie zapoznał się z jego treścią. W przypadku elektronicznych oświadczeń woli, w tym oświadczeń składanych za pośrednictwem *e-mail* pojawia się pytanie, jak należy rozumieć możliwość zapoznania się z jego treścią. W literaturze podnosi się, że o złożeniu oświadczenia za pomocą *e-mail* można mówić tylko wtedy, gdy dojdzie do zapisania przesyłanych danych (treści oświadczenia) u adresata, gdyż tylko wówczas ma on pełną możliwość zapoznania się z jego treścią (dostarczonymi i zapisanymi danymi)[74]. Nie mniej jednak wydaje się, że istnieje szereg argumentów przemawiających za tym, że oświadczenie elektroniczne można uznać za dostarczone z chwilą zapisania go na serwerze, na którym adresat ma konto poczty elektronicznej[75]. W tym kontekście należy podkreślić, że zakres władztwa adresata elektronicznego oświadczenia woli rozpoczyna się już z chwilą, w której zostało ono zapisane na serwerze *service providera*. Już z tą chwilą adresat ma możność zapoznania się z jego treścią. Jednakże jest wymagane, aby adresat takiego oświadczenia woli wiedział o jego otrzymaniu. Warunek ten zostaje spełniony przez usługę elektronicznego powiadomienia SMS, polegającą na tym, że w chwili pojawienia się jakiejkolwiek informacji (w tym oświadczeń woli) na serwerze na którym umiejscowione jest konto *e-mail*, zostaje automatycznie generowane powiadomienie i wysyłane na telefon komórkowy w postaci SMS. Treścią takiego powiadomienia jest w zasadzie adres *e-mail* nadawcy oraz temat lub początek treści wiadomości.

---

70 E. Wyrozumska, *Elektroniczne oświadczenie woli w ustawie o podpisie elektronicznym i po nowelizacji kodeksu cywilnego*, Przegląd Prawa Handlowego Nr 8/2003, s. 47.

71 Ibidem, s. 47.

72 A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1996, s. 259; W. J. Kocot, *Wpływ Internetu na prawo umów*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004, s. 47–75.

73 Dodany na mocy ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy — Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2003 r., Nr 49, poz. 408).

74 J. Barta, R. Markiewicz, *Transakcje, które biegają po łączach*, http://rzeczpospolita.pl

75 W. J. Kocot, *Wpływ Internetu* ..., s. 106.

Należy podnieść, że w art. 61 § 2 k.c. chodzi o wprowadzenie oświadczenia woli do środka komunikacji elektronicznej odbiorcy, a nie nadawcy. Wydaje się także, że poprzez użycie słowa „wprowadzono" dokonano „złagodzenia samego rygoru składania oświadczenia przez zniesienie wymagania jego dojścia bezpośrednio do osoby, do której jest skierowane"[76], poprzez uznanie za prawnie doniosły sam fakt wprowadzenia oświadczenia woli do środka komunikacji elektronicznej, jeśli tylko umożliwiło adresatowi elektronicznego oświadczenia woli zapoznanie się z jego treścią. Ponadto spełnienie przesłanki „możliwości zapoznania się" z treścią oświadczenia woli należy rozpatrywać według zasad doświadczenia życiowego (tzn. w aspekcie zapoznania się bez nadmiernego wysiłku, starań czy zabiegów).

Zagadnienie składania elektronicznych oświadczeń woli nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy z mocy ustawy lub woli zainteresowanych stron dla skuteczności danej czynności prawnej dokonywanej w formie elektronicznej wymagana jest forma pisemna[77]. Zgodnie z kodeksem cywilnym — określającym w art. 78 §1 k.c. zasadę formy pisemnej — do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Tak złożonemu oświadczeniu woli odpowiada pod względem skutków prawnych oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej, o ile jest ono opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu[78].

W myśl art. 3 pkt 1 ustawy o podpisie elektronicznym[79] podpis elektroniczny tworzą „dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej" taki podpis. Oprócz tych elementów charakteryzujących podpis elektroniczny, bezpieczny podpis elektroniczny posiada dodatkowe, jemu charakterystyczne cechy (art. 3 pkt 2):

— po pierwsze — jest przyporządkowany wyłącznie do osoby składającej ten podpis, którą może być tylko osoba fizyczna składająca oświadczenie woli w imieniu własnym albo jako przedstawiciel osoby fizycznej lub prawnej,

— po drugie — jest sporządzany za pomocą podlegających wyłącznej kontroli osoby składającej podpis elektroniczny bezpiecznych urządzeń służących do składania podpisu elektronicznego oraz niepowtarzalnych i przyporządkowanych danej osobie fizycznej danych, które są wykorzystywane przez tę osobę do składania podpisu elektronicznego,

— po trzecie — jest powiązany z danymi, do których został dołączony, w taki sposób, że jakakolwiek późniejsza zmiana tych danych jest rozpoznawalna.

---

76 Op. cit., s. 110.

77 A. Sadowska, *Elektroniczne oświadczenie woli w świetle projektowanych zmian przepisów kodeksu cywilnego dotyczących zawarcia umowy i formy czynności prawnych,* Kwartalnik Prawa Prywatnego, Rok X: 2001, z. 1, s. 116.

78 Choć niejednokrotnie wyrażenia „podpis elektroniczny" i „podpis cyfrowy" używane są zamiennie, to jednak pojęcie podpisu elektronicznego jest szersze od pojęcia podpisu cyfrowego. Podpis elektroniczny to nie tylko podpis cyfrowy (tj. ciąg bitów elektronicznych), ale także podpis mogący mieć np. cechy biometryczne (odcisk linii papilarnych, tęczówka oka itp.).

79 Ustawa z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz.U. z 2001 r., Nr 130, poz. 1450).

Podpis elektroniczny zabezpiecza dane w postaci elektronicznej w sposób umożliwiający potwierdzenie ich autentyczności oraz uwierzytelnienie ich nadawcy. Aby dany podpis elektroniczny mógł być uznany za dowód tego, że faktycznie został złożony przez daną osobę (art. 6 ust. 1) musi zostać uprzednio zweryfikowany przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Inaczej mówiąc, podmiot podpisujący dokument kluczem prywatnym musi posiadać do nie go klucz publiczny podpisany przez ośrodek certyfikacji. Wszystkie wymogi jakie są stawiane bezpiecznemu podpisowi elektronicznemu powodują, że dokument elektroniczny jest niezaprzeczalny (podpisujący nie może wyprzeć się faktu podpisania dokumentu), integralny (widoczna jest każda modyfikacja dokumentu po jego podpisaniu) oraz niepowtarzalny (podpis jest trwale złączony z dokumentem)[80].

Jak zauważamy w całej definicji pisemnej formy prawnej akcentowane są dwa elementy: dokument i podpis[81]. Stąd dokumentem może być każdy nośnik, na którym możliwe jest utrwalenie jakiejś myśli ludzkiej, w tym także dokument w postaci elektronicznej, który możemy zdefiniować jako informację zapisaną na elektronicznym nośniku danych (np. dysku twardym, CD/DVD, dyskietce), umożliwiającym jej zapis, przekazywanie, przechowywanie oraz odczyt przy zastosowaniu narzędzi technologii teleinformatycznych[82]. Z oryginałem dokumentu elektronicznego mamy do czynienia, gdy możemy jednoznacznie mówić o jego integralność, tj. autentyczności w aspekcie zupełności i niezmienności, z wyłączeniem zmian, które powstają w normalnym trybie (procesie) przekazywania, magazynowania i wyświetlania dokumentu. Zmiany te polegają na dopisywaniu przez system adnotacji o wszelkich operacjach (np. kopiowanie, przesyłanie), których przedmiotem jest dany dokument (plik). W odróżnieniu od dokumentu papierowego dokument elektroniczny nie ma formy materialnej[83].

3. TOWAR I USŁUGA CYFROWA JAKO PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Współcześnie w wyniku rozwoju technik i technologii telekomunikacyjnych i teleinformatycznych podstawowym dobrem (zasobem strategicznym) jest szeroko rozumiana informacja i jej pochodne. Spowodowało to narodziny szeregu nowych produktów (dóbr) opartych na tzw. „dobrach i usługach informacyjnych" (ang. *information goods*), tj. dobrach, które mogą być bezpośrednio świadczone drogą komunikacji elektronicznej (np. za pośrednictwem sieci Internet).

Dla współczesnego społeczeństwa, określanego w literaturze „społeczeństwem informacyjnym" *(information society)*[84], informacja (wiedza) będąca synonimem władzy (prymat informacji) jest specyficznym dobrem niematerialnym oraz czynnikiem przyczyniającym się

---

80 M. Niedźwiedziński, *Globalny handel elektroniczny*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004, s. 40–41.

81 A. Sadowska, *Elektroniczne oświadczenie woli ...*, s. 117.

82 W. Sobala, *Informatyczne dowody rzeczowe w postępowaniach karnych*, Palestra 5–6/2003, s. 49.

83 M. Krupska, *Dokumenty bankowe w formie elektronicznej*, Prawo Bankowe Nr 5/2000, s. 52–60.

84 Zob.: W. Cwalina, *Generacja Y — ponury mit czy obiecująca rzeczywistość*; *INTERNET — fenomen społeczeństwa informacyjnego*, praca zbiorowa pod redakcją T. Zasępy, Częstochowa 2001, s. 29–42; A. Gontarz, *Złudzenie jedności*, Computerworld Nr 8/2000, s. 40–41.

do przeobrażania się stosunków społecznych i gospodarczych[85]. Aktywa niematerialne (wiedza, zarządzanie informacją, marka, renoma) stają się coraz bardziej kluczowymi czynnikami kreującymi wartość, a „siła intelektu i jej podstawowy czynnik wspomagający — technologia usług — zmieniają rzeczywistość nie tylko sektora usługowego, lecz także produkcyjnego"[86]. Wiedza jest jedynym istotnym zasobem, będącym kluczem do osiągnięcia rezultatów (sukcesów) ekonomicznych[87]. To dzięki stworzeniu zaplecza w postaci wiedzy, tradycyjne czynniki produkcji (ziemia, praca, kapitał), które obecnie straciły na wartości mogą nabrać nowego kształtu i odzyskać swą wartość[88].

Obecnie zamawiający obok nabywania usług i dóbr materialnych (rzeczy w rozumieniu prawa cywilnego), nabywa różnego rodzaju dobra oparte na usługach i dobrach informacyjnych (np. zakup programów komputerowych */freeware*, *software/*, zakup e-prasy, usługi hostingowe, korzystanie z baz danych, usługi na życzenie */on demand/*, *outsourcing*, *e-learning*, e-promocja itp.).

Cechą charakterystyczną dóbr cyfrowych (informacyjnych) jest to, iż w zasadzie ich wytworzenie (np. aplikacji do komputera lub telefonu komórkowego) wymaga zaangażowania stosunkowo dużych nakładów rzeczowych, osobowych i finansowych, natomiast korzystanie z tego rodzaju dóbr jest łatwe, szybkie i stosunkowo tanie (np. kopiowanie, instalowanie). Wśród cech charakterystycznych produktów (dóbr) cyfrowych należy wyróżnić[89]:

— brak zauważalnej różnicy między oryginałem dobra cyfrowego a jego kopią,

— brak rynkowej rywalizacji o posiadanie dóbr cyfrowych (ten, kto dysponuje dobrem cyfrowym nie przestaje być jego posiadaczem samoistnym, gdy nabywa je inny podmiot, a wejście w posiadanie dobra cyfrowego nie musi wiązać się z odebraniem go komuś innemu),

— swoista niepodzielność — faktycznie wytworzona ilość dobra cyfrowego sprowadza się do jednego egzemplarza, będącego następnie kopiowanym w dowolnej ilości bez ponoszenia znaczących nakładów,

— ich dystrybucja odbywa się poprzez sieć (np. Internet).

Jedną z zasadniczych trudności, jakie pojawiają się m.in. w zamówieniach elektronicznych jest konieczność zdefiniowania pojęcia towaru i usługi cyfrowej. Jest to o tyle istotne, że rodzaj przedmiotu zamówienia (towar cyfrowy vel usługa cyfrowa) determinuje stosowanie odmiennych regulacji prawnych, choćby w zakresie odpowiedzialności oraz praw i obowiązków stron umowy. Trudność definicyjną pogłębia przede wszystkim fakt, że w praktyce obrotu elektronicznego towar cyfrowy jest traktowany jako usługa

---

85 P. Cywiński, K. Jabłonka, *E-informacja przyszłością rozwoju społeczeństwa globalnego*, s. 311, [w:] A. Łapińska (red.), E. Wędrowska (red.), *Informacja w społeczeństwie XXI wieku*, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Olsztyn 2004.

86 Michael de Kare-Silver, *E-szok. Rewolucja elektroniczna w handlu*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2002, s. 225–226.

87 Op. cit., s. 225.

88 Ibidem, s. 225.

89 Sz. Figiel, R. Popiołek, *Rynek produktów cyfrowych*, s. 187, [w:] A. Łapińska (red.), E. Wędrowska (red.), *Informacja w społeczeństwie XXI wieku*, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Olsztyn 2004.

społeczeństwa informacyjnego *(information society services)*, tj. jakakolwiek usługa świadczona na odległość, na indywidualne zamówienie (usługobiorcy), zazwyczaj za wynagrodzeniem, poprzez sieci, za pomocą wyposażenia elektronicznego służącego przetwarzaniu i przechowywaniu danych (zob. art. 1 ust. 2 Dyrektywy 98/34/EC[90] zmienionej przez Dyrektywę 98/48/EC[91]). Doprecyzowując od strony negatywnej, pojęciem usługi informacyjnej nie obejmuje się dostawy dóbr tradycyjnymi kanałami dystrybucji (np. pocztą), choćby było wykonaniem umowy zawartej w formie elektronicznej. Podobnie w zakres tego pojęcia nie wchodzą usługi, które ze swej natury nie mogą być świadczone na odległość za pomocą środków elektronicznych[92].

W polskim systemie prawnym definicję usługi świadczonej drogą elektroniczną, wzorowaną na Dyrektywie 2000/31/WE[93], zawiera ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną[94]. Wedle jej art. 2 pkt 4, świadczenie usługi drogą elektroniczną to „wykonanie usługi świadczonej bez jednoczesnej obecności stron (na odległość), poprzez przekaz danych na indywidualne żądanie usługobiorcy, przesyłanej i otrzymywanej za pomocą urządzeń do elektronicznego przetwarzania, włącznie z kompresją cyfrową, i przechowywania danych, która jest w całości nadawana, odbierana lub transmitowana za pomocą sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. — Prawo telekomunikacyjne[95]". Inaczej mówiąc, są to usługi świadczone za pomocą sieci elektronicznej, których świadczenie jest zautomatyzowane i wymaga niewielkiego udziału człowieka, a ich wykonanie bez wykorzystania technologii informacyjnej jest niemożliwe (art. 11 rozporządzenia Rady (WE) nr 1777/2005[96]). Na pojęcie usługi cyfrowej (usługi elektronicznej) zdefiniowanej w art. 11 (definicja pozytywna) i art. 12 (definicja negatywna) rozporządzenia nr 1777/2005 powołuje się w art. 2 pkt 26 ustawa o podatku od towarów i usług[97].

Reasumując, choć pojęcie towaru cyfrowego nie jest definiowane normatywnie, to można próbować go zdefiniować jako dobro (dane) dostarczane w postaci cyfrowej (digitalnej) zapisywane (składowane) na nośniku informacji (CD/DVD, pendrive itp.)

---

90 Dyrektywa 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiająca procedurę dostarczania informacji w dziedzinie standardów technicznych i regulacji oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.Urz. UE L 204 z 21.07.1998, s. 37).

91 Dyrektywa 98/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 lipca 1998 r. zmieniająca dyrektywę 98/34/WE ustanawiającą procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych (Dz.Urz. UE L 217 z 5.8.1998, s. 18).

92 D. Kot, *Dyrektywa Unii Europejskiej o handlu elektronicznym i jej implikacje dla prawa cywilnego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego, Rok X: 2001, z. 1, s. 49.

93 Dyrektywa 2000/31/WE z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego na rynku wewnętrznym (dyrektywa o handlu elektronicznym) (Dz.Urz. UE L 178 z 17.07.2000). Pojęciem centralnym Dyrektywy, jest pojęcie „usługi społeczeństwa informacyjnego" *(information society services)* definiowane jako usługi w rozumieniu Artykułu 1(2) Dyrektywy 98/34/EC zmienionej przez Dyrektywę 98/48/EC.

94 Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2002 r., Nr 144, poz. 1204).

95 Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. 2004 r., Nr 171, poz. 1800).

96 Rozporządzenie Rady (WE) nr 1777/2005 z dnia 17 października 2005 r. ustanawiającego środki wykonawcze do dyrektywy 77/388/EWG w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.Urz. UE L 288 z 29.10.2005, s. 1).

97 Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2004 r., Nr 54, poz. 535).

z możliwością jego późniejszego (po zamknięciu transmisji dostawy) wykorzystania. Do tego typu produktów należy oprogramowanie, film, muzyka, książki pod warunkiem, że mamy możliwość ich otrzymania i zapisania na elektronicznym nośniku danych. Natomiast w odróżnieniu od towaru cyfrowego, usługa cyfrowa to tylko czasowe (w chwili dostępu) korzystanie z jakiegoś dobra cyfrowego[98]. Przy takim ujęciu towar cyfrowy jest możliwy do transponowania na nośnik materialny, natomiast usługę cyfrową jako niemożliwą do transponowania na nośnik materialny wykorzystujemy w sieci (np. Internecie)[99]. Należy zauważyć, że choć towar cyfrowy dla kupującego jest dobrem, z którego może później skorzystać, to ten sam towar dla przedsiębiorcy może być usługą w ramach prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Stąd towary cyfrowe dostarczane w ramach świadczenia usług drogą elektroniczną są danymi, których ścisłe oddzielnie od usług napotyka na znaczące trudności.

4. ELEKTRONICZNE NEGOCJACJE

Choć złożenie oferty i jej przyjęcie, w tym w postaci elektronicznej, jest podstawowym trybem zawierania umów, to jednak obok niego występuje kilka innych sposobów prowadzących do zawarcia umowy. Jednym z nich jest zawarcie umowy w drodze elektronicznych negocjacji (rokowań).

Przez negocjacje należy rozumieć niesformalizowane „rozmowy" zmierzające do osiągnięcia konsensusu w zakresie postanowień umownych, będących przedmiotem rokowań. Choć negocjacje powinny obejmować istotne postanowienia przyszłej umowy, to jednak w praktyce dotyczą wszystkich tych postanowień, które strony uważają za wymagające uzgodnienia. W myśl art. 72 k.c., jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony uzgodnią wszystko, co było przedmiotem negocjacji. Tak rozumiane negocjacje mogą być także prowadzone na odległość, przy wzajemnej wymianie oświadczeń (informacji), za pomocą środków bezpośredniej i pośredniej komunikacji elektronicznej. Normatywną definicję środków komunikacji elektronicznej podaje art. 2 pkt 5 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, przez które należy rozumieć takie rozwiązania techniczne (w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe), które umożliwiają indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi. Z kolei system teleinformatyczny to „zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci urządzenia końcowego" (art. 2 pkt 3). Obrazowo ujmując, system teleinformatyczny tworzą odpowiednio skonfigurowane i współpracujące ze sobą urządzenia (np. modem USB), które wraz z odpowiednim oprogramowaniem zapewniają przetwarzanie i przechowywanie, oraz wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne (wewnętrzne i zewnętrzne) za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci urządzenia końcowego (np. telefonu komórkowego, komputera).

---

98 B. Jung (red.), *Media. Komunikacja. Biznes elektroniczny*, Difin, Warszawa 2001, s. 197.

99 Ibidem, s. 198.

Do środków komunikacji elektronicznej należy przede wszystkim zaliczyć *e-mail*, a także telefon komórkowy z usługą SMS *(Short Message System)*, systemy elektronicznej wymiany danych *(EDI — Electronic Data Interchange)*[100] oraz wszelkiego typu komunikatory, jako spełniające wymóg przetwarzania i przechowywania, a także wysyłania i odbierania danych. Tak więc, immanentną cechą środka komunikacji elektronicznej, będącego najczęściej stosownym oprogramowaniem, jest możliwość indywidualnego porozumiewania się przy użyciu systemów teleinformatycznych.

O tym, czy dany środek jest środkiem komunikacji bezpośredniej czy pośredniej, przesądza istnienie bądź nie istnienie co najmniej potencjalnej możliwość wyrażania jednocześnie przez strony, niejako w tym samym akcie (momencie), swojego stanowiska (bezpośredniość kontaktu wzrokowego lub słownego; bezpośredniość słowa mówionego lub pisanego).

Mając na uwadze powyższe można stwierdzić, że sieć może być (i jest) takim „miejscem" prowadzenia rokowań, przy czym wymagane jest utworzenie w tym celu tzw. „wirtualnego pokoju negocjacyjnego", tj. specjalnej strony WWW, do której dostęp mają tylko uczestnicy rokowań, zamieszczający kolejne korzystniejsze propozycje negocjowanej umowy, a system automatycznie generuje powiadomienia o zamieszczanych propozycjach[101]. Taki wirtualny pokój może zarówno zastąpić, jak i wspomóc tradycyjne negocjacje, umożliwiając uzyskanie znacznych oszczędności, choćby tylko poprzez brak tradycyjnej wymiany dokumentów[102].

Wydaje się także, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby prowadzone negocjacje nie skutkowały zawarciem umowy, pod warunkiem, że taka jest wola stron podejmujących rokowania. Wówczas oświadczają one, że ich negocjacje mają na celu tylko uzgodnienie treści przyszłej umowy, natomiast nie zmierzają do jej zawarcia w drodze elektronicznych negocjacji[103]. To ukazuje, że prowadzenie „rozmów" w drodze kontaktu elektronicznego, nie determinuje formy udzielenia zamówienia publicznego. Może ono być udzielone zarówno w formie elektronicznej, jak i w zwykłej formie pisemnej („papierowej").

5. PRZETARG I AUKCJA ELEKTRONICZNA

Przetarg, obok oferty i rokowań, to kolejny sposób zawierania umów. Jest on organizowany w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. Jaką ofertę organizator przetargu uznaje za najkorzystniejszą, określają warunki przetargu. Dla jednych będzie to oferta z najniż-

---

100 Elektroniczna Wymiana Danych *(EDI — Electronic Data Interchange)* służy wymianie w formie elektronicznej standaryzowanych dokumentów, pomiędzy podmiotami, którzy wcześniej ustalili posługiwanie się tym standardowym (zautomatyzowanym) sposobem porozumiewania się w zawartej przez nich umowie ramowej. M. Niedźwiedziński, *Globalny handel elektroniczny*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004, s. 11–12.

101 A. Stosio, *Umowy zawierane przez Internet*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2002, s. 113–114.

102 Tamże, s. 113–114.

103 E. Gniewek, A. Łuszpak-Zając, P. Machnikowski, *Uwagi do projektowanych zmian przepisów kodeksu cywilnego dotyczących zawierania umów*, Kwartalnik Prawa Prywatnego, Rok X: 2001, z. 1, s. 109.

szą ceną, dla innych oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a dla jeszcze innych oferta złożona przez podmiot dający gwarancję należytego wykonania zadania.

Możliwość organizowania przetargów *on-line* (przetargów elektronicznych)[104] sprawiła, że nabywanie i zbywanie towarów stało się dużo bardziej atrakcyjniejsze, niż zwykłe zawarcie umowy *on-line* w trybie ofertowym, gdzie oferowane towary mają w zasadzie stałą cenę. Obecnie przetargi elektroniczne są najczęściej organizowane przez wyspecjalizowane podmioty udostępniające wirtualne zaplecze techniczno-organizacyjne oraz kojarzące zbywcę z potencjalnym nabywcą[105].

Na gruncie polskiego kodeksu cywilnego, art. 70^1 § 1 k.c. stanowi, że „umowa może być zawarta w drodze aukcji albo przetargu". Kodeks cywilny rozróżnia dwa rodzaje „przetargu": aukcję (licytacja) oraz przetarg porównujący, czyli przetarg *sensu stricto*. Główna różnica między aukcją a przetargiem jest taka, że w aukcji oferty są składane jedna po drugiej (postąpienia), a każda kolejna oferta jest korzystniejsza od oferty ją poprzedzającej. Natomiast w przetargu moment składania ofert jest jednakowy dla wszystkich, a sam wybór oferty najkorzystniejszej jest odsunięty w czasie; w przetargu następuje rozejście się momentu składnia oferty i jej przyjęcia. Kolejna różnica sprowadza się do tego, że w przypadku aukcji — cena jest podstawowym i jedynym kryterium wyboru oferty (wykonawcy), natomiast w przetargu może zostać wybrana oferta niekoniecznie najkorzystniejsza cenowo[106].

Obecnie kodeks cywilny *expressis verbis* wyłącza aukcję z pojęcia przetargu, definiowaną swego czasu jako ustny rodzaj przetargu[107]. Choć ustawodawca nie podaje definicji aukcji, to wedle art. 70^2 k.c. aukcja to sposób zawarcia umowy w drodze licytacyjnej konkurencji ofert[108], w której licytanci mogą brać udział także za pomocą środków komunikacji elektronicznej, jeżeli warunki aukcji tak stanowią.

Wobec faktu, że Kodeks cywilny nie reguluje sposobu ogłoszenia aukcji lub przetargu, w braku uregulowań szczególnych, w zasadzie dopuszczalny jest każdy sposób ogłoszenia. Jednakże w myśl art. 70^1 § 2 k.c. ogłoszenie takie musi co najmniej określać czas,

---

104 Na temat przetargów (aukcji) elektronicznej zob. A. Jaroszek, *Zawarcie umowy sprzedaży w drodze aukcji internetowej*, Acta Universitatis Aviensis No 2534, Przegląd Prawa i Administracji, Wrocław 2003, s. 41–59; B. Stąpała, *Aukcje internetowe — wybrane zagadnienia*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego Nr 2/2003, s. 9–17.

105 R. Cisek, *Aukcje internetowe*, Gazeta Prawna Nr 55/2003, http://www.gazetaprawna.pl

106 Wedle art. 2 pkt . 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177) najkorzystniejsza oferta to oferta z najniższą ceną, albo oferta która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

107 Przepisy kodeksowe nie określają rodzajów przetargów, czynią to natomiast uregulowania pozakodeksowe, gdzie podstawowym jest podział na przetargi ustne i pisemne, różniące się formą zgłaszania ofert. Każdy z ww. może być przetargiem nieograniczonym lub ograniczonym albo mieszanym, jak np. przetarg dwustopniowy (dwu etapowy — jedna cześć nieograniczona, druga ograniczona do wybranego kręgu oferentów).

108 S. Rudnicki, *Rodzaje przetargów*, *LexPolonica*, kom. art. 70^1 KC.

miejsce, przedmiot oraz warunki przetargu (aukcji) albo wskazywać sposób udostępnienia tych warunków[109].

Swoboda organizatora przetargu (aukcji) w ustaleniu warunków postępowania winna mieścić się w granicach swobody umów, a więc ich treść nie może sprzeciwiać się naturze i celowi przetargu lub aukcji, ustawie i zasadom współżycia społecznego[110]. Warunki aukcji lub przetargu są częścią ogłoszenia, bez względu na to, czy są w nim bezpośrednio umieszczone, czy też nie. Takie ogłoszenie, a także warunki mają doniosłe znaczenie prawne i mogą być zmienione lub odwołane tylko wówczas, gdy to zastrzeżono w ich treści.

Ogłoszenie o przetargu (aukcji) określa wzajemne prawa i obowiązki uczestników postępowania przetargowego (aukcyjnego) oraz wszczyna postępowanie, którego „skonsumowanie" następuje w umowie zawartej z wybranym wykonawcą. Ponieważ pomiędzy organizatorem przetargu a uczestnikiem nawiązuje się stosunek cywilnoprawny, którego treść określa ogłoszenie o przetargu, organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia i warunków aukcji albo przetargu[111]. Statuujący to przepis art. 70^1 §4 k.c. jest wyrazem usankcjonowania istniejącego od dawna w doktrynie poglądu, że oferent (wykonawca) przystępując do przetargu (aukcji) zawiera z organizatorem, w sposób wyraźny lub dorozumiany, tzw. „umowę przetargową" dotyczącą trybu postępowania.

W postępowaniu aukcyjnym licytanci, od momentu otwarcia do jej zamknięcia, składają swoje coraz to korzystniejsze oferty (postąpienia). Aukcja kończy się tzw. przybiciem, tj. wybraniem najkorzystniejszej oferty. Z chwilą przybicia pomiędzy oferentem (licytantem) a organizatorem przetargu (zamawiającym) dochodzi do zawarcia umowy *sui generis*, która stanowi podstawę do zawarcia umowy w formie prawem wymaganej (przysługuje im prawo żądania zawarcia umowy)[112].

Przepisy o aukcji nakładają obowiązek przyjęcia ostatniej oferty, nawet wówczas gdyby nie satysfakcjonowała organizatora. Takie rozwiązanie niewątpliwie chroni oferentów przed aukcjami fikcyjnymi, organizowanymi bez faktycznej woli zawarcia umowy. Ale organizator aukcji może swobodnie kształtować jej warunki, i wydaje się (analogia do przetargu), że ma możliwość zawarcia w nich zastrzeżenia dopuszczającego zamknięcie aukcji bez dokonania wyboru oferty[113]. Natomiast przetarg kończy się, bądź to wybraniem oferty najkorzystniejszej, bądź to zostaje zamknięty bez wybrania którejkolwiek z ofert. Organizator przetargu obowiązany jest do niezwłocznego poinformowania wszystkich uczestników postępowania o jego wyniku za pomocą jakiegokolwiek środka komunikacji. Jeżeli w warunkach przetargowych nie postanowiono inaczej, do ustalenia chwili zawarcia umowy w drodze przetargu stosuje się przepisy dotyczące przyjęcia oferty.

---

109 Na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych warunki przetargu nazywa się Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

110 S. Rudnicki, *Ogłoszenie i warunki aukcji lub przetargu*, *LexPolonica*, kom. art. 70^1 KC.

111 Ibidem.

112 S. Rudnicki, *LexPolonica*, kom. art. 70^2 KC.

113 E. Gniewek, A. Łuszpak-Zając, P. Machnikowski, *Uwagi do projektowanych zmian ...*, s. 106.

6. LICYTACJA ELEKTRONICZNA NA GRUNCIE USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Licytacja elektroniczna, zwana tak od 25 maja 2006 r.[114], do polskiego systemu prawnego została wprowadzona ustawą Prawo zamówień publicznych jako samoistny, prosty i nowoczesny tryb udzielania zamówień publicznych, uwzględniający rozwój nowoczesnych technik i technologii teleinformatycznych i telekomunikacyjnych.

Wszczęcie postępowania w trybie licytacji elektronicznej następuje z chwilą zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a następnie na stronie internetowej zamawiającego oraz stronie, na której będzie prowadzona licytacja. Obowiązek zamieszczenia ogłoszenia na stronie, na której będzie prowadzona licytacja, wynika z faktu, że ustawodawca założył, iż sami zamawiający, bądź to mogą nie być zainteresowani w tworzeniu własnych platform licytacyjnych, bądź to nie będą w stanie technicznie sami zorganizować licytacji. I w tym zakresie będą korzystać z usług wyspecjalizowanych podmiotów udostępniających profesjonalne zaplecze techniczno-organizacyjne, umożliwiające przeprowadzenie licytacji elektronicznej[115].

Niezbędnymi danymi wymaganymi w ogłoszeniu o licytacji (poza elementami podstawowymi, takimi jak nazwa i adres zamawiającego, czy określenie trybu i przedmiotu zamówienia) jest określenie sposobu postępowania w toku licytacji elektronicznej, a w szczególności określenie: liczby etapów licytacji elektronicznej i czasie ich trwania; terminu otwarcia oraz terminu i warunków zamknięcia licytacji elektronicznej; minimalnej wysokości postąpień oraz adresu strony internetowej, na której będzie prowadzona licytacja. Bardzo ważnym elementem ogłoszenia o zamówienie publiczne jest określenie wymagań w zakresie rejestracji i identyfikacji zaproszonych do składania ofert wykonawców, w tym również określenie wymagań technicznych urządzeń teleinformatycznych. Taka rejestracja ma za zadanie m.in. zapewnić poufność składanych ofert oraz ma stanowić barierę przed dostępem osób nieuprawnionych (nie uczestniczących w licytacji).

W myśl art. 74 ust. 1 PzpU, licytacja elektroniczna to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie WWW, umożliwiającego wprowadzanie niezbędnych i koniecznych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają coraz korzystniejsze oferty, podlegające automatycznej klasyfikacji. Bezpośrednie połączenie umożliwia prowadzenie licytacji w czasie „rzeczywistym", tzn. składana przez jednego z wykonawców w trakcie licytacji oferta, jest widoczna dla pozostałych uczestników postępowania[116]. Złożona w toku

---

[114] Zmiana nazwy nastąpiła na skutek wprowadzenia do trybu przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem swoistej „dogrywki", określanej jako „aukcja elektroniczna", kończącej postępowanie o zamówienie publiczne. Zastosowanie aukcji elektronicznej jest możliwe jeżeli taką ewentualność zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, a wartość oferty jest określona ceną ryczałtową. Z uwagi na marginalne znaczenie tego rozwiązania w praktyce, zostało ono w niniejszym opracowaniu pominięte.

[115] Zob.: *ProPublico — System wspomagający organizację zamówień publicznych*, http://www.propublico.pl. Obecnie Urząd Zamówień Publicznych uruchomił pierwszą bezpłatną publiczną platformę przetargową, umożliwiającą przeprowadzanie licytacji i aukcji elektronicznych (tzw. „dogrywek").

[116] Zob.: E. Norek, *LexPolonica*, kom. art. 75 PzpU.

licytacji oferta przestaje wiązać w momencie złożenia oferty korzystniejszej przez innego wykonawcę. Jak się wydaje, przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych w trybie licytacji elektronicznej nie przewidują, poza ceną, innych kryteriów oceny składanych ofert. W tym kontekście dość istotny jest fakt, że składane w toku licytacji oferty nie muszą być opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu[117]. Niewątpliwie zniesienie z dniem 24 października 2008 r. wymogu sygnowania ofert tzw. bezpiecznym podpisem elektronicznym przyczyni się do powszechniejszego stosowania trybu licytacji elektronicznej w praktyce udzielania zamówień publicznych.

Choć tryb licytacji elektronicznej jest trybem szczególnym, będącym wyjątkiem od podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych, jakimi są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, to jednak — od 24 października 2008 r., gdy weszła w życie ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw[118] — może być stosowany w każdym przypadku[119], niezależnie od przedmiotu zamówienia, byleby tylko jego wartość była mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PzpU (tzn. mniejsza niż tzw. wartości unijne, progi wspólnotowe).

Tryb licytacji elektronicznej składa się z dwóch odrębnych faz. W fazie pierwszej, na podstawie złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji, zamawiający dokonuje „wstępnej" kwalifikacji wykonawców. Na tym etapie wykonawcy zobowiązani są dostarczyć oświadczenia i dokumenty wymagane przez zamawiającego, który na ich podstawie bada, na zasadach ogólnych określonych w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 i art. 25-26 PzpU, zdolność poszczególnych wykonawców do wykonania danego zamówienia. Po tej wstępnej ocenie złożonych „ofert" (wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji) i odrzuceniu ofert nie spełniających wymogów określonych przez zamawiającego, pozostali wykonawcy zostają zaproszeni do udziału w licytacji elektronicznej *sensu stricto*, w której składają coraz to korzystniejsze oferty cenowe.

Zgodnie z art. 77 PzpU, uczestnicy licytacji (zamawiający i wykonawcy) od momentu jej otwarcia do momentu zamknięcia przekazują wszelkie wnioski, oświadczenia i inne informacje drogą elektroniczną. Jednakże przepis ten dotyczy etapu licytacji elektronicznej *sensu stricto*. Dlatego zamawiający — zgodnie z art. 27 PzpU — ma prawo dokonać wyboru formy (np. elektronicznej lub pisemnej), jako właściwej do przekazywania oświadczeń, zawiadomień, wniosków (np. o dopuszczenie do udziału w licytacji) i innych informacji. Dokonując w tym zakresie wyboru formy elektronicznej zawsze musi mieć na względzie, czy potencjalni wykonawcy będą mieli możliwość „korespondowania" drogą elektroniczną, aby nie stanowiła ona bariery i w efekcie nie ograniczała konkurencji. Wydaje

---

117 Obecnie wymóg składania ofert (postąpień) opatrzonych bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu istnieje tylko w aukcji elektronicznej („dogrywka") oraz w dynamicznym systemie zakupów.

118 Dz.U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058.

119 Stosowanie trybu licytacji, przed 24 października 2008 r., uzależnione było od charakteru zamówienia. W trybie tym można było dokonywać tylko takich zamówień publicznych, których przedmiotem są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych. Oznaczało to, że przedmiot zamówienia musiał być typowy i musiał nadawać się do jednoznacznego zdefiniowania (określenia) jakościowego.

się, że ten rygoryzm ustawowy w przypadku licytacji elektronicznej jest pozbawiony racji prawnych. Ale i nawet wówczas, gdy tylko w formie elektronicznej przeprowadzony zostanie sam etap licytacji, a wszystkie inne dokumenty będą dostarczane w formie tradycyjnej, nie przeczy to istocie i naturze licytacji elektronicznej jako trybu udzielania zamówień publicznych.

Przekazując dokumenty lub inne informacje drogą elektroniczną, należy pamiętać, że każda ze stron na żądanie drugiej ma obowiązek niezwłocznego potwierdzenia faktu ich otrzymania. Przy czym wymóg potwierdzenia spełnia każde oświadczenie lub zachowanie, o ile w sposób dostateczny informuje o doręczeniu wiadomości. Jeżeli nadawca uzależnia skuteczność przesłanej informacji (oświadczenia, wniosku itp.) od otrzymania potwierdzenia, staje się ona skuteczna dopiero z chwilą otrzymania przez niego potwierdzenia doręczenia. Niezależenie od rodzaju potwierdzanych informacji oraz rodzaju podejmowanych czynności, zawsze w myśl art. 14 PzpU znajdować będą zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej.

Licytacja elektroniczna może być zorganizowana jako jednoetapowa albo wieloetapowa. W toku danego etapu zamawiający na bieżąco informuje wykonawców o pozycji złożonych przez nich ofert oraz o liczbie wykonawców biorących udział w danym etapie licytacji elektronicznej i cenach złożonych przez nich ofert. Przy czym do chwili zamknięcia licytacji nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców. Uprawnieniem zamawiającego, jeżeli zastrzegł je sobie w ogłoszeniu jest, że może po zakończeniu danego etapu licytacji elektronicznej nie zakwalifikować do następnego etapu tych wykonawców, którzy nie złożyli nowych postąpień, informując ich o tym niezwłocznie.

Zamawiający zamyka licytację elektroniczną, bądź to w terminie określonym w ogłoszeniu, bądź to w przypadku, gdy w danym okresie nie zostaną zgłoszone nowe postąpienia. Choć zamawiający ma w tym zakresie swoistą swobodę w wyborze terminu zamknięcia licytacji, to w praktyce najlepszym rozwiązaniem jest jej zamkniecie wówczas, gdy we wskazanym czasie nie zostanie dokonane kolejne postąpienie (złożenie korzystniejszej oferty). Po zamknięciu licytacji elektronicznej zamawiający podaje pod wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano.

Tryb licytacji elektronicznej jest trybem konkurencyjnym do którego mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, z wyjątkiem przepisów odnoszących się wyłącznie do innych trybów oraz z wyjątkiem przepisów regulujących kwestie nie związane z licytacją elektroniczną oraz wyłączonych z stosowania, o których mówi art. 81 PzpU (tj. przepisów dotyczących SIWZ oraz wyboru oferty najkorzystniejszej).

7. DYNAMICZNY SYSTEM ZAKUPÓW

Przez dynamiczny system zakupów należy rozumieć ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są dostawy lub usługi powszechnie dostępne.

Dynamiczny system zakupów nie jest trybem, lecz sposobem wielokrotnego udzielania zamówienia publicznego w ramach przetargu nieograniczonego. Polega on na „wstępnym kwalifikowaniu wykonawców (na podstawie złożonych ofert orientacyjnych), spośród których w okresie trwania dynamicznego systemu zakupów wyłania się wykonawców konkretnych zamówień, objętych tym systemem"[120].

W celu dopuszczenia do udziału w dynamicznym systemie zakupów, wykonawcy składają oferty orientacyjne wraz z oświadczeniem o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, również te dokumenty. Celem składanych ofert orientacyjnych jest stworzenie listy wykonawców zainteresowanych realizacją zamówień objętych systemem. Dlatego oferta orientacyjna może być w każdym czasie uaktualniona poprzez złożenie nowej oferty orientacyjnej, która nie musi już zawierać oświadczeń i dokumentów na okoliczność spełnienia warunków udziału w systemie[121].

Zamawiający zamierzając udzielić zamówienia objętego systemem, zamieszcza na stronie internetowej uproszczone ogłoszenie o zamówieniu, w celu umożliwienia złożenia oferty orientacyjnej wykonawcom, którzy do systemu jeszcze nie przystąpili. Niezwłocznie po zakończeniu oceny ofert orientacyjnych zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów, zapraszając do składania ofert wszystkich wykonawców dopuszczonych do tego systemu. Przy czym oferta ostateczna składana przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów nie może być mniej korzystna od oferty orientacyjnej.

W postępowaniu prowadzonym w celu ustanowienia dynamicznego systemu zakupów oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów zamawiający i wykonawcy przekazują oświadczenia, dokumenty, wnioski, zawiadomienia, zaproszenia i inne informacje drogą elektroniczną, a oferty składa się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

8. KLASYFIKACJA UMÓW ZWIERANYCH *ON-LINE*

Ze względu na fakt, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby umowy w sprawach zamówień publicznych były zawierane w formie elektronicznej jedną z istotnych kwestii w tym zakresie jest klasyfikacja umów zawieranych *on-line*. Zakwalifikowanie umowy do danej kategorii może wiązać się z odmiennymi skutkami prawnymi, dotyczącymi w szczególności sfery odpowiedzialności stron oraz przedawnienia roszczeń. Stąd ze względu na miejsce wykonania, umowy dzielimy na:

a) umowy, których zawarcie następuje w formie elektronicznej, natomiast wykonanie następuje w formie tradycyjnej,

---

120 E. Gnatowska, *Dynamiczny system zakupów*, Gazeta Prawna Nr 100/2006, dodatek Urząd i Finanse, s. A7.

121 J. Ignaczewski, *Dynamiczny system zakupów*, Gazeta Prawna Nr 63/2006, s. 28.

b) umowy, których zawarcie i wykonanie następuje w formie elektronicznej (umowy te są zazwyczaj umowami rezultatu)[122].

Z powyższym podziałem koreluje podział mający za kryterium rodzaj dóbr będących przedmiotem umowy. Stąd umowy dzieli się na[123]:

a) umowy, których przedmiotem są dobra cyfrowe (przedmiotem takich umów jest w szczególności nabycie programu komputerowego /licencji/ oraz wszelkiego rodzaju informacji /e-prasa/),

b) umowy, których przedmiotem są dobra materialne (np.: zakup programu *off-line*),

c) umowy, których przedmiotem są usługi cyfrowe /np.: usługi finansowe, bankowe/.

Innym spotykanym w literaturze podziałem umów z punktu widzenia przedmiotu umowy, jest podział na[124]:

a) umowy *on-line* typowe — umowy, których przedmiotem są specyficzne usługi dostarczane tylko i wyłącznie *on-line*,

b) umowy *on-line* atypowe — umowy, które mają cechy (elementy) tradycyjnego kontraktu, lecz realizowanego za pośrednictwem Internetu.

Każda umowa o zamówienie publiczne, w tym także umowy zawierane *on-line* są „skonsumowaniem" procedury o udzielenie zamówienia publicznego. W Internecie poza umowami, które niczym nie różnią się od zawieranych umów w sposób tradycyjny, zawierane są umowy, szczególnie oddające charakter elektronicznego obrotu cywilnoprawnego oraz umowy wobec internetowej działalności służebne, takie jak zakup domeny internetowej czy stworzenie strony WWW[125]. Najczęściej przedmiotem umów zawieranych *on-line* są przede wszystkim: zakup informacji, udostępnianie baz danych, świadczenie usług poczty elektronicznej, sprzedaż lub dzierżawa oprogramowania instalowanego *on-line* czy też dzierżawa sprzętu komputerowego (np. usługi ASP[126]).

Typowymi umowami, których zawarcie i wykonanie następuje *on-line* są umowy *web wrap*, tj. umowy, których warunki zamieszczone są w postaci elektronicznej na stronie WWW

---

122 P. Turek, *Zawieranie umowy w drodze elektronicznej, w trybie ofertowym, według kodeksu cywilnego*, http://www.vagla.pl

123 A. Stosio, *Umowy* ..., s. 213.

124 J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 89.

125 R. Golat, *Internet* ..., s. 76–80.

126 ASP (*Application Service Providerzy*) to przedsiębiorcy, którzy poprzez Internet udostępniają kompleksowe rozwiązania koordynujące działalność organizacji, w szczególności oprogramowanie wspomagające zarządzanie.
Główne zalety systemu ASP to przede wszystkim: dostęp do profesjonalnych aplikacji wspomagających zarządzanie organizacją; obsługa baz danych służących przechowywaniu danych i ich udostępnianiu użytkownikom końcowym; ochrona danych (m.in. poprzez efektywną kontrolę dostępu, uwierzytelnianie, szyfrowanie itp.); oszczędności (nie ma potrzeby inwestowania w tworzenie własnej infrastruktury informatycznej).
M. Nowakowski, *Technologie informacyjne w organizacjach wirtualnych*, s. 138–139 [w:] A. Łapińska (red.), E. Wędrowska (red.), *Informacja w społeczeństwie XXI wieku*, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Olsztyn 2004.

usługodawcy (sprzedawcy) dóbr cyfrowych. Do zawarcia umowy *web wrap* dochodzi poprzez wyrażenie zgody na warunki umowy przed podjęciem kolejnego kroku, np. zainstalowania oprogramowania[127]. Umowami które choć są zawierane *on-line*, to *de facto* przedmiot zamówienia jest dostarczany tradycyjnymi kanałami dystrybucji (np. poczta, kurier) są umowy *shrink wrap* oraz *click wrap*. Umowy *shrink wrap* („umowa dołączona do opakowania") to umowy, których treść znajduje się w tym samym opakowaniu co sprzedawane dobro (np. oprogramowanie), a do zawarcia umowy wystarczy rozerwanie przez kupującego opakowania[128]. Natomiast umowy *click wrap*, to umowy których warunki pojawiają się podczas podjęcia zamiaru skorzystania z danego dobra (np. instalacji oprogramowania dostarczonego fizycznie na CD/DVD), i wymagają od kupującego wyrażenia zgody na warunki jego użytkowania[129].

Zakończenie

Choć istniejące rozwiązania prawne w zakresie udzielania zamówień publicznych w formie elektronicznej są korzystne zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców, m.in. ze względu na szybkość postępowania i dużą elastyczność procedur, to jednak nadal głównymi mankamentami są bariery techniczno-organizacyjne oraz obawa zamawiających związana z korzystaniem z nowych technologii, zwłaszcza w kontekście właściwego zastosowania obowiązujących regulacji prawnych, które rodzą liczne wątpliwości prawne. Stąd z uwagi na fakt, że prawo wspólnotowe, prawie we wszystkich aspektach elektronicznego obrotu stanowi wzorzec dla przyjętych szczegółowych rozwiązań w polskich regulacjach prawnych, przy ich interpretacji niejednokrotnie należy sięgać do tego unijnego pierwowzoru, umożliwiającego bardziej jednoznaczną wykładnię.

Wykorzystywanie technik i technologii teleinformatycznych i telekomunikacyjnych w procedurze udzielania zamówień publicznych:

— przyspiesza przekaz różnego rodzaju informacji, w tym dokumentów,

— wpływa na redukcję kosztów związanych z obsługą zamówień publicznych, w tym efektywniejsze wykorzystanie zasobów ludzkich,

— umożliwia łatwiejsze archiwizowanie i odtwarzanie dokumentów elektronicznych,

— w szczególności w odniesieniu do dóbr i usług cyfrowych następuje likwidacja bariery geograficznej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Dlatego należy propagować stosowanie elektronicznych procedur, gdyż niewątpliwie sięganie do nich przyczyni się do usprawnienia i przyspieszenia procesu udzielania zamówień publicznych oraz wzrostu konkurencyjności cen ofert[130]. Ich stosowanie jest pożądane, a wręcz nieodzowne, gdy przedmiotem zamówienia są dobra cyfrowe.

---

127 A. Krochmal-Węgrzyn, *Umowa licencyjna a internet*, Przegląd Prawa Handlowego Nr 6/2004, s. 51–52.

128 A. Krochmal-Węgrzyn, *Umowa licencyjna ...*, s. 46–51; W. J. Kocot, *Wpływ Internetu ...*, s. 234–242.

129 A. Krochmal-Węgrzyn, *Umowa licencyjna ...*, s. 46–51; W. J. Kocot, *Wpływ Internetu ...*, s. 234–242.

130 E. Grączewska-Ivanova, *E-przetargi mogą zdynamizować gospodarkę*, Gazeta Prawna Nr 222/2007, s. 5.

Stąd postulat, nie o zmianę czy dostosowanie istniejących przepisów prawnych, celem wymuszenia stosowania tych rozwiązań przez zamawiających, lecz postulat promowania „dobrych praktyk" z zakresu elektronicznych zamówień publicznych, np. poprzez portal Urzędu Zamówień Publicznych.

RACJONALNY DOBÓR KRYTERIÓW OCENY OFERT W ŚWIETLE ART. 53 DYREKTYWY 2004/18/WE

mgr Agnieszka Kurowska
Instytut Zamówień Publicznych
Doktorant Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

Wprowadzenie

Celem wspólnotowych regulacji odnoszących się do zamówień publicznych jest zapewnienie efektywnej konkurencji poprzez realizację zasady równego traktowania wszystkich wykonawców oraz otwarcie rynków zamówień publicznych poszczególnych państw członkowskich. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 2004 Nr 134, ze zm.) w punkcie 2 preambuły wskazuje, iż udzielanie zamówień publicznych podlega poszanowaniu zasad Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.

Kryteria oceny ofert w regulacjach prawnych

Prawo wspólnotowe

Artykuł 53 dyrektywy 2004/18/WE przewiduje, że kryteriami, na podstawie których instytucje zamawiające udzielają zamówień publicznych, są:

a) oferta najkorzystniejsza ekonomicznie;

lub

b) wyłącznie najniższa cena.

Jeżeli chodzi o kryterium najniższej ceny, zamawiający zobowiązani są oceniać całkowitą cenę oferty, łącznie z wartością podatku od towarów i usług, innych obligatoryjnych podatków i opłat.

W przypadku gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, dyrektywa 2004/18/WE wskazuje przykładowe rodzaje kryteriów, w szczególności jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji. Katalog ten nie jest zamknięty. Istotne jest nadto, że wszystkie wskazane przykładowo kryteria winny odnosić się do danego zamówienia publicznego.

Wytyczne w zakresie zasad ustalania kryteriów oceny ofert znajdujemy w samej dyrektywie. W punkcie 46 preambuły zapisane zostały zasady:

„Aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, należy wprowadzić — ustanowiony przez orzecznictwo — obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości, umożliwiający uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i ustaleń, które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. Obowiązkiem instytucji zamawiających jest określenie kryteriów udzielania zamówień wraz z przypisaną poszczególnym kryteriom wagą w odpowiednim czasie umożliwiającym oferentom wzięcie ich pod uwagę podczas sporządzania ofert. (...)

W przypadku gdy instytucje zamawiające udzielają zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, dokonują one oceny ofert w celu wyłonienia oferty prezentującej najlepszą relację jakości do ceny. W tym celu określają one kryteria ekonomiczne i jakościowe, które potraktowane łącznie muszą umożliwić wyłonienie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty dla instytucji zamawiającej. Określenie tych kryteriów uzależnione jest od przedmiotu zamówienia, gdyż muszą one umożliwić ocenę poziomu wykonania przedstawionego w każdej ofercie w świetle przedmiotu zamówienia, zdefiniowanego w specyfikacjach technicznych, oraz na ocenę relacji jakości do ceny każdej z ofert.

W celu zagwarantowania równego traktowania kryteria udzielania zamówień powinny umożliwiać obiektywne porównanie i ocenę ofert. Jeżeli warunki te zostaną spełnione, ekonomiczne i jakościowe kryteria udzielania zamówień, takie jak spełnienie wymagań dotyczących środowiska, mogą umożliwić instytucji zamawiającej zaspokojenie potrzeb danych odbiorców publicznych, określonych w specyfikacji zamówienia. Na tych samych warunkach instytucja zamawiająca może stosować kryteria mające na celu spełnienie wymagań społecznych w odpowiedzi na określone w specyfikacjach zamówienia, potrzeby grup ludzi znajdujących się w szczególnie niekorzystnej sytuacji, do których należą odbiorcy robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia.

Kryteria oceny ofert w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

Poszczególne Państwa Członkowskie, dokonując implementacji dyrektywy, wprowadziły dwa typy kryteriów oceny ofert: ofertę z najniższą ceną oraz ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie. Wyjątek stanowią Niemcy, gdzie w Ustawie przeciwko ograniczeniom nieuczciwej konkurencji (GWB) w § 97 ust. 5 wprowadzono zakaz stosowania kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert. Wskazać należy przy tym, że wprowadzenie do regulacji ustawowej możliwości stosowania dwóch typów kryterium nie gwarantuje zachowania równej proporcji pomiędzy nimi. Jako przykład można podać Estonię, w której prawo krajowe przewiduje możliwość wyboru kryteriów udzielenia zamówienia od najniższej ceny do oferty najbardziej ekonomicznie korzystnej. Obserwacja działań zamawiających w Estonii wskazuje jednakże, iż zaznacza się wyraźna tendencja kierowania się przy udzielaniu zamówień kryterium najniższej ceny.

Podobną tendencję obserwuje się w Polsce. Uchwalona w dniu 29 stycznia 2004 r. ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje, iż instytucja zamawiająca winna wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przez ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący — ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Artykuł 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadza następujące kryteria oceny ofert:

a) cena;

albo

b) cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

Cena zawsze musi być jednym, choć nie jedynym, kryterium oceny ofert. Zamawiający uprawniony jest określić inne kryteria oceny ofert, które winny dotyczyć przedmiotu zamówienia. Przy tym waga kryterium ceny nie musi być największa. Zamawiający dobierając kryteria oceny ofert i ustalając ich wagę powinien kierować się przesłanką uzyskania oferty realizacji zamówienia w najwyższym stopniu zaspokajającej potrzeby zamawiającego. Kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym oraz musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej[131].

Kryterium stosowanym w przeważającej większości postępowań jest kryterium najniższej ceny. Z danych zawartych w sprawozdaniu z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2008 roku, przygotowanym i opublikowanym przez Urząd Zamówień Publicznych w maju 2009 r.[132], wynika, że w 95,8% udzielonych zamówień o wartościach poniżej progów unijnych, zamawiający dokonywali wyboru oferty najtańszej (w roku 2007 — 95,2%, w latach 2006–2005 — 93%). W 89% wszczętych postępowań o wartościach poniżej progów obligujących do publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, cena była jedynym kryterium wyboru oferty.

Katalog pozacenowych kryteriów oceny ofert, zamieszczony w art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wymienia w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Praktyka — w szczególności orzecznicza — pokazuje jednak, że stosowanie tych kryteriów przez zamawiający wzbudza szereg kontrowersji i zastrzeżeń wykonawców.

---

131 Zob. wyrok zespołu arbitrów z 8.06.2006 r. sygn. UZP/ZO/0-1606/06.

132 Źródło: www.uzp.gov.pl

Zamawiający może wymagać od potencjalnych wykonawców dostawy urządzenia o oczekiwanych przez siebie właściwościach uzasadnionych technologicznie, nawet jeśli pociągnie to za sobą zwiększenie kosztu realizacji zamówienia. Ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje ingerencję dopiero w wypadku, gdyby opis przedmiotu zamówienia, albo ustalone kryteria oceny ofert, naruszały zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. (...) Zamawiający może preferować, poprzez odpowiednie ustalenie kryteriów oceny ofert, określone rozwiązania techniczno-technologiczne, które w jego ocenie są rozwiązaniami lepszym, przykładowo zapewniającymi mu mniejszą uciążliwość i mniejszą awaryjność nabywanego sprzętu[133].

Zamawiający, wprowadzając cenę składającą się z dwóch elementów powinien, dla znalezienia najkorzystniejszej oferty, elementy te zsumować. Nadanie każdemu z tych elementów w SIWZ wagi punktowej spowodowało, że wybór najkorzystniejszej oferty, którą powinna być oferta z najniższą ceną, jest sprzeczny z definicją najkorzystniejszej oferty zawartą w ustawie. Powoduje to, że SIWZ jest wewnętrznie sprzeczna i wybór oferty na jej podstawie prowadziłby w efekcie do nieważności zawartej umowy[134].

Ustalenie kryteriów oceny ofert, w ten sposób, że będą to: wielkość rabatu od ceny biletu lotniczego — 80% oraz wielkość rabatu od opłaty za wystawienie biletu lotniczego — 20%, rażąco narusza przepis art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w ten sposób nie żąda podania ceny usługi będącej przedmiotem postępowania, a jedynie wskazania wysokości rabatu. Przy tak skonstruowanych kryteriach oceny ofert zamawiający dopuszcza do sytuacji, w której wykonawcy dowolnie określają wysokość opłaty transakcyjnej i w ten sposób dowolnie decydują o wysokości rabatu i proponowanej usługi. Czyni to oferty nieporównywalnymi, skoro każdy z wykonawców może zaproponować dowolną opłatę, na dowolnie wybrany środek lokomocji, w dowolne miejsce na świecie, w dowolnej klasie proponowanego środka lokomocji[135].

Jednocześnie w orzecznictwie wskazuje się na swobodę zamawiającego w wyborze kryteriów oceny ofert, ograniczoną jedynie granicami wynikającymi z zasad udzielania zamówień publicznych oraz faktycznych potrzeb zamawiającego. Jako przykład przytoczyć można stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4.07.2008 r. sygn. KIO/UZO 619/08, iż *„ustalenie kryteriów oceny ofert należy do zamawiającego. Zamawiający może określić własny katalog kryteriów oceny ofert, nie mogą one jednak być dowolne i uznaniowe, ani dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody w arbitralnym wyborze oferty. Kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby subiektywne odczucia i preferencje oceniającego pozostawały bez wpływu na ocenę*." Podobnie, aczkolwiek bardziej liberalnie, wypowiedział się zespół arbitrów, wskazując, że *„nie można pozbawić zamawiającego możliwości określenia kryteriów oceny ofert w sposób wskazujący na najbardziej oczekiwane i korzystne dla niego rozwiązanie. Istnieją sytuacje w których uzasadnionym jest preferowanie przez zamawiającego konkretnych rozwiązań*[136]".

---

133 Wyrok zespołu arbitrów z 7.09.2006 r. sygn. UZP/ZO/0-2425/06.

134 Wyrok zespołu arbitrów z 1.08.2006 r. sygn. UZP/ZO/0-2186/06.

135 Wyrok zespołu arbitrów z 24.03.2006 r. sygn. UZP/ZO/0-819/06.

136 Wyrok z 8.06.2006 r. sygn. UZP/ZO/0-1606/06.

Wybór kryteriów oceny ofert w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie sformułował następujące warunki, dotyczące wyboru kryteriów oceny ofert[137]:

- zamawiający ma swobodę (acz nie nieograniczoną) doboru kryteriów oceny ofert, nie jest związany przykładami zamieszczonymi w dyrektywie;
- kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (towarów) (np. dla dużych firm);
- przyjęte przez zamawiającego kryteria nie muszą koniecznie odnosić się wyłącznie do bezpośrednio ekonomicznie wymiernych (finansowych) aspektów ofert, pod warunkiem jednak, że:
  - — są związane z przedmiotem zamówienia,
  - — nie przyznają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty (nie zakładają arbitralnego wyboru),
  - — są wskazane w dokumentacji przetargowej i w ogłoszeniu o przetargu,
  - — są zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji;
- zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów;
- każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia (być z nim związane);
- jeżeli w toku procedury odwoławczej któreś z kryteriów zostaje uchylone jako bezprawne, to złożone oferty nie mogą być ocenianie tylko pod względem pozostałych kryteriów i całość procedury musi być unieważniona.

Gwoli przykładu można wskazać następujące orzeczenia:

➡ W uzasadnieniu wyroku z dnia 4.12.2003 r. w sprawie C-488/01 EVN AG i Wienstrom GmbH przeciwko Republice Austrii czytamy, iż kryteria oceny ofert wymienione w dyrektywach mają wyłącznie charakter przykładowy, zamawiający może przyjąć również inne kryteria dla wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia, oraz powinny gwarantować zasadę równego traktowania. Zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyję-

[137] Za: M. Lemke, D. Piasta: Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 r. do 2005 r., Warszawa 2006, s. 49 i 50).

tych kryteriów. Odnośnie każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej) w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie w tym zakresie[138].

➡ W wyroku wydanym dnia 7.10.2004 r. w sprawie C-247/02 Sintesi, Trybunał uznał, iż sprzeczne z dyrektywą są przepisy krajowe, które w sposób abstrakcyjny i generalny nakładają na instytucje zamawiające obowiązek stosowania wyłącznie jednego kryterium, jakim jest kryterium najniższej ceny[139]. W istocie tego typu przepisy pozbawiają instytucje zamawiające możliwości wzięcia pod uwagę charakteru i cech szczególnych danych zamówień w sposób indywidualny oraz ustanowienia dla każdego z nich kryterium najwłaściwszego dla zapewnienia wolnej konkurencji i zagwarantowania w ten sposób wyboru najlepszej oferty.

➡ W sprawie C-31/87 Beentjes Trybunał orzekł, że jeśli chodzi o kryteria udzielania zamówień, art. 29 ust. 1 [dyrektywy 71/305/EWG z dnia 26.07.1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane — przyp. autora] przewiduje, że zamawiający powinni opierać swoją decyzję albo wyłącznie na najniższej cenie, albo, gdy udziela się zamówienia wykonawcy składającemu ofertę najbardziej korzystną pod względem ekonomicznym, na różnych kryteriach związanych z umową: np. cena, czas wykonania, koszty bieżące, zyskowność, parametry techniczne. Pomimo tego, że druga możliwość pozostawia do uznania zamawiających wybór kryteriów, na podstawie których udzielają oni zamówienia, ich wybór jest ograniczony do kryteriów pozwalających na określenie, która oferta jest najbardziej korzystna pod względem ekonomicznym. W rzeczywistości art. 29 ust. 4 traktuje, jedynie jako wyjątek, możliwość udzielenia zamówienia w oparciu o kryteria innej natury „w ramach zasad, których celem jest udzielenie preferencji wobec niektórych oferentów na zasadzie pomocy, pod warunkiem, że przywołane zasady będą w zgodzie z Traktatem, a w szczególności art. 92 i następnymi".

➡ W wyroku w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland (wyrok z dnia 17.09.2002 r.) Trybunał wskazał, że przyjęte przez zamawiającego kryteria nie muszą koniecznie odnosić się wyłącznie do bezpośrednio ekonomicznie wymiernych (finansowych) aspektów ofert, pod warunkiem jednak, że:

— są związane z przedmiotem zamówienia,

— nie przyznają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty (nie zakładają arbitralnego wyboru),

— są wskazane w dokumentacji przetargowej i w ogłoszeniu o przetargu,

— są zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji.

---

138 Podobnie w wyroku w sprawie C-31/87 Beentjes, gdzie ETS stwierdził, że przepis [krajowy] nie jest niezgody z dyrektywą, jeśli będzie on interpretowany, jako dający zamawiającym swobodę działania przy porównywaniu różnych ofert oraz wyboru najbardziej korzystnej na podstawie obiektywnych kryteriów takich jak te wymienione przykładowo w art. 29 ust. 2 dyrektywy.

139 W odniesieniu do interpretacji art. 30 ust. 1 dyrektywy Rady 93/37 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.

- W wyroku z dnia 28.03.1985 r. w sprawie 274/83 Komisja Europejska przeciw Republice Włoch, Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyjaśnił, iż niedopuszczalne jest stosowanie kryterium udzielania zamówienia osobie składającej „ofertę, która jest równa lub najbliższa średniej ofercie". Nieprawidłowy jest zatem argument Rządu Włoskiego, że kryterium udzielania zamówienia osobie składającej „ofertę, która jest równa lub najbliższa średniej ofercie", służy ustaleniu "najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty" w rozumieniu art. 29 dyrektywy [dyrektywa 71/305/EWG z dnia 26.07.1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane — przyp. autora]. W celu wyłonienia najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty podmiot podejmujący decyzję musi mieć swobodę działania, gdy podejmuje decyzję na podstawie kryteriów jakościowych i ilościowych, które zmieniają się zależnie od zamówienia, a zatem nie może polegać wyłącznie na ilościowym kryterium średniej ceny. Należy więc stwierdzić, iż art. 10 ust. 1, punkt pierwszy Ustawy 741 nie jest zgodny z dyrektywą 71/305 o tyle, że zawiera kryterium udzielania zamówień, które nie zostało przewidziane w art. 29 ust. 1 tej dyrektywy.

- W wyroku w sprawie C-234/03 Contse, wydanym dnia 27.10.2005 r., Europejski Trybunał Sprawiedliwości odniósł się do poprawności pozaekonomicznych kryteriów oceny ofert, odnoszących się do „lokalnej obecności" wykonawcy. W wydanym orzeczeniu Trybunał stwierdził, że art. 49 WE sprzeciwia się temu, aby instytucja zamawiająca zawarła w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych terapii oddechowej w miejscu zamieszkania i innych wspomagających technik oddechowych, po pierwsze, przesłanki dopuszczenia, która zobowiązuje przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili składania oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, w której mają być świadczone te usługi, i po drugie, kryteriów oceny ofert, które uwzględniają, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkcyjnych produkujących tlen, uzdatniających i napełniających butle tlenem, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji lub biur dostępnych dla klientów w innych miejscowościach tam określonych, oraz temu, aby w przypadku równej ilości punktów pomiędzy kilkoma ofertami, i które w przypadku otrzymania równej ilości punktów przez więcej ofert faworyzują przedsiębiorstwo, które wcześniej świadczyło daną usługę, w zakresie, w jakim kryteria te stosowane są w sposób dyskryminujący, nie są uzasadnione względami interesu publicznego, nie są odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą lub wykraczają poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia, które to okoliczności powinny zostać zbadane przez sąd krajowy.

Kryteria oceny ofert a innowacyjność zamówień publicznych

W komunikacie dotyczącym szeroko zakrojonej strategii innowacyjnej dla UE[140] podkreślono znaczenie zamówień publicznych dla wzmocnienia potencjału innowacyjnego Unii Europejskiej przy jednoczesnej poprawie jakości i wydajności usług publicznych.

Instytucje publiczne stają przed ważnymi wyzwaniami społecznymi, w szczególności zapewnieniem wysokiej jakości opieki zdrowotnej, świadczonej po rozsądnych cenach

[140] Opublikowany COM (2006) 502.

w celu zaradzenia skutkom starzenia się społeczeństw, walką ze zmianami klimatycznymi, poprawą efektywności energetycznej, zapewnieniem wyższej jakości i lepszego dostępu do edukacji oraz efektywnym zajmowanie się zagrożeniami w zakresie bezpieczeństwa. Jak informuje Komisja Europejska w jednym z licznych komunikatów do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów[141], *„podejmowanie takich wyzwań może wymagać nowych i lepszych rozwiązań. Trzeba będzie dysponować nowym sprzętem m.in. po to, aby prowadzić przełomowe badania medyczne, dokonywać wczesnej diagnozy chorób i znajdować nowe metody leczenia, ograniczać zużycie energii w budynkach i transporcie publicznym, chronić obywateli przed zagrożeniami bez naruszania ich prywatności*."

W przewodniku[142] na temat wykorzystania dostępnych innowacyjnych produktów, robót budowlanych i usług w sektorze publicznym wskazano dziesięć elementów dobrych praktyk w celu promowania potencjału zamówień publicznych dla stymulowania innowacyjności. Jednym ze wskazanych elementów jest przywiązywanie większej wagi do opłacalności niż do ceny. W ramach przywołanej dobrej praktyki postuluje się stworzenie większych możliwości stosowania rozwiązań ukierunkowanych na jakość dzięki opcji udzielania zamówień na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Jak czytamy w przewodniku, *„dyrektywy dotyczące zamówień publicznych przewidują możliwość udzielania zamówień albo na podstawie najniższej ceny, albo oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Ta druga opcja pozwala instytucjom zamawiającym uwzględnić różne elementy związane z przedmiotem zamówienia, jak np. jakość, wartość techniczna, właściwości funkcjonalne, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, itp. Dzięki temu instytucje zamawiające mają możliwość oceny nie tylko bezpośrednich kosztów zakupu, ale również kosztów ponoszonych podczas całego okresu użytkowania. To z kolei stanowi zachętę dla wykonawców do zapewnienia realnej wartości dodanej dla instytucji zamawiającej i ma pozytywny wpływ na innowacyjność, zachęcając ich do opracowywania lepszych i trwałych produktów."*

Wyniki badań statystycznych wskazują, że sektor zamówień publicznych jest ważny dla gospodarki danego państwa, jak również dla gospodarki Unii Europejskiej oraz w jak dużym stopniu może on oddziaływać na procesy zachodzące w gospodarkach. Obecnie uważa się, że rynek zamówień publicznych w Polsce osiągnął wystarczający rozmiar i jest na tyle rozwinięty, by miał istotny wpływ między innymi na innowacyjność gospodarki dzięki zamawianiu produktów czy zlecaniu robót lub usług o odpowiednich parametrach technicznych, użytkowych czy funkcjonalnych. W tym celu niezbędne jest tworzenie nowoczesnego systemu zamówień publicznych, bez nadmiernych obciążeń regulacyjnych, który promować będzie rozwiązania innowacyjne i ekologiczne. Wykonawcy powinni mieć możliwość przedstawiania nowych, efektywnych rozwiązań w odpowiedzi na wymagania zamawiających, opisane w sposób funkcjonalny. Należy odejść od praktyki ustalania kryteriów oceny ofert, gdzie aktualnie jednym z głównych, jeśli nie jedynym kryterium wyboru ofert jest cena.

Racjonalny wybór kryteriów oceny ofert

Wybór kryteriów oceny ofert winien być uzależniony jest od przedmiotu zamówienia, jego rodzaju, złożoności oraz specyfiki. Kryterium najniższej ceny daje dużą pewność

---

[141] Komunikat dotyczący zamówień przedkomercyjnych: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie, SEC (2007) 1668.

[142] Opublikowany SEC (2007) 280.

szybkiego przeprowadzenia procesu oceny ofert oraz przejrzystość podjętej przez zamawiającego decyzji. Nie wydaje się jednak właściwe do wszystkich typów i rodzajów zamówień. Przy zamówieniach obejmujących złożony, bardziej skomplikowany przedmiot, istotne znaczenie obok ceny będą miały również inne kryteria. Przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie cena nie musi być najważniejszym kryterium. W wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający winien wybrać ofertę najlepiej zaspokajającą potrzeby zamawiającego. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16.06.2003 r. sygn. akt V Ca 1213/02, cyt.: *„przetarg organizowany jest w celu wyboru oferty najkorzystniejszej dla użytkownika, a nie najlepszej w świetle jakichś obiektywnych kryteriów"*. Stanowisko to wpisuje się w wykładnię przepisów dyrektywy 2004/18/WE, wskazującą iż kryteria wyboru oferty ekonomicznie najkorzystniejszej powinny doprowadzić do udzielenia zamówienia, które najlepiej zaspokoi wymagania zamawiającego[143].

Interpretując i stosując regulacje dotyczące zamówień publicznych należy uwzględniać nakaz tzw. pro-wspólnotowej wykładni, wynikający z art. 10 Traktatu, a także orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, polegającej na takiej interpretacji prawa krajowego w świetle treści i celu dyrektywy, aby osiągnąć rezultat w niej zamierzony. Nakaz ten ciąży na wszystkich organach państw członkowskich, włączając w to sądy. Jest to również konsekwencją przyjętego przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości pierwszeństwa prawa wspólnotowego nad prawem krajowym. Dokonywana przez sąd krajowy wykładnia przepisów służących implementacji dyrektywy powinna być zgodna z tą dyrektywą. Oznacza to, że organy sądowe powinny domniemywać, że państwo członkowskie miało zamiar pełnej implementacji dyrektywy[144].

Stosując nakaz wykładni pro-wspólnotowej w odniesieniu do regulacji dotyczącej kryteriów oceny ofert należy posiłkować się postanowieniami preambuły dyrektywy 2004/18/WE. W punkcie 5 preambuły wpisano, iż dyrektywa wyjaśnia, w jaki sposób instytucje zamawiające mogą przyczynić się do ochrony środowiska oraz promowania zrównoważonego rozwoju, zapewniając jednocześnie możliwość uzyskania zamówień o najkorzystniejszej relacji jakości do ceny (zgodnie z art. 6 Traktatu wymogi ochrony środowiska powinny być włączane w określanie i wdrażanie wspólnotowych polityk i działań, o których mowa w art. 3 Traktatu, w szczególności w celu promowania zrównoważonego rozwoju). Dalej, w punkcie 6 preambuły wskazano, że żaden z przepisów dyrektywy nie powinien stanowić przeszkody dla wprowadzenia lub zastosowania środków niezbędnych dla ochrony porządku publicznego i moralności publicznej, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego, zdrowia ludzi i zwierząt, lub też ochrony roślin, w szczególności z punktu widzenia zrównoważonego rozwoju, pod warunkiem że środki te są zgodne z Traktatem.

Na zamawiającym spoczywa obowiązek uzyskania najlepszej oferty cenowej z zachowaniem, m.in. zasady gospodarności i celowości, gdyż instytucje zamawiające korzystają ze środków publicznych. Kierowanie się wyłącznie kryterium oferty z najniższą ceną niekoniecznie odnosi skutek w postaci wyboru najtańszego produktu lub usługi. Cena zakupu

---

143 Za: A. Sołtysińska: Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz., Wyd. Zakamycze 2006 r., s. 404.

144 Wykładnia taka nie może być niekorzystna dla jednostek; zob. M. Ahlt, M. Szpunar: Prawo europejskie, CH BECK, Wyd. 4.

danego rozwiązania nie wyczerpuje bowiem pojęcia kosztów związanych z realizacją zamówienia. Biorąc przykładowo pod uwagę koszty eksploatacji lub wpływ danego produktu czy usługi na środowisko, niska cena zakupu powodować może konieczność poniesienia wysokich kosztów w okresie korzystania z produktu bądź realizacji usługi. Tymczasem promowanie rozwiązań pro-ekologicznych i innowacyjnych, poprzez między innymi ustalanie pozacenowych kryteriów oceny ofert, pozwala na efektywne rozłożenie kosztów w czasie, a w konsekwencji zapewnia oszczędność zakupionego rozwiązania.

Szeroko zakrojona strategia innowacyjna dla Europy[145], prezentuje stanowisko, wedle którego kluczową rolę w promocji idei zamówień publicznych wspierających innowacje odgrywa sektor publiczny rozumiany jako inteligentny klient. Administracja publiczna powinna dawać dobry przykład i promować realizację najbardziej efektywnych projektów (zasada best value for money), co często wcale nie oznacza, że chodzi o oferty najtańsze w chwili zakupu.

Analiza dokumentów i strategii Unii Europejskiej, związanych z promowaniem zamówień innowacyjnych, pozwala na wskazanie najczęściej postulowanych[146] przesłanek stojących u podstaw wyboru kryteriów oceny ofert, zapewniających racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi i osiąganie założonych rezultatów, stymulujących rozwój:

➡ Redukcja kosztów eksploatacji w dłuższej perspektywie

Coraz częściej zwraca się uwagę na fakt, iż ewentualne zyski realizują się w perspektywie względnie długiego okresu realizacji zamówienia, co często wiąże się z dodatkowymi nakładami na pierwszym etapie wdrażania. Tzw. „innowacyjny produkt" często jest droższy od pozostałych, lecz w dłuższej perspektywie okazuje się generować mniejsze koszty. Okazją do wyboru realnie najkorzystniejszej oferty mogłoby być wzięcie pod uwagę innowacyjności przedmiotu zamówienia, ponieważ łączy się ona z dostrzeganiem kosztów eksploatacji oraz innych kosztów np. ochrony środowiska.

➡ Kreowanie rynków na nowe produkty i usługi

Innowacyjne zamówienia publiczne stanowią element kreowania rynków na nowe produkty i usługi. Zastosowanie ulepszonych procedur zamówień publicznych może pomóc we wprowadzeniu na rynek innowacyjnych produktów i usług, co sprawi, że rynek ten będzie konkurencyjny w stosunku do rynków pozaeuropejskich. Administracja publiczna wybierając w procedurze przetargowej odpowiednie produkty czy usługi, np. charakteryzujące się innowacyjnością, dawałaby tym samym pozytywny przykład, za którym poszliby inni, prywatni uczestnicy rynku. Takie sprzężenie zwrotne mogłoby jakościowo wpłynąć na wachlarz produktów i usług technicznie zaawansowanych, oferowanych na polskim rynku.

---

145 Komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Gospodarczo-Społecznego i Komitetu Regionów pt.: Wykorzystanie wiedzy w praktyce: szeroko zakrojona strategia innowacyjna dla UE, COM(2006) 502.

146 Za: Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój. Dokument opracowany przez Ministerstwo Gospodarki we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych, przyjęty na posiedzeniu Rady Ministrów w dniu 8.04.2008 r.

➡ Wzrost jakości proponowanych dostaw, usług i robót

Poprzez odpowiedni system oceny ofert zamawiający może promować, np. inwestycje w innowacyjne technologie, które w perspektywie przyczynią się do zwiększenia konkurencyjności przedsiębiorstw na światowym rynku, a co za tym idzie do zwiększenia konkurencyjności polskiej gospodarki. Właściwy dobór kryteriów oceny ofert w systemie zamówień publicznych jest pozytywnym bodźcem wpływającym na podniesienie jakości proponowanych usług czy towarów na rynku. Jednocześnie zwiększy się jakość produktów i usług publicznych na rynkach, na których sektor publiczny jest znaczącym nabywcą.

➡ Wartość dodana w postaci zastosowania eko-innowacji

Jednym z kluczowych aspektów uzyskiwania lepszej jakości produktów i usług publicznych jest promowanie metod produkcji wyrządzających mniejsze szkody środowisku, poprzez stosowane materiały, procesy produkcyjne, czy wykorzystanie i utylizację dóbr naturalnych.[147]

W odniesieniu do kryteriów związanych z ochroną środowiska wskazać należy, że włączanie kryteriów środowiskowych do zamówień publicznych może nie tylko wymuszać proekologiczne działania u dostawców produktów, stanowić dobry przykład, który uwiarygodni działania regulacyjne administracji w zakresie ochrony środowiska, lecz także przyczynia się do kształtowania pozytywnego wizerunku podmiotu realizującego zakupy, w szczególności dysponującego publicznymi środkami pieniężnymi.

Konkludując przedstawione propozycje pozacenowych kryteriów oceny ofert, promujących innowacyjność i racjonalne wydatkowanie środków publicznych, wskazać należy na obowiązek opisywania tych kryteriów w sposób jasny, precyzyjny, wyczerpujący, gwarantujący realizację podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych: zasady niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości.

---

[147] „Innowacje w Europie", Dyrekcja Generalna ds. Przedsiębiorstw i Przemysłu, Komisja Europejska, lipiec 2006.

PRZETARGOWY WYBÓR OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ NA TLE EUROPEJSKICH TENDENCJI ROZWOJOWYCH

dr hab. prof. UEK Ryszard Szostak

Uwagi ogólne

Według art. 28 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi[148] przy udzielaniu tych zamówień instytucje zamawiające stosują krajowe procedury dostosowane do celów dyrektywy: otwarte lub ograniczone, a w szczególnych okolicznościach także tryb dialogu konkurencyjnego lub negocjacji z ogłoszeniem bądź bez ogłoszenia. Oznacza to, że nadal w zamówieniach publicznych występuje prymat prawa krajowego. Przy zamówieniach trans granicznych obcy konkurenci muszą zatem dostosować się do „miejscowych" rozwiązań. Dlatego w świetle bezwzględnie wiążących przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[149] wybór prawa obcego został wykluczony[150] tym bardziej, że zgodnie z art. 139 ust. 1 w zakresie umów o zamówienie publiczne są właściwie przepisy kodeksu cywilnego. Rozwiązania obce mogą być dopuszczone in casu przez strony co najwyżej wycinkowo, w granicach swobody kontraktowej (art. 353^1 kc), nie przekreślonej przecież całkowicie bezwzględnie wiążącą lex specjalis. Wpływ prawa europejskiego na procedury jest ograniczony i zasadniczo pośredni (via dyrektywy). Obejmuje przede wszystkim podstawowe zasady udzielania zamówień, zwłaszcza równego traktowania i uczciwej konkurencji, przejrzystości i wzajemnego uznawania, zdeterminowanych prawem traktatowym. W pozostałym zakresie liczą się wspólnotowe reguły dotyczące ogłoszeń, konstruowania opisu przedmiotu zamówienia i szacowania jego wartości, terminów składania ofert, warunków wymaganych od konkurentów, komunikowania się z wykonawcami, kwalifikacji oferentów, kryteriów oceny ofert i środków odwoławczych. Różnice w zakresie rozwiązań proceduralnych stosowanych w poszczególnych krajach UE są znaczne, gdyż obejmują wiele dalszych elementów, zwłaszcza z zakresu podstawowej procedury przetargowej, w tym sposobu oceny ofert i znaczenia prawnego wyboru oferty najkorzystniejszej[151]. Pewne zbliżenie krajowych porządków prawnych nastąpi niewątpliwie na gruncie regulacji obrotu powszechnego, dotyczących stosunków przedkontraktowych, zwłaszcza co do wymogu równego traktowania konkurentów, informacji przedkontraktowej, znaczenia prawnego negocjacji przedumownych, konstrukcji

---

148 OJ L-134, p. 1, 30.04.2004, dalej „dyrektywa 2004/18. Por. też art. 1 pkt . 9 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (OJ L-134, p. 1, 30.04.2004).

149 Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, ze zm.

150 Nieco odmiennie W. Pfadt: Wybór prawa obcego w umowach dotyczących zamówień publicznych, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 2010, Nr 1, s. 31–32.

151 Por. R. Szostak: Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne — zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2005, s. 24 i in.

oferty i odpowiedzialności za culpae in contrahendo[152]. Problematykę przetargu i aukcji pominięto jednak w europejskich zasadach prawa kontraktowego; widocznie uznano, że z uwagi na drugoplanowe ich znaczenie w obrocie powszechnym oraz głębokie zróżnicowanie warunków proceduralnych ponadnarodowa ich regulacja byłaby przedwczesną. Wystarczyć musi możliwość sięgania do zasad ogólnych przy odpowiednim stosowaniu przepisów o ofercie.

Regulacja przetargu (aukcji) powszechnego zastosowania coraz częściej trafia do krajowego kodeksu cywilnego. Obok kodeksu polskiego wskazać tu trzeba przede wszystkim amerykański kodeks handlowy (§ 2 — 328), szwajcarskie prawo obligacyjne (art. 229 — 230), nowoczesną w swych rozwiązaniach estońską ustawę o zobowiązaniach z 2002 r. (§ 9 — 27), a także nowy kodeks węgierski z 2009 r. (art. 5:33 — 5:56)[153]. W starszych kodeksach tradycyjnie unormowano jedynie tryb ofertowy jako rozwiązanie wzorcowe, także dla innych procedur. O wielu modelowych rozwiązaniach procedury przetargowej przesądzają zatem nadal odrębne regulacje zamówień publicznych oraz gospodarki mieniem publicznym, a także ciągle rozwijające się w praktyce wzorcowe warunki przetargowe.

Obligacyjna natura stosunku proceduralnego

Procedura udzielenia zamówienia publicznego to uporządkowany ciąg czynności zapadających sukcesywnie według z góry ustalonych warunków, zmierzający do wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy finalnej. Organizowane przez zamawiającego postępowanie rozgrywa się bowiem w ramach specjalnego stosunku prawnego, spełniającego nie tylko funkcję programująco-organizatorską, ale i ochronną. Zainteresowani konkurenci z założenia przystępują w dobrej wierze do wielostronnego z założenia stosunku proceduralnego, w zaufaniu do zamawiającego i ustalonych przez niego warunków, z nadzieją na rzetelne przeprowadzenie postępowania eliminacyjnego i wybór oferty według zadeklarowanych z góry kryteriów. Automatycznie zwiększa się przejrzystość i ogólny stan przewidywalności, pozwalający na oszacowanie z góry ryzyka

---

152 W odniesieniu do stosunków przedkontraktowych podstawową rolę odgrywają rozwiązania wzorcowe zawarte w konwencji NZ z 1980 r. o międzynarodowej sprzedaży towarów (Dz.U. z 1997 r., Nr 45, poz. 286), zasady prawa umów UNIDROIT (wersja z 2004 r.), europejskie zasady umów z 2000 r. (PECL), przejęte w analizowanym zakresie do projektu tzw. wspólnych ram odniesienia z 2007 r. (Draft Common Frame of Reference), a także zasady obowiązującego europejskiego prawa umów z 2007 r. (Acquis), stanowiące zgeneralizowane ujęcie dyspozycji zawartych w dyrektywach i innych wiążących aktach prawa europejskiego. Por. zwłaszcza Cz. Żuławska: Uwagi o „europeizacji" prawa umów, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2001, Nr 2 , s. 229 i in., E. Wieczorek: Zasady europejskiego prawa umów, Gdańsk 2005; J. Rajski: Nowy etap rozwoju europejskiego prawa prywatnego, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2006, Nr 1, s. 114 i in., J. Pisuliński: O możliwości stworzenia zasad europejskiego prawa zobowiązań umownych, W kierunku europeizacji prawa prywatnego (w:) Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Rajskiemu (red. A. Brzozowski, W. Kocot, K. Michałowska), Warszawa 2007, s. 121 i in., F. Zoll: Metoda Acquis Group. Wkład w harmonizację prawa umów w Europie, w: Europeizacja prawa prywatnego, t. II, s. 751 i in., a także P. Machnikowski: Przepisy dotyczące czynności prawnych w projekcie Common Frame of Reference i w Principles of the Existing EC Contract Law, cz. I, „Rejent" 2008, Nr 4, s. 35 i in. oraz cz. II, „Rejent" 2008, Nr 5, s. 42 i in.

153 Por. R. Szostak: Kodeksowa regulacja procedur zawierania umów — uwagi de lege ferenda (w:) Studia i rozprawy, Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Całusowi (red. A. Janik), Warszawa 2009, s. 347 i in.

„wdania się w przetarg", głównie co do wydatków wyłożonych na przygotowanie oferty. Podstawą więzi przedkontraktowej są ustalone z góry przez zamawiającego warunki zamówienia, akceptowane adhezyjnie przez konkurentów przystępujących do przetargu bądź innej procedury[154]. Warunki te kształtują nie tylko wymagania i przebieg samej procedury (funkcja organizatorsko-programująca), lecz także i postanowienia planowanej umowy (funkcja regulacyjna), do których poszczególni konkurenci muszą dostosować treść swoich ofert pod rygorem odrzucenia. Działanie przepisów ustawy ma tu jedynie wymiar uzupełniający (art. 56 kc). Koncepcja przeciwna postrzega więź przedkontraktową w kategoriach stosunku faktycznego, jedynie wycinkowo objętą ustawą, zwłaszcza w zakresie deliktowej odpowiedzialności za szkodę z tytułu cupale in contrahendo[155]. Obligacyjny charakter stosunku o znaczeniu wyłącznie instrumentalnym wobec pozostającej na dalszym planie umowy o zamówienie publiczne (oferta stanowi jedynie przedmiot stosunku proceduralnego) upraszcza wyraźnie przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej. W szczególności co do odpowiedzialności zamawiającego-organizatora za naruszenie przyjętych reguł procedowania, realizowanej w ramach reżimu odpowiedzialności kontraktowej, bardziej dogodnej dla poszkodowanego w porównaniu z tradycyjnym reżimem deliktowym, właściwym w przypadku braku porozumienia przedkontraktowego.

Początki umownej koncepcji stosunku przedkontraktowego są związane z narodzinami niemieckiej doktryny cupale in contrahendo opartej na reżimie odpowiedzialności ex contractu, stworzonej w drugiej połowie XIX w. przez Rudolfa von Iheringa[156]. Rozwijana nieustannie na gruncie ogólnego § 242 BGB (o powinności postępowania zgodnie z wymaganiami dobrej wiary i przyjętymi zwyczajami)[157] doczekała się w 2002 r. specjalnej regulacji w ramach § 311(2) zmodernizowanego BGB. W świetle tego przepisu przedkontraktowa więź umowna podobnej natury jak z umowy o bezpośredniej doniosłości obligacyjnej, wynika z rozpoczęcia negocjacji, a także z tytułu innych przygotowań podjętych w celu zawarcia umowy. Odzwierciedleniem tej koncepcji jest jedna z podstawowych zasad niemieckiego prawa zamówień publicznych zawarta w § 97 ust. 7 GWB[158], że wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie przysługuje roszczenie o to, aby zamawiający przestrzegał przepisów regulujących postępowanie o udzielenie tego zamó-

---

154 Por. R. Szostak: Przetarg … op. cit., s. 135 i in., a także K. Horubski: Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych, „Państwo i Prawo" 2009, Nr 7, s. 75 i in.

155 Por. zwłaszcza A. Wójcik: Zawarcie umowy w drodze przetargu, Kraków 2000, s. 49 i in.

156 R. Ihering: Culpae in contrahendo der Schadensersatz bei nichtigen oder nich zur Perfection gelangten Verträgen, „1861 Jahrbucher für die Dogmatik des Hentingen Romischen und Deutschen Privatrechts" 1861/4. Por też K. Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, t.I, Allgemeiner Teil, München 1982, s. 101 i in. oraz W. Fikentcher: O wspólnym rodowodzie konkurencji i umowy, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 1993, Nr 4, s. 495.

157 Zob. zwłaszcza przegląd orzecznictwa dokonany przez K. Koreckiego: Zasada dobrej wiary przy negocjowaniu umowy w prawie angielskim, francuskim i niemieckim, „Przegląd Prawa Uniwersytetu Warszawskiego" 2003, s. 34–35. Do koncepcji quasi zobowiązania przedkontraktowego nawiązywała także niemiecka doktryna zamówień publicznych przy objaśnianiu natury przetargu. Por. zwłaszcza A. Boesen: Vergaberecht Kommentar zum 4 Teil des GWB, Köln 2000, s. 549 i in., H. Ingenstau, H. Korbion: VOB-Teile A Und B. Kommentar, Düsseldorf 2001, s. 619 i in., F. Niebuhr: Kommentar zum Vergaberecht 4 Teil des GWB, Darmstadt 2000, s. 97 i in. oraz W. Daub, H. Eberstein: Kommentar zur VOL/A Vergaberecht — Rechtschutz, Düsseldorf 2000, s. 800.

158 Ustawa przeciwko ograniczeniom konkurencji (BGBl.I.1998. s. 2515).

wienia. Analogiczną koncepcję obligacyjnego stosunku przedkontraktowego stworzyła doktryna i orzecznictwo na gruncie prawa austriackiego, ale dotychczas nie doczekała się ona tam rangi kodeksowej[159]. Austriackie prawo zamówień publicznych wyraża natomiast zasadę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie może mieć innego celu niż doprowadzenie do umowy o świadczenie niezbędne dla potrzeb publicznych[160]. W zakresie stosunków przedkontraktowych zaznaczył się wyraźny podział w polskim piśmiennictwie[161], choć — jak się zdaje — koncepcja porozumienia proceduralnego zwyciężyła ostatecznie, skoro została odzwierciedlona bezpośrednio w kodeksie. W szczególności odnotować tu trzeba pochodzący z 2003 r. przepis art. 70^1 § 4 kc, w świetle którego organizator przetargu (aukcji) od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty według ogłoszenia są obowiązani postępować zgodnie z dyspozycjami ogłoszenia, a także warunków przetargu (aukcji).

W prawie francuskim i brytyjskim oraz w ustawodawstwach niektórych innych krajów koncepcja obligacyjnego stosunku przedkontraktowego dopiero się kształtuje. Panuje tam bowiem silne przywiązanie do tradycyjnego poglądu, że kontradyktoryjny status przedumowny stron wyklucza porozumienie, nawet co do zasad procedowania, a dla ochrony przed naruszeniami wymagań dobrej wiary wystarcza odpowiedzialność deliktowa[162]. We Francji wzmożone zainteresowanie doktryny porozumieniami przedkontraktowymi datuje się dopiero na koniec ubiegłego stulecia[163]. Obecnie koncepcja ta rozwija się tam zwłaszcza na gruncie pozostających pod wpływem tendencji europejskich regulacji usług turystycznych oraz zamówień publicznych[164].

Prawo europejskie, uznające prymat prawa krajowego w zakresie konstrukcji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zasadzie pomija problem więzi łączącej organizatora z uczestnikami tego postępowania. Jednakże obligacyjny charakter tej więzi wynika pośrednio ze szczególnego statusu zamawiającego, odpowiedzialnego za prawidłowy tok procedury, a także z jego związania uprzednio przyjętymi kryteriami oceny ofert. Dyrektywy Rady 89/665 i 92/13 normujące środki odwoławcze[165] także wskazują

---

159 Por. A. Machnicka: Przedkontraktowe porozumienia — umowa o negocjacje i list intencyjny. Studium prawno porównawcze, Warszawa 2007, s. 102 i in.

160 Zob. § 19 ust. 4 Bundesgesetz über die Vergabe von Auftragen 2006 (BGBl.I.2006, Nr 17).

161 Odnośnie do deliktowej koncepcji odpowiedzialności za cupale in contrahendo zob. zwłaszcza J. Górski: przygotowanie umowy w świetle kodeksu zobowiązań, Poznań 1938, s. 95, R. Longchamps de Berier: Zobowiązania (oprac. J. Górski), Poznań 1948, s. 362–363 oraz W. Czachórski: Prawo zobowiązań w zarysie, Warszawa 1970, s. 206, natomiast w zakresie kontraktowej podstawy tej odpowiedzialności zob. zwłaszcza L. Domański: Instytucje kodeksu zobowiązań, Warszawa 1936, s. 347, Z. K. Nowakowski: Odpowiedzialność za cudze czyny według kodeksu zobowiązań, Poznań 1948, s. 200 i in. oraz J. Rajski: Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym, Warszawa 2000, s. 112 i in.

162 Więcej o tym A. Machnicka: op. cit., s. 31–33 oraz 69–71.

163 Za prekursora uważa się J. Schmidt: La sanction de la fante precontractuelle, Revue lrimestrielle de dront civil 1974, s. 46 i in.

164 Por. dekret Nr 2004/15, z 7 stycznia 2004 r. w sprawie „Code de marches publics (dalej: Cmp), http://www. contrats-publics.com

165 Zob. dyrektywę Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. o koordynacji przepisów dotyczących procedur odwoławczych stosowanych przy udzielaniu zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (OJ L-395,30.12.1989), rozciągniętą w 1992 r. na zamówienia usługowe (O JL-209, 24.07.1992) oraz dyrektywę Rady 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. o koordynacji przepisów dotyczących procedur odwoławczych

pośrednio na istnienie więzi obligacyjnej, choć nie normują charakteru prawnego roszczeń z nią związanych. Jej kontraktowy charakter akcentują przede wszystkim dyspozycje poświęcone środkom korygującym dotyczącym wadliwych warunków zamówienia (ogłoszenia), a także przesłanek odszkodowania. W szczególności odnotować tu trzeba dyspozycje art. 2 ust. 7 dyrektywy 92/13 dopuszczającą niezależne od winy odszkodowanie z tytułu uchybienia zamawiającego-organizatora, obejmujące zwrot kosztów przygotowania oferty lub uczestnictwa w procedurze, jeśli wykonawca miał „rzeczywistą szansę na uzyskanie zamówienia". Chodzi — rzecz jasna — o „szansę" w świetle wiążących in casu warunków zamówienia.

Publicznoprawny charakter procedury

Umowa o zamówienie publiczne ma niewątpliwie charakter cywilnoprawny, natomiast co do postępowania poprzedzającego jej zawarcie nie ma już takiej pewności. W przeszłości bowiem przepełnione ono było pierwiastkami administracyjnymi, do tego stopnia, że nawet wybór oferty połączony z „udzieleniem zamówienia" odbywał się w trybie decyzji administracyjnej, stanowiącej przesłankę (conditio iuris) zawarcia umowy finalnej. Stąd wywodzi się określenie „odwołanie od decyzji zamawiającego", stosowane nadal (np. w Polsce), choć samo postępowanie wolne jest już od formy aktu administracyjnego. W wielu krajach do dziś pozostały jeszcze różne relikty urzędowego nadzoru i kontroli nad działaniami jednostek zamawiających, zwłaszcza administracyjny tryb zatwierdzania „wyboru oferty" oraz — zachowana także w Polsce — administracyjna kontrola postępowania o udzielenie zamówienia i dyscyplinarna odpowiedzialność za uchybienia. Dodatkowe instrumenty administracyjne mają wszakże tylko znaczenie uboczne. Są związane z ciągle utrzymującymi się zagrożeniami korupcyjnymi i rozmaitymi nieprawidłowościami w zarządzaniu sprawami publicznymi. To samo dotyczy administracyjnoprawnych powinności zamawiającego z zakresu czynności przygotowawczych, przewidzianych w art. 29–35 Pzp.

W większości krajów europejskich już w XIX w. zakorzeniło się rozwiązanie, wywodzące się prawdopodobnie z prawa niemieckiego, że sama procedura udzielenia zamówienia ma charakter cywilnoprawny[166]. Oznacza to, że zamawiający jest pozbawiony całkowicie imperium i działa wyłącznie w ramach dominium bez jakiegokolwiek władztwa administracyjnego[167]. Pozycja zamawiającego-organizatora i pozostałych uczestników postępowania jest równorzędna (równorzędność stron) przy poszanowaniu autonomicznej woli jednostki. W konsekwencji czynności zapadające w postępowaniu zmierzającym do wyboru oferty, która jest jego przedmiotem, podlegają kwalifikacji według prawa cywilnego. W polskim prawie zamówień publicznych stanowi o tym wyraźnie przepis art. 14, który powinien być podniesiony do rangi nadrzędnej zasady i zamieszczony w obrę-

przy udzielaniu zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (O JL-76, 23.03.1992), gruntowanie zmodernizowane dyrektywą 2007/66/WE.

166 Por. F. Rittner: Rechtsgrundlagen Und Rechtsgrundsätze des öffentlichen Auftragswesns, Hamburg 1988, Rn 19, s. 29, Ch. Riese: Vergaberecht i Grundlagen — Verfahren — Rechtsschutz, Berlin-Heidelberg 1998, s. 2 i in. oraz R. Regler: Vergaberecht zwischen öffentlichen und private Recht, Berlin 2007, s. 146 i in.

167 Por. też K. Horubski: op. cit., s. 78 i in.

bie przepisów art. 7–10 Pzp[168]. W prawie francuskim i hiszpańskim oraz w niektórych innych ustawodawstwach wzorowanych na rozwiązaniach francuskich nadal przewiduje się konieczność „udzielenia" zamówienia lub „zatwierdzenia" wyboru oferenta w trybie administracyjnym[169].

Dominuje jednak rozwiązanie o charakterze w pełni cywilnoprawnym. Już na gruncie prawa rzymskiego dostrzegano bowiem przewagę efektywniejszych instrumentów cywilnoprawnych nad administracyjnymi w zakresie gospodarki publicznej. Na tym tle właśnie ukształtowało się pojęcie „fiskusa" jako „państwa" pozbawionego władztwa. Administratywizowanie procedur zawierania umów o świadczenia niezbędne dla zadań publicznych następowało jednak później, głównie ze względu na potrzebę eliminacji różnych zagrożeń dla interesu publicznego albo (tak jak w socjalizmie) ze względów ustrojowo-ideologicznych.

Dlatego trudno zrozumieć obecne próby reaktywowania w polskim ustawodawstwie mechanizmów administracyjnych w odniesieniu do postępowania o udzielenie koncesji, toczonego w oparciu o przepisy ustawy z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi[170]. Wprawdzie w ustawie brak dostatecznych podstaw do uznania „wyboru oferty najkorzystniejszej" za akt administracyjny, ale w art. 27 przyznano wykonawcy ubiegającemu się o koncesję możliwość zaskarżenia do sądu administracyjnego „czynności podjętych przez koncesjonodawcę z naruszeniem ustawy". Sąd ten, przy braku przepisów odrębnych, jest zmuszony stosować procedurę, właściwą dla tzw. spraw sądowo administracyjnych, związanych z kontrolą legalności aktów administracyjnych[171]. W piśmiennictwie zaznaczył się też (jednostkowy) pogląd, że koncesja jest „instytucją prawa administracyjnego (…) aktem zbliżonym do klasycznych umów obligacyjnych"[172]. Trudno się z tym zgodzić, skoro nawet sama ustawa koncesyjna w art. 5 stanowi, że do czynności podejmowanych przez koncesjonodawcę i zainteresowane podmioty w postępowaniu o udzielenie koncesji, a także do umów koncesyjnych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, o ile przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej. W szczególności analizowanej koncesji nie można ujmować w kategoriach „umowy administracyjnej", zawieranej między organem administracyjnym zachowującym władztwo a stroną, w przypadkach ustawowo przewidzianych w miejsce aktu admini-

---

168 Podobnie według przedwojennego rozporządzenia Rady Ministrów z 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz.U. RP Nr 13, poz. 92) procedura udzielenia zamówienia miała charakter cywilnoprawny.

169 Por. zwłaszcza art. 54 Ley de Contratos de les Administraciones public as, z 16 czerwca 2000 r. (B OE Nr 148, s. 1775, 21.06.2000). Tryb ten był przedmiotem sprawy rozstrzygniętej wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 3 kwietnia 2008 r. (C-444/06, Hiszpania), „European Court Raports" (dalej: ECR) 2008, I – 02045, z powodu niedostatecznego w świetle dyrektyw terminu zawiadomienia oferentów o wyniku przetargu.

170 Dz.U. Nr 19, poz. 101.

171 Zob. ustawa z 30 sierpnia 2002 r. prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.).

172 Tak A. Panasiuk: Koncesja na roboty budowlane lub usługi, Partnerstwo publiczno-prywatne, Komentarz, Warszawa 2009, s. 192–193. Według silnie przywiązanego do tradycji prawa francuskiego zawarcie umowy koncesji poprzedza administracyjny akt jej udzielenia, por. zwłaszcza K. Strzyczkowski: Prawo gospodarcze publiczne, Warszawa 2008, s. 187–188.

stracyjnego[173]. Koncesja ta jest umową cywilnoprawną[174], co wynika też z art. 1 ust. 2 pkt 3–4 dyrektywy 2004/18, według którego stanowi ona „umowę tego samego rodzaju, jak zamówienie publiczne na roboty budowlane (usługi), z tym że wynagrodzenie (…) obejmuje albo wyłącznie prawo korzystania z obiektu (usługi), albo takie prawo wraz z płatnością". Nasuwa się tu dodatkowe spostrzeżenie, iż wyłączenie unormowania koncesji z kompleksowej ustawy z 29 stycznia 2004 r. do odrębnego aktu nie można uznać za trafne rozwiązanie z punktu widzenia spójności całej regulacji, nazywanej przecież „prawem zamówień publicznych". Poddanie spraw związanych z udzielaniem koncesji orzecznictwu sądów administracyjnych wprowadza ponadto niepotrzebny dualizm orzekania w sporach dotyczących udzielania zamówień publicznych, w ramach którego z jednej strony właściwa jest Krajowa Izba Odwoławcza i sądy powszechne, a z drugiej strony wojewódzkie sądy administracyjne i Naczelny Sąd Administracyjny, podczas gdy natura spraw jest taka sama.

Współczesne zamówienia publiczne mają inną — niezwiązaną bezpośrednio z prawem administracyjnym — proweniencję prawną, a mianowicie są charakterystyczne dla zakorzenionych w kulturze zachodnioeuropejskiej funkcji prawa publicznego, do dziś przeciwstawianego prawu prywatnemu. Sięgający starożytności dwupodział prawa na publiczne i prywatne, choć krytykowany w ostatnim stuleciu[175] za daleko idące uproszczenia i nieprecyzyjne kryteria, nadal jest uznawany za miarodajny ze względu na narosły od wieków aparat pojęciowy[176]. Powyższa delimitacja prawa z uwagi na rodzaj chronionych interesów i spraw (publiczne i prywatne) nie prowadzi do podziału dychotomicznego, lecz jedynie orientacyjnego. Stanowi on bowiem wtórną segregację norm w ramach syntezy ponadgałęziowej. Dlatego występuje duży zakres pokrywania się obu obszarów. Często bowiem jeden i ten sam przepis przynależny pierwotnie do konkretnej gałęzi prawa raz zalicza się do prawa publicznego, a raz do prawa prywatnego, w zależności od tego, kto działając na jego podstawie staje się akurat stroną stosunku prawnego i jakie interesy są chronione[177]. Do prawa publicznego przynależą zatem tylko te przepisy o zamówieniach publicznych (skądinąd o umowach „pierwotnie" podlegających prawu cywilnemu), które w interesie publicznym ograniczają autonomię woli stron, zwłaszcza zamawiającego. Prawo prywatne ochronę interesów powierza swobodnej woli uprawnionego, który może nawet zrezygnować z dochodzenia swoich pretensji, natomiast

---

173 Więcej o umowie administracyjnej Z. Cieślik: Umowa administracyjna w państwie prawa, Kraków 2004, s. 15 i in., D. Kijowski: Problematyka regulacji prawnej stosowania form alternatywnych wobec aktu administracyjnego (w:) Koncepcja systemu prawa administracyjnego (red. J. Zimmermann), Warszawa 2007, s. 430 i in. oraz M. Rypina i M. Wierzbowski: Umowa z organem w postępowaniu administracyjnym „Państwo i Prawo" 2010 Nr 4, s. 15 in.

174 Por. też Ł. Przeszło: Koncesje na roboty budowlane lub usługi (w:) Księga jubileuszowa Profesora Stanisława Jędrzejewskiego, Toruń 2009, s. 425. Zupełnie zaś inną naturę mają koncesje przyznawane według art. 46 in. ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095 ze zm.) na podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej, które są środkiem (na wzór niemiecki) reglamentacji działalności gospodarczej w sferach istotnych dla interesu państwa.

175 Więcej o tym. J. Nowacki: Prawo publiczne — prawo prywatne, Katowice 1992.

176 Por. zwłaszcza F. Longchamps: Współczesne kierunki w nauce prawa administracyjnego na Zachodzie Europy, Wrocław-Kraków, 1968, s. 6 in., S. Włodyka: Problem struktury prawa, „Państwo i Prawo" 1995, Nr 4, s. 12 in. oraz C. Kosikowski: Polskie publiczne prawo gospodarcze, Warszawa 2000, s. 23.

177 Por. zwłaszcza F. Bossowski: Prywatne prawo [w:] Encyklopedia podręczna prawa prywatnego, t. III/IV, Warszawa 1936, s. 1774 oraz F. Zoll: Prawo cywilne, Poznań 1931, s. 3.

działające w interesie zbiorowym przepisy prawa publicznego wymuszają powinność dochodzenia roszczeń. Stąd publicznoprawna regulacja zamówień publicznych oprócz nielicznych przepisów administracyjnych obejmuje przede wszystkim normy imperatywne nakazujące zastosowanie określonych instrumentów cywilnoprawnych (zwłaszcza procedur) albo zakazujące sięgania do czynności lub środków ogólnie dostępnych[178].

Eliminacyjny charakter procedury

Historycznie w zamówieniach publicznych pierwsza była licytacja zwana też aukcją. Przetarg pisemny rozwinął się szerzej dopiero w XIX w., jako procedura zapewniająca gruntowniejsze porównanie ofert. Obecnie nadal zachowuje status procedury podstawowej, tym bardziej że pełni on rolę modelu strukturalnego w ramach wielu innych procedur „przetargowych". Ma on charakter eliminacyjny[179]. Właściwość ta zyskała szczególną rangę na gruncie regulacji zawartej w dyrektywach europejskich, w których z punktu widzenia toku procedury wyodrębnia się co najmniej dwa jej etapy o charakterze eliminacyjnym. W pierwszej kolejności selekcja konkurentów dotyczy spełniania warunków podmiotowych rzutujących na ich wiarygodność, pojmowania w kategoriach zdolności do należytego wykonania zamówienia. Dyrektywa 2004/18, obok wykluczeń uzasadnionych względami kryminalnymi, niewypłacalnością, zaległościami podatkowymi i innymi przeszkodami, zastrzega konieczność wyeliminowania z przetargu wykonawców nieposiadających uprawnień do prowadzenia działalności, odpowiednich kwalifikacji zawodowych, zdolności techniczno-wykonawczych oraz zadowalającej sytuacji majątkowej i finansowej[180]. Dopiero na drugim planie występują: kwalifikacja ofert i wartościująca ich ocena, dokonywana w oparciu o zobiektywizowane kryteria, umożliwiające sprawiedliwy wybór oferty najkorzystniejszej (art. 53 dyrektywy). Poprzedzająca ocenę kwalifikacja ofert jest przeprowadzana z punktu widzenia zgodności z prawem i wymaganiami warunków zamówienia. Uzasadnia ewentualne odrzucenie oferty. Prawo europejskie nadal normuje ją tylko fragmentarycznie (zwłaszcza kwestię rażąco niskiej ceny), nadal bowiem leży ona w domenie prawa krajowego. Krajowe zróżnicowanie normatywne w tym zakresie stanowi zatem niepotrzebną barierę w zamówieniach trans-granicznych, choć stopniowe zbliżenie poszczególnych porządków następuje pod wpływem doświadczeń praktyki i ciągle trwającej dyskusji nad racjonalizacją „koniecznych formalności" w procedurach przetargowych. Duży wpływ na tok i spoistość postępowania mają europejskie zasady udzielenia zamówień publicznych, zwłaszcza zasady równego traktowania konkurentów, przejrzystości i uczciwej konkurencji. To właśnie w imię tych zasad nie można dopuścić do oceny ofert zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej, bez uprzedniej ich

---

178 Więcej o tym R. Szostak: Przetarg … op. cit., s. 29 i in.

179 Tak G. Ćmikiewicz: Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy, cz. I, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego" 1982, t. 6, s. 22, J. Rajski: Przetarg w ujęciu nowych przepisów kodeksu cywilnego, „Przegląd Prawa Handlowego" 1997, Nr 1, s. 5, Z. Radwański: System prawa prywatnego, t. 2, Prawo cywilne — część ogólna, Warszawa 2002, s. 359 oraz R. Szostak: Przetarg … op. cit., s. 139.

180 Krąg ten stanowi rozwinięcie ujęcia przewidzianego w poprzednio obowiązujących dyrektywach. Regulacje europejskie przyczyniły się do harmonizacji krajowych porządków prawnych, które były w tym zakresie niezwykle zróżnicowane. Sama zaś problematyka warunków wymaganych od konkurentów jest niezwykle wrażliwa na praktyki dyskryminacyjne.

kwalifikacji pod względem zgodności z prawem i wymaganiami warunków zamówienia. Już od zarania procedur przetargowych obowiązuje wymóg, że oferta przetargowa to „oferta wywołana" warunkami przetargu, pod rygorem dyskwalifikacji[181]. Obecnie idzie zaś tylko o to, aby reguły kwalifikacji ofert były zbliżone w skali europejskiej.

Z uwagi na potrzebę zachowania tradycyjnego toku przetargu i europejskich zasad jego przebiegu, postępowanie eliminacyjne powinno być sformalizowane tym bardziej, że organizatorem jest sam zamawiający, bezpośrednio zainteresowany w sprawie, nierzadko wadliwie zarządzany. Poszczególne czynności zapadają według z góry zdeterminowanej kolejności, w przepisanej formie, niekiedy nawet w oznaczonym miejscu i czasie. Dominujące znaczenie mają czynności prawne (warunki zamówienia, odrzucenie oferty, przyjęcie oferty najkorzystniejszej, unieważnienie postępowania), nie bez znaczenia są też czynności o charakterze ewidencyjnym i informacyjnym, uzasadniające skutki z mocy samego prawa (wykluczenie z postępowania, ocena ofert, wybór oferty najkorzystniejszej), a nawet zapadają też czynności czysto faktyczne (przechowywanie ofert, udostępnianie protokołu postępowania). Niemal każde elementarne działanie pociąga (z woli stron lub ex lege) przewidywany skutek dla postępowania, pełniąc często rolę warunku prawnego względem kolejnych czynności proceduralnych[182]. Bezskuteczność pojedynczej czynności pociąga za sobą zazwyczaj wadliwość następnego fragmentu procedury. Może wywołać nawet potrzebę unieważnienia całego postępowania, jeśli nie zostanie w porę skorygowana. Porozumienie proceduralne na podobieństwo pacti de forma określa zatem drogę (wymogi) prowadzącą do zawarcia umowy docelowej[183]. Zamawiający-organizator musi czuwać należycie nad porządkiem i formalnościami prowadzonej procedury. Każdorazowo jest obowiązany do usunięcia uchybienia, a nawet zastosowania swoistej sankcji w postaci wykluczenia niesumiennego konkurenta z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Z kolei zainteresowanym konkurentom służy możliwość zaczepienia wadliwej czynności organizatorskiej zamawiającego w trybie publiczno-skargowym.

Słabszą stroną europejskich regulacji zamówień publicznych jest zupełne pominięcie sposobu zakończenia procedury, a mianowicie cywilnoprawnego skutku wyboru oferty oraz dopuszczalności zamknięcia postępowania jako bezprzedmiotowego, bez wyboru oferty. Rozbieżności między krajowymi rozwiązaniami są tu wyraźne. Przyczyniają się do licznych trudności praktycznych sygnalizowanych w orzecznictwie europejskim ostatniego dwudziestolecia (zob. dalej). Stan ten wynika zapewne z założenia, że zawarcie umowy postprzetargowej tradycyjnie jest objęte prawem cywilnym, które nie poddaje się zbyt łatwo procesom unifikacyjnym lub choćby tylko harmonizacyjnym[184]. Dlatego występuje daleko idąca tolerancja dla rozbieżnych regulacji krajowych dotyczących zamknięcia

---

181 Por. A. Całus: Prawo cywilne i handlowe państw obcych, Warszawa 1985, s. 283 oraz M. Boratyńska: Przetarg w prawie polskim (zagadnienia cywilistyczne), Warszawa 2001, s. 127 i in.

182 R. Szostak: Przetarg … op. cit., s. 40.

183 Por. G. Ćmikiewicz: Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy, cz. II, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego" 1983, Nr 7, s. 33 oraz Z. Radwański: op. cit., s. 363.

184 Dowodzą tego przedłużające się w czasie prace nad modelowymi zasadami prawa kontraktowego. Prawo cywilne w zakresie tradycyjnych rozwiązań sięgających prawa rzymskiego łatwiej poddaje się integracji, natomiast w odniesieniu do rozwiązań silnie zakorzenionych w tradycji narodowej zmiany są utrudnione, wymagają dłuższego czasu, a niekiedy nawet przeobrażeń ewolucyjnych.

postępowania poprzez jego unieważnienie (umorzenie lub odwołanie). Obligacyjny charakter postępowania sprawia, że czynności zapadające w jego toku mają powinnościowo -wykonawcze znaczenie prawne. Z zasady celowości postępowania eliminacyjnego, od początku zorientowanego na wybór oferty i zawarcie ważnej umowy, pośrednio wynika ponadto, że zamawiający organizator powinien wyczerpać całą procedurę i zakończyć ją rzetelnie, nie wolno mu jej wstrzymywać ani bezzasadnie zamykać. Wyjątki uzasadniające unieważnienie postępowania maja zatem fundamentalne znaczenie.

Wielostronny charakter procedury

Wszyscy konkurenci ubiegający się o zamówienie powinni znajdować się w takiej samej sytuacji prawnej i podlegać tym samym regułom postępowania[185]. Są to naturalne gwarancje wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej w warunkach jawnej i realnej konkurencji, celowo zorganizowanej w ramach postępowania eliminacyjnego[186]. Konkurencja polega tu na dążeniu wielu niezależnych reflektantów do zawarcia jednej i tej samej transakcji, że wybór oferty złożonej przez jednego z nich pozbawia automatycznie pozostałych oferentów możliwości zawarcia umowy. Wielostronny charakter postępowania nie zezwala zatem na ograniczenie kreującej go więzi obligacyjnej do sumy indywidualnych stosunków nawiązywanych między organizatorem a poszczególnymi konkurentami, groziłoby to dezintegracją całej procedury[187]. Wielostronna więź umożliwia optymalną ochronę interesów konkurentów ustawionych opozycyjnie w taki sposób, że przyznanie któremukolwiek z nich bezzasadnej korzyści szkodzi automatycznie pozostałym. Tylko zachowanie prawidłowego przebiegu postępowania i wybór oferty w zgodzie z treścią stosunku proceduralnego (kryteria) może zaspokoić wszystkie interesy.

Postępowanie eliminacyjne prowadzi zainteresowany wprost umową finalną organizator, który — nie będąc tu osobą trzecią — nie może mieć (tym bardziej realizować) jakichś innych interesów poza tymi, które wiążą się z celem procedury. Naturalne zagrożenie stronniczością pochodzące od osób reprezentujących zamawiającego musi być bezwzględnie zwalczane środkami prawnymi, do których należą zwłaszcza wymogi posłużenia się komisją przetargową i wyłączenia z reprezentacji osób powiązanych z oferentami, a także odpowiedzialność karna za wpływanie na wynik postępowania. Pomiędzy bowiem interesami instytucji zamawiającej (publicznymi) a interesami każdego z uczciwie konkurujących oferentów nie ma sprzeczności. Zamawiający przecież nie konkuruje, lecz organizuje i stymuluje uczciwą konkurencję oferentów. Stąd wielostronne porozumienie proceduralne wyposaża zamawiającego w określone prawa i obowiązki organizacyjne gwarantujące zachowanie prawidłowego toku postępowania, natomiast działanie ustawy jest jedynie uzupełniające (art. 56 kc). Organizując postępowanie ofertowo-eliminacyjne, zamawiający nie korzysta bynajmniej z jakichkolwiek atrybutów władzy publicznej. Na zasadzie równorzędności stron pełni on wyłącznie funkcje o znaczeniu materialno-proceduralnym, a nie władczo-procesowym. Obciążające zamawiającego powinności są dłużnicze, mają bowiem charakter wykonawczy względem

---

185 Tak właśnie Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 2 sierpnia 1994 r. (IIICZP-96/94) „Orzecznictwo Sądu Najwyższego" 1995, Nr 1, poz. 11.

186 Tak J. Rajski: Przetarg w ujęciu nowych przepisów…, s. 5 oraz Z. Radwański: op. cit., s. 358.

187 Ibidem.

wielostronnego porozumienia proceduralnego, winny być wypełnione zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego i ustalonym zwyczajom (art. 354 § 1 kc).

Ubiegający się o zamówienie konkurenci są zobowiązani przestrzegać wyznaczonych ramami porozumienia warunków konkurencji. Uboczne powinności informacyjne (np. z art. 87 ust. 1 i 90 ust. 2 Pzp) rozpatrywać trzeba w kategoriach ogólnego obowiązku współdziałania z wierzycielem (art. 354 § 2 kc). Dodatkowy oblig wynika jednak z zastrzeżenia wadium, ale nie jest ono powszechnie znane, stąd brak jego regulacji w dyrektywach europejskich. Wadium występuje bowiem w tych ustawodawstwach, które nie przewidują automatycznego zawarcia umowy w związku z rozstrzygnięciem przetargu (procedury), lecz dopiero w wyniku wykonania przejściowej umowy przedwstępnej, nawiązywanej bezpośrednio w drodze wyboru i przyjęcia oferty najkorzystniejszej[188]. W imię wielostronnego charakteru procedury uchylenie się od ustanowienia wadium przez oferenta może być zaskarżone przez któregokolwiek z pozostałych oferentów.

Konkurenci nie wykonują w trakcie postępowania bezpośrednio wobec siebie żadnych aktów o znaczeniu obligacyjnym ani nie mogą nawzajem podnosić żadnych żądań[189]. Każdy z nich ma swój odrębny interes prawny, choć realizowany w ramach wspólnej sprawy. Organizator procedury w pierwszej kolejności sam urzeczywistnia ewentualną sankcję proceduralną w postaci odrzucenia oferty. Nie wyklucza to jednak roszczeń kontraktowo-odszkodowawczych lub deliktowych, a przede wszystkim z tytułu czynów nieuczciwej konkurencji (zbieg roszczeń). Na bieżąco konkurentom przysługuje zaś względem zamawiającego–organizatora szczególny środek zaskarżenia o charakterze korygującym (zwany niezbyt fortunnie „odwołaniem"), wymuszający efektywne wykonanie porozumienia proceduralnego[190], który nie wyłącza tradycyjnych roszczeń odszkodowawczych ani żądania unieważnienia umowy[191]. Spełnia on jedynie rolę dodatkowego instrumentu ochrony majątkowych interesów konkurentów urzeczywistniającego wprost zasadę realnego wykonania zobowiązania[192]. Wielostronny charakter

---

188 Wadium nie stosuje się zwłaszcza na gruncie niemieckiego prawa zamówień publicznych, przewidującego najpierw zawiadomienie konkurentów o wyborze ofert, a dopiero potem, po upewnieniu się o bezpieczeństwie transakcji i ewentualnym zaskarżeniu uchybień zamawiającego, doręcza się zwycięskiemu oferentowi oświadczenie woli o przyjęciu oferty, z tekstem umowy finalnej. W niektórych krajach (np. w Austrii) wadium zabezpiecza roszczenia odszkodowawcze z tytułu culpae in contrahendo (por. § 86 BVerg).

189 Według uchwały Sądu Najwyższego z 17 lipca 2003 r. (IIICZP-44/03), „Samorząd Terytorialny" 2004, Nr 12, s. 80, z aprobującą glosą R. Szostaka, powzięcie przez konkurenta wiadomości o uchybieniach skutkujących wykluczenie z postępowania innego uczestnika lub odrzucenie jego oferty nie stanowi podstawy do ich niezwłocznego zaskarżenia, które możliwe jest dopiero gdy zamawiający popadnie w bezczynność w zakresie wykonania koniecznych czynności.

190 Por. preambułę do dyrektywy 2007/66 o poprawie skuteczności procedur odwoławczych przy udzielaniu zamówień publicznych.

191 Odnośnie do roszczeń odszkodowawczych panuje pogląd, że nie mogą one przekroczyć granic negatywnego interesu umowy. Por. zwłaszcza na gruncie prawa niemieckiego i austriackiego A. Boesen: op. cit., s. 544, N. Portz: Kommentar zur VOL/A, Vergaberecht — Rechtschutz, Düsseldorf 2000, s. 641–642, H. Ingenstau, H. Korbion: op. cit., s. 620 oraz J. Aicher (w:) Bundesvergabegesetz 2002, Kommentar (red. J. Schramm), Wien — N. York 2004, s. 1918 i in.

192 Więcej o tym R. Szostak: Cywilnoprawna odpowiedzialność zamawiającego — organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, „Prawo Zamówień Publicznych" 2008, Nr 2, s. 3 i in.

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nastręcza trudności w razie sporu wywołanego uchybieniami zamawiającego, ponieważ — jak wiadomo — spory przedumowne tradycyjnie wyjaśnia się w układzie dwustronnym. Dlatego uboczne (wpadkowe) postępowanie odwoławcze toczy się wprawdzie z udziałem zamawiającego i wnoszącego odwołanie konkurenta, ale do obu stron mogą przyłączyć się pozostali konkurenci w charakterze interwenientów ubocznych[193]. Często bowiem zdarza się, że konkurujący o zamówienie wykonawcy mają jednak częściowo zbieżne interesy bądź odwrotnie, ich interesy są zgodne fragmentarycznie z interesami samego zamawiającego.

Weryfikacja warunków wymaganych od konkurentów

Według art. 44 dyrektywy 2004/18 zamówień udziela się na podstawie z góry przyjętych kryteriów oceny ofert, lecz dopiero po „zweryfikowaniu kwalifikacji podmiotów gospodarczych niepodlegających wykluczeniu (…) na podstawie ich sytuacji ekonomicznej i finansowej albo wiedzy lub kompetencji zawodowych bądź technicznych, o których mowa w art. 47–52 (…)". Oznacza to, że tzw. kwalifikacja konkurentów wyprzedza ocenę składanych przez nich ofert, ma ona charakter eliminacyjny. Obejmuje dwie fazy, a mianowicie fazę weryfikacji okoliczności negatywnych, uzasadniających wykluczenie wykonawcy a limine (upadłość, zaległości podatkowe, przestępstwo itd.) oraz fazę oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, z punktu widzenia zastrzeżonych z góry wymagań (wiedza, doświadczenie, potencjał techniczny i kadrowy, sytuacja majątkowa i finansowa). Pierwsza jest normowana przepisami bezwzględnie wiążącymi, a rola zamawiającego sprowadza się jedynie do pouczenia zainteresowanych wykonawców i żądania przedłożenia niezbędnych dokumentów. Druga zaś jest dokonywana w oparciu o ukształtowane z góry przez samego zamawiającego wymagania, które jednak nie mogą wykraczać poza granice prawem wyznaczone, stąd większe zróżnicowanie praktyki i trudności w judykaturze. W orzecznictwie europejskim akcentuje się przede wszystkim konieczność przestrzegania naczelnych zasad równego traktowania przejrzystości, uczciwej konkurencji (niedyskryminacji) i wzajemnego uznawania[194]. Duże znaczenie miał też problem dopuszczalnego powoływania się na techniczny, kadrowo-zawodowy i finansowy potencjał podwykonawcy, o którym mowa w dyspozycji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18[195], odzwierciedlonej ostatnio w art. 26 ust. 2b Pzp[196]. Wprawdzie wykluczenie a limine powoduje, że dalsza weryfikacja staje się bezprzedmiotowa, jednak prawo europejskie nie zakazuje jednoczesnego przeprowadzania obu sprawdzeń, nawet w połączeniu z pozostającą na dalszym planie oceną ofert,

---

193 Por. zwłaszcza uchwałę Sądu Najwyższego z 7 grudnia 2007 r. (IIICZP-123/07), z glosą R. Szostaka, „Monitor Prawniczy" 2008, Nr 12, s. 660 i in.

194 Por. zwłaszcza wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 20 września 1988 r. (C-31/87, Beentjes), ECR 1998, I-4635, z 18 grudnia 2007 r. (C-220/06, Association Professional), ECR 2008, I–21175, z 24 stycznia 2008 r. (C-532/06, Lanakis), ECR 2008, I–00251. Por. też A. Sołtysińska: Zasady kwalifikacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w świetle orzecznictwa ETS, „Europejski Przegląd Sadowy" 2006, Nr 10, s. 46 i in.

195 Por. zwłaszcza wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 18 grudnia 1997 r. (C-5/97, Ballast Nedam Groep), ECR 1997, I-07549 oraz z 2 grudnia 1999 (C-176/98, Holst Italia), ECR 1999, I–08607.

196 Por. J. Sadowy: Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu oceny spełniania warunków oraz dokumenty potwierdzające ich spełnianie, „Informator Urzędu Zamówień Publicznych" 2010, Nr 1, s. 20 i in. oraz A. Sołtysińska, G. Wicik: Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, „Prawo Zamówień Publicznych" 2009, Nr 4, s. 3 i in.

ale są to odrębne czynności normowane różnymi przepisami o odmiennych skutkach prawnych[197]. W ustawodawstwach krajowych z uwagi na potrzebę koncentracji postępowania (szybkość) pojawia się tendencja do zespolenia obu faz weryfikacji warunków ubiegania się o zamówienie, także w połączeniu z oceną ofert. W szczególności w świetle art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przy udzielaniu zamówień w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia lub zapytania o cenę powyższe czynności sprawdzająco-oceniające przeprowadza się łącznie, o wynikach poszczególnych kolaudacji powiadamia się wszystkich konkurentów dopiero w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wyłącza to dopuszczalność wcześniejszego wnoszenia odwołań na zapadające sukcesywnie czynności (groźba dekoncentracji postępowania), są możliwe dopiero po wyborze oferty. Nie oznacza to, że zacierają się granice pomiędzy tymi czynnościami albo że ich kolejność może być dowolna. W tym zakresie nadal obowiązują bowiem tradycyjne rozwiązania, tym bardziej że zmiana naturalnej kolejności elementów postępowania eliminacyjnego może rzutować na jego wynik.

Prawo europejskie nie reguluje charakteru prawnego powyższych czynności, zwłaszcza „wykluczenia z postępowania", pozostawiając te kwestie proceduralne w domenie prawa krajowego. Tradycyjnie akty oceniające kwalifikuje się jako oświadczenia wiedzy o znaczeniu ewidencyjno-informacyjnym[198]. Także samo „wykluczenie", następujące na ich podstawie, ma charakter deklaratywny, a nie wbrew sugestiom płynącym z tego słowa — konstytutywny, ponieważ stanowi ono prostą konsekwencję braku warunków, niezbędnych do nawiązania wielostronnego stosunku proceduralnego. Dlatego jest ono równoznaczne z niedopuszczeniem do stanowiącej cel postępowania procedury oceny ofert (przetargu). W rezultacie w wielu krajach (np. we Francji) ofertę złożoną przez konkurenta „wykluczonego" zwraca się bez otwierania, w innych zaś (Niemcy, Polska) podlega ona „odrzuceniu" na mocy stosownego oświadczenia woli (art. 89 ust. 5 Pzp)[199]. O wiele większe rozbieżności w ustawodawstwach krajowych dotyczą rodzajów dokumentów, jakich można żądać od konkurentów celem potwierdzenia koniecznych warunków. Dyspozycje zawarte w dyrektywach są zbyt ogólne i wielowariantowe. Ujednolicenie bądź bliższa harmonizacja to kwestia przyszłości, związanej z dalszą integracją, przede wszystkim w zakresie rozwiązań administracyjnych. Na razie liczne trudności łagodzi doktryna i orzecznictwo[200].

Na gruncie prawa polskiego wątpliwości budzi art. 26 ust. 3 Pzp obligujący zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw albo którzy przedłożyli błędne oświadczenia lub dokumenty bądź wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Możliwość uzupełnienia dokumentów dopuszczona została tu zbyt szeroko, zwłaszcza względem dyspozycji art. 51 dyrektywy 2004/18, przewidującego jedynie uzupełnianie „przedłożonych", a nie brakują-

---

197 Por. wyrok Trybunału z 24 stycznia 2008 r., teza 26, powołany w przypisie 47.

198 Więcej o tym R. Szostak: Przetarg … op. cit, s. 86 i in.

199 Z tego punktu widzenia pozytywnie ocenić trzeba niedawne uchylenie niekonsekwentnego art. 26 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym oferta wykonawcy wykluczonego uznawana była jedynie za odrzuconą.

200 Por. A. Sołtysińska: Europejskie prawo zamówień publicznych, Komentarz, Kraków 2006, s. 218 i in.

cych oświadczeń i dokumentów. Nieustające mankamenty biurokratyczne powodujące przewlekłość postępowania próbuje się zażegnać od niedawna zbyt rygorystycznym przepisem art. 46 ust. 4a Pzp, wymuszającym zatrzymanie wadium pochodzącego od wykonawcy uchylającego się od należytego uzupełnienia wymaganych dokumentów. Ten z kolei nastręcza sporo trudności w krajowym orzecznictwie[201], pozostając w sprzeczności z naturą wadium zabezpieczającego zawarcie umowy finalnej, a nie nawiązanie stosunku proceduralnego. Najlepszym jednak sposobem na biurokrację jest dalsza optymalizacja wymaganych dokumentów, choć problem ten ciągle będzie doniosły z uwagi konieczność rzetelnej weryfikacji wiarygodności wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne. Dlatego pilnego rozważenia wymaga wprowadzenie urzędowej certyfikacji połączonej z wykazem wykonawców wiarygodnych, których można by zwolnić w znacznym stopniu od powinności dokumentacyjnych w granicach dyspozycji art. 52 dyrektywy 2004/18.

Kwalifikacja ofert

Przed oceną wartościującą oferty muszą być zbadane z punktu widzenia ich zgodności z wymaganiami prawa, dobrych obyczajów i ustalonych in casu warunków zamówienia. Oferty uchybiające tym wymaganiom nie mogą być dopuszczone do oceny merytorycznej. Prawo krajowe przewiduje zazwyczaj ich dyskwalifikację poprzez odrzucenie, choć zdarzają się przypadki zwrotu wadliwej oferty. Kryteria legalności i rzetelności mają tu bowiem pierwszeństwo przed kryteriami wartościującymi. Przepisy o zamówieniach publicznych na ogół nie regulują wyczerpująco tej problematyki z uwagi na jej bezpośredni związek z klasyczną koncepcją oferty. Wyjątkowo normują jednak w interesie publicznym obowiązek skorzystania z prawa zamawiającego do odrzucenia oferty w poszczególnych przypadkach[202]. Ustawodawca europejski uchylił się od regulacji tej kwestii, uznając prymat prawa krajowego. W art. 55 dyrektywy 2004/18 zastrzeżonego jedynie, aby przed odrzuceniem oferty z rażąco niską ceną względem wartości zamówienia zamawiający zwrócił się do oferenta o wyjaśnienie czynników cenotwórczych, zwłaszcza co do planowanej technologii i warunków realizacji zamówienia, obciążeń fiskalnych, wynagrodzeń pracowniczych i okoliczności korzystania z ewentualnej pomocy publicznej.

Unormowanie zawarte w art. 89 Pzp odbiega nieco od tendencji zachodzących w innych krajach, zmierza bowiem do wyczerpującego wyróżnienia przypadków niezgodności, pełniąc przy tym funkcje regulacji odsyłającej. Dlatego niektóre rozwiązania tam zastosowane nie są wolne od nadmiernych uproszczeń terminologicznych, a w paru przypadkach jest widoczny brak spójności, nawet z rozwiązaniami kodeksowymi, zwłaszcza gdy zamiast odrzucenia oferty właściwa byłaby wyłącznie sankcja nieważności (por. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Pzp). Rozwiązanie z art. 89 ust.1 pkt 1 powinno mieć znaczenie dopełniające w ramach „innych niezgodności oferty z prawem", natomiast w pkt 3 tego unormowania powinno raczej chodzić o przypadek złożenia oferty w warunkach nieuczciwej

---

201 Por. Informację o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2009 r., Warszawa 2010 r., s. 30 i in.

202 Por. art. 32 Model Law on Procurement of Goods, Constructions and Services, UNCITRAL, Roma 1994 r., a także regulacje: niemiecką zawartą w § 23–25 Algemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistung vom 17. Februar 2008 (Bundesanzeiger 2006, Nr 100), austriacką objętą § 129 BVerg oraz francuską z art. 52 Cmp.

konkurencji[203]. Trudności praktyki dowodzą zaś, że w kodeksie cywilnym unormować trzeba należycie skutki odrzucenia oferty (dotychczasowa wykładnia z zastosowaniem art. 68 kc sprzyja nieporozumieniom) w zgodzie z europejskimi zasadami prawa kontraktowego (por. art. 2: 203 PECL). Dobrodziejstwo bowiem odrzucenia oferty sprowadza się do usunięcia stanu niepewności, oferta wygasa a oferent od razu staje się wolny. Jak łatwo zauważyć, odrzucenie oferty przetargowej odbywa się na podstawie oświadczenia woli, które wymaga zakomunikowania właściwemu oferentowi, pozostałym konkurentom należy się tylko informacja. W efekcie choćby tylko z tego powodu wybór oferty najkorzystniejszej nie może być od razu definitywny skoro pominięcie (w ocenie) ofert nieprawidłowych odbywa się jedynie z uwzględnieniem samego zamiaru ich odrzucenia.

Z punktu widzenia oceny zgodności treści oferty z wymaganiami prawa, a tym bardziej z wymaganiami warunków zamówienia doniosłe znaczenie ma konieczność uprzedniego wyjaśniania niejednoznacznych postanowień oferty, a także korektury zawartych w niej tzw. oczywistych omyłek[204]. Odrzucenie oferty nie może przecież następować z błahych powodów. Występujące w przeszłości na gruncie praktycznego stosowania art. 87 Pzp trudności co do granic możliwego korygowania oczywistych omyłek (zbyt wiele ofert odrzucano bezzasadnie), skłoniły ustawodawcę do wprowadzenia w 2008 r. przepisu art. 87 art. 2 pkt 3 Pzp, umożliwiającego zamawiającemu dodatkowo „poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty." Zamiast posłużenia się rozszerzonym pojęciem „oczywistej omyłki" pisarskiej, terminologicznej i rachunkowej dopuszczono — niestety — do możliwości zmiany oferty po jej złożeniu, wprowadzając poważny wyłom od tradycyjnej zasady, że w przetargu ofert nie są dopuszczalne jakiekolwiek dodatkowe negocjacje z wykonawcą dotyczące złożonej oferty, ani tym bardziej wprowadzanie zmian w jej treści. Możliwość taka nie tylko narusza konstrukcję przetargowego sposobu wyboru oferty (wprowadzenie elementu negocjacji), lecz sprzyja też naruszeniom nadrzędnych zasad udzielania zamówień publicznych: równości, przejrzystości i uczciwej konkurencji. Dowodzą tego liczne mankamenty ujawniające się w bieżącym orzecznictwie[205].

Kryteria oceny ofert

Cele i natura postępowania eliminacyjnego nie dopuszczają dowolnego wyboru oferty. Powinien on być zobiektywizowany i przejrzysty, dokonany na podstawie z góry ustalonych kryteriów oceny ofert. Zgodnie z ramowym art. 53 ust. 1 dyrektywy 2004/18, bez uszczerbku dla krajowego porządku prawnego, kryteriami wyboru ofert mogą być: cena i inne czynniki odnoszące się do zamówienia (np. jakość, trwałość, estetyka lub właściwości funkcjonalne przedmiotu zamówienia, koszty eksploatacyjne, właściwości środowiskowe, warunki serwisu, termin wykonania zamówienia) albo wyłącznie najniższa cena. Dlatego rozróżnia się zamówienia udzielane na podstawie oferty najkorzystniejszej

---

203 Por. R. Szostak: Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2005r. (IIICZP-74/05), „Glosa" 2006, Nr 3, s. 119 i in. oraz G. Wicik, P. Wiśniewski: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 456.

204 Por. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 21 maja 2008r. (T-495/04, Belfast), ECR 2008, I-00781.

205 Por. Informacja z działalności Krajowej Izby Odwoławczej, powołana w przypisie 54.

ekonomicznie (z uwagi na cenę i inne korzyści) oraz zamówienia udzielane wyłącznie na podstawie oferty z najniższą ceną[206]. Jeśli dopuszcza się więcej niż jedno kryterium (cenowe) należy z góry w ogłoszeniu podać sposób operowania każdym z przyjętych kryteriów: jego znaczenie (wagę) wskazujące na relację do pozostałych kryteriów oraz skalę wartościowania wybranej korzyści transakcyjnej z zastosowaniem metody „punktacyjnej". Implementacja powyższych dyspozycji do krajowych porządków prawnych nie nastręczała większych trudności, tym bardziej że odzwierciedlają one rozwiązania zawarte w dyrektywach poprzednio obowiązujących. Prawo krajowe nie może bowiem limitować tradycyjnej swobody zamawiającego w kształtowaniu kryteriów wyboru oferty, podlega ona jednak ograniczeniom wynikającym z zasad udzielania zamówień publicznych. Od dawna jest to podstawowy problem ujawniający się w orzecznictwie europejskim[207].

Zasada równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji narzuca konieczność posługiwania się wyłącznie kryteriami zobiektywizowanymi jako rzeczywistymi miernikami korzyści transakcyjnej[208]. Takie ujęcie zapewnia nie tylko sprawiedliwe rozstrzygnięcie przetargu (innej procedury), lecz służy też ochronie interesu publicznego, w zgodzie z zasadą efektywności wydatków publicznych. Kryteria oceny ofert muszą być rzeczowe i bezwzględnie odnosić się do rzeczywistych a nie pozornych korzyści transakcyjnych zamawiającego. In casu krąg potencjalnych kryteriów jest więc zamknięty, należy ich „poszukiwać" w warunkach projektowanej umowy. Stąd słusznie zakłada się, że poza wysokością ceny (wynagrodzenia), pozostałe kryteria mogą dotyczyć jedynie przedmiotu zamówienia, a raczej przedmiotowej strony zobowiązania[209]. Warunki płatności nie nadają się na kryteria, ponieważ obecnie są w znacznym stopniu zdeterminowane prawem bankowym, termin zapłaty zaś w świetle dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/35/WE z 29 czerwca 2000 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych[210] nie może przekraczać 30 dni pod rygorem nieważności przeciwnego zastrzeżenia umownego. W ramach „przedmiotowej strony zobowiązania" mieszczą się także tzw. kryteria społeczne, zwłaszcza kryteria dotyczące parametrów lub innych właściwości ekologicznych oraz wpływu sposobu wykonania zamówienia na lokalny rynek pracy[211]. Z drugiej strony celem usunięcia wątpliwości i wadliwych przyzwyczajeń z minionego okresu w prawie krajowym zastrzega się, aby kryteria oceny ofert nie dotyczyły właściwości wykonawcy, które mogą być objęte co najwyżej podmioto-

---

206 Orzecznictwo europejskie sprzeciwia się jednak ustanawianiu przepisów wewnętrznych, nawet aktów regulaminowych, nakazujących obowiązek stosowania na stałe wyłącznie jednego kryterium w postaci najniższej ceny. Por. zwłaszcza wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 7 października 2004 r. (C-247/02, Sintesi SpA), ECR 2004, I-09215.

207 Por. zwłaszcza A. Sołtysińska: Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, Kraków 2004, s. 225 i in. oraz M. Lemke: Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r., Warszawa 2006, s. 45 i in.

208 Por. zwłaszcza wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 17 września 2002 r. (C-513/99, Concordia Bus), ECR 2002, I-07213, z 4 grudnia 2003 r. (C-448/01, EVN AG), ECR 2003 r. I-14527 oraz powołany wyżej wyrok z 7 października 2004 r.

209 Por. wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości: z 20 września 1988 r., powołany w przepisie 47 oraz z 16 września 1999 r. (C-27/98, Metalmecanica), ECR 1999, I-5697.

210 OJ L-200, p. 35.

211 Por. D. Piasta: Społeczne kryterium udzielania zamówień, „Zamówienia Publiczne Doradca" 2004, Nr 6, s. 26.

wymi warunkami ubiegania się o zamówienie, choć wyjątki odnoszą się jednak do tzw. usług nieprioritetowych (por. art. 2 pkt 5 i art. 5 ust. 1 Pzp).

Kryteria zobiektywizowane to kryteria niezmienne, także w zakresie ustalonego z góry sposobu operowania. Dlatego ujawnienie wadliwego kryterium po otwarciu ofert nieuchronnie prowadzi do unieważnienia postępowania[212]. Poza tym każde z przyjętych kryteriów jako miernik wartościujący musi posiadać według zasady przejrzystości wystarczające zdolności pomiarowe (tzw. wyostrzenie), powinno być zwłaszcza tak doprecyzowane, aby wyłączyć wszelką uznaniowość. Wartościująca natura kryteriów wymusza ponadto odpowiednie ich ukształtowanie celem płynnego pomiaru każdej z wybranych korzyści transakcyjnych, co zresztą uzasadniło zastrzeżenie w dyrektywach „punktacyjnej" metody pomiaru.

Każde możliwe kryterium oceny ofert łączy się z inną korzyścią transakcyjną. Jeśli jest ich kilka, powinny pozostawać ze sobą w optymalnych proporcjach (art. 2 pkt 5) wskazuje na właściwy „bilans" wysokości ceny i kryteriów „przedmiotowych". W szczególności „nadreprezentacja" tych drugich względem kryterium wysokości świadczenia pieniężnego może przyczynić się do wyboru oferty z bezzasadnie zawyżoną ceną[213]. Po gruntownej analizie przewidywanych obowiązków wykonawcy może okazać się, że żaden z nich nie jest tak znaczący, aby jego zaostrzenie zasługiwało na wzrost ekwiwalentu pieniężnego. Podwyższanie bowiem wymagań co do przedmiotu zamówienia niekiedy w ogóle pozostaje bez wpływu na interesy zamawiającego, wystarczające jest wtedy wyłącznie kryterium w postaci wysokości ceny. Relacje między kryterium cenowym a pozostałymi kryteriami „przedmiotowymi" związane są bezpośrednio z naturą umowy wzajemnej, dominującej w zamówieniach publicznych, w imię prostej zasady: lepszy przedmiot — wyższa cena. Stąd zastosowanie jakiegokolwiek kryterium dodatkowego wpływa na wybór oferty z wyższą ceną. Jedynie przy umowach nie zaliczanych do „wzajemnych" wysokość ekwiwalentu pieniężnego może schodzić na dalszy plan (np. wysokość prowizji za prowadzenie rachunku bankowego), a liczą się zaś bardziej korzyści związane z innymi świadczeniami (np. z oprocentowaniem depozytu, czy stopą kredytu w rachunku bieżącym). Dopuszczając kryterium „przedmiotowe" zamawiający powinien zatem najpierw ustalić dokładnie jego ekonomiczne znaczenie, a następnie odnosząc je do szacunkowej wartości zamówienia — ustalić dla niego właściwą proporcję względem ceny.

W bieżącej praktyce zamówień transgranicznych pośród kryteriów przedmiotowych[214] na pierwszy plan wysuwają się kryteria jakościowe, ponieważ właściwości jakościowe wpływają bezpośrednio na wartość ekonomiczną świadczenia niepieniężnego, natomiast ilość i skład przedmiotu, jako właściwości z góry „na sztywno" ustalone w warunkach zamówienia, w ogóle nie nadają się na kryteria oceny ofert. W zakresie kryteriów jakościowych liczą się przede wszystkim wybrane parametry techniczne, funkcjonalność,

---

212 Według wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 24 stycznia 2008 r., powołanego w przypisie 46 późniejsze uzupełnienie sposobu operowania przyjętymi kryteriami (współczynnika wagi) przez komisję przetargową jest niedopuszczalne.

213 Por. okoliczności sprawy rozstrzygniętej uchwałą Sądu Najwyższego z 18 września 2002 r. (III CZP-52/02), z glosą R. Szostaka, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 2003, Nr 5, poz. 57.

214 Por. R. Szostak: Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej w trybie przetargu na zamówienie publiczne, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie" 2009, Nr 809, s. 14 i in.

trwałość (w czasie) i niezawodność zamawianego przedmiotu. Duże znaczenie mają też warunki serwisu dostępnego po ustaniu odpowiedzialności ustawowej. Problem w tym, że zamawiający zmuszony jest oceniać jedynie deklarowane w ofercie, a nie realnie dostępne atrybuty jakości. Nawet jak zażąda od wykonawcy próbki zamawianego przedmiotu, modelu, wzoru itd. ma ograniczone możliwości rzetelnej oceny jego jakości, wymagającej nierzadko skomplikowanych badań laboratoryjnych (eksperckich)[215]. Trudności potęgują się po podpisaniu umowy w trakcie realizacji dostaw, usług lub robót budowlanych, gdy przynaglony potrzebami i słabszy organizacyjnie zamawiający nie potrafi wymusić świadczenia dobrej jakości, nie wspominając o świadczeniu szczególnie dobrej jakości. Nierzadko, z naruszeniem prawa wykonawca, dążąc do maksymalizacji zysku transakcyjnego obniża jakość spełnionego świadczenia nie tylko względem deklarowanych uprzednio właściwości, lecz nawet z naruszeniem obowiązujących przepisów i norm technicznych.

Wobec powyższego, coraz bardziej atrakcyjne w praktyce stają się zastępcze kryteria w postaci warunków odpowiedzialności za jakość przedmiotu zamówienia, obniżającą się — niestety zbyt często — już po jego spełnieniu, w fazie zaawansowanej eksploatacji. Jeśli bowiem uczciwy wykonawca nie dopuszcza możliwości spełnienia świadczenia wadliwego — przyrzeka korzystniejsze dla zamawiającego warunki odpowiedzialności za wady ujawnione po odbiorze przedmiotu zamówienia. Nasuwają się tutaj dwa kryteria oceny ofert: przedłużony termin ustawowego reżimu odpowiedzialności wykonawcy z tytułu rękojmi za wady fizyczne albo warunki gwarancji jakości. W drugim przypadku, zgodnie z umowną naturą gwarancji, kryterium jest złożone, w istocie idzie o zespół kilku sprzężonych ze sobą podkryteriów o mniejszym znaczeniu. Jednakże obecnie na gruncie prawa polskiego, po wejściu w życie nowelizacji prawa zamówień publicznych z 5 listopada 2009 r. zastosowanie kryterium gwarancyjnego odpada, ponieważ roszczeń gwarancyjnych nie wolno już zabezpieczać. Z dopuszczalnością bowiem obu kryteriów: przedłużenia okresu rękojmi lub udzielenia dodatkowej gwarancji, racjonalnie wiąże się wymóg zastrzeżenia z góry zabezpieczenia odpowiedzialności za wady, które działa dyscyplinująco[216].

Zakaz żądania od wykonawcy udzielenia gwarancji dodatkowej, a także możliwości jej zabezpieczenia jest związany z dobrowolno-umowną naturą i promocyjną funkcją gwarancji jakości. Poza tym gwarancji udzielają najczęściej producenci urządzeń, sprzętu i różnych akcesoriów albo ich importerzy, a nie ostateczny sprzedawca lub wykonawca, który odpowiada tradycyjnie z rękojmi za wady. Przy zamówieniach budowlanych wzrasta znaczenie przedłużenia okresu rękojmi przewidzianego w prawie polskim[217] ze

---

215 W orzecznictwie europejskim od dawna aprobuje się dopuszczalność korzystania z opinii biegłych przy ocenie ofert przetargowych. Por. zwłaszcza wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości: z 28 marca 1995 r. (C-324/93, Evans Medical Ltd.), ECR 1995, I-0563 oraz z 18 października 2001 r. (C-19/00, SIAC Construction Ltd.), ECR 2001, I-07725. Por. też A. Sołtysińska: Zamówienia publiczne … op. cit., s. 228 i in.

216 Konkurenci muszą liczyć się z koniecznością utrzymywania do 30% wartości tego zabezpieczenia także po wykonaniu zamówienia, tytułem zabezpieczenia roszczeń wynikających z rękojmi za wady (art. 151 Pzp). Nieuchronność zaspokojenia roszczeń, z pominięciem drogi sądowej, zmusza oferentów do „wyważenia" swoich propozycji odnośnie do warunków odpowiedzialności za wady przedmiotu zamówienia.

217 O dopuszczalności przedłużenia ustawowego okresu rękojmi na roboty budowlane zob. wyrok Sądu Najwyższego z 5 sierpnia 2005 r. (II CK-28/05), z aprobującą glosą R. Szostaka, „Państwo i Prawo" 2006, Nr 6, s. 115 i in.

względu na zbyt krótki — w porównaniu do przyjętego w innych krajach — bieg terminu ustawowego, ustalonego jedynie na 1 rok (co do nowych budynków — 3 lata), podczas gdy najkrótszy okres rękojmi na obszarze UE wynosi 5 lat na wszystkie rodzaje obiektów budowlanych[218].

Ocena ofert przetargowych

Rzetelny wybór oferty najkorzystniejszej wymaga uprzedniej oceny wartościującej wszystkich niepodlegających odrzuceniu ofert. W przeciwnym wypadku w ogóle nie można sensownie rozstrzygnąć, która spośród zakwalifikowanych do selekcji ofert jest rzeczywiście najlepsza. Ocena i towarzyszące jej porównanie ofert stanowią bowiem conditio iuris skutecznego wyboru oferty najkorzystniejszej. Prawo europejskie nie reguluje jednak techniczno-prawnych okoliczności kolaudacyjnej fazy procedury przetargowej, ani też znaczenia prawnego wartościowania ofert. Brak też szerszych uregulowań krajowych. Na ogół zastrzega się jedynie obowiązek przestrzegania ustalonych z góry kryteriów, połączony z zakazem ich zmiany i stosowania kryteriów dodatkowych[219]. Nierzadko brak nawet i takich regulacji[220]. Podstawową rolę odgrywają tu zatem wzorcowe protokoły postępowania, regulaminy przetargowe oraz zwyczaje praktyki, weryfikowane przez doktrynę i orzecznictwo. Uwzględniając zasady kwalifikacji zdarzeń cywilnoprawnych samo wartościowanie ofert rozpatrywać trzeba w kategoriach czynności faktycznych, natomiast wyniki oceny uznać trzeba już za oświadczenia wiedzy, skoro polegają na stwierdzeniu określonego stanu faktycznego bez zamiaru wywołania skutków prawnych[221]. Oferty są tylko przedmiotem oceny. Z założenia określone skutki prawne ma wywrzeć tylko jedna z nich, pod warunkiem jej przyjęcia.

Dopiero będący osobnym zdarzeniem wybór oferty w połączeniu z jej przyjęciem wyczerpuje znamiona oświadczenia woli. Z oczywistych względów stanowiące podstawę wyboru oferty wyniki oceny podlegają zaprotokołowaniu (jawność i przejrzystość). Stosowana zaś obligatoryjnie metoda „punktacyjna" umożliwia ustalenie listy rankingowej ocenianych ofert. Formalno-dowodowe wymagania towarzyszące ocenie ofert mają duże znaczenie dla zaskarżenia wyniku przetargu i odpowiedzialności za uchybienia. Możliwość żądania unieważnienia umowy finalnej z powodu błędnego (sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami) wyniku przetargu stała się już ogólnym standardem, obowiązującym także w obrocie powszechnym[222]. Uzupełniająco działa tu odpowiedzialność karna za utrudnianie lub wpływanie na wynik przetargu (por. art. 305 kk).

---

218 Przykładowo na gruncie prawa niemieckiego i austriackiego wynosi on 5 lat, francuskiego 10 lat, a brytyjskiego 12 lat. Por. U. Walczak: O terminach dochodzenia roszczeń z tytułu wad fizycznych obiektu budowlanego (w:) Efektywność udzielania i wykonywania zamówień publicznych, „Prawo Zamówień Publicznych" 2008, Nr 4, s. 252.

219 Por. dla przykładu § 25 niemieckich VOB/A.

220 Por. prawo polskie i austriackie, które po unormowaniu kwalifikacji ofert od razu regulują wybór oferty (Zuschlag — § 130 BVerg).

221 R. Szostak: Przetarg… op. cit., s. 113–114. Podobne zapatrywanie co do oceny dzieł konkursowych wyraził K. Zawada: Przyrzeczenie publiczne w polskim prawie cywilnym, Warszawa 1987, s. 131–132.

222 Po raz pierwszy kwestia ta trafiła do art. 230 szwajcarskiego kodeksu prawa obligacyjnego. Zob. też art. 70^5 kc.

Z punktu widzenia powinności organizatorskich zamawiającego wykreowanych wielostronnym stosunkiem proceduralnym ocena ofert stanowi zespół czynności przygotowawczych. Samodzielnym obowiązkiem jest dopiero rozstrzygnięcie przetargu. Dlatego — jak się zdaje — zainteresowany oferent nie dysponuje żadnym obligacyjnym żądaniem wykonania określonych czynności kolaudacyjnych, lecz wyłącznie prawem domagania się wyboru i przyjęcia jego oferty. O wynikach oceny ofert zamawiający informuje jednak wszystkich konkurentów w związku z zawiadomieniem o wyborze oferty (por. art. 92 ust. 1 Pzp, § 27 VOB/A, § 131 BVerg). Wymóg ten umożliwia konkurentom kontrolę zasadności wyboru oferty.

Znaczenie prawne wyboru oferty najkorzystniejszej

Określenie skutków prawnych wyboru oferty najkorzystniejszej prawo europejskie pozostawia ustawodawstwu krajowemu. Wprawdzie wszędzie wybór oferty jest połączony z jej klasycznym przyjęciem (nazywanym niekiedy tradycyjnie „przybiciem"), ale z uwagi na uwarunkowania historyczne dwojako przedstawiają się dalsze następstwa przyjęcia wybranej oferty[223]. Według wzorca niemieckiego stosowanego także w niektórych innych krajach, przede wszystkim na gruncie prawa austriackiego i szwajcarskiego, przyjęcie wybranej oferty prowadzi bezpośrednio do zawarcia umowy finalnej o zamówienie publiczne. Najpierw jednak zawiadamia się konkurentów o zamiarze udzielenia tzw. przybicia wybranej ofercie, a dopiero potem, po wyczerpaniu ewentualnego sporu przedumownego, składa się wybranemu konkurentowi oświadczenie woli o przyjęciu jego oferty albo powtarza procedurę wyboru bądź też unieważnia całe postępowanie[224]. Udzieleniu przybicia towarzyszy zazwyczaj przesłanie tzw. listu końcowego[225]. Wybrany oferent traci wpływ na zawarcie umowy, już od momentu złożenia oferty. Wadium zabezpieczające zawarcie umowy staje się zbędne albo pełni inną funkcję. Według zaś wzorca francuskiego, stosowanego także na gruncie prawa hiszpańskiego, portugalskiego i polskiego, przyjęcie oferty najkorzystniejszej prowadzi jedynie do nawiązania stosunku przejściowego, tożsamego lub zbliżonego do umowy przedwstępnej. W wyniku przyjęcia oferty najkorzystniejszej wykreowany zostaje zatem jedynie dwustronny obowiązek zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W świetle art. 76 kodeksu francuskiego po wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający odrzuca pozostałe utrzymujące się w przetargu oferty. Inaczej zatem niż na gruncie art. 94 Pzp w zw. z art. 70^3 § 1 kc, przewidującego upadek pozostałych ofert z mocy samego prawa w związku z podpisaniem umowy finalnej. Podobnie według art. 53 hiszpańskiej ustawy o zamówieniach publicznych[226] „umowę finalizuje się na piśmie w terminie trzydziestu dni od dnia następującego po zawiadomieniu o udzieleniu zamówienia (…), jeżeli umowy nie można sfinalizować z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, zamawiający może odstąpić od obligu".

---

223 Więcej o tym R. Szostak: Przetarg … op. cit., s. 156 i in.

224 Por. Ch. Riese: op. cit., s. 145, N. Portz: op. cit., s. 662 I A. Boesen: op. cit., s. 324.

225 Trudne dylematy związane z zachowaniem terminu do zaskarżenia wyniku przetargu na tle rozwiązań niemiecko-austriackich ujawniły się w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, por. wyroki z 11 sierpnia 1995 r. (C-433/93,Niemcy), ECR 1995, I-2303 oraz z 28 października 1999 r. (C-81/98, Austria), ECR 1999, I-07671.

226 Powołaną w przypisie 22.

W ramach rozwiązania dwustopniowego sytuacja prawna komplikuje się niezwykle w razie zaskarżenia wyboru oferty[227], ponieważ ewentualna konieczność jego powtórzenia musi prowadzić do upadku przejściowej umowy przedwstępnej. W wypadku natomiast uchylenia się przez którąkolwiek ze stron od zawarcia umowy finalnej, druga ma prawo do odszkodowania — zryczałtowanego, jeśli ustanowiono wadium. Nie bez znaczenia są też trudności związane z wyznaczeniem terminu zawarcia umowy finalnej oraz z niezbędnymi formalnościami poprzedzającymi jej zawarcie. Z drugiej strony konstrukcja przejściowej umowy przedwstępnej umożliwia ostateczne upewnienie się o bezpieczeństwie transakcji (oferty wraz z dokumentami na wiarygodność wykonawców składane są korespondencyjnie), a także bezkolizyjne ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy pod rygorem jej bezskuteczności albo odstąpienia od przejściowej umowy przedwstępnej (por. art. 54 ust. 3 hiszpańskiej ustawy).

Wybór oferty, a także informacja o jego dokonaniu, są powinnościami zamawiającego-organizatora wynikającymi ze stosunku proceduralnego. W razie zwłoki w zawiadomieniu któregokolwiek z konkurentów w grę może wejść odpowiedzialność odszkodowawcza (art. 471 kc), z tytułu nadmiernie wydłużonego w czasie pozostawania w gotowości do zawarcia umowy finalnej i jej wykonania[228]. Przyjęcie oferty najkorzystniejszej jest prostą konsekwencją jej wyboru. Na gruncie prawa polskiego brak jakichkolwiek podstaw prawnych do wyłączenia ogólnego art. 70^3 § 3 kc, przewidującego taki właśnie skutek przetargu. Wprawdzie prawo zamówień publicznych jednoznacznie przyjęcia wybranej oferty nie reguluje, ale pośrednio wynika on z celu postępowania ofertowo-eliminacyjnego (art. 2 pkt . 7a Pzp) oraz z pozostającego na dalszym planie obowiązku zawarcia umowy finalnej (art. 94 Pzp). Wyraźną dyspozycję co do tej powinności zawiera art. 36 ust. 1 ustawy modelowej UNCITRAL, według której „należy przyjąć ofertę uznaną za najkorzystniejszą i powiadomić o tym niezwłocznie wykonawcę, który ją złożył". Podobnie w prawie niemieckim (§ 97 GWB) i austriackim (§ 130 BVerg) operuje się obowiązkiem „udzielenia przybicia ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie".

Brak wyraźnego powiązania wyboru oferty najkorzystniejszej z jej przyjęciem i obu tych aktów z obowiązkiem zawarcia umowy w polskim prawie zamówień publicznych stanowi przyczynę niepotrzebnych trudności w praktyce[229]. W szczególności niezbyt jasno przedstawia się wpływ wyboru i przyjęcia oferty najkorzystniejszej na przejściowy status pozostałych ofert, które wygasają dopiero w związku z podpisaniem umowy finalnej. Na gruncie art. 94 Pzp niejasne jest też źródło samego obowiązku zawarcia umowy finalnej (ustawa, umowa)[230]. Od pewnego już czasu zaznaczyła się potrzeba nowelizacji tego

---

227 Por. w tym zakresie wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 3 kwietnia 2008 r. (C-444/06, Hiszpania), ECR 2008, I–02045.

228 Por. S. Rudnicki: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza-część ogólna, Warszawa 2003, s. 183, Z. Radwański: System … op. cit., s. 367 oraz A. Łupszak-Zając, P. Machnikowski: Nowa regulacja zawarcia umowy w trybie przetargowym, „Przegląd Prawa Handlowego" 2003, Nr 9, s. 13.

229 Por. zwłaszcza uchwały Sądu Najwyższego z 14 października 2005 r. (III CZP-73/05), z glosą R. Szostaka „Monitor Prawny" 2006, Nr 16, s. 888 i in. oraz z 14 listopada 2005 r. (III CZP-85/05), z glosą R. Szostaka „Monitor Prawny" 2007, Nr 12, s. 681 i in.

230 Pogląd o wyłącznie ustawowym pochodzeniu obowiązku zawarcia umowy finalnej nie zyskał aprobaty w doktrynie. Por. jednak A. Wójcik: op. cit., s. 240. Za konstrukcją umowy sui generis opowiadają się zwłaszcza S. Rudnicki: op. cit., s. 295 oraz P. Michnikowski: Kodeks cywilny, Komentarz (red. E. Gniewek),

unormowania w kierunku konstrukcji umowy przedwstępnej, co ułatwi należyte pojmowanie terminu na wykonanie obowiązku zawarcia umowy oraz odpowiedzialności za uchylenie się od jego realizacji. Zatrzymanie wadium z powodu uchylenia się wykonawcy od powinności zawarcia umowy przyrzeczonej musi być połączone wyraźnie z odstąpieniem od obligu (umowy przedwstępnej) względem zwycięskiego oferenta, skoro możliwy jest ponowny wybór oferty. To samo dzieje się, gdy wskutek uchylenia się od zawarcia umowy przez zamawiającego zwycięski oferent jest zmuszony żądać podwójnego wadium bądź odszkodowania na podstawie art. 70^4 § 2 zd. 3 kc, chyba że zdecyduje się na sądowe dochodzenie zawarcia umowy o zamówienie publiczne w oparciu o art. 70^2 § 3 w zw. z art. 70^3 § 3 kc. Jednocześnie nasuwa się tu wniosek, że w warunkach prawidłowego wyboru oferty zamawiający nie powinien mieć jakichkolwiek możliwości uchylenia się od zawarcia umowy (pod rygorem odpowiedzialności karnej), wyjątki mogą zaś dotyczyć co najwyżej okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania. Poza tym unieważnienie postępowania, już po wyborze oferty, ustawowo powinno być wyraźnie połączone z ubezskutecznieniem przejściowej umowy przedwstępnej uprzednio nawiązanej ze zwycięskim oferentem.

Warszawa 2006, s. 184. Bezpośrednio z umową przedwstępną obowiązek kontraktowania łączą zaś J. Rajski: op. cit., s. 8, Cz. Żuławska (w:) Komentarz do kodeksu cywilnego — Księga trzecia — zobowiązania, t. 1, Warszawa 2005, s. 166, A. Brzozowski: Kodeks cywilny, Komentarz (red. K. Pietrzykowski), Warszawa 2005, s. 281–282 oraz R. Szostak: Przetarg … op. cit., s. 163.

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE NA USŁUGI POCZTOWE W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ I W PRAWIE POLSKIM

prof. dr hab. Michał A. Waligórski
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu

1. Zamówienia publiczne na koncesjonowane usługi pocztowe

Państwa członkowskie Unii Europejskiej mają dużą swobodę w kształtowaniu przepisów krajowych w zakresie koncesjonowania działalności gospodarczej. W tym zakresie funkcjonują dwa odmienne modele normatywnej regulacji koncesji — stanowią one bądź przedmiot samodzielnej regulacji, bądź element systemu zamówień publicznych. Państwa członkowskie mogą stosować różne formy ograniczania konkurencji na rynku, posuwając się nawet do ustanowienia monopolu (praw wyłącznych). Osobne regulacje prawne w zakresie koncesyjnym funkcjonują np. Czechach, na Węgrzech, we Francji, Włoszech, Hiszpanii i Bułgarii. Od 2000 r. również Komisja Europejska, ostatnio w 2008 r., apeluje o podjęcie działań w celu implementacji instrumentów prawnych koncesji do systemów krajowych[231]. Koncesje nie są określone w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejska, natomiast zostały one zdefiniowane we wtórnym prawie wspólnotowym. I tak np. dyrektywa 2001/13/WE zmieniająca dyrektywę 95/18/WE w sprawie koncesjonowania przedsiębiorstw kolejowych definiowała koncesję jako: "wydane przez Państwo Członkowskie zezwolenie uznające zdolność prawną przedsiębiorstwa kolejowego do wykonywania przewozów kolejowych" (art. 3). Natomiast dyrektywa w sprawie wydawania licencji przedsiębiorstwom kolejowym definiuje licencję jako zdolność przedsiębiorstwa kolejowego do świadczenia określonych rodzajów usług (art. 2 pkt b). Według dyrektyw UE pojęcie to oznacza stwierdzenie zdolności prawnej, zaś w rozumieniu ustawodawstwa polskiego jest to prawo wykonywania działalności przewozowej. Także w dyrektywie pocztowej 97/67/WE z 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług została zdefiniowana „koncesja indywidualna" zaś w dyrektywie 2004/18/WE z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi została zdefiniowana „koncesja na roboty budowlane" i „koncesja na usługi". Koncesja na roboty budowlane oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na roboty budowlane, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za roboty budowlane, które mają być wykonane, stanowi albo wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością zaś koncesja na usługi oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usługi stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością (art. 1 dyrektywy). Tego rodzaju koncesje na usługi zostały wyłączone art. 17 wspomnianej dyrektywy spod zakresu jej stosowania. Koncesje na roboty budowlane i usługi zostały uregulowane odrębnie w ustawie z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19,

231 A. Osiecki, *Koncesja jako forma partnerstwa publiczno-prywatnego. Rozmowa z A. Panasiukiem,* Wspólnota, 2009/3/49.

poz. 100). Zgodnie z definicją sformułowaną w art. 1 koncesja jest umową dwustronną, odpłatną oraz dwustronnie zobowiązującą, w której koncesjonariusz zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem w postaci wyłącznego prawa do korzystania z obiektu budowlanego lub usługi albo prawo do korzystania wraz z płatnością. Koncesji uregulowanych we wskazanej ustawie nie można utożsamiać z koncesjami będącymi aktami reglamentacji działalności gospodarczej. Koncesje te opierają się na instytucji zamówienia, będącego umową odpłatną, której przedmiotem jest realizacja obiektu budowlanego lub usługi.

Charakter prawny umowy koncesji — de lege lata — budzi szereg wątpliwości. Użyte w omawianej ustawie określenie „umowa" wskazuje, że jest to czynność cywilnoprawna. W rozumieniu prawa cywilnego umowa koncesji jest umową dwustronnie zobowiązującą, odpłatną i konsensualną. Jednakże z postanowień tej ustawy nie wynika wprost, czy jest to umowa prawa cywilnego czy też ma charakter publicznoprawny. Także kodeks cywilny w części o zobowiązaniach nie wymienia takiej umowy. Przy zawieraniu umowy strony nie posiadają też swobody w ustalaniu jej elementów, jak przy „klasycznych" umowach cywilnych.

Elementy umowy koncesji wylicza art. 22 u.k.b., dzieląc je na składniki podstawowe i dodatkowe, zamieszczane w umowie jedynie wówczas, gdy wynika to z przedmiotu koncesji. Pewien zakres swobody, jaki posiadają strony wynika jedynie ze postanowień art. 22 ust. 2 u.k.b., bowiem przepis ten zawiera sformułowanie „umowa powinna określać w szczególności". Umownie można zatem regulować i inne kwestie, wynikające nie tylko z umowy koncesji (np. utrzymywanie bezpieczeństwa i porządku publicznego przy eksploatacji danego urządzenia technicznego, warunki normatywne prowadzenia określonego rodzaju działalności, itp.), lecz także z przepisów prawa materialnego (np. pobieranie opłat za przejazd autostradą). Umowa koncesji wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności. Wymóg pisemności umowy zastrzeżony *ad solemnitatem* uzasadniany jest doniosłymi skutkami prawnymi, jakie wiążą się z realizacją przez koncesjonariusza zadań z zakresu administracji publicznej objętych umową koncesji.

Umowa koncesji może być zawarta przez koncesjodawcę będącym z reguły jednostką sektora finansów publicznych z koncesjonariuszem a więc z każdą zainteresowaną danym przedsięwzięciem jednostką. Z uwagi na pozycję ustrojową stron kreujących umowę można by przyjąć, że w istocie są to podmioty administracji lub podmioty administrujące, którym przysługują uprawnienia koncedenta.

Przez zawarcie umowy koncesji strony dobrowolnie poddają się nie tylko postanowieniom umownym ale także rygorom prawa administracyjnego. Osiąga się to przez przyjęcie warunków umowy, które określając prawa i obowiązki koncesjonariusza w sferze publicznoprawnej, wykraczają poza prawo cywilne. Koncesjonariuszowi przysługuje szereg uprawnień analogicznych do tych, jakie przysługują organom administracji publicznej (np. w przypadku autostrad prawo wyłączności eksploatacji autostrady, prawo pobierania opłat za przejazdy autostradą oraz innych opłat jednostronnie oznaczonych, itp.). Prawo to wykonuje koncesjonariusz w imieniu własnym, a nie jako organ administracji publicznej. Organ władzy publicznej sprawuje tylko kontrolę i nadzór nad koncesjonariuszem w zakresie przestrzegania warunków umowy oraz — np. w przypadku

autostrad — zgodnością opłat za przejazdy autostradą i innych opłat z wymogami ustawowymi.

Zasadą ogólną jest zakaz zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której zawarto umowę koncesji. Zmiany są dopuszczalne jedynie wówczas, gdy konieczność ich wprowadzenia wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy. Niemożność przewidzenia zmian jest jedyną przesłanką dopuszczalności zmiany umowy koncesji. Nie ma przy tym znaczenia, czy zmiana dokonana została na korzyść czy na niekorzyść koncesjodawcy. Wąsko określone przesłanki dopuszczalności zmiany umowy ograniczać mają dowolne kształtowanie treści umowy, w oderwaniu od treści oferty. Ustawowo wyznaczone granice zmian umowy stanowią jedną z gwarancji realizacji zasady równego traktowania zainteresowanych podmiotów[232].

Zdecydowanie za publicznoprawnym charakterem umowy koncesji opowiada się A. Panasiuk, aczkolwiek Autor ten dostrzega w umowie koncesji także elementy umowy cywilnoprawnej. Jego zdaniem koncesja na roboty budowlane jako umowa publicznoprawna jest formą wykonywania zadań i realizacji uprawnień, stosowaną przez administrację publiczną. Jako że cel i istota koncesji dotyczy realizacji zadań publicznych jest to instytucja prawa administracyjnego. Umową koncesji następuje przekazanie części uprawnień administracji publicznej, jej tylko przynależnych, podmiotowi prywatnemu. Jednakże funkcjonowanie koncesji — jak wywodzi Autor — opiera się na przepisach prawa cywilnego a dla jej powstania potrzebne jest osiągnięcie konsensusu co zbliża koncesję do umowy cywilnoprawnej. Przy wykorzystaniu konstrukcji umowy koncesji dochodzi zatem do harmonizacji interesów zarówno publicznych, jak i prywatnych. Zawierając umowę, w ramach której podmiot prywatny będzie realizował uprawnienia, zamawiający uzyskuje z jednej strony korzyść w postaci realizacji swoich zadań, zaś z drugiej strony, może odnieść korzyści finansowe o charakterze publicznym i prywatnym[233].

Uogólniając można przyjąć, iż umowa koncesji jest swoistą umową o charakterze mieszanym, w której przeplatają się elementy cywilnoprawne ze znacznymi elementami administracyjnoprawnymi, tworząc określoną jedność. Jednym z jej podmiotów jest bowiem organ władzy publicznej drugim zaś podmiot prywatny, choć wykonujący zadania przypisane państwu. Umowa koncesji stanowi formę zlecania zadań administracyjnych państwa o charakterze gospodarczym, uznanych za szczególnie ważne w zaspakajaniu potrzeb społecznych, podmiotom prywatnym[234].

Jak już wspomniano koncesja na usługi została wyłączona przepisem art. 17 dyrektywy 2004/18/WE spod zakresu jej stosowania i podlega one zasadom ogólnym Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, tj. zasadzie swobodnego przepływu towarów (art. 28 TWE), zasadzie swobodnego świadczenia usług (art. 43 TWE) oraz zasadzie swobody prowadzenia działalności gospodarczej (art. 49 TWE). Nadto, zgodnie z komuni-

---

232 L. Lipiec-Warzecha, Komentarz do ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, LEX/el. 2009.

233 A. Panasiuk, Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Komentarz C. H. Beck, Warszawa 2009, s. 25.

234 M. A. Waligórski, Koncesje i umowy koncesyjne na autostrady płatne, w: Materialne prawo administracyjne, cz. III, red. Z. Janku, Forum Naukowe, Poznań 2009, s. 187.

katem wyjaśniającym Komisji Wspólnot Europejskich w sprawie koncesji na podstawie prawa wspólnotowego (2000/C 121/02) koncesje podlegają ogólnym zasadom wynikającym z traktatów takim jak zasada równości traktowania, przejrzystości, proporcjonalności, wzajemnego uznawania, niedyskryminacji itp.

Ogólna koncepcja koncesji, sprowadza się do powierzenia przez władzę publiczną innemu podmiotowi, na podstawie umowy albo działania jednostronnego za uprzednią zgodą podmiotu, całości lub części zarządzania usługą, za którą organ ten jest zwykle odpowiedzialny, przy czym podmiot ten przyjmuje ryzyko tego zarządzania. Traktat nie ogranicza swobody państw członkowskich do udzielania koncesji, pod warunkiem, że stosowane procedury są zgodne z prawem wspólnotowym. Państwa członkowskie UE mogą zatem nadal stosować koncesje indywidualne i zezwolenia, gdy jest to uzasadnione i proporcjonalne do założonego celu, o czym świadczy np. wprowadzenie w 2009 r. do naszego systemu prawnego koncesji i zezwoleń na prowadzenie gier hazardowych. Ograniczanie liczby koncesjonariuszy może być uzasadnione jedynie w branżach sieciowych, w których powielanie infrastruktury nie jest pożądane ze względów gospodarczych, fizycznych lub społecznych.

W prawie unijnym podkreśla się nadto, że koncesje mogą być przedmiotem praw wyłącznych lub szczególnych (specjalnych), o których mówi art. 18 dyrektywy 2004/18/WE, wyłączający stosowanie tej dyrektywy do zamówień publicznych na usługi. Także Prawo zamówień publicznych w art. 3 ust. 2 wypowiada się w kwestii praw wyłącznych lub szczególnych, definiując je jako „prawa przyznane w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej, polegające na zastrzeżeniu wykonywania określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów, jeżeli spełnienie określonych odrębnymi przepisami warunków uzyskania takich praw nie powoduje obowiązku ich przyznania". Tego rodzaju środki prawne, niezależnie od ich nazwy prawnej na mocy prawa krajowego, są określane w prawie unijnym jako „koncesje", bowiem zostały one uzyskane na mocy decyzji uznaniowej właściwego organu i odpowiadają w zasadzie pojęciu koncesji ukształtowanemu w doktrynie i przepisach prawa polskiego. Sytuacja taka ma miejsce także w przypadku uregulowanym w art. 51–54 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, kiedy to organ koncesyjny przewiduje specjalny tryb udzielania koncesji wynikający z ograniczonej liczby koncesji przeznaczonych do rozdysponowania. Jeżeli liczba przedsiębiorców, spełniających warunki do udzielenia koncesji i dających rękojmię prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją, jest większa niż liczba koncesji przewidzianych do udzielenia, organ koncesyjny zarządza przetarg, którego przedmiotem jest udzielenie koncesji. Koncesje zostają udzielone tym przedsiębiorcom, których oferty zostały wybrane ze względu na wysokość zadeklarowanych opłat za udzielenie koncesji, a tym samym koncesji nie otrzymują wszyscy przedsiębiorcy mimo spełniania warunków dla ich przyznania. W wyniku postępowania przetargowego w sprawie koncesji nie dochodzi do zawarcia umownego stosunku prawnego pomiędzy danym przedsiębiorcą a organem koncesyjnym, lecz do wydania decyzji — aktu władczej formy działania organu[235]. W rozumieniu przepisów prawa polskiego koncesja jest formą reglamentowania działalności gospodarczej i oznacza decyzję administracyjną, uprawniającą do prowadzenia działalności gospodarczej, w sferze w której jest ona reglamentowana

[235] M. A. Waligórski, Koncesje na działalność gospodarczą w prawie polskim, Poznań 2009, s. 52.

przez państwo (np. w zakresie obrotu paliwami, energią elektryczną, gier hazardowych itp.). Pojęcia „koncesja" w znaczeniu nadanym mu przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oznacza sui generis zgodę władzy publicznej na podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę. Koncesja przyznaje prawo prowadzenia określonej działalności z wykluczeniem lub ograniczeniem innych podmiotów. W tym znaczeniu koncesja stanowi źródło praw specjalnych lub wyłącznych. W ujęciu tradycyjnym koncesja definiowana jest jako akt reglamentacji gospodarczej. Takie też stanowisko prezentuje SN w wyroku z 8 maja 1998 r. III RN 34/98 OSNAP 1999/5/157 stwierdzając, iż koncesja ma charakter publicznoprawnego uprawnienia podmiotowego i z tej przyczyny co do zasady wyłączona jest z obrotu cywilnoprawnego (ius extra commercium).

Na kształt instytucji koncesji wpływają również zasady wynikające z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w szczególności zasady niedyskryminacji, równego traktowania, przejrzystości, wzajemnego uznawania oraz proporcjonalności. Dorobek prawny Wspólnoty obejmuje szczegółowe przepisy i orzeczenia regulujące zagadnienia zamówień publicznych oraz udzielanie za środków publicznych rekompensat za usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym.

Aktualnie państwa członkowskie, chcąc przyznać swoim narodowym operatorom prawa wyłączne (monopolowe) na świadczenie pewnych usług powszechnych nie muszą już powoływać się na art. 86 ust. 2 TWE oraz na ukształtowane na jego tle orzecznictwo sądów wspólnotowych. Do przyznania praw wyłącznych upoważnia bowiem państwa członkowskie bezpośrednio sama dyrektywa pocztowa, realizująca w pełni ideę umożliwiającą udzielanie operatorom publicznym praw wyłącznych jedynie w zakresie niezbędnym (koniecznym) do zapewnienia świadczenia usług powszechnych. Przyznanie praw wyłącznych powinno być zatem zawsze środkiem niezbędnym do sfinansowania (skompensowania) wykonywania usług powszechnych[236].

2. Zamówienia publiczne na usługi pocztowe w prawie Unii Europejskiej

Dyrektywa 2004/18/WE w art. 1 ust. 2 definiuje „zamówienia publiczne" jako umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług. Z kolei „zamówienia publiczne na usługi", według dyrektywy, oznaczają zamówienia publiczne, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług. Natomiast koncesja na usługi oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usługi stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością (art. 1 ust. 4 dyrektywy). Tego rodzaju koncesje zostały wyłączone spod zakresu stosowania dyrektywy (art. 17). Owo wyłączenie postanowień dotyczących zamówień publicznych na usługi oznacza, że umowa koncesji będzie zawierana na zasadach określonych w kodeksie cywilnym.

---

[236] M. Szydło, Prowadzenie działalności gospodarczej w nowym prawie pocztowym na tle prawa wspólnotowego, PUG 2004/10/16.

Pojęcie „usługi" zdefiniowane w dyrektywie 2004/18/WE zostało implementowane do przepisów Prawa zamówień publicznych, które w art. 2 pkt 10 pod tym pojęciem rozumie wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami wymienionymi w załączniku II do dyrektywy 2004/18/WE z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi lub w załącznikach XVII A i XVII B do dyrektywy 2004/17/WE z 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. W postępowaniach o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE lub w załączniku XVII B do dyrektywy 2004/17/WE, zgodnie z art. 5 u.p.z.p., zamawiający może nie stosować przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz innych niż dotyczące wartości zamówienia przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę, licytacji elektronicznej, a także przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz obowiązku informowania w tych przypadkach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Prezesem Urzędu".

Szczególne miejsce wśród usług zajmują usługi powszechne. Art. 16 TWE podkreśla miejsce zajmowane przez usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym we wspólnych wartościach UE oraz ich roli we wspieraniu spójności społecznej i terytorialnej. Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym są to usługi rynkowe (komercyjne), które państwa członkowskie poddają szczególnym zobowiązaniom właściwym (i charakterystycznym) dla usług publicznych, na podstawie kryterium ogólnego. Usługi te cechują się użytecznością publiczną, w związku z tym powinny być one powszechnie dostępne i służyć ogółowi społeczeństwa (a przede wszystkim dobru wspólnemu)[237]. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości uznano, iż do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym można zaliczyć m.in. : świadczenie podstawowych usług pocztowych, utrzymywanie sieci usług pocztowych na wsi, a także wykonywanie zobowiązań wynikających z Powszechnej Konwencji Pocztowej[238]. Dyrektywa 97/67/WE z 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług w art. 3 ust. 1 wskazuje, iż mające taki charakter usługi pocztowe powinny posiadać wymaganą jakość i być świadczone w sposób ciągły we wszystkich punktach kontaktowych i punktach dostępu na obszarze danego kraju, po przystępnych cenach dla wszystkich użytkowników. Nadto wymaga się w art. 5 dyrektywy, aby każde państwo członkowskie podejmowało działania w celu zapewnienia by świadczenie usług powszechnych spełniało następujące wymagania:

1) powinno oferować usługę gwarantującą zgodność z wymaganiami podstawowymi;
2) powinno oferować użytkownikom identyczną usługę w porównywalnych warunkach;

---

237 Komunikat Komisji w sprawie usług w interesie ogólnym w Europie, Dz.Urz. WE 2001, C 17/4; cyt. za M. Szydło, ibidem, s. 15.

238 Ibidem.

3) powinno być dostępne bez żadnej formy dyskryminacji, szczególnie bez dyskryminacji wynikającej z czynników politycznych, religijnych lub ideologicznych;
4) nie powinno być przerywane ani wstrzymywane, poza przypadkami siły wyższej;
5) powinno ulegać zmianom, w odpowiedzi na rozwój środowiska technologicznego, ekonomicznego i społecznego oraz na potrzeby użytkowników.

Zawarte w tym przepisie postanowienia nie wykluczają środków, jakie państwa członkowskie podejmują zgodnie z wymaganiami związanymi z interesem publicznym uznanym w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejska, w szczególności w artykułach 30 i 46 Traktatu, dotyczących m.in. moralności publicznej oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego, łącznie z postępowaniem dochodzeniowym w sprawach przestępstw (art. 5 ust. 2 dyrektywy).

Zadaniem państwa jest zadbać o to, by usługi powszechne były wykonywane w oparciu o zasady i warunki, które pozwolą spełniać ich funkcje[239]. Prawo unijne niekiedy dopuszcza aby usługi powszechne były świadczone na podstawie koncesji wydawanych konkurentom z możliwością wprowadzenia wymogów zobowiązujących właścicieli takich koncesji do wkładu w dostarczanie określonej usługi Taką możliwość przewiduje dyrektywa 2008/6/WE z 20 lutego 2008 r. zmieniająca dyrektywę 97/67/WE w odniesieniu do pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty, z której wynika, iż państwa członkowskie mogą zapewniać świadczenie usług powszechnych przez zamówienie takich usług zgodnie z odnośnymi zasadami i przepisami w zakresie zamówień publicznych, w tym dialogiem konkurencyjnym lub procedurami negocjacyjnymi z publikacją lub bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu[240], przewidzianymi w dyrektywie 2004/17/WE koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Dyrektywa 2008/6/WE w zakresie usług pocztowych pozwala państwom członkowskim wprowadzić do usług powszechnych procedury zezwoleń, w tym koncesje indywidualne, w zakresie niezbędnym do zagwarantowania zgodności z wymaganiami podstawowymi i w celu zapewnienia świadczenia usługi powszechnej (art. 9 ust. 2). Pojęcie „zezwoleń" zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 14 dyrektywy 97/67/WE jako „jakiekolwiek pozwolenia określające prawa i obowiązki charakterystyczne dla sektora pocztowego i zezwalające przedsiębiorstwom na świadczenie usług pocztowych oraz, w odpowiednich przypadkach, na budowę lub eksploatację ich sieci w celu świadczenia takich usług, w formie >zezwolenia ogólnego< lub >koncesji indywidualnej<". Z kolei zezwolenie ogólne to „zezwolenie — niezależnie od tego, czy jest ono regulowane >koncesją według klasy<, czy na podstawie ogólnego prawa, i niezależnie od tego, czy uregulowanie takie wymaga

---

239 Pkt 3 dyrektywy 2002/39/WE z 10.06.2002 r. zmieniający dyrektywę 97/67/WE w zakresie dalszego otwarcia na konkurencję wspólnotowych usług pocztowych.

240 „Dialog konkurencyjny" oznacza procedurę, w której o udział ubiegać się może każdy wykonawca oraz, w ramach której instytucja zamawiająca prowadzi dialog z dopuszczonymi do udziału kandydatami w celu wypracowania jednego lub większej liczby odpowiednich rozwiązań, spełniających te wymogi, a na ich podstawie wybrani kandydaci są następnie zapraszani do składania ofert. Natomiast „procedury negocjacyjne" oznaczają te procedury, w ramach których instytucje zamawiające konsultują się z wybranymi przez siebie wykonawcami i negocjują warunki zamówienia z jednym lub wieloma z nich.

procedur rejestracji lub deklaracji — które nie wymaga od danego operatora świadczącego usługi pocztowe otrzymania wyraźnej decyzji krajowego organu regulacyjnego przed przystąpieniem do wykonywania praw wynikających z zezwolenia". Wreszcie pojęcie „koncesja indywidualna" oznacza „zezwolenie wydawane przez krajowy organ regulacyjny, które nadaje operatorowi świadczącemu usługi pocztowe konkretne prawa, lub które, w odpowiednich przypadkach, uzależnia działalność tego przedsiębiorstwa od konkretnych zobowiązań wykraczających poza zezwolenie ogólne i w przypadku którego operator świadczący usługi pocztowe nie jest uprawniony do przystąpienia do wykonywania praw do momentu otrzymania decyzji krajowego organu regulacyjnego". Zezwolenia ogólne mogą być wprowadzone dla usług pocztowych, wykraczających poza zakres usług powszechnych. Natomiast do usług, które należą do zakresu usług powszechnych, państwa członkowskie mogą wprowadzić procedury zezwoleń, w tym koncesje indywidualne, w zakresie niezbędnym do zagwarantowania zgodności z wymaganiami podstawowymi i w celu zapewnienia świadczenia usługi powszechnej (art. 9 dyrektywy).

Dyrektywa 2002/39/WE stwarza możliwość połączenia wprowadzania koncesji z wymogami, by odbiorcy usług mieli do dyspozycji przejrzyste, proste i niekosztowne procedury składania reklamacji, niezależnie od tego czy dotyczą one operatorów świadczących usługi powszechne czy operatorów świadczących usługi na podstawie zezwolenia, w tym posiadaczy indywidualnych koncesji.

Państwa członkowskie mogą nadal stosować zezwolenia i koncesje indywidualne, gdy jest to uzasadnione ogólnym interesem gospodarczym i stopniowym, kontrolowanym otwarciem rynku pocztowego na konkurencję poprzez eliminację wyłącznych i szczególnych praw w sektorze pocztowym, z trwałą gwarancją świadczenia usługi powszechnej. Państwa członkowskie UE powinny mieć swobodę decydowania o metodzie finansowania usług powszechnych, optymalnie dostosowanej do ich szczególnej sytuacji, jednocześnie podejmując starania mające na celu uniknięcie wszelkich nieproporcjonalnych zniekształceń w funkcjonowaniu rynku. Alternatywne sposoby finansowania przedstawione w art. 7 dyrektywy 97/67/WE w sprawie pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty, to m.in. rekompensata ze środków publicznych poprzez bezpośrednie subsydia państwowe (ust. 3), lub pośrednio, finansowanie przy wykorzystaniu procedur zamówień publicznych (art. 2).

3. Zamówienia publiczne na usługi pocztowe w prawie polskim

Świadczenie usług pocztowych jest normowane przepisami ustawy z 12 czerwca 2003 r. — Prawo pocztowe (tj. z 2008 r. Dz. U. Nr 189, poz. 1159 ze zm), która dokonała w zakresie swej regulacji implementacji dyrektywy 97/67/WE. W myśl postanowień art. 2 ust. 1 tej ustawy usługę pocztową stanowi, wykonywanie w obrocie krajowym lub zagranicznym, zarobkowe: przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie przesyłek oraz druków nieopatrzonych adresem, prowadzenie punktów wymiany umożliwiających przyjęcie i wymianę korespondencji między podmiotami korzystającymi z obsługi tych punktów, realizowanie przekazów pocztowych.

Prawo pocztowe wyróżnia także powszechne usługi pocztowe polegające na:

a) przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu przesyłek listowych do 2000 g, w tym przesyłek poleconych i przesyłek z zadeklarowaną wartością, paczek pocztowych do 10 000 g, w tym z zadeklarowaną wartością oraz przesyłek dla ociemniałych;

b) doręczaniu nadesłanych z zagranicy paczek pocztowych do 20 000 g;

c) realizowaniu przekazów pocztowych,

świadczone w obrocie krajowym i zagranicznym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w sposób jednolity w porównywalnych warunkach i po przystępnych cenach, z zachowaniem wymaganej prawem jakości oraz z zapewnieniem co najmniej jednego opróżniania nadawczej skrzynki pocztowej i doręczania przesyłek co najmniej w każdy dzień roboczy i nie mniej niż przez 5 dni w tygodniu (art. 3 pkt 25 u.p.p.).

Powszechne usługi pocztowe mogą być przede wszystkim świadczone przez operatora publicznego na zasadzie wyłączności (art. 46 u.p.p.) jako tzw. usługi zastrzeżone (art. 47 u.p.p.). Usługi pocztowe mogą też być świadczone bądź jako wymagające zezwolenia (art. 6 ust. 1 u.p.p.) lub wpisu do rejestru regulowanej działalności gospodarczej (art. 6 ust. 3 u.p.p.). W tym ostatnim przypadku jest to działalność niewymagająca zezwolenia. Natomiast czasowe świadczenie usług pocztowych innych niż powszechne usługi pocztowe przez przedsiębiorców z państw członkowskich UE[241] wymaga uzyskania odpowiednio zezwolenia albo wpisu do rejestru (art. 6 ust. 6 u.p.p.).

Państwa członkowskie UE mogą w różny sposób ograniczać konkurencję na rynku, ustanawiając nawet monopol na rzecz przedsiębiorstwa, któremu powierzono świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym, o ile jest to konieczne do zapewnienia, by dane przedsiębiorstwo mogło świadczyć usługi powszechne na gospodarczo akceptowalnych warunkach[242].

Wykonywanie obowiązku świadczenia powszechnych usług pocztowych należy do operatora publicznego, którym została ustanowiona Poczta Polska SA[243]. Operator publiczny został zobowiązany do świadczenia powszechnych usług pocztowych w sposób ciągły, umożliwiający:

1) traktowanie przesyłki listowej jako przesyłki poleconej;

2) traktowanie przesyłki jako przesyłki z zadeklarowaną wartością;

3) uzyskanie potwierdzenia odbioru przesyłki rejestrowanej lub kwoty pieniężnej określonej w przekazie pocztowym;

4) przyjęcie, przemieszczenie i doręczenie przesyłek lub kwot pieniężnych nadanych na poste restante.

---

241 Ustawa z 4.03.2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 47, poz. 278). Ustawy nie stosuje się w zakresie świadczenia powszechnych usług pocztowych (art. 3 ust. 1 pkt 22).

242 M. Szydło, op. cit., s. 16 i wskazane w przypisie 44 i 45 orzecznictwo ETS a zwłaszcza orzeczenie w sprawie przyznania poczcie belgijskiej monopolu na świadczenie pewnych usług powszechnych .

243 Ustawa z 5.09.2008 r. o komercjalizacji państwowego przedsiębiorstwa użyteczności publicznej „Poczta Polska" Dz.U. Nr 180, poz. 1109.

Operatorowi publicznemu przysługuje wyłączność świadczenia usług pocztowych zastrzeżonych, polegających na:

1) przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie krajowym przesyłek z korespondencją, przesyłek reklamowych oraz innych przesyłek nadanych w sposób uniemożliwiający sprawdzenie zawartości o masie nieprzekraczającej granicy wagowej 50 g.;
2) przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie zagranicznym przesyłek o masie nieprzekraczającej granicy wagowej 50 g.;
3) przyjmowaniu i doręczaniu w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek z korespondencją, o ile w procesie przyjmowania lub doręczania stają się one przesyłkami o masie nieprzekraczającej granicy wagowej 50 g. (art. 47 u.p.p.).

Działalność pocztowa operatora publicznego nie wymaga ani zezwolenia ani wpisu do rejestru regulowanej działalności gospodarczej.

W przypadku zezwoleń mamy do czynienia z „koncesją indywidualną", o której mówi dyrektywa wspólnotowa, bowiem prawo do wykonywania działalności pocztowej nadaje przedsiębiorstwu krajowy organ regulacyjny w zakresie świadczenia jedynie takich usług, które mieszczą się w obszarze usług powszechnych. Jednak polski ustawodawca nie skorzystał z możliwości poddania w pełnym zakresie usług powszechnych wymogowi uzyskania zezwolenia. Prawo pocztowe obejmuje bowiem zezwoleniami jedynie działalność w zakresie przyjmowania, przemieszczania i doręczania w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek dla ociemniałych oraz z korespondencją do 2.000g, z wyłączeniem: a) przesyłek z korespondencją w obrocie krajowym i przesyłek o masie nieprzekraczającej 50g. w obrocie zagranicznym; b) przesyłek przyjmowanych, przemieszczanych i doręczanych w sposób inny niż określony dla powszechnych usług pocztowych (art. 6 u.p.p.). Zdaniem M. Szydło powyższe rozwiązanie z pewnością zasługuje na pozytywną ocenę, jako że jest przejawem łagodzenia rygorów związanych z podejmowaniem działalności pocztowej[244].

Zezwolenie wydaje Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE) na pisemny lub złożony w formie elektronicznej wniosek przedsiębiorcy, który zawiera:

1) oznaczenie przedsiębiorcy, jego siedziby i adresu;
2) oznaczenie formy prawnej przedsiębiorcy, jego numer w rejestrze przedsiębiorców albo w innym właściwym rejestrze lub w ewidencji działalności gospodarczej oraz numer identyfikacji podatkowej (NIP);
3) określenie zakresu wnioskowanej działalności pocztowej oraz sposobu jej realizacji;
4) określenie obszaru, na którym będzie wykonywana działalność pocztowa, wyznaczonego jednym lub więcej województwem, z określeniem planowanej gęstości sieci w poszczególnym województwie;
5) wnioskowany okres wykonywania działalności pocztowej objętej zezwoleniem.

---

244 M. Szydło, op. cit., s. 13.

W przypadku wnioskodawcy będącego osobą fizyczną oraz osób kierujących działalnością przedsiębiorcy niebędącego spółką handlową do wniosku należy dołączyć informację o dacie i miejscu urodzenia, imionach rodziców, nazwisku rodowym matki, miejscu zamieszkania, numerze PESEL, a w przypadku cudzoziemców — informację o ewentualnym miejscu zameldowania w Polsce oraz o numerze paszportu, a także o numerze wizy lub karty pobytu oraz informację w zakresie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym. Nadto wymaga się załączenia do wniosku aktualnego odpisu z rejestru przedsiębiorców albo z innego właściwego rejestru lub z ewidencji działalności gospodarczej oraz aktualnego odpisu zaświadczenia o nadaniu numeru identyfikacji podatkowej (NIP). W przypadku spółek handlowych wniosek powinien być uzupełniony o listę członków zarządu, prokurentów oraz członków organu nadzoru a także listę akcjonariuszy posiadających nie mniej niż 5% akcji imiennych albo listę wspólników. Listy te powinny zawierać informację o dacie i miejscu urodzenia, imionach rodziców, nazwisku rodowym matki, miejscu zamieszkania lub zameldowania w Polsce oraz numery PESEL tych osób a w przypadku cudzoziemców — informację o numerze paszportu oraz numerze wizy lub karty pobytu jak też informację w zakresie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym. W każdym przypadku do wniosku powinien być dołączony regulamin świadczenia usług pocztowych objętych wniosku i opis sposobu świadczenia usługi pocztowej.

Zezwolenie wydaje się po stwierdzeniu, że przedsiębiorca złożył wymagane dokumenty poświadczające, że spełnia on wymogi wykonywania działalności objętej wnioskiem. Musi to być przedsiębiorca, który zapewnia warunki do przestrzegania tajemnicy pocztowej, obejmującej informacje przekazywane w przesyłkach, informacje dotyczące realizacji przekazów pocztowych, dane dotyczące podmiotów korzystających z usług pocztowych oraz dane dotyczące faktu i okoliczności świadczenia usług pocztowych lub korzystania z tych usług. Warunkiem wydania zezwolenia jest też aby przedsiębiorca określił przejrzyste i niedyskryminujące warunki postępowania reklamacyjnego i aby posiadał odpowiednią do rozmiarów planowanej działalności bazę organizacyjno-techniczną. Kolejnym wymogiem jest to, aby przedsiębiorca będący osobą fizyczną, wspólnicy spółek osobowych, członkowie zarządów spółek kapitałowych i osoby kierujące działalnością pozostałych przedsiębiorców nie byli karani za umyślne przestępstwo przeciwko ochronie informacji, wiarygodności dokumentów, mieniu, obrotowi gospodarczemu, obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi lub umyślne przestępstwo skarbowe oraz to aby wobec nich nie wydano prawomocnego orzeczenia zakazującego wykonywania działalności gospodarczej objętej zezwoleniem pocztowym. Nadto wymaga się od przedsiębiorcy wykonywania działalności gospodarczej w sposób niezagrażający obronności, bezpieczeństwu państwa lub bezpieczeństwu i porządkowi publicznemu. Stwierdzenie spełnienia tego warunku następuje po zasięgnięciu opinii Ministra Obrony Narodowej, ministra właściwego do spraw wewnętrznych lub Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego.

Przed podjęciem decyzji w sprawie wydania zezwolenia Prezes UKE wzywa wnioskodawcę do uzupełnienia, w wyznaczonym terminie, brakującej dokumentacji poświadczającej, że spełnia on ustawowe warunki wymagane do wykonywania działalności gospodarczej objętej zezwoleniem. Zezwolenia pocztowe wydaje się na czas nieoznaczony.

W zezwoleniu określa się:

1) operatora, jego firmę, siedzibę i adres albo adres zamieszkania i adres głównego miejsca wykonywania działalności;
2) zakres działalności pocztowej objętej zezwoleniem;
3) obszar, na którym będzie wykonywana działalność pocztowa objęta zezwoleniem.

Działalność podejmowana na podstawie zezwolenia pocztowego wpisywana jest do rejestru prowadzonego przez Prezesa UKE w części dotyczącej zezwoleń. Rejestr jest jawny i może być prowadzony w systemie informatycznym. Rejestr obejmuje w szczególności dane identyfikujące przedsiębiorcę (firma, forma prawna, adres), zakres i obszar wykonywanej działalności pocztowej oraz informacje o zmianie danych i fakcie zawieszenia albo zakończenia wykonywania działalności pocztowej jak również numer i datę wpływu wniosku o wpis do rejestru oraz datę dokonania wpisu. Wpis do rejestru dokonywany jest w terminie 7 dni od daty wydania zezwolenia i także w tym terminie dokonuje się zmiany danych objętych rejestrem. Natomiast wykreślenie wpisu z rejestru następuje na wniosek operatora lub z urzędu w przypadku stwierdzenia trwałego zaprzestania wykonywania działalności pocztowej lub uprawomocnienia się decyzji o cofnięciu zezwolenia.

Prezes UKE obligatoryjnie cofa zezwolenie, jeżeli:

1) wydano prawomocne orzeczenie zakazujące przedsiębiorcy wykonywania działalności objętej zezwoleniem;
2) działalność objęta zezwoleniem jest wykonywana w sposób sprzeczny z przepisami ustawy, w szczególności w zakresie usług zastrzeżonych;
3) wykonywanie działalności objętej zezwoleniem zagraża obronności, bezpieczeństwu państwa lub bezpieczeństwu i porządkowi publicznemu (tu wymaga się wniosku Ministra Obrony Narodowej, ministra właściwego do spraw wewnętrznych lub Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, przy czym wniosek nie wymaga uzasadnienia, jeżeli naruszałoby to przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych);
4) przedsiębiorca przestał spełniać warunki określone przepisami prawa, wymagane do wykonywania działalności określonej w zezwoleniu;
5) przedsiębiorca nie usunął stanu faktycznego lub prawnego niezgodnego z przepisami prawa regulującymi działalność objętą zezwoleniem pomimo wezwania Prezesa UKE do jej podjęcia,, w terminie wyznaczonym przez Prezesa UKE.

Fakultatywne cofnięcie zezwolenia, ograniczenie jego zakresu lub obszaru działalności ma miejsce, jeżeli przedsiębiorca posiadający zezwolenie nie rozpoczął działalności objętej zezwoleniem w terminie 6 miesięcy od dnia wydania zezwolenia, pomimo wezwania Prezesa UKE do jej podjęcia, lub zaprzestał jej wykonywania a także gdy ogłoszono upadłość lub otwarto likwidację przedsiębiorcy posiadającego zezwolenie. Z wyjątkiem przypadków niecierpiących zwłoki oraz zdarzeń nieodwracalnych, decyzja o cofnięciu zezwolenia albo o ograniczeniu obszaru działalności może być podjęta po bezskutecznym wezwaniu operatora do usunięcia przyczyn uzasadniających wydanie takiej decyzji.

W przypadku cofnięcia zezwolenia z przyczyn obligatoryjnych, może być ono ponownie wydane nie wcześniej niż po upływie 3 lat od dnia, w którym decyzja o cofnięciu zezwolenia stała się ostateczna.

Operator pocztowy wykonujący działalność pocztową jest obowiązany zgłosić do Prezesa UKE zmiany danych w terminie 14 dni od dnia ich powstania w zakresie osób składających wniosek o wydanie zezwolenia oraz obszaru wykonywania działalności pocztowej oraz władz spółek i ich wspólników. W takim samym terminie operator wykonujący działalność pocztową na podstawie udzielonego zezwolenia jest obowiązany zgłosić do Prezesa UKE fakt zawieszenia albo zakończenia działalności pocztowej. Uprawnienia z tytułu wydanego przedsiębiorcy zezwolenia nie przechodzą na podmioty powstałe w wyniku jego podziału albo łączenia się z innymi podmiotami.

Obok wspólnotowych „koncesji indywidualnych" odpowiadających krajowemu „zezwoleniu" dyrektywa pocztowa przewiduje jeszcze drugą formę reglamentowania działalności pocztowej w postaci „zezwolenia ogólnego" niewymagającego od danego przedsiębiorcy otrzymania konkretnej decyzji krajowego organu regulacyjnego. Tego rodzaju zezwolenie wynika najczęściej z przepisów prawa i może wiązać się z koniecznością dopełnienia przez dane przedsiębiorstwo procedury rejestracji lub deklaracji. Państwa członkowskie mogą ustanawiać zezwolenia ogólne na wykonywanie wszelkich usług niezastrzeżonych, bez względu na to, czy należą one do zakresu usług powszechnych czy też nie. W polskim prawie tego rodzaju instytucja nosi nazwę działalności regulowanej, czyli działalności, „której wykonywanie wymaga spełnienia szczególnych warunków, określonych przepisami prawa" i która w sposób ogólny została uregulowana w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. W zakresie świadczenia usług pocztowych do kategorii regulowanej działalności pocztowej można by zaliczyć świadczenie usług pocztowych niezastrzeżonych dla operatora publicznego oraz objętych zezwoleniami. Natomiast nie wymaga wpisu do rejestru regulowanej działalności gospodarczej działalność pocztowa polegająca na przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu druków bezadresowych jak też działalność wykonywana przez agenta lub agenta pocztowego na podstawie umowy agencyjnej, zawartej z operatorem zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego (art. 6 ust. 3 i 4 u.p.p.). Poprzez wpis do rejestru realizowana jest zasada oparcia dostępu do świadczenia usług o konieczność spełnienia przez przedsiębiorcę warunków określonych Prawem pocztowym. Nadto organowi regulacyjnemu zostaje przyznana możliwość sprawowania kontroli następczej w zakresie zgodnego z prawem wykonywania działalności pocztowej na podstawie wpisu do rejestru. Zastosowane przez organ regulacyjny środki muszą być proporcjonalne do stopnia naruszenia obowiązków począwszy od nakazania usunięcia stwierdzonych w toku kontroli nieprawidłowości, wymierzania kar pieniężnych. A skończywszy na zakazaniu dalszego prowadzenia działalności regulowanej i wykreślenia przedsiębiorcy z rejestru. Konkretne wymagania, których spełnienie warunkuje możliwość prowadzenia działalności regulowanej zostały ustanowione w przepisie 14a u.p.p. Warunki te mają charakter:

1) podmiotowy (przedsiębiorca będący osobą fizyczną wykonuje we własnym imieniu działalność gospodarczą lub będąc osobą kierującą działalnością osób prawnych lub jednostek organizacyjnych niebędących osobą prawną, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, nie był prawomocnie skazany za umyślne przestępstwo przeciwko ochronie informacji, wiarygodności dokumentów, mie-

niu, obrotowi gospodarczemu, obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi lub umyślne przestępstwo skarbowe),

2) przedmiotowy (zostały zapewnione warunki do przestrzegania tajemnicy pocztowej oraz zapewnienia bezpieczeństwa przesyłek na poszczególnych etapach świadczenia usługi jak też określono w regulaminie świadczenia usług okoliczności uznania usługi pocztowej za niewykonaną lub nienależycie wykonaną oraz przejrzyste i niedyskryminujące warunki postępowania reklamacyjnego i rozpatrywania skarg),

3) materialny (wykonywanie działalność objętej wpisem do rejestru nie będzie zagrażać obronności, bezpieczeństwu państwa lub bezpieczeństwu i porządkowi publicznemu), a także

4) formalny (wniosek o wpis został złożony w formie pisemnej lub elektronicznej i zawiera dane określające:

   a) firmę przedsiębiorcy, jego siedzibę i adres albo adres zamieszkania i adres głównego miejsca wykonywania działalności;

   b oznaczenie formy prawnej i numer w rejestrze przedsiębiorców albo w innym właściwym rejestrze lub w ewidencji działalności gospodarczej;

   c) numer identyfikacji podatkowej (NIP), o ile przedsiębiorca taki numer posiada;

   d) określenie zakresu zamierzonej działalności pocztowej;

   e) obszar, na którym będzie wykonywana działalność pocztowa;

   wraz z wnioskiem przedsiębiorca składa w formie pisemnej lub elektronicznej, oświadczenie, **że** dane zawarte we wniosku o wpis do rejestru operatorów pocztowych są kompletne i zgodne z prawdą oraz że znane mu są i spełnia warunki wykonywania działalności gospodarczej w zakresie objętym obowiązkiem uzyskania wpisu do rejestru operatorów pocztowych).

Wpisu przedsiębiorcy do rejestru dokonuje Prezes UKE w części rejestru odnoszącej się do regulowanej działalności gospodarczej. Przesłanki wpisu i tryb wpisu jest tożsamy z wpisem do rejestru zezwoleń. Natomiast wykreślenie wpisu z rejestru następuje na wniosek operatora lub z urzędu w przypadku stwierdzenia trwałego zaprzestania wykonywania działalności pocztowej a także wydania decyzji o zakazie prowadzenia działalności pocztowej objętej wpisem do rejestru.

Uprawnienia wynikające z dokonanego wpisu do rejestru nie przechodzą na podmioty powstałe w wyniku jego podziału albo łączenia się z innymi podmiotami.

Przedsiębiorca jest obowiązany przechowywać, przez okres wykonywanej działalności pocztowej, wszystkie dokumenty niezbędne do wykazania spełnienia warunków wykonywania działalności objętej obowiązkiem wpisu do rejestru.

W sytuacji uchwalania przez organy wspólnotowe tzw. dyrektyw liberalizacyjnych, otwierających na konkurencję poszczególne sektory usług użyteczności publicznej, w tym usług pocztowych i odchodzenie od modelu, w którym świadczy je na zasadzie

wyłączności (monopolu) jeden operator publiczny pozostający własnością państwa, należy pozytywnie ocenić dążenie ustawodawcy polskiego do realizacji modelu stopniowej i kontrolowanej liberalizacji rynku pocztowego poprzez wprowadzenie dla części usług pocztowych obowiązku dokonania zgłoszenia podejmowanej działalności do rejestru regulowanej działalności gospodarczej.

Operatorzy pocztowi, których działalność wymaga uzyskania zezwolenia bądź wpisu do rejestru regulowanej działalności gospodarczej, są obowiązani do stosowania prawa zamówień publicznych. Zasady udzielania zamówień publicznych m.in. w zakresie świadczenia usług pocztowych zostały określone postanowieniami rozdziału 3 działu III prawa zamówień publicznych, normującego tzw. zamówienia sektorowe jako skutek implementacji do prawa polskiego dyrektywy 2004/17/WE z 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Zasadne jest twierdzenie , iż rozdział sektorowy prawa zamówień publicznych wyznacza odrębny reżim udzielania zamówień, oparty na odmiennych założeniach systemowych niż tzw. reżim klasyczny. Odmienność uwzględnia przede wszystkim inne ratio legis stosowania przepisów o zamówieniach publicznych przez podmioty działające w sektorach wrażliwych oraz całokształt otoczenia prawnego, w którym podmioty te wykonują swoją działalność. Zobligowanie zamawiających sektorowych do udzielania zamówień na podstawie procedur zamówień publicznych nie zmierza do roztoczenia ochrony nad wydatkowaniem środków publicznych, tak jak to ma miejsce przy innych zamawiających. Uzasadnieniem objęcia podmiotów prowadzących działalność w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i poczty jest potrzeba zagwarantowania realnego otwarcia tych rynków dla swobodnego przepływu towarów oraz usług. Nadto podmioty te działają na postawie przyznanych przez władze państwowe praw o charakterze szczególnym (koncesje, licencje, zezwolenia), co w wymiarze faktycznym również przyczynia się do zamknięcia rynków, na których funkcjonują[245]. Z mocy art. 132 ust 1 pkt 7 u.p.z.p. zasadami rządzącymi zamówieniami sektorowymi zostały objęte podmioty świadczące usługi pocztowe. Podmioty te dotyczy rozszerzenie przedmiotowe wprowadzone w ust. 3 tego artykułu, zgodnie z którym zamawiający udzielający zamówień w zakresie świadczenia usług pocztowych stosują przepisy dotyczące zamówień sektorowych również do zamówień związanych ze świadczeniem usług: zarządzania usługami pocztowymi, przesyłania zakodowanych dokumentów za pośrednictwem elektronicznych środków komunikacji, zarządzania bazami adresowymi, przesyłania poleconej poczty elektronicznej, finansowych, filatelistycznych i logistycznych w szczególności przewozu przesyłek towarowych oraz ich konfekcjonowania i magazynowania.

---

[245] M. Stachowiak, J. Jurzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, LEX, 2007, wyd. III, s. 228.

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE NA TLE INNYCH DZIEDZIN PRAWA W ZAKRESIE DOTYCZĄCYM KONTROLI

dr Ewa Przeszło
Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego
w Katowicach Uniwersytetu Śląskiego

I. Zagadnienia ogólne

Celem artykułu jest przedstawienie relacji ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[246] w stosunku do innych aktów prawnych pod kątem kontroli zamówień publicznych. Mowa o kontroli wynikającej nie tylko z mającej swoje podstawy prawne w przedmiotowej ustawie (gdzie utożsamia się kontrolę tylko z działaniami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych), ale także w innych aktach prawnych. W języku prawniczym kontrola zwykle jest analizowana z punku widzenia prawa administracyjnego, w związku z założeniem, że kontrola ma służyć wypełnianiu przez organy administracyjne obowiązków dotyczących realizacji polityki państwa. W opracowaniu nie sposób omówić wszystkich zależności ustaw z ustawą Prawo zamówień publicznych pod kątem kontroli. Należy pamiętać, że zamówienia publiczne są dziedziną interdyscyplinarną (takie stanowisko reprezentuje autorka), że nie przynależy do jednej dziedziny prawa (mimo wskazania w ustawie, że w sprawach nieuregulowanych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego), zatem poza zakresem omówienia znajdują się takie rodzaje kontroli jak kontrola karna, kontrola w ramach ochrony konkurencji i konsumentów, itd. Również ramy artykułu i zamysł autorki nie pozwala na opisanie kontroli sprawowanej przez organy państwowe z różnych aktów prawnych niemających bezpośredniego związku z ustawą, choć rola ich jest ogromna, co wynika z ich usytuowania instytucjonalnego. Możemy tu wyróżnić następujące organy kontroli państwowej:

a) organy kontroli państwowej wykonywane przez Najwyższą Izbę Kontroli,
b) organy kontroli parlamentarnej, trybunałów (Trybunał Konstytucyjny i Trybunał Stanu),
c) organy kontroli sądowej,
d) organy regionalnej izby odwoławczej,
e) państwowe organy kontroli specjalistycznej (np. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Państwowy Urząd Pracy, Państwową Inspekcję Handlową,
f) organy kontroli specjalistycznej (inspekcje, dozory i nadzory, straże) i inne.

Niniejsze opracowanie ma na celu zwrócenie także uwagi na kontrolę, która ma wprawdzie swoje umocowanie w przepisach prawa zamówień publicznych, ale jest przede wszystkim wynikiem oceny, która leży poza sferą przedmiotowej ustawy. Ze względu na interdyscyplinarny charakter zamówień publicznych, regulacje dotyczące kontroli zamówień publicznych muszą kierować się interesem publicznym, mającym chociażby na

[246] Tekst jednolity z 20 listopada 2007 r. (Dz.U. Nr 223, poz. 1655), określana dalej „Pzp".

celu ochronę zasad wydatkowania środków publicznych w sposób rzetelny lub wyeliminowanie z postępowania tych wykonawców, którzy nie posiadają odpowiedniej wiedzy, doświadczenia; są podmiotami niewiarygodnymi na rynku zamówień publicznych.

II. Kontrola — ogólne pojęcie

Kontrola ma znacznie szerszy zakres pojęciowy niż sposób jej ujmowania na gruncie prawa. W języku potocznym każdy rozumie kontrolę dość jednoznacznie, tj. jako ocenę i stosowanie w związku z tym różnych środków restrykcyjnych, sankcji itd.

W piśmiennictwie polskim, zgodnie z treścią Słownika języka polskiego, przez „kontrolę" rozumie się ocenę, badanie, rozpatrywanie, wgląd, skrupulatne analizowanie, czy porównanie[247]. Słowo „kontrola" w lingwistycznym znaczeniu oznacza — w potocznym ujęciu — oddziaływanie, wpływanie (także przy użyciu środków władczych), pozostawanie pod władzą czy poddaniu się władztwu, zaś w innym znaczeniu oznaczać może możliwość sprawdzania, oceniania i wyciągania wniosków wraz z możliwością wglądu w działalność[248]. „Ocena" zaś to sąd wartościujący (zawierający aprobatę albo jej brak) jakiegoś stanu rzeczy i może mieć charakter względny z powodu emocji, przeżyć i sytuacji oceniającego[249].

Zdaniem A. Sylwestrzaka, „Przez kontrolę rozumiemy badanie określonego problemu bez ingerencji w funkcjonowanie podmiotu kontrolowanego. Kontrola prowadzi zatem do uformowania tylko obrazu działania jednostki kontrolowanej, może wprawdzie formułować wnioski mające na celu poprawę tej działalności, lecz organ kontrolujący nie posiada żadnych uprawnień w zakresie ingerencji władczej"[250]. W piśmiennictwie polskim można znaleźć także inne określenia kontroli. W opinii J. Wróblewskiego, termin „kontrola" w państwie i prawie posiada co najmniej dwa znaczenia[251]. Zdaniem autora, w znaczeniu szerszym oznacza oddziaływanie na ludzi za pomocą różnych metod, w tym norm prawnych. W znaczeniu wąskim, używanym w teorii państwa i dogmatyce, oznacza działalność, która polega na porównywaniu określonego zachowania z przyjętymi standardami[252]. Kontrola nigdy nie jest pojęciem abstrakcyjnym. Występuje ona zawsze w określonym układzie i zależna jest m.in. od organizacji, działania państwa, ustroju, metod organizacji. Pojęcie to jest terminem umownym, konwencjonalnym, wytworem określonej tradycji[253].

Warto przytoczyć najistotniejsze założenia autora, które stanowią istotny dorobek doktryny dotyczący kontroli prawnej w ustawodawstwie polskim. Mowa o J. Jagielskim,

---

247 Por. M. Szymczak, *Słownik języka polskiego*, Warszaw 1988 r., t. 1, s. 1001.

248 J. Jagielski, *Współczesna funkcja kontroli administracji publicznej (Kilka refleksji teoretycznych),* KP, 2004 r., Nr 1 , s. 15.

249 *Encyklopedia popularna PWN*, 1988 r., s. 532.

250 A. Sylwestrzak, Kontrola administracji publicznej w III Rzeczypospolitej Polskiej, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2004 r., s. 10.

251 J. Wróblewski, *„Kontrola w państwie i jej aksjologia (pojęcia podstawowe)"* Acta Universitatis Lodziensis, Folia Iuridica, Łódź 1981 r., Nr 6, s. 103.

252 J. w. s. 103–104.

253 J. Szymanek, *O kontroli państwowej*, KP, 2006 r., Nr 5, s. 18.

który w swej monografii[254] przytoczył tezy dotyczące kontroli w administracji. Istotne, z punktu widzenia artykułu, jest podkreślenie przez J. Jagielskiego występowania w literaturze prawniczej pojęcia kontroli w szerszym aspekcie niż tylko administracyjnym. Jak zaznacza J. Jagielski wprawdzie kontrola jest utożsamiana zwykle z funkcją sprawdzającą i oceniającą, to są dziedziny, gdzie nie jest ona definiowana w normach prawnych, a do jej odczytania należy zastosować ustalenia teoretyczno-doktrynalne. Cechą samoistnej funkcji kontroli jest to, że nie oddziaływuje władczo na podmioty, wobec których jest stosowana, a zatem może być wykorzystywana w różnych układach prawnych, organizacyjnych i przez różne podmioty[255]. We współczesnych rozwiązaniach prawnych, jak i praktyce, dość trudno znaleźć tzw. „czystą kontrolę", praktycznie, jak zauważa J. Jagielski, brak dziś podmiotu o cechach monofunkcyjnych, tzn. wykonujących wyłącznie funkcję kontroli w tradycyjnym ujęciu[256]. Jednocześnie jak podkreśla autor analiza normatywna prawa pozwala wskazać tylko na jeden organ *stricte* kontrolny tj. Najwyższą Izbę Kontroli (NIK). Zdaniem J. Jagielskiego można mówić o kontroli w wąskim i szerokim znaczeniu (choć w doktrynie pojawiają się różne koncepcje na ten temat[257]). NIK będzie sprawował kontrolę w wąskim znaczeniu, o czym decydują przesłanki merytoryczne i historyczne, natomiast o kontroli w szerokim znaczeniu będzie mowa w przypadku wykonywania jej przez inne jednostki państwowe wyposażone przez normy prawne w uprawnienia kontrolne[258].

Na gruncie prawa „…W każdym państwie praworządnym jednym z podstawowych standardów kontroli są przepisy prawa oraz reguły, do jakich przepisy odsyłają, np. zasady określonej moralności czy też zasady profesjonalnie właściwego zachowania…"[259]. J. Wróblewski wyróżnia w prawodawstwie trzy typy kontroli, tj.:

1) kontrolę, która polega na porównaniu przedmiotu kontroli z obowiązującymi standardami,
2) kontrolę, polegającą na wyznaczeniu środków pokontrolnych,
3) kontrolę, która obejmuje dwa wcześniej wymienione rodzaje kontroli oraz koncentruje swe działania na czynnościach egzekucyjnych, będących podstawą czynności pokontrolnych[260].

Generalnie, niezależnie od rodzaju kontroli w prawodawstwie, można wyróżnić kontrolę przedmiotową i podmiotową. Kontrola przedmiotowa ma na celu porównanie stanu faktycznego ze stanem postulowanym i sygnalizowanie o dokonanych spostrzeżeniach właściwym jednostkom. Kontrola podmiotowa dotyczy zaś działań podmiotów kontrolujących, które nie mają uprawnień władczych, a jedynie dokonują oceny i mają uprawnienia do formułowania wniosków.

---

254 J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 1999 r., s. 7–247.

255 J. Jagielski, *Współczesne funkcje kontroli*, KP, 2004 r., Nr 1,s. 15–17.

256 J. Jagielski, *Współczesne…,* op. cit., s. 19.

257 Zob. poglądy doktryny w tym zakresie (w:) J. Jagielski, *Kształtowanie się instytucji kontroli państwowej w Polsce,* KP, 2009 r., Nr 1, s. 21.

258 J. Jagielski, *Kształtowanie się instytucji …,* op. cit., s. 21–22.

259 J. Wróblewski, *„Kontrola w państwie …"* op. cit., s. 105.

260 J. w. s. 106–109.

Pojęcie kontroli występuje zarówno w polskiej jak i międzynarodowej terminologii prawnej i prawniczej. Z punktu widzenia prawa międzynarodowego kontrola polega na kontroli procesu sprawdzenia pewnych czynności i zbadania zgodności tej czynności z normą prawną, a następnie zaś na działalności pokontrolnej mającej na celu zmianę stanu faktycznego. Może też oznaczać sprawowanie nad czymś władzy. To też powoduje, że m.in. w systemie angloamerykańskim występują na oznaczenie kontroli dwa terminy, tj. pojęcie nadzoru („supervision") i kontroli („control").

W nauce polskiej pojęcie kontroli występuje na różnych płaszczyznach. Przykładowo, poza doktryną prawniczą i przepisami prawa[261], kontrola jest przedmiotem analizy teorii organizacji i zarządzania oraz socjologii.

III. Kontrola zamówień publicznych wynikająca z odrębnych przepisów prawa na wybranych przykładach

Pamiętając o szerokiej definicji kontroli, można by zaproponować podział kontroli tylko w ramach ustawy — Prawo zamówień publicznych, jak i poza nią.

I tak w ramach prawa zamówień publicznych można wyróżnić:

A. kontrolę sensu stricto, sprawowaną przez Prezesa UZP, wynikającą z ustawy — Prawa zamówień publicznych,

B. kontrolę sensu largo, sprawowaną w oparciu o inne regulacje prawne, wynikające spoza ustawy — Prawo zamówień publicznych, ale mająca w niej swoje umocowanie,

C. kontrola wynikająca z aktów prawnych niemających bezpośredniego związku z ustawą- Prawo zamówień publicznych, która jak zaznaczono nie będzie przedmiotem artykułu ze względu na jego ramy (mowa o kontroli NIK, regionalnych izb obrachunkowych, w ramach funduszy strukturalnych itd.).

Kontrola w zamówieniach publicznych, traktowanych w znaczeniu ścisłym (*sensu stricto*) i znaczeniu szerokim (*sensu largo)* obejmuje ocenę stanu faktycznego dotyczącego prowadzenia czynności w sprawie zamówienia publicznego oraz ocenę działań podjętych po wyborze najkorzystniejszej oferty, zmierzających do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także ocenę wykonywania zawartej umowy. Celem kontroli jest weryfikacja działań, które znajdują umocowanie w przepisach dotyczących zamówień publicznych. Przedmiotem kontroli są wszelkie aspekty dotyczące zamówień, głównie zaś legalność działań stron uczestniczących w postępowaniu oraz stron umowy o zamówienie publiczne. Kontrolowanym jest krąg uczestników biorących udział w postępowaniu, przede wszystkim zaś zamawiający, a także inne podmioty (np. przy kontroli sądowej). Kontrolującym jest najczęściej organ państwowy (np. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, sąd powszechny, regionalne izby obrachunkowe, NIK, Prezes Urzędu

[261] Zob. np. S. Jędrzejewski, H. Nowicki, *Kontrola administracji*, Toruń 1995 r., s. 15 i in., T. Borowczyk, Kontrola jako przedmiot zainteresowania prawa publicznego, Zeszyty Studenckie Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego 2008 r., Gdańsk 2008 r., s. 159–167.

Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz niektóre organy organizacji gospodarczych lub zawodowych). Skutkiem prowadzonej kontroli jest czy to powtórzenie czynności przez zamawiającego czy też ich zaniechanie, bądź też wykonanie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) bądź sądu powszechnego, bądź także poniesienie kary finansowej, która może zostać nałożona przez KIO w określonych w ustawie przypadkach.

A) Kontrola w prawie administracyjnym

Kontrola administracyjna na gruncie zamówień publicznych jest kontrolą *sensu stricte* i stanowi podstawę działania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zdaniem J. Jagielskiego[262], kontrola w administracji publicznej, może być traktowana jako funkcja lub jako rodzaj systemu organizacji. W pierwszym przypadku mowa o kontroli w znaczeniu przedmiotowym, czyli o definicjach i określeniu kontroli w prawie administracyjnym. W drugim ujęciu, czyli organizacyjnym ujmowaniu kontroli, mowa o podmiotach, instytucjach sprawujących kontrolę.

Rozpatrywanie kontroli na różnych płaszczyznach powoduje, że można wskazać na różne rodzaje kontroli, ich przedmiot i kryteria. Zdaniem J. Jagielskiego można wskazać w ramach administracji publicznej, stosując kryterium: 1) zasięgu kontroli; na kontrolę nieograniczoną i kontrolę ograniczoną (bierze się pod uwagę zasięg oddziaływania na podmiot kontrolowany), 2) zakresu kontroli; na kontrolę kompleksową (generalna) i problemową (odcinkową), 3) sposobu prowadzenia kontroli; na kontrolę wykonywaną bezpośrednio i kontrolę pośrednią, 4) etapu wkraczania kontroli w działalność; na kontrolę wstępną, faktyczną i następną, 5) inicjatywy podjęcia i prowadzenia kontroli; na kontrolę z urzędu i na wniosek, 6) usytuowania kontrolującego wobec kontrolowanego; na kontrolę zewnętrzną i wewnętrzną[263]. Jest to oczywiście wyliczenie przykładowe.

Kontrolę jako funkcję można (w sposób ogólny) — po przeanalizowaniu literatury — określić jako:

1) kontrolę działania organów administracji oraz kontrolę tych organów wobec innych podmiotów[264];
2) sprawdzenie działalności innych jednostek, „…bez stałych możliwości wpływania na działalność jednostek kontrolowanych poprzez wydawanie im nakazów czy poleceń…"[265]:
3) „krytyczna ocena stanu zastanego ale także stanu postulowanego, który został nieprawidłowo określony i także wymaga korekty"[266],
4) „ogół czynności zmierzających do ustalenia faktycznego stanu rzeczy, połączony z porównaniem stanu istniejącego ze stanem planowanym"[267];

---

262 J. Jagielski, *Kontrola …,* op. cit., s. 7.

263 J. Jagielski, *Kontrola…,* op. cit., s. 19–23.

264 S. Jędrzejewski, H. Nowicki, *Kontrola administracji publicznej,* Wydawnictwo COMER 1995 r., s. 4.

265 M. Wierzbowski (red), *Prawo administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2003, s. 93.

266 E. Knosala, *Zarys nauki administracji*, Zakamycze 2005 r., s. 253.

267 E. Iserzon, *Prawo administracyjne,* Warszawa 1968 r., s. 174.

5) ustalenie istniejącego stanu rzeczy, określenie jak być powinno, zestawienie tego co istnieje, z tym co być powinno, co przewidują pewne wzorce czy normy postępowania itd.[268];

6) obserwowanie i analizowanie określonych zjawisk, a następnie przedstawienie spostrzeżeń organom kierującym działalnością administracji[269];

Przedmiotem kontroli jest ustalenie przyczyn i zakresu rozbieżności między stanem istniejącym a stanem zamierzonym, czyli tym, który jest uznawany za poprawny. Przedmiotem nie jest tylko wynik ostateczny, czyli końcowy, ale całość działań i środków podejmowanych w celu osiągnięcia zamierzonego efektu[270]. Badając dany przedmiot brane są pod uwagę różnego rodzaju kryteria (mierniki), z którym porównywany jest stan faktyczny. Zaliczamy do nich kryterium[271]: legalności (działania zgodnie z prawem), celowości (celowość uzasadnionego działania, generalnie ocena należy do organu kontrolującego), rzetelności, gospodarności (które są podstawą prowadzenia działalności gospodarczej), a także inne kryteria np. uwzględnienia interesu społecznego, uwzględnienia interesu indywidualnego, zgodności z polityką rządu czy też jeszcze inne kryteria szczególne. Organ może korzystać ze swoich uprawnień kontrolnych w zakresie całokształtu działalności danych podmiotów bądź też może ograniczyć się do kontroli części podjętych działań.

Kontrola zwykle jest traktowana jako kategoria samodzielna[272]. Pomimo tego często dokonuje się rozróżnienia kontroli od nadzoru, co niewątpliwe wynika z faktu, że nadzór może zawierać elementy kontroli (w pojęciu kontroli nie mieszczą się natomiast działania podejmowane w ramach nadzoru).

Pojęcie „nadzoru" pojmowane jest jako „kontrola połączona z prawną możnością władczej ingerencji wobec podmiotu poddanego oddziaływaniu nadzorczemu"[273]. W literaturze przedmiotu mamy szereg opracowań dotyczących instytucji nadzoru i relacji „nadzór — kontrola". Nie wnikając w szczegółową analizę, można stwierdzić, iż: 1) o nadzorze mowa wówczas, gdy w grę wchodzi prawo wydawania wiążących poleceń co do

---

268 E. Ochendowski, *Prawo administracyjne…*, op. cit., s. 418, W. Dawidowicz, *Zagadnienia ustroju administracji państwowej w Polsce*, Warszawa 1970 r., s. 34., M. Wierzbowski (red:), *Prawo administracyjne*, Warszawa 2003 r., s. 312., Z. Niewiadomski (red:), *Prawo administracyjne*, Warszawa 2005 r., s. 260–261., Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Prawo administracyjne, pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2009 r., s. 481–482., J. Sługocki, *Prawo administracyjne*, Zakamycze 2003 r., s. 459., Ura i E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2004 r., s. 247, O. Bujkowa (w:) O. Bujkowa, J. Jagielski, J. Lang, *Kontrola administracji*, Warszawa 1986 r., s. 9.

269 J. Starościak, *P*rawo administracyjne, Warszawa 1977 r., s. 349, Zob. też: W. Dawidowicz, Naukowe podstawy organizacji pracy w administrac*ji*, Toruń 1968 r., s. 78, T. Bigo, J. Szraniawski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Lublin 1993 r., s. 171 i nast., M. Chmaj, *Prawo administracyjne. Część ogólna*. Warszawa 2003 r., s. 85.

270 J. Boć (red:), *Prawo …*, op. cit., s. 391.

271 Jw., s. 390–391.

272 W literaturze pojawia się pojęcie koordynacji, które dotyczą jednostek podległych innym organom bądź działających samodzielnie, przy czym organ koordynujący może oddziaływać na te podmioty w celu zharmonizowania ich działalności. Organ koordynujący odpowiada efekty działalności. za Drugi termin to kierownictwo, które oznacza, że organ kierujący może oddziaływać a za pomocą wszelkich środków na postępowanie organów, z wyjątkiem tych zakazanych. Organ kierowniczy ponosi pełną odpowiedzialność za postępowanie organów lub instytucji kierowanych. Zob. M. Wierzbowski (red), *Prawo administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2003, s. 94.

273 J. Jagielski, *Kontrola…* op. cit., s. 7.

zmiany kierunków działania[274], organ nadzorujący nie tylko ocenia, ale także w pewnym sensie współadministruje, odpowiada za wynik organów podległych nadzorowi[275], 2) nadzór to czynność prawna dokonywana w określonych środkach prawnych (środki nadzoru), które wywołują określone w przepisach skutki prawne[276], 3) „ …W funkcji nadzoru (nadzorowaniu) tkwi już z samego założenia nie tylko władcza ingerencja, ale także w pewnym stopniu — w szczególności ze względu na cel nadzoru, jakim jest zapewnienie prawidłowego działania i osiągnięcie właściwych rezultatów — element opieki i wspierania podmiotów podanych nadzorowi…"[277] 4) uprawnienia nadzorcze swoim zakresem obejmują prawo kontroli z możliwością „…wiążącego wpływania na organy czy instytucje nadzorowane…" przy zastosowaniu środków prawnych, przy czym organ nadzorujący musi stosować środki wyrażone *expressis verbis* w przepisach (brak podstawy prawnej do użycia owych środków nadzoru pozwala jedynie na korzystanie ze środków niewładczych)[278], 5) korzysta się z form nadzoru, polegających na tworzeniu stosunków administracyjnoprawnych, które „…mają być nawiązane zasadniczo dla odsuwania zagrożeń w normalnym toku życia zbiorowego, przeciwdziałania im, wspierania oraz usuwania skutków tych zagrożeń…"[279] 6) brak uniwersalnej definicji nadzoru w polskim ustawodawstwie i piśmiennictwie[280].

Podobnie jak w przypadku kontroli, w doktrynie dokonuje się klasyfikacji rodzajów nadzoru. I tak, m.in. wyróżnia się nadzór bezpośredni i zwierzchni, nadzór prewencyjny, weryfikacyjny, represyjny, nadzór pozytywny i kształtujący itd.[281]. Także środki nadzoru, które stanowią podstawę podejmowania czynności nadzorczych, zostały w literaturze odpowiednio sklasyfikowane (np. środki informacyjno-doradcze, środki korygujące, środki personalne itd.)[282]. Uprawnienia organu nadzorującego dzieli się też na środki oddziaływania merytorycznego[283] i środki nadzoru personalnego[284]. Szczegółowej ana-

---

274 E. Ochendowski, *Prawo…,* op. cit., s. 418.

275 J. Starościak, *Prawo administracyjne,* Warszawa 1977, s. 349. Zdaniem J. Starościaka „różnica między kontrolą, jako obserwacją, a nadzorem, jako swoistą funkcją ograniczonego kierowani, wymaga uzupełnień wyjaśniających funkcję instruktażu. Funkcja instruktażu jest funkcją pośrednią miedzy kontrolą a nadzorem. Może ona być działalnością organu nadzorującego, jako funkcja poprzedzająca czy uprzedzająca wkroczenie nadzorcze, lub też działalnością kontrolera wskazującego na niewłaściwości, których nieusunięcie może spowodować ingerencję organu nadzorczego. Istotą instruktażu jest to, że uwagi instrukcyjne mają charakter jedynie doradczy, nie wiążący dla organu kontrolowanego" (s.350). Zob. też : O. Bujkowa (w:), O. Bujkowa, J. Jagielski, J. Lang, *Kontrola administracji…,* op. cit. s. 18.

276 B. Dolnicki, *Nadzór nad samorządem terytorialnym*, Katowice 1993 r., s. 59.

277 J. Jagielski, *Kontrola…* op. cit., s. 13.

278 M. Wierzbowski (red), *Prawo administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2003, s. 93.

279 M. Kocowski, *Prawne funkcje działań politycznych (w:) Administracyjne prawo gospodarcze. Zagadnienia wybrane.* Kolonia Limited 2000 r., s.103.

280 Zob. M. Tarka, *Istota prawna nadzoru w gospodarce państwowej*, Poznań 1990 r., s. 9 i nast.

281 Zob. B. Dolnicki, Nadzór …op. cit., s. 66–71, M. Kotulski, Wybrane zagadnienia nadzoru nad samorządem terytorialnym (w:) „Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia. Materiały Konferencji Naukowej katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego", Łódź, 2000 r., s. 256–265.

282 Zob. j.w., s. 105–124.

283 Np. uprawnienia do uchylenia rozstrzygnięć jednostek nadzorowanych (np. uchwał, zarządzeń); M. Wierzbowski (red), *Prawo administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2003, s. 93.

284 Np. zawieszenia w czynnościach kierownika jednostki nadzorowanej; M. Wierzbowski (red), *Prawo administracyjne*…, op. cit., s. 93.

lizy wymaga nadzór nad samorządem terytorialnym, gdzie charakter i środki nadzoru mogą się różnić od przyjętych w literaturze prawa administracyjnego. Poza uwagami B. Dolnickiego na temat nadzoru nad samorządem, na uwagę zasługują poglądy Z. Cieślak, I. Lipowicz, Z. Niewiadomskiego, którzy podkreślają, iż nadzór przestaje być traktowany jako kategoria decydująca o samodzielności samorządu terytorialnego, którego rzeczywisty zakres samodzielności będzie wynikał z „pośrednich form kontroli". Przykładem może być system subwencji i pożyczek jako przyznanie środków finansowych będących formą decydowania o polityce lokalnej[285].

Podsumowując, nadzór obejmuje kontrolę i daje możliwość wydawania zarządzeń i poleceń zmierzających do usunięcia braków stwierdzonych przez podmiot nadzorujący[286]. Skutkiem kontroli w administracji jest prawidłowość czynności kontrolnych, a przy nadzorze organ ponosi odpowiedzialność za sprawy, które nadzoruje.

Omówione tu zagadnienia dotyczące kontroli administracyjnej mają ogromne znaczenie na gruncie zamówień publicznych. Będą one istotne przy analizie prawnej działań Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, działalności Krajowej Izby Odwoławczej czy wreszcie instytucji, które czuwają nad racjonalnym wydatkowaniem środków publicznych (choć regulacje prawne z tego zakresu mieszczą się poza ustawą — Prawo zamówień publicznych).

Centralnym organem administracji rządowej właściwych w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Prezes UZP jest powołany przez Prezesa Rady Ministrów. Do zadań Prezesa UZP, zgodnie z art. 154 Pzp, należy m.in. podejmowanie rozstrzygnięć w indywidualnych sprawach przewidzianych ustawą[287], zapewnienie funkcjonowanie systemu środków ochrony prawnej, czuwanie nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą.

Celem kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami prawa zamówień publicznych (kontrola jest więc prowadzona przy zastosowaniu kryterium legalności). Kontrolę może poprzedzać postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogły mieć wpływ na jego wynik.

Ustawa przewiduje 2 rodzaje kontroli: kontrolę doraźną i kontrolę uprzednią zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Kontrola doraźna może być wszczęta na wniosek lub z urzędu w przypadku uzasadnionego przepuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik.

Kontrola doraźna może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku wszczęcia kontroli przed zawar-

---

285 Zob. Z. Niewiadomski (red:) *Prawo administracyjne. Część ogólna.* Warszawa 2002 r., s. 167–168, 174–175.

286 W. Brzeziński, *Prawo administracyjne. Część II*, Warszawa 1952, s. 165.

287 Ustawa z 14 czerwca 1960 r. — Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), zwany dalej „Kpa".

ciem umowy mają zastosowania przepisy art. 169 ust. 3 Pzp, 170 ust. 2 i 4 Pzp oraz 171 ust. 1, 3 i 5 Pzp.

Wprowadzenie pojęcia kontroli doraźnej przysługującej Prezesowi UZP może rodzić pytanie jak należy rozumieć takie sformułowanie i jakie rodzi to skutki prawne? W „Małym słowniku języka polskiego" słowo „doraźnie" oznacza „stosowany w pewnych okolicznościach, natychmiastowy, zadowalający na razie"[288]. Skutkiem takiej kontroli może być powiadomienie Prezesa UZP o wynikach takiej kontroli, który w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów może m.in.: 1) wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części, 2) zawiadomić właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych lub wystąpić z wnioskiem o ukaranie za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do właściwej komisji orzekającej, 3) nałożyć karę pieniężną; nałożenie kary pieniężnej następuje w drodze decyzji administracyjnej. Można tu rozważyć problem czy tego typu uprawnienia są jakimkolwiek przejawem pewnej formy ingerencji władczej Prezesa UZP? Wydaje się, że w pierwszym przypadku nie można mówić o takim charakterze działań Prezesa UZP, bowiem legitymacja do wystąpienia do sądu nie daje żadnych uprawnień władczych, Prezes UZP staje się stroną postępowania sądowego w sprawie zamówienia publicznego, podobnie zresztą jak w drugim przypadku. Natomiast w trzecim przypadku można wskazać na uprawnienia władcze Prezesa UZP. Prezes UZP korzysta bowiem z kompetencji do wydania decyzji w toku postępowania w sprawie zamówienia, a jak wiadomo decyzja administracyjna jest aktem administracyjnym, traktowanym jako władcze i jednostronne rozstrzygniecie organu administracyjnego, które oparte na obowiązującym prawie, ma wywrzeć konkretny, indywidualnie oznaczony skutek prawny[289]. Za takie działanie należy też uznać działania Prezesa UZP, który dokonuje wpisu, odmowy wpisu lub skreśleń z listy organizacji zrzeszających wykonawców, uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej w drodze decyzji prawnej.

Drugi rodzaj kontroli, tj. kontrola uprzednia zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej dotyczy zamówień albo umów ramowych, których wartość dla robot budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 mln euro, a w przypadku dostaw lub usług jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych kwoty 10 mln euro. Po przeprowadzonym postępowaniu, kontrola ta kończy się doręczeniem zamawiającemu informacji o wynikach kontroli zawierającej w szczególności: a) określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli, b) informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku, c) zalecenia pokontrolne — jeżeli w toku kontroli stwierdzono, że zasadne jest unieważnienie postępowania lub usunięcie stwierdzonych naruszeń.

Do czasu informacji o stwierdzeniu naruszenia lub ich braku nie można zawrzeć umowy. Zamawiającemu — od wyniku kontroli uprzedniej — przysługuje zastrzeżenie w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wynikach kontroli.

Kontrolowanie — jak podkreślił A. Panasiuk — to „zbiór czynności polegających na porównaniu stanów faktycznych z zadaniami i na orzekaniu o odchyleniach, przy jed-

---

288 S. Skorupka, H. Auderska, Z. Łempicka (red), *Mały słownik…*, op. cit., s. 129.

289 Zob. np. J. Boć, *Prawo administracyjne*, op. cit., s. 340–342, E. Ochendowski, *Prawo administracyjne*, op. cit, s. 189–196 i inne.

noczesnym aktywnym traktowaniu kontroli. Kontrola powinna wykrywać odchylenia w takim momencie, aby umożliwić korektę działania zanim zostanie ono podjęte"[290].

B)

W ramach kontroli *sensu largo* można by wyróżnić podstawowe rodzaje kontroli, wynikające z odrębnych aktów prawnych. Mowa tu np. o czynnościach weryfikujących w ramach kontroli, kontroli sądowej, finansowej, społecznej, o czynnościach weryfikujących w ramach kontroli.

a) Kontrola sądowa

W ramach kontroli *sensu largo*, a i kontroli *sensu stricto* (jeśli za kryterium przyjmujemy źródło ustawy prawo zamówień publicznych) należy wskazać na kontrolę sądową.

Zgodnie z art. 10 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej sądy stanowią niezawisłe i odrębne organy państwowe, których funkcja polega na sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Potwierdza to art. 175 ust. 1 Konstytucji RP, który stanowi, że „Wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują: Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne i sądy wojskowe". Szczegółowe regulacje dotyczące sądownictwa reguluje rozdział VIII Konstytucji — zatytułowany — „Sądy i Trybunały". Oznacza równocześnie domniemanie kompetencji sądów w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości i uznawanie kompetencji nienaruszalności istoty władzy sądów[291]. Kwestie związane ze strukturą i organizacją sądów wynikają z odrębnych ustaw[292]. Pojęcie wymiaru sprawiedliwości nie zostało zdefiniowane w Konstytucji, natomiast doktryna[293], zwłaszcza prawa konstytucyjnego, posługuje się różnymi definicjami i najczęściej definiuje wymiar sprawiedliwości korzystając z tzw. definicji mieszanej, łączącej definicje podmiotowe i przedmiotowe jako „…orzeczniczą działalność państwa, dokonywaną według określonej procedury przez podmiot nie uczestniczący w sporze. Polega ona na wiążącym rozstrzyganiu sporów powstających, tak na gruncie prawa materialnego, jak i procesowego, określanych jako spory o prawo…"[294]. Pojęcie wymiaru sprawiedliwości nie odnosi się

---

290 A. Panasiuk, Kontrola jako element władczej ingerencji administracji w procedury zamówień publicznych, „Prawo Zamówień Publicznych", 2006 r., nr 4, s. 29.

291 E. Gdulewicz (red), *Konstytucyjny system organów państwowych*, Lublin 2009, s. 212.

292 Np. ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. — Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.), ustawa z 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. Nr 240, poz. 2052 z późn. zm.), ustawa z 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.), ustawa z 6 czerwca 1997 r. — Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.), ustawa z 6 czerwca 1997 r. — Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 z późn. zm), ustawa z 25 lipca 2002 r. — Prawo o ustroju sadów administracyjnych (Dz. U. Nr 153, poz. 1269 z późn. zm.), ustawa z 30 sierpnia 2002 r. — Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm), ustawa z 21 sierpnia 1997 r. — Prawo o ustroju sądów wojskowych (Dz. U. Nr 97, poz. 117 z późn. zm.).

293 Por. D. Górecki (red), *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2007 r., S. Serafin, B. Szmulik, *Organy ochrony prawnej RP*, Warszawa 2007 r., S. Sagan, *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003 r., B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008 (i podana tam literatura: s. 538–540) itd.

294 E. Gdulewicz (red), *Konstytucyjny …, op. cit.* s. 213.

do działalności Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu (z wyjątkiem rozstrzygnięć Trybunału Stanu w przedmiocie odpowiedzialności karnej).

Działalność prowadzona przez Sąd Najwyższy polega — zgodnie z art. 183 ust. 1 Konstytucji RP — na sprawowaniu nadzoru nad działalnością sądów powszechnych i wojskowych w zakresie orzekania oraz na wykonywaniu czynności określonych w Konstytucji i ustawach (art. 183 ust. 2 Konstytucji RP). Sąd Najwyższy m.in. rozpoznaje skargi kasacyjne, skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, rozpoznaje zażalenia od postanowień II instancji, rozstrzyga zagadnienia prawne budzące poważne wątpliwości powstałe po rozpoznaniu apelacji itd. (art. 1 ustawy o Sądzie Najwyższym).

Kontrola sądów powszechnych (sądy rejonowe, sądy okręgowe, sądy apelacyjne) polega na tym, że w sytuacji gdy zagrożone są prawa podmiotowe, prawo (norma prawna) zabezpiecza je w ten sposób, że w razie ich naruszenia podmioty mogą zwrócić się do właściwych organów państwa w celu zastosowania przymusu państwowego. Prawo do sądu, jak wynika z doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, obejmuje: prawo dostępu do sądu, prawo do zastosowania odpowiedniej procedury przed sądem (zgodnie z zasadą rzetelnego procesu, prawo do wyroku sądowego)[295]. Prawo polskie przewiduje także alternatywne formy rozwiązywania sporów (ADR — Alternative Dispute Resolution), tj. w formie mediacji i sądownictwa polubownego. Mediacja nie jest sądowym postępowaniem cywilnym, ale dobrowolnym sposobem rozwiązania sporu na podstawie umowy bądź postanowienia sądu. Celem mediacji jest zawarcie ugody w sprawach gospodarczych, pracowniczych lub rodzinnych (poza sprawami rozwodowymi). W zakresie sądowej kontroli administracyjnej można wyróżnić kontrolę sądową decyzji administracyjnych, sądową kontrolę aktów normatywnych i sądową kontrolę umownej działalności organów administracyjnych. Zaś ze względu na sposób uruchomienia kontroli można wskazać na: kontrolę bezpośrednią (przedmiotem kontroli jest decyzja administracyjna, zwykle po wyczerpaniu toku instancji administracyjnej — jest to kontrolą instancyjną; kontrola ta polega na zaskarżeniu decyzji administracyjnej) i kontrolę pośrednią (określana też mianem kontroli wewnętrznej, polegająca na tym, że do jej kontroli nie jest potrzebna podstawa prawna, a odbywa się ona zwykle przy badaniu konkretnej sprawy i niejako dodatkowo ocenia legalność decyzji i orzeka w granicach danego aktu administracyjnego[296]. Obecnie, dokonywana kontrola sądowo-administracyjna prowadzona jest przez sądy administracyjne w oparciu o ustawę z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych[297] i sprawowana jest przez administracyjne sądy wojewódzkie[298] i Naczelny Sąd Administracyjny[299]. Sądy admini-

---

295 Zob. A. Kubiak, *Konstytucyjna zasada prawa do sądu w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, Łódź 2006 r., s. 68.

296 J. Boć, *Prawo administracyjne* …, op. cit., s. 406 i 417., J. Hausner, *Administracja publiczna*, Warszawa 2003 r. s. 260–267.

297 Dz.U. Nr 153, poz. 1269 z późn. zm.

298 Sąd wojewódzki orzeka w sprawach skargi na: 1) na decyzję administracyjną, 2) postanowienie wydane w toku postępowania, 3) postanowienie wydane w postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym, 4) inne czynności i akty (tzw. „czynności materialno-techniczne", 5) akty prawa miejscowego, 6) akty nadzoru nad prowadzona działalnością przez jednostki samorządu terytorialnego, 7) bezczynność organów administracji, 8) inne sytuacje, jeśli prawo przewiduje kontrolę sądową.

299 Zob. J. Hausner, *Administracja publiczna*, op. cit., s. 260–267. NSA rozpatruje skargę kasacyjną, która może być wniesiona przez stronę, prokuratora, Rzecznika Prawa Obywatelskich w przypadku: 1) naruszenia prawa

stracyjne, zgodnie z art. 1 § 1 w/w ustawy, „sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę działalności administracji publicznej oraz rozstrzyganie sporów kompetencyjnych i o właściwość między organami jednostek samorządu terytorialnego, samorządowymi kolegiami odwoławczymi i między tymi organami a organami administracji rządowej". Kontrola, o ile ustawa nie stanowi inaczej, jest sprawowana pod względem zgodności z prawem. Na uwagę zasługuje ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. — Kodeks postępowania administracyjnego[300], która będzie mieć zastosowanie przy działalności prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Kontrola sądowa jest jedną z najistotniejszych dziedzin uregulowanych w ustawodawstwie zamówień publicznych. Pierwszy raz postanowienia dotyczące kontroli sądowej zostały wprowadzone do ustawy z 1994 r. o zamówieniach publicznych, kiedy to nowelą z 22 czerwca 2001 r. wprowadzono rozdział 8a („Protest, odwołanie, skarga"). Jak przytoczono w uzasadnieniu do projektu ustawy, rozwiązanie prawne uprawniające wykonawcę do wniesienia skargi do sądu powszechnego dało „możliwość sądowej kontroli (w pełnym zakresie) prawidłowości procedur udzielania zamówień". Ponadto, jak podkreślono, wprowadzenie wspomnianych rozwiązań stanowi odzwierciedlenie ówczesnych dyrektyw, które w dziedzinie zamówień publicznych kontrolę instancyjną sfery publicznej traktują jako zasadę systemu; stąd wymóg aby ostateczna kontrola była prowadzona przez organ sądowy (kontrola ma mieć charakter merytoryczny) lub niezależny trybunał[301]. Przytoczony przykład potwierdza posługiwanie się pojęciem kontroli sądowej nie tylko w literaturze ale i przez organy tworzące prawo z zakresu zamówień publicznych. Obecna regulacja prawna utrzymała — co do zasady — wskazaną formę kontroli, przy czym należy pamiętać, że analiza kontroli sądowej jest znacznie szersza.

Nie bez znaczenia, i to głównie w zakresie wykładni przepisów z zakresu zamówień publicznych, będą miały rozstrzygnięcia sądu apelacyjnego, Sądu Najwyższego, a także kontrola administracyjno-sądowa, tj. orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego. Sądownictwo powszechne różni się od sądów administracyjnych przede wszystkim pod względem celu. Sądy administracyjne badają aspekty prawne administracji, kontrola prowadzi do kasacji (uchylenia) aktu sprzecznego z prawem w przypadku uwzględnienia skargi, do oddalenia skargi albo do odrzucenia skargi z przyczyn formalnych. Nie dochodzi w tym przypadku do merytorycznego orzekania, co pozwala uniknąć tzw. podwójnej administracji. Natomiast sądowa kontrola sprawowana przez sądy powszechne pozwala na merytoryczne orzekanie co do istoty sprawy. Sąd powszechny, konkretnie sąd okręgowy, rozpatruje orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), na które służy skarga. Skargę wnosi się na wyroki merytoryczne KIO rozstrzygające spór co do istoty i postano-

---

materialnego, 2) naruszenia przepisów postępowania, jeżeli uchybienie mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy.

300 Kpa reguluje: 1) postępowanie przed organami administracji publicznej w należących do właściwości tych organów sprawach indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnej, 2) przed innymi organami administracji publicznej oraz przed innymi podmiotami, gdy są one powołane z mocy prawa lub na podstawie porozumień do załatwienia spraw określonych w pkt 1), 3) w sprawach rozstrzygania sporów o właściwość między organami jednostek samorządu terytorialnego i organami administracji rządowej oraz między oogamia i podmiotami, o których mowa w pkt 2), 4) w sprawach wydawania zaświadczeń.

301 Zob. wyrok ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C 15/04 („Koppensteiner"), www.uzp.gov.pl

wienia kończącego postępowanie (postanowienia dotyczące odrzucenia odwołań oraz postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego). Sąd rozstrzyga również o kosztach postępowania[302], w przeciwnym razie kontrola sądowa nad orzeczeniami nie byłaby pełna. Wniesienie skargi, podobnie jak przy apelacji, stanowi merytoryczne rozpoznanie skargi (w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy ustawy — Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej). Rozpatrując skargę sąd dokonuje kontroli prawidłowości postępowania, choć oczywiście orzeczenia wydane przez sąd to orzeczenia merytoryczne. Po ostatniej nowelizacji ustawy, orzeczenie KIO — po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności — ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu (stosuje się odpowiednio przepis art. 781 § 2 Kpc). O stwierdzeniu wykonalności orzeczenia KIO sąd orzeka na wniosek strony. Zasygnalizować tu należy, iż status KIO budzi pewne wątpliwości, bowiem członkowie są powoływani i odwoływani przez Prezesa Rady Ministrów. Stąd pojawia się pytanie w oparciu o jakie zasady organ *de facto* administracyjny, może stosować w postępowaniu, nawet odpowiednio, przepisy Kpc?

b) Kontrola w prawie finansowym

Kontrola finansowa nie została wyodrębniona w jakikolwiek sposób w ustawodawstwie z zakresu zamówień publicznych. Jednak ze względu na *ratio legis* ustawy nie sposób pominąć tego zagadnienia, tym bardziej, że jedną z zasad ustawy (choć nie wyodrębniona wśród zasad ustawowych)[303], była i jest dzisiaj wskazywana w doktrynie. Jest to zasada powszechności zamówień. Zasada ta rozumiana jest jako obowiązek stosowania ustawy przy wydatkowaniu środków publicznych głównie przez jednostki sektora finansów publicznych, co oznacza racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Ustawodawca nie wyodrębnił tych zagadnień głównie ze względu na fakt, że racjonalne zasady wydatkowania środków publicznych dotyczą jednostek sektora finansów publicznych i mają szczegółowe rozwiązania w ustawie z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych[304]. Trzeba jednak pamiętać także o innych podmiotach występujących w zamówieniach niemających statusu jednostki sektora finansów publicznych oraz o zagadnieniach finansowych dotyczących np. wadium, finansowego zabezpieczenia wykonania umowy itp.

Kontrola finansowa zamówień publicznych polega na racjonalnym i efektywnym wydatkowaniu środków publicznych oraz na ochronie przed niegospodarnością. Proces ten składa się z planowania zamówień, przeprowadzenia postępowania, zawarcia i realizacji umowy o zamówienie publiczne[305]. Zamówienie publiczne musi być odpowiednio zaplanowane, to znaczy musi posiadać zapewnione pokrycie finansowe. Głównie obowiązek planowania dotyczy jednostek sektora finansów publicznych, które mają działać w oparciu o roczne plany finansowe. Muszą one też odpowiadać pod względem zgodności kwot i wydatków zaplanowanym równolegle projektom budżetu państwa

---

302 Uchwała SN z 8 grudnia 2005 r., III CZP 109/05 (niepubl).

303 Zasada podkreślana na gruncie obowiązywania poprzedniej ustawy o zamówieniach publicznych (z 1994 r.).

304 (Dz.U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.), określana dalej jako „Ufp".

305 M. Nowokuńska, *Kontroler spostrzega i wyjaśnia. Część pierwsza*, „Zamówienia Publiczne. Doradca", 1997 r., Nr 2, s. 43–45.

lub danej jednostki samorządu terytorialnego. Podobnie inne jednostki muszą zaplanować wydatki przeznaczone na zamówienia. Ten rodzaj kontroli koncentruje się na ustaleniu wielkości ponoszonych kosztów na realizację zamówienia. Do instrumentów kontroli budżetowej i finansowej zalicza się: budżet, preliminarz, bilans, rachunek wyników i sprawozdanie finansowe. O ile w przypadku państwowych i samorządowych osób prawnych[306] planowanie odbywa się zgodnie z przepisami stanowiącymi podstawę ich tworzenia, uwzględniając ustawę o finansach publicznych, to w przypadku tzw. podmiotów prawa publicznego[307] istnieją łagodniejsze wymogi planowania. „Dla zapewnienia właściwej jawności i przejrzystości finansów jednostek sektora publicznego obowiązane są przestrzegać urzędowej klasyfikacji dochodów (przychodów) oraz wydatków (rozchodów) publicznych, określonej publikacji planów finansowych, specjalnych zasad rachunkowości, jednolitego planu kont oraz urzędowej sprawozdawczości"[308].

Z punktu widzenia zamówień publicznych istotną rolę odgrywa kontrola zasobów finansowych. Jest to jedna z najważniejszych dziedzin kontroli, ponieważ odnosi się zwykle z innymi typami kontroli i wiąże się z kontrolą pozostałych zasobów organizacji: nadmierne zapasy powodują niepotrzebne składowanie, co prowadzi do dodatkowych kosztów, nieodpowiedni dobór pracowników pociąga zatrudnianie nowych na miejsce wcześniej zwolnionych, a niewłaściwe prognozy wywołują zakłócenia przepływów środków pieniężnych i przynoszą inne skutki finansowe[309]. Wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokości ustalonej w: 1) ustawie budżetowej, 2) uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego, 3) planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych (art. 44 ust. 1 Ufp) Zgodnie z ust. 2 tego artykułu wszystkie wydatki publiczne powinny być realizowane celowo i oszczędnie, z zachowaniem zasad: „1) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, 2) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, 3) w sposób umożliwiający terminową realizację zadania, 4) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań". Działalność celowa, jak podkreśla R. Szostak, to „kierowanie się przyjętymi dyspozycjami planistycznymi. Wszystko to wymusza konieczność dochowania należytej szczegółowości i autentycznego realizmu planowania. W przeciwnym wypadku plan traci swoją sensowność"[310]. Planowanie rzeczowo-finansowe musi charakteryzować się: realizmem, rzetelnością i decentralizacją[311].

Obecnie, ochrona prawidłowości funkcjonowania finansów publicznych zapewniona jest przez stosowanie ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dyscyplina finansów publicznych nie obejmuje swym

---

306 Zob. K. Peter-Bombik, *Finansowe aspekty konkurencyjności jednostek samorządu terytorialnego w Polsce* (w:) J. Fudaliński (red) *Zarządzanie konkurencyjnością organizacji (wybrane aspekty)*, Nowy Sącz 2004 r., s. 120–128.

307 Tzw. podmioty prawa publicznego; mowa tu o podmiotach innych niż wcześniej wymienione, jeżeli jest to osoba prawna utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty te lub wymienione w pkt 1) i 2), pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50%, lub b) posiadają ponad połowę akcji albo udziałów, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego

308 R. Szostak, *Przygotowanie udzielenia zamówienia publicznego*, „Zamówienia Publiczne. Doradca", 2001, Nr 5, s. 25.

309 R. W. Griffin, *Podstawy zarządzania organizacjami,* Warszawa 2004 r., s. 659 i nast.

310 R. Szostak, *Przygotowanie udzielenia*…, op. cit., s. 26.

311 Jw.

zakresem gromadzenia należności podatkowych, celnych, czy też odpowiedzialności konstytucyjnej Premiera i Ministra Finansów za zarządzanie finansami publicznymi w skali makroekonomicznej (zagadnienia te są częścią prawa konstytucyjnego). Brak jest definicji odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, choć jak słusznie podkreśla C. Kosikowski „…pojęcie to odnosi się wyłącznie do przestrzegania prawnie wyznaczonych reguł ustalania, poboru i egzekucji należności stanowiących środki publiczne oraz gospodarowania nimi w skali mikroekonomicznej, czyli w jednostkach sektora finansów publicznych oraz poza nimi, jeśli podmioty te korzystają ze środków publicznych…"[312]. Drugim aktem prawnym zapewniającym prawidłowość wydatkowania środków publicznych jest ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych[313], która określa zasady sprawowania kontroli nad zamówieniami publicznymi jednostek samorządu terytorialnego.

Celem kontroli zamówień publicznych jest więc rejestracja odchyleń od finansowych planów, ocena i ewentualna korekta planowanych zamówień publicznych. W ramach zamówień publicznych należy też analizować przepisy uwzględniając instytucje finansowe, jak kontrolę zarządczą, która ściśle powiązana jest z minimalizowaniem istnienia ryzyka. „…Zarządzanie ryzykiem to proces identyfikacji, oceny, zarządzania i kontroli potencjalnych zdarzeń lub sytuacji, który zmierza do dostarczenia racjonalnego zapewnienia, że cele jednostki zostaną zrealizowane. Przyjmuje się, że skutki ryzyka zależą od wydajności procedury kontroli, a mówiąc szerzej — od jakości funkcjonowania systemu kontroli wewnętrznej (zarządczej)…"[314]. Kontrola finansowa określona — po uchwaleniu nowej ustawy — mianem kontroli zarządczej, ma na celu zapewnienie w szczególności: 1) zgodności działania z przepisami prawa oraz procedurami wewnętrznymi, 2) skuteczności i efektywności działania, 3) wiarygodności sprawozdań, 4) ochrony zasobów, 5) przestrzegania i promowania zasad etycznego postępowania, 6) efektywności i skuteczności przepływu informacji, 7) zarządzania ryzykiem (art. 68 ust. 1 Ufp).

Podsumowując, prawo finansowe, omówione tu w sposób ogólny i powierzchowny, stanowić będzie ważny instrument prawny w kontroli finansowej zamówień publicznych. Istotą zamówień jest wydatkowanie środków pieniężnych w sposób celowy i racjonalny. Stąd też wszelkie procedury muszą uwzględniać zasady planowania finansowego i reguły wydatkowania finansów publicznych.

c) Kontrola społeczna (obywatelska)

Zdaniem Z. Leońskiego kontrola społeczna nazywana jest też mianem kontroli publicznej lub obywatelskiej. W znaczeniu szerokim, politycznym lub socjologicznym jest to kontrola opinii publicznej, kontrola prasy, grup nieformalnych działających w aparacie administracji publicznej[315]. M. Wierzbowski zwraca uwagę, że kontrola społeczna może być wykonywana przez osoby fizyczne, organizacje społeczne, organy państwowe, gdy wykonują swoje funkcje niezawodowo. Może ona przybrać postać pośrednią (kontrola

---

312 C. Kosikowski, E. Ruśkowski, *Finanse publiczne…*, op. cit., s. 818.

313 Tj. Dz.U. z 2001 r., Nr 55, poz. 577 z późn. zm.

314 Jw., s.13.

315 Z. Leoński, *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2004, s. 239.

zorganizowana) i wówczas będzie — z punktu widzenia społeczeństwa — wykonywana przez organizacje społeczne lub organy państwowe bądź bezpośrednią (kontrola niezorganizowana). Jest to kontrola, która różni się od tzw. kontroli zawodowej, wykonywanej przez pozostałe organy i jednostki państwowe lub ich pracowników (organizacje związkowe, społeczne, samorządowe)[316]. J. Hausner posługuje się pojęciem „kontroli niepaństwowej" w odniesieniu do działań administracji publicznej i zwraca uwagę na kontrolę prowadzoną przez obywateli i organizacje społeczne. Ten rodzaj kontroli daje obywatelom możliwość składania petycji, wniosków i skarg oraz prawo uzyskiwania informacji o władzy państwowej, natomiast organizacje społeczne mają prawo kontroli określonej dziedziny spraw i wykonują ją w oparciu o dokładne procedury i środki pokontrolne[317]. Według A. Sylwestrzaka, kontrola społeczna wykonywana jest przez tzw. czynnik społeczny. Czynnikiem tym jest zarówno działalność obywatela, który dąży do załatwienia bieżących spraw, jak i działalność organizacji społecznych (np. związki zawodowe, partie polityczne, stowarzyszenia czy zrzeszenia)[318]. Zdaniem J. Jagielskiego, istotą kontroli społecznej jest zapewnienie jednostce (działającej jednoosobowo lub grupowo bądź w ramach organizacji) możliwości kontrolowania administracji publicznej, korzystając ze środków prawnych. Jak podkreśla, istotne są tu kryteria podmiotowe, tzn. jest to kontrola wykonywana przez pewną grupę podmiotów; istotne jest kto jest kontrolerem, a dopiero potem przedmiot kontroli (działalność kontrolna)[319]. Stosując podział zaproponowany przez J. Jagielskiego można wskazać na dwie podstawowe formy wykonywania kontroli społecznej: kontrolę instytucjonalną i kontrolę pozainstytucjonalną[320].

Kontrola instytucjonalna jest kontrolą prawną, do której zaliczymy kontrolę bezpośrednią, polegającą na składaniu:

— petycji, skarg i wniosków[321],

— skargi konstytucyjnej[322],

— skargi powszechnej do sądu administracyjnego[323].

---

316 M. Wierzbowski (red), *Prawo administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2003, s.313, Zob. J. Boć, *Prawo administracyjne*, Wrocław 1994 r., s. 240–242.

317 J. Hausner, *Administracja publiczna*, op. cit., s. 278–279.

318 A. Sylwestrzak, *Kontrola administracji* …, op. cit., s. 8.

319 J. Jagielski, *Współczesna kontrola społeczna (obywatelska) nad administracją publiczną*, KP, 2005 r., Nr 1, s. 43–44.

320 Jw., s. 49.

321 Zgodnie z art. 63 Konstytucji RP „każdy ma prawo składać petycje, wnioski i skargi w interesie publicznym, własnym lub innej osoby za jej zgodą do organów władzy publiczne oraz do organizacji i instytucji społecznych w związku z wykonywanymi przez nie zadaniami zleconymi z zakresu administracji publicznej. Tryb rozpatrywania petycji, wniosków i skarg określa ustawa". Sposób składania petycji, skarg i wniosków określa art. 221–259 kodeksu postępowania administracyjnego.

322 W myśl art. 79 Konstytucji RP „każdy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, ma prawo, na zasadach określonych w ustawie, wnieść skargę do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji" (ust. 2 wyłącza zastosowanie skargi w sytuacji naruszeń praw cudzoziemców do ubiegania się o uzyskanie azylu lub statusu uchodźcy).

323 Skargę może wnieść każdy, kto ma w tym interes prawny, Prokurator, Rzecznik Praw Obywatelskich oraz organizacja społeczna w zakresie jej statutowej działalności w sprawach dotyczących interesów prawnych innych osób, jeżeli brały udział w postępowaniu administracyjnym.

Do kontroli instytucjonalnej pośredniej zaliczamy działalność sformalizowanych zrzeszeń lub organizacji reprezentujących grupy osób (organizacje ekologiczne, PCK, związki zawodowe), które mogą, jeżeli wynika to z celów statutowych lub jest uzasadnione i przemawia za tym interes prawny, żądać wszczęcia postępowania administracyjnego albo występować na prawach strony w postępowaniu administracyjnym. Organizacja taka może także wyrazić pogląd w sprawie będącej przedmiotem postępowania (art. 31 k.p.a.). Kontrola taka może też być sprawowana przez wspólnoty samorządowe (w postaci wyborów, udziału w referendum, udziału w pracach komisji rad itd.)[324].

Kontrola pozainstytucjonalna to kontrola opinii publicznej, kontrola faktyczna, która może być przekazywana w wyniku przeprowadzonych ankiet, wywiadów, badań jednostek wyspecjalizowanych. Nie należałoby jednak stosować kontroli społecznej, gdy jednostka ma możliwość weryfikowania administracji publicznej w ramach jurysdykcyjnych procedur[325].

Kontrola społeczna jest nieograniczona, tzn. zarówno w zakresie podmiotowym, jak i przedmiotowym. Brak formalizmu w przypadku tej kontroli jest związany z brakiem ustawowych przesłanek, stąd może być dokonywana o różne kryteria[326].

W ustawodawstwie z zakresu zamówień publicznych można również wskazać na kontrolę społeczną. Kontrolą społeczną będą na pewno działania podejmowane przez organizacje społeczne, których podstawowym zadaniem będzie ochrona praw i reprezentacja przed organami władzy i administracji rządowej oraz organami samorządu terytorialnego[327]. Organizacje, które zostały wskazane w ustawie — Prawo zamówień publicznych[328] mogą czynnie uczestniczyć w postępowaniu w sprawie zamówień publicznych, choć ich zakres działania jest ograniczony do wnoszenia środków ochrony prawnej tylko wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niewątpliwie najistotniejszą rolę w kontroli zamówień publicznych odgrywa kontrola medialna, która często wychwytuje wszelkie niejasności, problemy interpretacyjne, patologię w zakresie zawieranych kontraktów na dostawy, usługi lub roboty budowlane. Kontrola medialna na rynku zamówień publicznych spełnia określone funkcje. Można zaproponować podział na:

1) funkcję informacyjną, której celem będzie dostarczanie informacji o toczących się postępowaniach w sprawie zamówień publicznych,
2) funkcję korygującą, polegającą na podjęciu czynności przez zamawiającego (np. poprzez unieważnienie przetargu po stwierdzeniu, że w wyniku informacji

---

324 J. Zimmermann, Prawo administracyjne, Warszawa 2008 r., s. 415., zob. też: J. Boć, Prawo administracyjne…, op. cit., s.428–429.

325 Jak twierdzi J. Jagielski, jednostka korzystając z uprawnień proceduralnych prawidłowości aktów prawnych czy wniesienia skargi do sądu nie tyle sprawdza administrację co realizuje swoje prawa podmiotowe, co jest sprzeczne z istotą kontroli społecznej, której celem jest ocena szerokiej działalności administracji, w tym przede wszystkim działań faktycznych. Zob. J. Jagielski, *Współczesna kontrola społeczna*…, op. cit., s. 45.

326 O. Bujkowa (w:) O. Bujkowa, J. Jagielski, J. Lang, *Kontrola administracji*…, op. cit. s. 10.

327 Por. ustawa z 23 maja 1991 r. o pracodawcach, Dz. U. Nr 55, poz. 235 z późn. zm.

328 Zob. art. 154a Pzp.

medialnych „wychwycona" została przesłanka unieważnienia, albo okoliczności do wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty),

3) funkcję prewencyjną, która w wyniku działań mediów pozwoli np. na niezawarcie umowy z nierzetelnym wykonawcą, a tym samym niewydatkowanie środków publicznych, które mogłyby zostać udzielone po zawarciu umowy w sprawie zamówień publicznych.

Duże znaczenie odgrywa także, co należy jeszcze raz podkreślić, ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej[329]. Jest to regulacja, która zapewnia transparentność zamówień publicznych i daje dziennikarzom podstawy prawne w walce z korupcją, oczywiście z zastrzeżeniem, że nie będą ujawniane informacje niejawne (np. tajemnica przedsiębiorstwa).

d) „Czynności weryfikujące" w ramach kontroli

Warto zwrócić w ustawie — Prawo zamówień publicznych uwagę na czynności, które autorka określa jako „czynności weryfikujące" w ramach kontroli. Powodem użycia takiej nazwy jest niemożność posługiwania się pojęciem kontroli w oderwaniu od prawa administracyjnego. Jednak interpretacja artykułu 1 Pzp, stwierdzającego, że „Ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie" pozwala, przy zastosowaniu wykładni gramatycznej i celowościowej, przyjąć, że mowa o kontroli w szerszym aspekcie, nie tylko administracyjnym. Tym bardziej, że art. 14 Pzp stwierdza, że „do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.) jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej". A zatem można by przyjąć, że przedmiotem kontroli, czy raczej czynności weryfikującym może być np. zamawiający „kontrolowany" przez wykonawcę i odwrotnie wykonawca weryfikowany przez zamawiającego. W tym zakresie stosować należałoby zarówno przepisy prawa publicznego, jak i prywatnego. Celem autorki było zasygnalizowanie problemu, bowiem zagadnienie jest na tyle obszerne, że wykracza poza ramy artykułu.

Wnioski

1. Różnorodność pojęcia kontroli pozwala wysnuć wniosek, że nie jest to pojęcie jednolite terminologicznie, choć można znaleźć wiele elementów wspólnych, niezależnie od rodzaju kontroli. Poza tym na płaszczyźnie prawa niewątpliwie kontrolę łączyć należy z prawem publicznym, co implikuje stosowanie w aktach prawnych norm bezwzględnie obowiązujących, tym bardziej gdy kontrola staje się częścią nadzoru sprawowanego przez organ administracji publicznej.

2. Przeprowadzona analiza rodzajów kontroli prawnej była uzasadniona, gdyż wiele przykładów ma ogromny wpływ na kontrolę udzielania zamówień. W artykule poświęcono miejsce kontroli, która rzadko, albo wcale, jest analizowana w aspekcie

[329] Dz.U. Nr 112, poz. 1198.

zamówień publicznych. Mowa o — kontroli społecznej i medialnej, co jest szczególnie widoczne w zakresie oceny procedur udzielania zamówień publicznych, w tym działania mediów, które ujawniają zjawiska niepożądane, korupcjogenne. Tego typu kontrola spełnia funkcje interwencyjną, wpływa na zmianę sytuacji gospodarczej i społecznej w kraju. Dzięki działaniom dziennikarzy śledczych zakres wykrywanych naruszeń na rynku zamówień publicznych jest bardzo duży. Media — w imieniu obywateli — weryfikują poglądy decydentów w zakresie zamówień publicznych, przekazują wiedzę społeczeństwu, tym samym kontrolując działania podejmowane na rynku zamówień publicznych.

3. Zastrzeżenia nie budzi kontrola administracyjna Prezesa UZP uregulowana w ustawie — Prawo zamówień publicznych. Analizując przepisy prawa zamówień publicznych można jednak zadać pytanie, czy ustawodawca umieszczając w art. 1 Pzp sformułowanie o „kontroli udzielania zamówień publicznych" nie dopuszczał możliwości prowadzenia innych czynności kontrolnych i to przez inne podmioty niż organy państwowe? Jeszcze raz można tu powołać wykładnię gramatyczną i celowościową. Zdaniem autorki ustawa wyposaża uczestników postępowania w sprawie zamówień publicznych w różne instrumenty prawne o charakterze „czynności weryfikujących". Jest to wprawdzie termin węższy niż kontrola, ale niewątpliwie czynności te mają na celu ten sam zakres działań, które mieszczą się w kontroli (nawet tej w znaczeniu administracyjnym), tyle, że dotyczą czynności podejmowanych przez szerszy krąg podmiotów uczestniczących w zamówieniu (czynności te niewątpliwie dają możliwość dodatkowej weryfikacji podmiotu i tym samym przyczyniają się też do uczestnictwa pewnych grup zawodowych w postępowaniu; stąd można wskazać tu na szeroko rozumiane pojęcie kontroli). Dotyczy to zarówno uprawnień ze strony zamawiającego, wykonawcy jak i innych podmiotów uczestniczących w postępowaniu.

4. Jak określa A. Panasiuk, kontrola jest systematycznym, celowym działaniem, podejmowanym w celu ustalenia, czy działania podmiotów funkcjonujących w systemie zamówień publicznych są zgodne z ogólnymi normami i zasadami wyznaczonymi przez akty prawne rangi ustawy — Prawo zamówień publicznych i przepisy szczególne. „W przypadku stwierdzenia odchylenia stanu faktycznego od stanu wzorcowego, organ zobowiązany jest do podjęcia działań, zmierzających do rektyfikacji zachodzących procesów przetargowych"[330].

5. Kontrola podmiotowa nie jest jedynym celem prawa zamówień publicznych. Istotne jest także planowanie zamówień publicznych, zasady wydatkowania środków publicznych, kontrola prowadzona przez organy odwoławcze i sądy, a także inne podmioty, zarówno mające status instytucji kontrolnych jak i organizacji działających na rzecz wykonawców czy też w celu przeciwdziałania wszelkim patologiom w zakresie zamówień publicznych (np. kontrola społeczna). A zatem, we wszystkich wymienionych przypadkach mamy do czynienia z działaniami sprawdzającymi, które stanowią pewną formę kontroli *sensu largo* i wydaje się, że stwierdzenie to nie zostaje w sprzeczności ani z art. 1 Pzp ani z *ratio legis* ustawy.

---

330 A. Panasiuk, *Kontrola jako element władczej ingerencji administracji w procedury zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych", Warszawa 2006 r., Nr 4, s. 29.

ZAMÓWIENIA „IN HOUSE" I ICH DOPUSZCZALNOŚĆ W USTAWIE PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH Z PERSPEKTYWY ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

dr Henryk Nowicki
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego

dr Paweł Nowicki
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
Katedra Prawa Europejskiego

1. Zagadnienia wstępne

W drugiej połowie 2009 roku miały miejsce cztery nowelizacje ustawy Prawo zamówień publicznych[331]. Ustawa nowelizująca z listopada[332] 2009 roku dotyczyła bezpośrednio podstawowych zagadnień prawa zamówień publicznych takich jak np. wymagań stawianych wykonawcom, sposobu spełniania tych warunków i ich oceny[333]. Natomiast nowelizacja grudniowa[334] była w głównej mierze implementacją[335] przepisów Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych[336]. Kolejne dwie nowelizacje z tego okresu były konsekwencją wejścia w życie nowej ustawy o finansach publicznych[337] i ustaw towarzyszących[338]. O ile nowelizacja artykułu 173 ust. 6 miała charakter czysto techniczny określając ustalanie wysokości wynagrodzeń Prezesa, wiceprezesa i pozostałych członków Krajowej Izby Odwoławczej, o tyle dodanie do artykułu 4 punktu 13[339]

---

331 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 z późn. zm.)

332 Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. nr 206, poz. 1591).

333 J. Sadowy, *Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu oceny spełniania warunków oraz dokumenty potwierdzające ich spełnienie* [w:] J. Sadowy (red.), *Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r.*, UZP 2010, s. 7 i nast.

334 Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 223, poz. 1778).

335 D. Piasta, Zmiany w procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej, (w:) Prawo zamówień publicznych po nowelizacji …, . s. 31 i nast.

336 Dz.Urz. UE L 335/31.

337 Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. nr 157, poz. 1240, z późn. zm.)

338 Art. 61 — Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz.U. nr 157, poz. 1241 z późn. zm.); Art. 14 — Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją wydatków budżetowych (Dz.U. nr 219, poz. 1706). Weszły w życie 1 stycznia 2010 r.

339 Przepis ten nie wynikał z rządowego projektu tej ustawy, został wprowadzony w wyniku prac Podkomisji stałej do kontroli realizacji budżetu wchodzącej w skład Komisji Finansów Publicznych, sprawozdanie z dnia 2 czerwca 2009 r. FPBO1S-39-08.

ma, naszym zdaniem, bardzo istotne znaczenie systemowe z punktu widzenia zakresu stosowania Prawa zamówień publicznych i jego zgodności z zasadami prawa UE.

Przywołany przepis poszerzył zakres wyłączeń stosowania Pzp dotyczący udzielania zamówień udzielanych instytucjom gospodarki budżetowej przez organ administracji rządowej wykonujący funkcje organu założycielskiego po spełnieniu łącznym następujących warunków:

a) zasadnicza część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu administracji rządowej,

b) organ administracji rządowej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającą na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami instytucji,

c) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

Ustawa o finansach publicznych do sektora finansów publicznych zaliczyła, między innymi, instytucje gospodarki budżetowej[340], które mogą być tworzone przez ministra lub Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, za zgodą Rady Ministrów lub przez organy wymienione w art. 139 ust. 2 ustawy. Powoływanie instytucji gospodarki budżetowej służy realizacji zadań publicznych polegających na odpłatnym wykonywaniu wyodrębnionych zadań, których koszty i zobowiązania pokrywane są z uzyskiwanych przychodów. Ważnym elementem konstytutywnym związanym z powołaniem IGB jest jej wpis do krajowego rejestru sądowego i uzyskanie osobowości prawnej. Tworząc IGB określa się, między innymi, jej przedmiot działalności podstawowej oraz źródła przychodów, przy czym należy zauważyć, że podmiot ten może otrzymywać dotacje z budżetu państwa na realizacje zadań publicznych. Na podkreślenie zasługuje również wskazanie przy powoływaniu IGB organu wykonującego funkcje organu założycielskiego, którym jest organ administracji rządowej lub organ czy też kierownik jednostki wskazanej w art. 139 ust. 2 ustawy o finansach publicznych. Do zadań organu założycielskiego należy nadawanie statutu w którym określa się, między innymi, przedmiot działalności podstawowej tej instytucji oraz źródła uzyskiwania przychodów. Organ założycielski powołuje i odwołuje Dyrektora IGB, którego głównym zadaniem jest zarządzanie instytucją gospodarki budżetowej, działającej na podstawie rocznego planu finansowego przygotowanego przez tę instytucję a zatwierdzanego przez organ założycielski w trybie ustawy o finansach publicznych poprzez jego włączenie do budżetu. Zgodnie z art. 111 pkt 7 oraz art. 124 ust. 1 pkt 3 ustawy o finansach publicznych dochodami oraz wydatkami budżetu państwa są dochody pobierane przez państwowe jednostki budżetowe (w tym IGB) i ich bieżące wydatki. Natomiast plany finansowe IGB są załącznikiem do ustawy budżetowej (art. 122 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy o finansach publicznych).

Podobne rozwiązanie tyle tylko, że skierowane do jednostek samorządu terytorialnego Rada Ministrów zaproponowała w nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych

---

[340] Art. 9 pkt 6 ustawy o finansach publicznych, instytucje gospodarki budżetowej dalej zwane „IGB".

z dnia 24 kwietnia 2008 r.[341]. Projekt ustawy zakładał wyłączenie z zakresu ustawy zamówień udzielanych przez jednostkę samorządu terytorialnego, jednostki samorządu terytorialnego lub związek jednostek samorządu terytorialnego spółce kapitałowej, o której mowa w przepisach o gospodarce komunalnej, jeżeli łącznie zachodziły następujące warunki:

a) działalność spółki dotyczyła wykonywania na rzecz jednostki samorządu terytorialnego, jednostek samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego oraz miała być prowadzona wyłącznie na obszarze tych jednostek lub na obszarze, na którym jednostka samorządu terytorialnego miała realizować zadania publiczne przekazane jej w drodze porozumienia, o którym mowa w przepisach o samorządzie gminnym, samorządzie powiatowym lub samorządzie województwa,

b) spółka podlegała kontroli jednostki samorządu terytorialnego, jednostek samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającej na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami spółki,

c) wszystkie udziały lub akcje spółki należały do jednostki samorządu terytorialnego, jednostek samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek.

Ta propozycja, pomimo pozytywnej opinii Biura Analiz Sejmowych[342], została wykreślona przez Komisję Gospodarki, która w przekazanym sprawozdaniu z pierwszego czytania pomija ten przepis[343].

Przypomnienie próby wprowadzenia cytowanego przepisu w kształcie z 2008 roku służy porównaniu tamtej regulacji z obecnie wprowadzoną treścią art. 4 pkt 13. Treść wcześniej proponowanego przepisu i jego obecne brzmienie wypełniają przesłanki, które prawo UE i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zalicza do tzw. „zamówień wewnętrznych"[344] (tzw. zamówienia „in house", ang. *in house procurement,* fr. *prestations intégrées*). Z tym jednak zastrzeżeniem, że w proponowanym brzmieniu z 2008 roku ten przepis był przeznaczony dla jednostek samorządu terytorialnego, które udzielając zamówienia „podmiotowi wewnętrznemu" byłyby zwolnione z obowiązku stosowania w tym przypadku Prawa zamówień publicznych. Obecnie przyjęty przepis takie uprawnienie przyznaje tylko, co do zasady, organom administracji rządowej.

Wobec obecnego brzmienia przepisu art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, skierowanego do administracji rządowej, nasuwają się pytania, co do zgodności tego

---

341 Druk sejmowy nr 471.

342 Opinia Biura Analiz Sejmowych z dnia 24 kwietnia 2008 roku: Opinia prawna do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 471).

343 Druk Sejmowy nr 589.

344 Zobacz na ten temat: H. Nowicki, *Zamówienia publiczne w jednostkach samorządu terytorialnego* [w:] red.: J. Parchomiuk, B. Ulijasz, E. Kruk, *Dziesięć lat reformy ustrojowej administracji publicznej w Polsce*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 744; W. Hartung, *Zamówienia publiczne a „podmiot wewnętrzny",* Samorząd Terytorialny nr 5/2008. s. 37.

przepisu z przepisami prawa, zarówno krajowego, jak i podstawowymi zasadami prawa Unii Europejskiej. Prawodawca regulując „zamówienia wewnętrzne" pozbawił takiego prawa jednostki samorządu terytorialnego kierowania takich zamówień do „własnych" samorządowych osób prawnych spełniających wymogi zawarte w przywołanym przepisie. Takie uprzywilejowanie administracji rządowej rodzi wątpliwości i może stanowić przejaw *sui generis* dyskryminacji jednostek samorządu terytorialnego przez krajowego ustawodawcę.

2. Istota zamówień „in house" i ich dopuszczalność w prawie Unii Europejskiej

Przede wszystkim należy podkreślić, że każde wyłączenie stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi kwestię, do której ustawodawca krajowy musi podchodzić z dużą odpowiedzialnością i rozwagą. Ewentualne błędne regulacje prawne mogą bowiem wpłynąć negatywnie na konkurencję, powodując nieuzasadnione uprzywilejowanie jednych podmiotów, których obejmuje wyłączenie, względem innych, zobowiązanych do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. To z kolei prowadzi do złamania zasady równego traktowania wykonawców, o której wspomina chociażby art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Taka sytuacja powodować jednak może nie tylko złamanie przepisów prawa krajowego, lecz również konflikt z przepisami prawa Unii Europejskiej. Należy bowiem pamiętać, że uczciwość w konkurencji i równowaga w handlu stanowią fundamenty funkcjonowania unijnej gospodarki, co zostało wskazane już w preambule do Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej zwany ToFUE). Podstawą rynku wewnętrznego w Unii Europejskiej jest swobodny przepływ towarów, usług, osób i kapitału (art. 26 ust. 2 ToFUE), a jego urzeczywistnianie jest jedną z dróg prowadzących do postępu gospodarczego i społecznego (*vide* deklaracje zawarte w preambule do Traktatu o Unii Europejskiej, dalej zwany TUE). Działanie na rzecz trwałego rozwoju Europy, w oparciu m.in. o społeczną gospodarkę rynkową o wysokiej konkurencyjności, stanowi jeden z celów Unii Europejskiej (art. 3 ust. 3 TUE). Reasumując, naruszenie konkurencyjności w drodze wprowadzania błędnych regulacji prawnych w prawie krajowym z zakresu chociażby prawa zamówień publicznych, może skutkować nie tylko niezgodnością z prawem wtórnym, w postaci dyrektyw, lecz przede wszystkim z prawem pierwotnym Unii Europejskiej.

Wyłączenie stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku zamówień „in house" jest jednak dopuszczalne w świetle prawa Unii Europejskiej, mimo faktu, iż prawo to, wspierane przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, stoi na stanowisku, że umowy odpłatne zawierane między podmiotami sektora publicznego i sektora prywatnego (np. spółkami mającymi osobowość prawną podlegającymi prawu prywatnemu) podlegają przepisom o udzielaniu zamówień publicznych.

O zamówieniach „in house" mówimy co do zasady w sytuacji, gdy podmiot publiczny zawiera umowę z podmiotem trzecim, z którym łączy go pewna specyficzna relacja prawna. Podmiot publiczny musi bowiem sprawować nad podmiotem trzecim kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje w stosunku do swoich wydziałów, natomiast podmiot trzeci musi wykonywać większą część swojej działalności na rzecz kontrolującego go

podmiotu publicznego[345]. Trybunał Sprawiedliwości UE dopuścił możliwość zaniechania stosowania przepisów o udzielaniu zamówień publicznych we wskazanej wyżej sytuacji, wydając w trybie prejudycjalnym słynne już orzeczenie w sprawie C-107/98 *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia* (tzw. sprawa *Teckal*)[346]. Sprawa, która toczyła się przed sądem krajowym, dotyczyła zlecenia przez organ samorządu terytorialnego przedsiębiorstwu AGAC zarządzania usługami grzewczymi w budynkach komunalnych bez zastosowania przepisów o udzielaniu zamówień publicznych. Zaznaczyć należy, że AGAC było konsorcjum ustanowionym przez kilka samorządów gmin włoskich, jednakże posiadającym osobowość prawną i autonomię. W orzeczeniu w sprawie *Teckal* Trybunał zajął się więc kwestią stosowania przez organy samorządu terytorialnego przepisów o udzielaniu zamówień publicznych w sytuacji, gdy zawierają one umowy z podmiotami przez siebie utworzonymi i stanowiącymi ich własność. Powstało bowiem pytanie, czy w takiej sytuacji istnieje obowiązek stosowania procedur udzielania zamówień publicznych.

W orzeczeniu w sprawie *Teckal* Trybunał stwierdził, że można nie stosować przepisów o udzielaniu zamówień publicznych wtedy, gdy jednostka samorządu terytorialnego zawiera umowę z podmiotem, nad którym sprawuje kontrolę podobną do tej, jaką sprawuje nad własnymi wydziałami, natomiast podmiot ten wykonuje zarazem większą część swych działań na rzecz tej jednostki bądź jednostek samorządu terytorialnego. Wykonawca musi więc spełniać tzw. *Teckal Test*, a więc wykazać zależność ekonomiczną od zamawiającej jednostki samorządu terytorialnego oraz podlegać jej kontroli[347]. Jeśli oba kryteria ustanowione w sprawie *Teckal* są spełnione, to nie ma obowiązku procedowania w oparciu o przepisy o udzielaniu zamówień publicznych, ponieważ w takiej sytuacji nie będziemy mieli do czynienia z zamówieniem publicznym[348].

Orzeczenie w sprawie *Teckal* zapoczątkowało całą linię orzeczniczą Trybunału, dotyczącą zamówień „in house". Trybunał oraz jego Rzecznicy Generalni wielokrotnie wykonywali *Teckal Test*, potwierdzając możliwość wyłączenia stosowania procedur udzielania zamówień publicznych w przypadku spełnienia obu warunków, nazywając tą sytuację wyłączeniem „in house providing". Egzemplifikacji takiego stanowiska Trybunału dostarcza chociażby orzeczenie z dnia 8 maja 2003 r. w sprawie C-349/97 *Hiszpania przeciwko Komisji Europejskiej* oraz orzeczenie z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 *ARGE Gewässerschutz przeciwko Bundesministerium für Land — und Forstwirtschaft.*

Trybunał nie tylko potwierdzał swoją koncepcję przyjętą w orzeczeniu w sprawie *Teckal,* ale również doprecyzowywał oba warunki wyłączenia stosowania procedur udzielania zamówień publicznych, wynikające z tego orzeczenia. Było to konieczne, ponieważ, jak wska-

---

345 Tak m.in.: M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.,* Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, s. 28–29.

346 Wszystkie cytowane w niniejszym artykule orzeczenia pochodzą, o ile nie zaznaczono inaczej, ze strony internetowej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, pod adresem: http://curia.europa.eu.

347 Tak: H. Nowicki, *Zamówienia publiczne w jednostkach samorządu terytorialnego* [w:] J. Parchomiuk, B. Ulijasz, E. Kruk (red.), *Dziesięć lat reformy ustrojowej administracji publicznej w Polsce,* Warszawa 2009, Wolters Kluwer.

348 Por. K. Horubski, *Wykonywanie zadań własnych przez jednostki samorządu terytorialnego a stosowanie przepisów o udzielaniu zamówień publicznych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, ST 2006, nr 10, s. 7 i in.

zał Rzecznik Generalny w swojej opinii w sprawie C-94/99 *ARGE Gewässerschutz*, brak bardziej klarownej definicji tych warunków, mógł być źródłem „prawdziwej niepewności"[349].

Przede wszystkim Trybunał wypowiedział się odnośnie warunku dotyczącego stosowania przez podmiot publiczny w stosunku do podmiotu od niego odrębnego, kontroli podobnej do tej, jaką sprawuje w stosunku do własnych służb. Kwestia sprawowania ww. kontroli jest zasadnicza, ponieważ jeśli *Teckal Test* wykaże, że podmiot odrębny od podmiotu publicznego posiada szeroką autonomię i jest *de facto* niezależny od podmiotu publicznego, to nie można odstąpić od obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych.

W orzeczeniu z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna,* Trybunał poruszył problem udzielania zamówień przedsiębiorstwom, w których kapitale udział mają podmioty publiczne oraz jedno lub kilka przedsiębiorstw prywatnych. Trybunał stwierdził, że w takiej sytuacji istnieje obowiązek stosowania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w prawie Unii Europejskiej[350], ponieważ istnienie udziałów przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale spółki, nawet w ilości symbolicznej[351], przekreśla możliwość sprawowania przez instytucję zamawiającą, a więc podmiotu publicznego, kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje nad swoimi wydziałami. Przedstawiciele doktryny zauważają jednak, że w cytowanym orzeczeniu Trybunał po prostu stwierdził wprost to, co wcześniej było przyjmowane w orzecznictwie w sposób dorozumiany[352].

Należy jednak podkreślić, że posiadanie przez instytucję publiczną całości kapitału zakładowego przedsiębiorstwa, któremu ma być udzielone zamówienie „in house", nie przesądza jeszcze stuprocentowo o spełnianiu pierwszego warunku z orzeczenia w sprawie *Teckal.* Takie stanowisko zajął Trybunał m.in. w orzeczeniu z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 *Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA.* Trybunał zalecił dokonywanie oceny spełniania pierwszego warunku *Teckal Test* w sposób kompleksowy, uwzględniający wszystkie przepisy prawne i okoliczności, tak, aby nie było wątpliwości, że instytucja publiczna ma decydujący wpływ na cele strategiczne oraz ważne decyzje, podejmowane przez przedsiębiorstwo, któremu udzielono zamówienia[353]. Kontrola sprawowana przez instytucję zamawiającą musi mieć charakter pewny, tak więc sytuacja, w której zarząd spółki ma pełne i niczym nie ograniczone kompetencje do prowadzenia spraw wynikających ze zwykłego zarządu, jak też spraw wykraczających poza ten zakres, bez zastrzeżenia dla instytucji zamawiającej żadnych kompetencji w tej sferze, nie spełnia przesłanek do zastosowania zamówień „in house".

---

349 Szerzej: opinia Rzecznika Generalnego P. Léger w sprawie C-94/99, paragraf 55.

350 Orzeczenie dotyczyło stosowania dyrektywy 92/50.

351 Tak również: M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa…*, op. cit., s. 31.

352 Tak m.in.: J. M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert, *Qualification de marché public,* L'actualité juridique. Droit Administratif 2005, s. 1113–1114. Autorzy wskazują tu orzeczenie z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-18/01 *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy, Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa przeciwko Varkauden Taitotalo Oy.*

353 Wyrok w sprawie C-340/04, par. 36.

W orzeczeniu z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG* Trybunał bardzo precyzyjnie określił katalog przypadków, które w sposób istotny osłabiają kontrolę instytucji zamawiającej sprawowaną nad przedsiębiorstwem, któremu ma zostać udzielone zamówienie. W przedmiotowej sprawie o dużej autonomii przedsiębiorstwa świadczyło, w ocenie Trybunału to, że:

1) przedsiębiorstwo przekształciło się w spółkę akcyjną, ze względu na sam charakter tej spółki,
2) przedsiębiorstwo rozszerzyło działalność na nowe sektory,
3) nastąpiło obowiązkowe otwarcie spółki na kapitał zewnętrzny, nawet w krótkim czasie,
4) miało miejsce rozszerzenie terytorialnego zasięgu działalności spółki — w skali krajowej i międzynarodowej,
5) przyznano znaczne uprawnienia władcze zarządowi, które może sprawować w sposób autonomiczny[354].

Reasumując dotychczasowe rozważania, organ administracji publicznej, będący instytucją zamawiającą, aby udzielić zamówienia „in house" musi sprawować niezaprzeczalną i pewną kontrolę nad przedsiębiorstwem, któremu chce udzielić zamówienia. Istotne jest przy tym nie tylko posiadanie 100% udziałów w kapitale zakładowym (przez ten organ lub nawet kilka instytucji publicznych), ale również charakter prawny samego przedsiębiorstwa, które nie jest i nie może być otwarte na przyjmowanie kapitału prywatnego. Organy administracji publicznej muszą również posiadać rzeczywiste uprawnienia kontrolne, które dają im możliwość faktycznego i wiążącego wpływu na działalność tego przedsiębiorstwa — w postaci wytyczania celów strategicznych tej działalności oraz wpływania na istotne decyzje. Autonomia zarządu takiego przedsiębiorstwa musi być więc w sposób oczywisty ograniczona przez uprawnienia kontrolne instytucji zamawiającej, mimo, że jest to podmiot formalnie od niej odrębny.

Odnosząc się natomiast do drugiego warunku postawionego w orzeczeniu w sprawie *Teckal,* a mianowicie wykonywania przed podmiot, któremu jest udzielane zamówienie „in house", zasadniczej części swojej działalności na rzecz instytucji zamawiającej, trzeba podkreślić, iż wymóg spełniania tego warunku jest szczególnie podyktowany koniecznością ochrony konkurencji. Sam bowiem fakt sprawowania przez instytucję zamawiającą kontroli nad przedsiębiorstwem, któremu jest udzielane zamówienie, analogicznej do tej, jaką instytucja sprawuje nad swoimi służbami nie przesądza wcale o tym, że przedsiębiorstwo to nie może działać w sposób aktywny na rynku. Wręcz przeciwnie: można sobie wyobrazić sytuację, w której taki podmiot w ogóle nie prowadzi działalności na rzecz instytucji zamawiającej albo prowadzi ją tylko w stopniu znikomym. Udzielanie takiemu podmiotowi zamówienia „in house" prowadziłoby wtedy do nieuprawnionego uprzywilejowania jego pozycji na rynku, co zakłócałoby konkurencję i stanowiłoby dyskryminację przedsiębiorstw prywatnych, zainteresowanych realizacją tego zamówienia. W takiej sytuacji konieczne byłoby zastosowanie procedur udzielania zamówień publicz-

354 Zob.: wyrok Trybunału w sprawie C-458/03, Dz.U. UE C 296 z dnia 26 listopada 2005 r., s. 4.

nych, ponieważ tylko w ten sposób instytucja zamawiająca nie narażałaby się na zarzut naruszenia prawa.

Trybunał miał pełną świadomość co do możliwości występowania ewentualnych nadużyć w tej sferze. W cytowanym już wyroku w sprawie C-340/04 *Carbotermo,* Trybunał uznał, że „przedsiębiorstwo wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki (…), tylko jeżeli działalność tego przedsiębiorstwa poświęcona jest głównie tej jednostce, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny. Dla dokonania oceny, czy tak jest w niniejszym przypadku, sąd właściwy musi wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, mające zarówno charakter jakościowy, jak i ilościowy"[355].

Mając na uwadze powyższe, należy pamiętać, że stanowiąc o wykonywaniu działalności w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej jednostki, trzeba rozpatrywać zarówno aspekty finansowe, a więc wartość takiej działalności w kontekście wartości całej działalności danego przedsiębiorstwa, jak i ilość prac i czynności, składających się na tą działalność, ocenianych w perspektywie ilości całej działalności. Decyzje o tym, które kryterium przeważy, a więc czy weźmiemy pod uwagę charakter jakościowy, czy ilościowy, czy też będziemy badać oba czynniki, należy podjąć w zależności od okoliczności konkretnej sprawy.

Zamykając rozważania na temat istoty zamówień „in house", należy stwierdzić, że dopuszczalność wyłączenia stosowania przepisów o udzielaniu zamówień publicznych w przypadku tzw. zamówień wewnętrznych jest faktem w prawie Unii Europejskiej, a analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dostarcza wystarczającej egzemplifikacji rozwiązań prawnych w interesującym nas obszarze. Ponadto nie można zapominać, że zamówienia „in house" stanowią zwyczajnie znaczne ułatwienie dla instytucji zamawiających.

Konstatując powyższe należy się zastanowić, dlaczego polski ustawodawca wprowadził niepotrzebne w naszej ocenie rozróżnienie instytucji zamawiających, mogących stosować przedmiotowe zamówienia.

3. Wnioski końcowe

Jak już wspomnieliśmy na początku niniejszego artykułu, ustawa z dnia 29 sierpnia 2009 r. wprowadzająca ustawę o finansach publicznych zmieniła przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych rozszerzając katalog wyłączeń stosowania ustawy zawarty w przepisie art. 4 Prawa zamówień publicznych.

Nie ulega wątpliwości, że wyłączenie stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, zawarte w pkt 13 art. 4 ustawy, opiera się na konstrukcji zamówień „in house". Aby zastosować ww. wyłączenie, muszą być spełnione oba warunki zawarte w orzeczeniu w sprawie *Teckal.* Ponadto, ustawodawca wskazał, że organ administracji rządowej musi wykonywać funkcje organu założycielskiego instytucji gospodarki budżetowej, a przed-

[355] Wyrok Trybunału w sprawie C-340/04, par. 63 i 64.

miot zamówienia należeć do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

Wprowadzenie przedmiotowego wyłączenia należy ocenić pozytywnie, aczkolwiek nie jest to rozwiązanie do końca satysfakcjonujące. Abstrahując od faktu, iż pojmowanie pojęcia „sprawowanej kontroli" przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej bardziej odpowiada definicji „nadzoru", jak wydaje się wynikać z cytowanego wcześniej orzecznictwa Trybunału, to naszym zdaniem nie jest do końca zrozumiałym działanie ustawodawcy, który uprzywilejował organy administracji rządowej, pomijając zupełnie jednostki samorządu terytorialnego. Wydaje się, że to właśnie tym jednostkom bardziej przydałaby się możliwość stosowania zamówień „in house". Skoro orzecznictwo Trybunału nie rozróżnia zamówień „in house", stosowanych przez administrację rządową i administrację samorządową, wprowadzanie takiej dyferencjacji nie znajduje uzasadnienia.

Nie ma praktycznie żadnych logicznych podstaw do stwierdzenia, że organy administracji rządowej są bardziej właściwe, ze względu na ich rangę, czy też pozycję w instytucjonalnej hierarchii państwa, tudzież z uwagi na rodzaj udzielanych zamówień, do regulowania ich relacji z instytucjami gospodarki budżetowej poza systemem zamówień publicznych. W świetle zmian zachodzących w ciągu ostatnich lat w Unii Europejskiej, wydaje się, że to właśnie relacje jednostek samorządu terytorialnego ze spółkami tworzonymi w związku z prowadzeniem przez te jednostki gospodarki komunalnej powinny podlegać wyłączeniom spod przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W Unii Europejskiej od wielu lat wzrasta rola regionów i społeczności lokalnych. Tendencje do regionalizacji pojawiły się w Europie już w latach 70 i 80 XX wieku i mimo pewnych obaw, związanych z rzekomym ryzykiem utraty części niepodległości przez państwa na rzecz regionalnych ośrodków władzy, pozycja regionów systematycznie się umacniała. Obecnie mówi się głośno o „Europie regionów", o Unii Europejskiej, w której właśnie na regionach i ich lokalnych władzach — jako jednostkach będących najbliżej problemów miejscowych społeczności — spoczywa ciężar decyzyjny w wielu newralgicznych kwestiach. Najlepszym przykładem jest tutaj polityka spójności Unii Europejskiej, której zasadnicza część jest wdrażana przede wszystkim w regionach, za pomocą Regionalnych Programów Operacyjnych. Skoro Unia Europejska nie miała obaw z przesunięciem, zgodnie z zasadą subsydiarności, ciężaru decyzyjnego na możliwie najniższy, lokalny szczebel, to jakie było *ratio legis* polskiego ustawodawcy przyjęcia rozróżnienia instytucji zamawiających szczebla rządowego i samorządowego, prowadzącego do *sui generis* dyskryminacji tych ostatnich?

W naszej ocenie zarówno organy administracji samorządowej, jak i organy administracji rządowej, powinny mieć taką samą legitymację prawną do stosowania zamówień „in house". Takie rozwiązanie zdecydowanie uprościłoby wykonywanie przewidzianych przepisami prawa zadań jednostek samorządu terytorialnego. Musimy również pamiętać, że orzecznictwo polskich sądów dopuszcza możliwość wyłączenia stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego, częściowo podobnego do zamówień „in house". W wyroku z dnia 11 sierpnia 2008 r. (sygn. II GSK 105/05) Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że do stosunków prawnych zachodzących pomiędzy gminą a komunalną osobą prawną nie stosuje się przepisów dotyczących

zamówień publicznych, jeżeli te stosunki prawne wynikają z innego tytułu prawnego niż umowa.

Naczelny Sąd Administracyjny w cytowanym wyroku stwierdził, że: „wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie — przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną nie wymaga zawarcia umowy. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania". Wobec powyższego podstawą wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej przez spółkę nie jest umowa, jakiej wymaga ustawa Prawo zamówień publicznych, a akt kreujący spółkę oraz inne akty władcze organów jednostki samorządu terytorialnego. Jeżeli podstawą realizacji zadań z zakresu gospodarki komunalnej nie jest umowa, to w takim przypadku do relacji jednostka samorządu terytorialnego — spółka nie będą miały zastosowania przepisy Pzp[356].

Cytowany wyrok odnosi się jednak do sytuacji, która tylko w pewien sposób jest podobna do zamówień „in house", są one bowiem konstrukcją zdecydowanie szerszą, pozwalającą chociażby na przekazywanie zadań w drodze umowy.

Należy zatem zgłosić postulat do polskiego ustawodawcy, aby nie rozgraniczał i ograniczał zamawiających na rządowych i samorządowych w zakresie rozwiązań dopuszczonych w prawie Unii Europejskiej. Efektem tego powinno być wprowadzenie rozwiązania przyjętego w art. 4 pkt 13 z rozciągnięciem tej regulacji na jednostki samorządu terytorialnego i ich spółki komunalne.

356 Zob. uwagi Z. Czernik, *Glosa do wyroku NSA z 11.08.2005 r.*, Samorząd Terytorialny, nr 5/2006, s. 74 i nast.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA NARUSZENIA USTAWY PZP W ŚWIETLE NOWELIZACJI USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH ORAZ USTAWY O ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

mgr Izabela Łazuga
doktorant, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

I. Wstęp

Dnia 29 stycznia 2010 r. weszła w życie nowelizacja ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej ustawą Pzp)[357] zawierająca regulacje dotyczące nie tylko unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz systemu środków odwoławczych, ale również odpowiedzialności za naruszenia przepisów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nowelizacja z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (zwana dalej dużą nowelizacją)[358] — zmieniła dotychczasowy katalog przesłanek, których wystąpienie skutkować mogło nałożeniem przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kary pieniężnej. Wpływ na aktualne uregulowania dotyczące odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma również ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych[359], która zmieniła brzmienie art. 17 ust. 7 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwana dalej uondf)[360]. Niniejsze opracowanie ma na celu omówienie najważniejszych zmian w zakresie odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych za czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

II. Odpowiedzialność za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Niezwykle istotnym zagadnieniem wymagającym omówienia ze względu na analizowaną problematykę jest krąg podmiotów, które ponoszą odpowiedzialność, zarówno na gruncie ustawy Pzp jak i przepisów uondf. Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamawiającego odpowiada kierownik zamawiającego. Legalną definicję tego pojęcia zawiera słowniczek ustawy Pzp, zgodnie z którym przez kierownika zamawiającego należy rozumieć osobę lub organ, który — zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową — jest

---

357 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

358 Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778).

359 Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz.U. Nr 157, poz. 1241).

360 Ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.).

uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego[361]. Można zatem przyjąć, iż tak rozumianym kierownikiem zamawiającego może być, w zależności od konkretnej sytuacji, nie tylko osoba, ale również organ (ciało kolegialne)[362]. Zatem w przypadku osoby fizycznej będącej zamawiającym[363] osoba ta będzie jednocześnie kierownikiem zamawiającego. W sytuacji, gdy zamawiającym będzie osoba prawna, wówczas kierownikiem zamawiającego jest organ, lecz w zależności od struktury poszczególnych osób prawnych wyróżnić można organy zarządzające jednoosobowe (np. prezydent miasta) lub wieloosobowe (np. zarząd)[364]. Dla organów samorządu terytorialnego na szczeblu powiatu, kierownikiem powiatu jest co do zasady zarząd[365], jednakże gdy zamówienia publiczne dotyczą bieżącego funkcjonowania starostwa powiatowego, funkcję kierownika zamawiającego pełni wówczas starosta[366]. Podkreślenia wymaga, iż co do zasady to kierownik zamawiającego ponosi odpowiedzialność za naruszenia przepisów ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, przepisy innych ustaw mogą nakładać na kierownika zamawiającego inne obowiązki, m. in. wydatkowanie środków publicznych w sposób celowy, oszczędny oraz z zachowaniem najlepszych efektów z danych nakładów[367].

Fakt, iż kierownik zamawiającego odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania nie oznacza, że to kierownik sam powinien to postępowanie najpierw przygotować a następnie przeprowadzić. Zgodnie z dyspozycją art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności pracownikom zamawiającego. Do czynności tych można zaliczyć w szczególności: wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty czy też wybór oferty najkorzystniejszej[368]. Jednakże

---

361 Art. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

362 J. Baehr, T. Kwieciński, A. Stawicki: Przepisy ogólne [w:] J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007 r. s. 25.

363 Osoba fizyczna może uzyskać status zamawiającego w sytuacji, gdy zachodzić będzie sytuacja określona w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym ustawy stosują inne niż określone podmioty wchodzące skład sektora finansów publicznych lub państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawne, jeżeli łącznie zachodzą następujące okoliczności:

a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1–3a,
b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

364 G. Wicik, P. Wiśniewski: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007 r., s. 141.

365 Zgodnie z art. 32 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jednolity: Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1592 z późn. zm.) zarząd odpowiada za gospodarowanie mieniem powiatu.

366 Przepis art. 34 ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym wskazuje starostę jako organ, który kieruje sprawami bieżącymi powiatu.

367 Arg. z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240).

368 J. Baehr, T. Kwieciński, A. Stawicki: Przepisy… [w:] J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski: Prawo…, s. 119.

powierzenie czynności, nawet tych zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji kierownika zamawiającego, innym osobom nie zwalnia go z obowiązku sprawowania nadzoru nad osobą, której czynności powierzył, choć podkreślenia wymaga stanowisko reprezentowane w doktrynie, iż powierzenie tych czynności warunkuje odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansowej pracowników, którym czynności zostały powierzone (arg, z art. 4 pkt 3 uondf)[369].

Ponadto, zgodnie z dyspozycją art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów odrębnych jest zastrzeżone dla organu innego niż kierownik zamawiającego, przepisy dotyczące kierownika zamawiającego stosuje się odpowiednio do tego organu. Przykładem może być postępowanie o udzielenie zamówienia na badanie sprawozdania finansowego. Zgodnie z przepisami ustawy z 29 września 1994 r. o rachunkowości[370] wyboru podmiotu dokonującego badania powinien dokonać co do zasady organ zatwierdzający sprawozdanie finansowe jednostki[371].

III. Odpowiedzialność za naruszenie przepisów określona w ustawie Prawo zamówień publicznych

Kara pieniężna, określona przepisami ustawy Pzp, nakładana jest przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w drodze decyzji administracyjnej w sytuacji, gdy w wyniku przeprowadzenia kontroli[372] postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ujawnione zostaną naruszenia przepisów ustawy. Egzemplifikacja przesłanek upoważniających Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do nałożenia kary pieniężnej za naruszenie przepisów ustawy Pzp określona jest w art. 200 ustawy Pzp. Przepis tego artykułu zawiera katalog zamknięty czynów skutkujących nałożeniem na zamawiającego kary pieniężnej. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu, karze pieniężnej podlega zamawiający, który udziela zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania trybów udzielania zamówienia: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę[373]. Oznacza to, iż odpowiedzialności za naruszenie w tym zakresie podlegał będzie zamawiający, który udzielił zamówienia w jednym z wymienionych trybów mimo, że nie miał podstaw prawnych do ich zastosowania, innymi słowy nie zachodziły przesłanki określone ustawą Pzp.

---

369 Komentarz do art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U.05.14.114), [w:] L. Lipiec-Warzecha, Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, Oficyna, 2008.

370 Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jednolity: Dz.U. z 2009 r. Nr 152, poz. 1223).

371 Komentarz do art. 18, art. 18 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III.

372 Procedurę prowadzenia kontroli przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych regulują przepisy art. 161 — art. 168 ustawy Pzp.

373 Przed wejściem w życie dużej nowelizacji, przepis ten miał brzmienie: karze pieniężnej podlega zamawiający, który udziela zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia.

Ponadto, karze pieniężnej podlega zamawiający, który udzieli zamówienia publicznego bez wymaganego ogłoszenia. Przez wymagane ogłoszenie należy rozumieć przede wszystkim ogłoszenie o zamówieniu, wszczynające postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego. Ustawa Pzp nie różnicuje też sankcji ze względu na brak ogłoszenia w zależności od miejsca jego publikacji. Karze będzie poddany brak publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, Biuletynie Zamówień Publicznych, miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej[374].

Odpowiedzialności podlega również zamawiający, który udzieli zamówienia publicznego bez stosowania ustawy Pzp. Rozważenia wymaga, czy nałożenie kary pieniężnej jest skutkiem zaniechania stosowania jednego przepisu czy też całej ustawy. Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez doktrynę, przepis ten należy rozumieć w ten sposób, że zamawiający podlega karze jedynie wówczas, gdy zawrze on umowę w sprawie zamówienia publicznego nie przeprowadzając procedury o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Pzp[375].

Karze pieniężnej podlega także zamawiający, który dokonuje zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów ustawy. Ustawa Pzp reguluje w przepisie art. 144 ust. 1 generalny zakaz istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Odstępstwem od tej reguły jest sytuacja, kiedy zamawiający przewidzi możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określi warunki takiej zmiany. Modyfikacja postanowień umowy może zatem odbywać się tylko w okolicznościach określonych w ustawie Pzp, brak bowiem podstaw do zmian umowy stanowi podstawę do nałożenia kary pieniężnej.

W wyniku dużej nowelizacji ustawy Pzp, uchylona została regulacja dotycząca podstaw do nałożenia kary pieniężnej w sytuacji, gdy zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki unieważnienia[376]. W ocenie ustawodawcy stanowiło to bowiem dolegliwość nieadekwatną do powagi naruszenia, gdyż błędne decyzje zamawiających w tym zakresie miały znikomy wpływ na wydatkowanie środków publicznych[377]. Ponadto, nie stanowi już podstawy do nałożenia kary pieniężnej dokonanie przez zamawiającego czynności przewidzianych w ustawie bez wymaganej zgody Prezesa Urzędu lub naruszenie przepisów ustawy dotyczących obowiązku przekazania zawiadomienia Prezesowi Urzędu o wyborze trybu negocjacji bez ogłoszenia czy trybu zamówienia z wolnej ręki. Zmiana spowodowana jest tym, iż odpowiedzialność za wyżej wymienione naruszenia jest nie-

---

374 Komentarz do art. 200 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III.

375 J. Baehr, T. Kwieciński, J. Roliński: Odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy [w:] J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski: Prawo…, s. 573.

376 Przesłanki unieważnienia postępowania określone są w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp.

377 Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw, Druk 2310; źródło: http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8FB8D304B8BA8860C125762C002677E2/$file/2310.pdf — dostęp w dniu 13 kwietnia 2010 r.

współmierna do wagi naruszenia. Należy również podkreślić, iż wybór trybu niezgodny z prawem, którego elementem jest przekazanie zawiadomienia Prezesowi, które odnosi się do zastosowania trybów niekonkurencyjnych, skutkuje decyzją o nałożeniu kary pieniężnej na podstawie art. 200 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp[378].

Ustawa Pzp reguluje zakres odpowiedzialności zamawiającego także w innych określonych prawem sytuacjach. Jednakże, zamawiający odpowiada wówczas za naruszenie przepisów ustawy Pzp jedynie w przypadku, gdy naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, iż naruszenie musi istotnie wpłynąć na rezultat postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem w toku postępowania administracyjnego Prezes Urzędu musi wykazać zaistnienie takiej przesłanki poprzez udowodnienie wpływu naruszenia na ostateczny wynik postępowania, rozumiany jako zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego[379]. Dopiero stwierdzenie związku między naruszeniem przepisów ustawy Pzp a jego wpływem na wynik postępowania stanowi podstawę do nałożenia kary pieniężnej.

Zgodnie z dyspozycją art. 200 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, karze pieniężnej podlega zamawiający, który określił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz opisał przedmiot zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Nałożenie kary w tych przypadkach może zachodzić po stwierdzeniu w wyniku przeprowadzonej kontroli przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszenia w tym zakresie, jeśli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. Taka sytuacja może mieć miejsce już po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz oczywistym jest, że fakt zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie wyłącza odpowiedzialności zamawiającego z powodu naruszeń przepisów ustawy popełnionych w trakcie toczącego się postępowania.

Odpowiedzialności podlega również zamawiający, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem zasady jawności[380]. Nie każde naruszenie zasady jawności skutkuje nałożeniem kary pieniężnej, gdyż ukaranie zamawiającego ma miejsce, jeśli ograniczenie jawności ma wpływ na wynik postępowania. Tytułem przykładu można wskazać niezamieszczenie na stronie internetowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż działanie to wpływa na możliwość wzięcia udziału wykonawców w postępowaniu[381].

W przypadku natomiast możliwości nałożenia kary pieniężnej z powodu nieprzestrzegania terminów określonych w ustawie[382], jeśli ma to wpływ na wynik postępowania, podkreślenia wymaga, iż odpowiedzialnością skutkuje nie tylko niezachowanie terminów takich jak termin na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego czy termin

---

378 Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw, Druk 2310; źródło: http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8FB8D304B8BA8860C125762C002677E2/$file/2310.pdf — dostęp w dniu 13 kwietnia 2010 r.

379 J. Baehr, T. Kwieciński, J. Roliński: Odpowiedzialność… [w:] J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski: Prawo…, s. 575.

380 Art. 202 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

381 Tamże, s. 576.

382 Art. 202 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

składania ofert, lecz również brak wyboru oferty najkorzystniejszej w terminie związania ofertą, co z kolei skutkować winno unieważnieniem postępowania[383].

Karze pieniężnej podlega również zamawiający, który wyklucza wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki wykluczenia[384] oraz odrzuca ofertę z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki odrzucenia oferty[385]. Sprowadza się to do sytuacji, kiedy oferta bezpodstawnie wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, bądź oferta odrzucona mogłyby się okazać ofertami najkorzystniejszymi, gdyby zamawiający nie wykluczył wykonawcy z postępowania lub nie odrzucił jego oferty. Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy w takim przypadku ma bezsporny wpływ na wynik postępowania i skutkować winno nałożeniem kary pieniężnej.

Ostatnią przesłanką skutkującą, w przypadku wpływu na wynik postępowania, nałożeniem kary pieniężnej na zamawiającego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy[386]. Jako przykład wskazać można wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie niedopuszczalnych kryteriów oceny ofert, określonych w art. 91 ust. 3 ustawy Pzp i zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Jeśli na tę czynność zostaną wniesione środki ochrony prawnej, tzn. wybór zostanie zakwestionowany, wówczas określić można iż naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania i skutkować winno nałożeniem kary pieniężnej[387].

W celu zapobieżenia dwukrotnego karania zamawiającego za to samo naruszenie przepisów ustawy Pzp, najpierw przez organ odwoławczy poprzez nałożenie kary finansowej[388], następnie przez Prezesa Urzędu poprzez nałożenie kary pieniężnej, dodany został dużą nowelizacją przepis art. 202 ust. 1a ustawy Pzp. Zgodnie z brzmieniem w/w przepisu, Prezes Urzędu nie nakłada kary pieniężnej, jeśli w związku z naruszeniem przepisu ustawy Krajowa Izba Odwoławcza lub sąd nałożyli karę finansową. Zmiana w tym obszarze jest korzystna, gdyż brak regulacji w tym zakresie spowodować mógłby faktyczne, wielokrotne ponoszenie odpowiedzialności finansowej przez zamawiającego.

IV. Przedmiot odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych

Zgodnie z art. 4 uondf, odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają:

1) osoby wchodzące w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych albo jednostki niezaliczanej do sektora finan-

383 Tamże.

384 Art. 202 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

385 Art. 202 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

386 Art. 202 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

387 J. Baehr, T. Kwieciński, J. Roliński: Odpowiedzialność… [w:] J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski: Prawo…, s. 575.

388 Nakładanie kary finansowej przez Krajową Izbę Odwoławczą uregulowane jest w art. 192 oraz art. 193–195 ustawy Pzp.

sów publicznych otrzymującej środki publiczne lub zarządzającego mieniem tych jednostek;

2) kierownicy jednostek sektora finansów publicznych;

3) pracownicy jednostek sektora finansów publicznych, którym powierzono określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej lub czynności przewidziane w przepisach o zamówieniach publicznych;

4) osoby gospodarujące środkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych.

Katalog osób wymienionych powyżej ma charakter zamknięty i nie może zostać rozszerzony. W związku z tym, przypisanie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest uzależnione od tego czy dana osoba znajduje się w katalogu osób podlegających odpowiedzialności[389].

Wskazanie w ustawie czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych pozwala na ogólne wskazanie osób odpowiedzialnych za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania po stronie zamawiającego. Odpowiedzialność bowiem za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia[390].

Katalog naruszeń skutkujący odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zmieniony został w wyniku nowelizacji ustawą przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych oraz dużą nowelizacją. W aktualnym brzmieniu zatem, zgodnie z dyspozycją art. 17 ust. 1 pkt 1 uondfp, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Przepis ten sankcjonuje naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, stanowiący o obowiązku udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowi również udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących:

1) przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę,

2) obowiązku przekazania lub zamieszczenia ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

3) obowiązku zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W pierwszym przypadku podkreślenia wymaga, iż sankcja za naruszenie związana jest z wyborem trybu, który zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, nie jest trybem podstawowym udzielenia zamówienia. Naruszenie stanowić zatem będzie wybór jednego z wymienio-

---

389 M. Winiarz: Prawo zamówień publicznych. Orzecznictwo w zakresie dyscypliny finansów publicznych, Warszawa 2009 r., s. 22.

390 Tamże, s. 26.

nych trybów bez przesłanek do tego upoważniających, tj. gdy sytuacja faktyczna nie wyczerpuje warunków konkretnej przesłanki określonej w ustawie Pzp[391]. Innymi słowy, przepis ten penalizuje jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych niewłaściwe zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, w sytuacji której powinien mieć zastosowanie jeden z trybów konkurencyjnych[392]. Podsumowując, odpowiedzialność za niezgodny z przepisami prawa wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ponoszona jest na gruncie przepisów uondf, w związku z przepisami ustawy Pzp.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z powodów określonych w punkcie drugim wskazuje na znaczenie zasady przejrzystości oraz transparentności udzielania zamówień publicznych. Jednakże podkreślenia wymaga, iż zamawiający odpowiedzialny jest nie tylko za zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu lecz ma także inne określone ustawą Pzp obowiązki publikacyjne, jak np. zamieszczenie ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w wyniku zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia[393].

W trzecim przypadku odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlega zamawiający, który nie zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 3 dni od dnia wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia[394] oraz w trybie zamówienia z wolnej ręki[395]. W wyniku wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 2 grudnia 2009 r., zmianie uległ katalog zamówień, co do których zamawiający nie ma obowiązku zawiadamiania Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania. Przepis ten nie ma zastosowania w przypadku zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki ze względu na to, iż dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego w wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, kiedy przedmiotem zamówienia są:

a) dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej,

b) dostawy gazu z sieci gazowej,

c) dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej,

---

391 Tamże.

392 Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw, Druk 2310; źródło: http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/8FB8D304B8BA8860C125762C002677E2/$file/2310.pdf — dostęp w dniu 13 kwietnia 2010 r.

393 Zgodnie z dyspozycją art. 38 ust. 4a ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający:
1) zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych — jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
2) przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie — jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

394 Art. 62 ust. 2 ustawy Pzp.

395 Art. 67 ust. 2 ustawy Pzp.

d) zastrzeżone usługi pocztowe w rozumieniu ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe[396],

e) usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych;

Ponadto, obowiązek zawiadomienia Prezesa Urzędu nie zachodzi również gdy zamówienie udzielane jest jednemu wykonawcy ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach[397] oraz gdy możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym[398], a także gdy zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu przepisów o giełdach towarowych[399], w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi podmiot w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji. Rozważenia wymaga, czy naruszenie przepisów ustawy polegające na błędnym sporządzeniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ze względu na znowelizowany stan prawny może skutkować odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Jest to kwestia tym bardziej istotna ze względu na fakt, iż aktualnie obowiązująca ustawa Pzp nie stanowi już o warunkach udziału w postępowaniu, bo te zostały sformułowane w sposób generalny w ustawie Pzp, a obowiązkiem zamawiającego jest ich konkretyzacja.

Katalog naruszeń skutkujących odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie jest zamknięty, gdyż odpowiedzialność może dotyczyć innych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże, podkreślenia wymaga, iż aby sankcjonować ewentualne naruszenia przepisów ustawy Pzp na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 4 uondfp, to stwierdzone naruszenia muszą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że dla popełnienia czynu skutkującego naruszeniem dyscypliny finansów publicznych niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem konkretnego przepisu a jednoznacznym wpły-

---

396 Ustawa z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe; tekst jednolity: Dz.U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1159 z późn. zm.

397 Art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 67 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp.

398 Art. 67 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 67 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp.

399 W przypadku tej przesłanki niezbędnym jest odwołanie się do przepisów ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych: tekst jednolity: Dz.U. z 2005 r. Nr 121, poz. 1019 z późn. zm.; arg. z art. 67 ust. 1 pkt 9 w zw. z art. 67 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp.

wem naruszenia na wynik postępowania[400]. We wszystkich wymienionych wyżej sytuacjach odpowiedzialność ponosi podmiot, który udzielił zamówienia publicznego.

Przepis art. 17 ust. 2 uondfp zawiera katalog sytuacji związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, których wystąpienie skutkuje naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z brzmieniem przywołanej regulacji, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego bez zachowania formy pisemnej. Formy pisemnej umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga, pod rygorem nieważności, art. 139 ust. 2 ustawy Pzp. Zastrzeżenie formy *ad solemnitatem* ma ten skutek prawny, że czynność prawna dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna (art. 73 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1960 r. Kodeks cywilny[401]). Zasadnie więc ustawodawca użył sformułowania, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego bez zachowania formy pisemnej, a nie udzielenie zamówienia publicznego, do którego *de facto* — w razie niedochowania pisemnej formy umowy — nie dojdzie[402].

Ponadto, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych lub na czas nieoznaczony, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o zamówieniach publicznych. Zgodnie bowiem z dyspozycją przepisu art. 142 ust. 1 ustawy Pzp, umowę zawiera się na czas oznaczony. Na czas nieoznaczony może być zawarta umowa, której przedmiotem są enumeratywnie wyliczone w ustawie Pzp dostawy[403]:

— wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci;

— gazu z sieci gazowej;

— ciepła z sieci ciepłowniczej oraz

— licencji na oprogramowanie komputerowe.

W wyniku nowelizacji z 2 grudnia 2009 r. wyłączona została z tego katalogu dostawa energii elektrycznej z sieci elektroenergetycznej, co oznacza, iż zawarcie umowy na ten przedmiot na czas nieoznaczony skutkować winno odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W wyniku wskazanej wyżej nowelizacji dodano została regulacja, iż na czas nieoznaczony może zostać zawarta umowa, której przedmiotem są usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego. Powyższe oznacza, iż zawarcie umowy na czas nieoznaczony w przypadkach innych niż wymienione w ustawie Pzp, wypełnia dyspozycję art. 17 ust. 2 pkt 2 uondfp i skutkuje odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

---

400 M. Winiarz: Prawo…, s. 28.

401 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1960 r. Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

402 Komentarz do art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U.05.14.114), [w:] L. Lipiec-Warzecha, Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, Oficyna, 2008.

403 Arg. z art. 143 ust. 1 oraz ust. 1a ustawy Pzp.

W związku z uchyleniem w dużej nowelizacji regulacji dotyczącej protestu, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych[404]. Przepis art. 183 ust. 1 statuuje bezwzględny zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowania odwoławcze. Zawarcie zatem umowy z naruszeniem w/w przepisu skutkuje odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania[405]. Zamknięty katalog przesłanek stanowiących podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawiera art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Na podstawie tego przepisu zamawiający ma uprawnienie do unieważnienia postępowania. Kluczową kwestią dla ustalenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest podstawa do unieważnienia postępowania. Unieważnienie bowiem postępowania w sprawie zamówienia publicznego bez zaistnienia przesłanki określonej w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp lub brak unieważnienia gdy zachodzą do tego uzasadnione podstawy skutkuje odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W tym przypadku odpowiedzialność ponosi podmiot, który unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego[406]. Nadmienić należy, iż w wyniku dużej nowelizacji została dodała przesłanka, iż zamawiający może zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:

1) ogłoszeniu o zamówieniu — w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo licytacji elektronicznej, albo
2) zaproszeniu do negocjacji — w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, albo
3) zaproszeniu do składania ofert — w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę[407].

Oznacza to, iż zamawiający ma podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego także w sytuacji, gdy zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia środki, które nie zostały mu przyznane, a możliwość taką przewidział ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji czy zaproszeniu do składania ofert. Jest to zmiana bardzo korzystna z tego względu, iż zamawiający może w aktualnym stanie prawnym wszcząć postępowanie nie mając zapewnionych środ-

404 Art. 17 ust. 2 pkt 4 uondfp.

405 Art. 17 ust. 3 uondfp.

406 M. Winiarz: Prawo…, s. 30.

407 Art. 93 ust. 1a ustawy Pzp.

ków w swoim budżecie na sfinansowanie zamówienia. Po przeprowadzeniu postępowania i wyłonieniu wykonawcy do realizacji zamówienia, w przypadku braku środków, zamawiający może unieważnić postępowanie na zasadach określonych w ustawie Pzp. Naruszenie dyspozycji tego przepisu, np. unieważnienie postępowania z powodu braku środków, podczas gdy zamawiający nie przewidział takiej sytuacji w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji czy zaproszeniu do składania ofert skutkuje odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Ponadto, naruszenie dyscypliny finansów publicznych stanowi niezłożenie przez członka komisji przetargowej lub inną osobę występującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu zamawiającego oświadczeń wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych[408]. Jedną z gwarancji przestrzegania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasady uczciwej konkurencji jest zapewnienie bezstronności i obiektywizmu osób wykonujących czynności w tym postępowaniu, stąd też m.in. prawo zamówień publicznych nakłada na osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek złożenia odpowiednich oświadczeń[409]. Niezłożenie przez członka komisji przetargowej lub inną osobę występującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu zamawiającego oświadczeń wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przepis ten dotyczy zatem odpowiedzialności członków komisji przetargowych będących pracownikami zamawiającego, kierownika zamawiającego oraz innych osób będących pracownikami zamawiającego, którym kierownik powierzył pisemnie zastrzeżone dla niego w postępowaniu czynności[410]. W kategorii obowiązku zapewnienia bezstronności i obiektywizmu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje się również przepis art. 17 ust. 5 uondfp. Zgodnie z dyspozycją w/w przepisu naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych. Obowiązek wyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje zarówno wyłączenie osoby, która nie złożyła oświadczenia wymaganego przez art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, jak również osobę, która w złożonym oświadczeniu ujawniła istnienie przesłanki wymienionej w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp skutkującej wyłączeniem jej z postępowania[411].

Zgodnie z dyspozycją art. 17 ust. 6 uondfp, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Chodzi o czynność zmiany umowy z naruszeniem przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z brzmieniem tego przepisu, zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na pod-

---

408 Art. 17 ust. 4 uondfp.

409 Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

410 M. Winiarz: Prawo…, s. 31.

411 Komentarz do art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U.05.14.114), [w:] L. Lipiec-Warzecha, Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, Oficyna, 2008.

stawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Tylko zmiana umowy w sposób zgodny z przepisami prawa powoduje ważność zawartej, a następnie zmienionej umowy. Podkreślenia zatem wymaga, iż zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu art. 144 ust. 1 podlega unieważnieniu, ale także skutkuje poniesieniem odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W związku z likwidacją ustawą z dnia 27 sierpnia 2009 r. przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych kontroli finansowej, której zaniedbanie lub niewypełnienie stanowiło znamię naruszenia dyscypliny finansowej do dnia 31 grudnia 2009 r. i zastąpienia jej kontrolą zarządczą, dodany został do katalogu przesłanek przepis, w którym zostały wskazane okoliczności, których zaistnienie skutkuje odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z art. 17 ust. 7 uondfp, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dopuszczenie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych do popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli zarządczej w zakresie:

— udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych,

— zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego bez zachowania formy pisemnej, na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych lub na czas nieoznaczony, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o zamówieniach publicznych oraz przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze,

— unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania oraz

— niewyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych, wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli zarządczej[412].

Obowiązki w zakresie kontroli zarządczej, których zaniedbanie lub niewypełnienie należy do znamion naruszenia dyscypliny finansowej, wynikają z ustawy o finansach publicznych oraz przepisów wykonawczych do ustawy[413]. Chodzi w szczególności o sporządzanie planu działalności na rok następny dla jednostki sektora finansów publicznych w razie zobowiązania przez ministra kierującego działem, obowiązek sporządzenia sprawozdania z wykonania planu działalności, a także obowiązek złożenia oświadczenia o stanie kontroli zarządczej za rok poprzedni[414].

---

412 Art. 17 ust. 7 uondfp.

413 Komunikat Nr 23 Ministra Finansów z dnia 16 grudnia 2009 r. w sprawie standardów kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych: Dz.U. MF Nr 15, poz. 84.

414 Komentarz do art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U.05.14.114), [w:] L. Lipiec-Warzecha, Komentarz do niektórych przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

V. Podsumowanie

Zmiany wprowadzone nowelizacjami do ustawy Pzp oraz do ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy Pzp oraz odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w konsekwencji naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazują na potrzebę nieustannego czuwania nad zgodnym z prawem wydatkowaniem środków publicznych. Jest to zagadnienie istotne z kilku powodów. System zamówień publicznych ma celu zapewnienie prawidłowego wydatkowania środków publicznych i brak sankcji w tym obszarze mógłby być przyczyną tego, iż zamawiający nie dokładaliby należytej staranności przy wydatkowaniu środków, gdyż za naruszenia przepisów ustawy Pzp nie groziłaby kara. Ponadto, uregulowanie materii odpowiedzialności za naruszenia w dwóch aktach prawnych powoduje, iż regulacja w zakresie odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy ma w zasadzie charakter kompleksowy, gdyż pomiędzy art. 200 ustawy Pzp a art. 17 ust. 1 uondfp zachodzi korelacja. Oznacza to, że jeśli zamawiający nie ponosi za określone naruszenie przepisów ustawy odpowiedzialności na gruncie ustawy Pzp, to czyn ten jest penalizowany na gruncie uondfp. Tak ukształtowana materia powoduje, iż zamawiający w swoich działaniach musi brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy Pzp, ale również przepisy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Podkreślenia wymaga, iż zarówno w jednym jak i drugim akcie, katalog czynów skutkujących albo nałożeniem kary pieniężnej oraz odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma charakter zamknięty. Powoduje to, iż jedynie enumeratywnie wyliczone naruszenia są penalizowane. Unormowanie to należy ocenić pozytywnie, gdyż otwarcie katalogu spowodować mogłoby, że zamawiający ponosiliby odpowiedzialność nawet w błahych, formalnych kwestiach i nałożenie kary pieniężnej czy poniesienie odpowiedzialności w tym zakresie stanowiłoby karę niewspółmierną do powagi naruszenia. Ze względu jednak na stosunkowo częste nowelizacje ustawy Pzp ustawodawca winien mieć na względzie również aktualizowanie katalogu naruszeń w obydwu aktach prawnych, a w przypadku ewentualnych, dalszych prac legislacyjnych nad przedmiotowym zagadnieniem, ustawodawca winien dostosować materię ustawową w zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz przesłanek skutkujących nałożeniem kary pieniężnej do zmieniającego się stanu prawnego.

(Dz.U.05.14.114), w zakresie zmian wprowadzonych przez art. 65 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. — Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz.U.09.157.1241).

WPŁYW ZMIAN KONCEPCJI ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ NA ZAKRES I ROLĘ WYKORZYSTYWANYCH INSTRUMENTÓW ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

dr hab. prof. UwB Andrzej Panasiuk

I. Koncepcja administracji publicznej we współczesnym państwie

Wszyscy musimy uświadomić sobie jak ważną rolę w Państwie odgrywa administracja publiczna. Rola administracji wzrasta w okresie przemian społeczno — ustrojowych. W oczach ogółu naszego społeczeństwa administracja publiczna jest widziana jako nieefektywny organizm pochłaniający rokrocznie ogromne środki budżetowe, mało kto jednak zdaje sobie sprawy jaką rolę w warunkach społeczeństwa demokratycznego działającego w otoczeniu kryzysu ekonomicznego, może odgrywać administracja publiczna. W demokratycznym państwie prawa administracja publiczna pełni rolę służebną wobec obywateli z jednej strony i władzy wykonawczej z drugiej. Niezmiernie ważną rolę odgrywać więc będzie ukształtowanie takiej koncepcji działania administracji publicznej, aby spełniać oczekiwania w szczególności obywateli jak również i władzy wykonawczej. Jest to jednak niezmiernie trudne przy zmieniających się wciąż koncepcjach władzy z którymi zmienia się obowiązujące prawo jak i oczekiwania obywateli. Proces kształtowania koncepcji administracji publicznej zawsze musi być ukierunkowany na dobre rządzenie. Dobre rządzenie jawi się zaś jako proces w którym aktywny udział w podejmowaniu decyzji w celu realizacji zadań publicznych, mają obywatele. Wymaga to jednak działania administracji publicznej w sposób jawny i jak najbardziej transparentny w zakresie kreowania polityk publicznych, tak aby wszyscy obywatele mieli świadomość zadań oraz trudności jakie stoją przed aparatem administracyjnym. Tylko takie podejście zmieni ogólnie negatywne nastawienie do administracji publicznej, całego społeczeństwa.

Poważnym problemem w pozytywnym odbiorze administracji publicznej przez społeczeństwo jest obowiązująca koncepcja administracji pełniącej rolę opiekuńczą w państwie. Taki model administrowania wytwarza w społeczeństwie powszechne poczucie bezpieczeństwa w zakresie chociażby służby zdrowia, czy też opieki społecznej. Obywatele przyzwyczajeni są do służebnej roli władzy publicznej w zakresie realizacji zadań publicznych, każde zaś niedomaganie systemu opiekuńczego polegające na długich kolejkach do lekarza pierwszego kontaktu, czy też dziurawych drogach miejskich, powoduje kreowanie negatywnego wizerunku administracji publicznej. Taki sposób postrzegania administracji publicznej uwarunkowany był panowaniem od dziesięcioleci koncepcji administracji opiekuńczej, co wytworzyło oczekiwania społeczne i roszczeniowe postawy obywateli podtrzymywane ciągłymi żądaniami struktur związkowych. Znamienne jest spojrzenie na istotę państwa opiekuńczego Ronalda Reagana który twierdził, że istotą takiej koncepcji państwa jest zasada, że „jeżeli coś się rusza to należy to opodatkować, jeżeli dalej się rusza to należy to regulować, a kiedy przestaje się ruszać to należy udzielić temu subwencji”[415]. Pogląd zgodnie z którym państwo jest odpowiedzialne za wszystko, a nikt nie jest odpowiedzialny za państwo, powoli zaczyna ulegać

[415] R. Reagan, A life In letters, (Ed.) K. K. Skinner, New York Free Press 1992, s. 230.

zmianie w kierunku identyfikowania odpowiedzialności za podejmowane decyzję, czyli odpowiedzialność indywidualna zaczyna bezpośrednio kreować odpowiedzialność zbiorową za losy państwa.

Kryzys sektora publicznego w krajach wysoko rozwiniętych w latach 80-tych minionego wieku spowodował zmianę koncepcji funkcjonowania administracji publicznej. Administracja spełniająca jedynie funkcje administracji opiekuńczej samodzielnie realizującej zadania publiczne, przestała już spełniać swoją rolę w związku ze zbytnim rozrostem sektora publicznego jego nadmierną dominacją oraz deficytem finansów publicznych. Okazało się, że Keynesowska doktryna staje się nieefektywna w warunkach kryzysu sektora finansów publicznych z jednej strony oraz rozrostu zadań publicznych a z nimi oczekiwań społecznych, z drugiej strony. W związku z powyższym coraz popularniejsze stają się koncepcje amerykańskiego noblisty Miltona Friedmana zwolennika ograniczania roli państwa do niezbędnego minimum, które wypierają powoli dominujące w ówczesnym świecie koncepcje Johna Maynarda Keynesa. Ewolucja koncepcji administrowania publicznego zaczęła zmierzać w kierunku poszukiwania bardziej efektywnych i wydajnych form zarządzania publicznego. Na fali powszechnej krytyki sektora publicznego zaczęły pojawiać się rozwiązania które reguły zarządzania rynkowego zaszczepiły w sferze dotychczas przypisanej właściwości administracji publicznej. Taki kierunek funkcjonowania administracji publicznej zmierza do ograniczania roli samej administracji w sferze publicznej, której zadania zostają przejęte przez sektor prywatny działający na zasadach rynkowych i poprzez pryzmat tych zasad realizujący dotychczasowe zadania administracji.

Proces zmiany koncepcji administracji publicznej w krajach wysoko rozwiniętych przebiegał z różnym natężeniem i zaangażowaniem w szczególności na poziomie strukturalnym i funkcjonalno-procesowym, zakończył się jednak sukcesem. Niewątpliwym czynnikiem ułatwiającym zmianę koncepcji postrzegania roli władzy publicznej w państwie stały się zachodzące procesy globalizacji. Tworzenie się ponadnarodowych struktur zarówno na szczeblach politycznych jak i gospodarczych miało również wpływ na metody działania samej administracji publicznej, która zaczęła odchodzić od klasycznego administrowania a zmierzać do zarządzania. Tak zasadnicze przemodelowanie roli administracji w państwie nie może dokonać się bez odpowiedniego podejścia samych urzędników, którzy to ludzie są najważniejszym dobrem każdej sformalizowanej struktury. Max Weber widział urzędnika w roli automatu ślepo wykonującego polecenia przełożonych, takie postrzeganie było zasadne w sytuacji administracji opiekuńczej wykonującej swoją służbę publiczną na rzecz obywateli. Zmiany prorynkowe struktur administracji publicznej spowodowały proces głębszego utożsamiania się urzędników z organizacją, a w szczególności zaczęła się pojawiać potrzeba ponoszenia odpowiedzialności za podejmowane decyzje. Staje się to o tyle ważne, że administracja odpowiedzialna za jakość naszego życia, jest integralnym elementem codzienności. Im większe społeczne oczekiwania wobec administracji, tym trudniej jest im sprostać. Dzieje się tak min. dlatego, że administracja publiczna nie jest w stanie realizować pełnego zakresu zadań publicznych na nią nałożonych ze względu na uwarunkowania budżetowe. To nie zadania publiczne konieczne do zrealizowania określają wielkość budżetu, to budżet określa wielkość zadań które zrealizuje administracja. Pojawia się więc problem zrównoważenia możliwości administracji publicznej z oczekiwaniami społeczeństwa. Wykonywanie

zadań publicznych przez administrację publiczną, nie jest przez obywateli mierzona za pomocą obiektywnych wskaźników i miar. Obywatel nie kojarzy z administracją rozwiniętego systemu infrastruktury społecznej i technicznej za pomocą której sprawnie są realizowane usługi publiczne. W większości przypadków zaufanie publiczne jest oparte na subiektywnych doświadczeniach poszczególnych osób, które najczęściej nie oddają stanu rzeczywistego.

Powszechne w latach osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych minionego wieku koncepcje państwa opiekuńczego są obecnie podstawą do wysuwanie twierdzenia, że w czasach kryzysu gospodarczego interwencja państwa poprzez różnorakie instrumenty na rynku jest niezbędna. Takie działanie jest niejako koniecznym elementem procesu tworzenia i realizacji polityki opieki państwa nad obywatelami, a tym samym musi aktywnie kreować rzeczywistość ekonomiczną i społeczną państwa. Władza publiczna aby sprostać takim oczekiwaniom zdecydowanie podejmuje rynkowe działania interwencyjne, wystarczy chociażby przypomnieć interwencje w sektorze bankowym Rady Polityki Pieniężnej, czy opracowanie antykryzysowego pakietu Ministra Michała Boniego. Nie zawsze jednak będą to działania wystarczające do przezwyciężenia skutków globalnego kryzysu gospodarczego. Polityka opiekuńcza państwa nie zawsze przynosi same korzyści władzy publicznej, efektem rozbuchanych oczekiwań społecznych jest najczęściej wzrost inflacji oraz trudności z utrzymaniem równowagi budżetowej, będącej wynikiem nieproporcjonalnego zwiększania się zakresu zadań publicznych w stosunku do posiadanych środków budżetowych. Słusznym staje się stwierdzenie, że prawo władzy publicznej do wydawania pieniędzy publicznych zostaje zastąpione prawem do zaciągania długu. Tendencje takie stają się zjawiskiem powszechnym, zarówno centralna władza publiczna zaciąga kredyty i emituje obligacje, jak też i władze lokalne wpadają w spirale emisji obligacji komunalnych. Zjawisko zadłużania się administracji publicznej staje się coraz bardziej powszechne, a instrumentem najczęściej wykorzystywanym przy unikaniu negatywnych skutków zadłużenia jest jego rolowanie, to wszystko jednak powoduje ciągłe zwiększanie deficytu budżetu państwa. W tym miejscu należałoby postawić pytanie, dlaczego działania administracji publicznej nie przynoszą oczekiwanych efektów? Odpowiedź na to pytanie padła już prawie pięćdziesiąt lat temu, otóż Peter F. Drucker w jednym ze swoich opracowań „The Age of Discontinuity" stwierdził, że jednym z największych problemów administracji jest brak konkurencji, co prowadzi do złego i nieoszczędnego zarządzania. Ponadto rosnący deficyt budżetu państwa wymusza podejmowanie decyzji menadżerskich, co jest związane z kolei ze zwiększeniem swobody podejmowania decyzji[416]. Administracja publiczna w czasach kryzysu ekonomicznego nie może ograniczać się jedynie do stosowania prawa, musi być na tyle kreatywna w sposobie realizowania zadań publicznych, a w szczególności na zapewnieniu odpowiednich źródeł ich finansowania. Co ciekawe L. Jaworski już w pierwszej połowie ubiegłego wieku wskazywał, że administracja nie tylko jest po to by odtwarzać istniejące prawo, lecz w działaniach administracji jest również pewien pierwiastek działalności twórczej. Czasy kryzysu stają się również dobrym uzasadnieniem do dokonywania poważnych cięć w strukturach zatrudnienia zbiurokratyzowanej administracji, tak by mogła efektywniej świadczyć usługi publiczne oraz kontrolować ich realizację, jak również wprowadzać nowe idee. John

[416] Poglądy takie prezentował w swoich pracach B. G. Peters, Administracja publiczna w systemie politycznym. Warszawa 1999 r., s. 403.

Maynard Keynes podkreślał, że trudność wprowadzania nowych idei polega nie tyle na ich stworzeniu, co na wyzwoleniu się spod wpływu starych. Widoczne są więc obecnie w działaniach władzy publicznej środki podejmowane w celu restrukturyzacji podejścia do funkcjonowania administracji publicznej. W szczególności weryfikacja licznych przywilejów socjalnych obciążających w znamienitej części wydatki budżetu państwa, restrukturyzacja albo nawet zmiana systemu ubezpieczeń społecznych (gorące jajo czyli problem KRUS), ograniczanie znaczenia i roli jaką mogą odgrywać związki zawodowe, przyśpieszanie procesów prywatyzacji pośredniej oraz bezpośredniej. Te wszystkie działania zmierzają niechybnie do urynkowienia działań administracji publicznej w Polsce, szkoda tylko, że dopiero teraz.

W wyniku przemian ekonomiczno-społecznych uwarunkowanych szeregiem czynników zewnętrznych takich jak zachodzące procesy globalizacji a w ślad za nimi ciągła integracja Polski ze strukturami unijnymi, następuje wprowadzanie coraz to nowych zadań administracji z jednoczesnym rozszerzaniem obszarów objętych jej aktywnością. Powoli następuje ograniczanie funkcji administracji reglamentacyjno-świadczącej samodzielnie realizującej zadania publiczne, na rzecz administracji menadżerskiej sprawującej funkcje administracyjno-kontrolne w procesie realizacji zadań publicznych. Śmiało możemy porównać zachodzące obecnie przemiany roli jaką ma odgrywać administracja w państwie do przemian zachodzących na przełomie XVIII i XIX wieku. Aktualności nabiera w czasach obecnych stwierdzenie Langroda „Dynamizm aktywności nowoczesnego państwa rozsadza zbyt szczupłe ramy klasycznych pojęć ustrojowych z 1789 r., których trwanie siłą bezwładu jest źródłem daleko idących nieporozumień”[417]. Sztuczne podtrzymywanie zatem w państwie aparatu administracji, który nie jest w stanie udźwignąć obowiązków zapewnienia opieki obywatelom, jest źródłem niezadowolenia społecznego jak i rosnącego deficytu państwa. Władza publiczna musi w obecnych czasach skoncentrować się w szczególności na restrukturyzacji organizacyjnej jej struktur uwzględniającej potrzeby nowych funkcji które powinna sprawnie realizować. To znaczy być sprawnym menadżerem, samodzielnie kreującym kierunki rozwoju sektora publicznego, nie mającym obaw przed współpracą z sektorem prywatnym. Musi realizować zadania w interesie publicznym, ale w taki sposób aby z jej pola widzenia nigdy nie zniknęło myślenie rynkowe, nie powinna mieć jakichkolwiek obaw przed prowadzeniem działalności przynoszącej zysk. Nie może odtwarzać w sposób bezmyślny w realnej rzeczywistości abstrakcyjnych norm obowiązującego prawa, lecz w zależności od aktualnych potrzeb w sposób twórczy kreować rzeczywistość w ramach tego prawa. Doktryna prawa administracyjnego już od szeregu lat wskazuje na konieczność unifikacji procedur w ramach samej administracji, szczególnie podkreśla się konieczność ujednolicenia metod i form działania administracji z wyraźną już tendencją do odchodzenia od klasycznych władczych metod , na rzecz form opartych na konsensusie[418]. Odchodzenie od władczego działania administracji publicznej widoczne jest już od lat, wystarczy tylko wspomnieć o procesach komercjalizacji największych przedsiębiorstw państwowych jak PKP czy

---

417 J. S. Langrod, Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej. Reprint — Zakamycze 2003, s. 33.

418 A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, Administracja publiczna. Wrocław 2003, 2004, s. 45., A. Panasiuk, Rola i możliwości sektora prywatnego w realizacji zadań publicznych. Przyczynek do dyskusji. (w:) Prawo zamówień publicznych Nr 4 z 2008 r., s. 162–171.

też ostatnio Poczty Polskiej, wprowadzania negocjacji do działania administracji jako jednego z podstawowych instrumentów prawnych np. przy procesach wywłaszczeniowych, czy też odchodzenia od władczej ingerencji administracji w procesy inwestycyjne. To wszystko daje oszczędności, lepsze zarządzanie oraz lepszy odbiór społeczny realizowanych zadań publicznych.

Wszystkim przemianom towarzyszą procesy legislacyjne, które nie zawsze pomagają w sprawnym funkcjonowaniu administracji nie mówiąc już o zwykłych obywatelach. Poszczególne regulacje prawne mają zwykle krótszą żywotność w świecie ustawicznych zmian. Na pierwszym planie jest widziany konkretny przepis prawa, zapomina się z kolei o myśleniu i działaniu w kategorii zasad prawa. Poszczególne regulacje prawne często powstają na skutek doraźnych potrzeb politycznych, często okupionych trudnym kompromisem z koalicjantem. O potrzebie opracowania rozwiązań legislacyjnych najbardziej palących obszarów przypomina się tuż przed wyborami, najczęściej w opracowywanych programach wyborczych. Analizując długość trwania poszczególnych rządów w wolnej Polsce, możemy jednoznacznie skontatować, że żaden z nich nie miał już wystarczająco dużo czasu na zajęcie się legislacyjnymi zmianami. Projektowane rozwiązania są zazwyczaj chaotyczne, bez dokładnej analizy efektów dotychczas obowiązującego prawa, za to bezmyślnie kopiujące rozwiązania z innych krajów. Niejasne prawo, pełne wątpliwości interpretacyjnych negatywnie wpływa na działania administracji publicznej, nie mówiąc już o postrzeganiu państwa przez zwykłych obywateli. Przyczynia się też do bezczynności samej administracji, zgodnie z zasadą „jak nie wiesz, co robić nie rób nic", jako najlepszy sposób uniknięcia odpowiedzialności za podjęcie niepewnej decyzji. Biorąc to wszystko pod uwagę, należy jednoznacznie stwierdzić, że niejednoznaczność i nadmiar regulacji powoduje spadek wydajności wraz ze zwiększaniem kosztów. Zatem usprawnienie systemu tworzenia prawa w Polsce będzie miało zasadniczy wpływ na unowocześnienie samej administracji przy jednoczesnym stworzeniu gruntu dla powstawania administracji menadżerskiej nastawionej na zysk, który będzie źródłem finansowania innowacyjnych projektów i inwestycji będących podstawą rozwoju gospodarczego państwa.

Podsumowując powyższe rozważania uważam, że w świecie szalejącego kryzysu gospodarczego, potęgujących się kłopotów z utrzymaniem deficytu budżetowego na właściwym poziomie, wzrastającego bezrobocia, kłopotów związanych z prywatyzacją majątku państwa, roszczeniowych postaw społeczeństwa potęgowanych żądaniami związków zawodowych, kreowania kierunku myślenia obywateli przez media, niezmiernie ważna jest budowa administracji menadżerskiej opartej na urzędnikach myślących prorynkowo. Ukierunkowanie administracji tak by zmierzała do ograniczania zakresu usług publicznych przy coraz większym udziale sektora prywatnego w realizacji usług będących dotychczas domeną sektora publicznego. Nowoczesna administracja powinna zacząć używać nowoczesnych metod zarządzania opartych na analizie efektywności, jakości oraz konkurencyjności, w celu podniesienia jakości i obniżenia kosztów jej funkcjonowania. To wszystko ma przyczynić się do zwiększenia udziału obywateli i sektora prywatnego w zarządzaniu państwem poprzez struktury administracji publicznej. Dlatego niezwykle ważne staje się właściwe wykorzystywanie instrumentów zamówień publicznych w przeprowadzanych procesach.

II. Ewolucyjne kształtowanie się systemu zamówień publicznych

Zmiany koncepcji funkcjonowania administracji publicznej jak wynika z powyższych rozważań wywierają decydujący wpływ na rodzaj stosowanych instrumentów prawnych wykorzystywanych min. w procedurach zamówień publicznych. Aby dokładniej uzmysłowić sobie ten wpływ wystarczy prześledzić zmiany zachodzące w regulacjach prawnych poświęconych zamówieniom jakie zostały dokonane w ostatnich kilkudziesięciu latach. Instytucja zamówień publicznych (w niektórych okresach zwanych zamówieniami rządowymi) znana była od dawna gospodarce rynkowej. Zamówienia publiczne ze względu na ich specyfikę w różnych okresach czasu w różny sposób były wykorzystywane, tak aby w sposób szczególny uwypuklić charakter stosunków publicznoprawnych łączących podmioty publiczne z sektorem prywatnym.

Pierwszą regulacją prawną w pełni poświęconą problematyce udzielanych zamówień była ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu, oraz instytucji prawa publicznego. Powyższy akt prawny miał na celu w szczególności ujednolicić występujące w poszczególnych regionach kraju regulacje, funkcjonujące na tych ziemiach jeszcze przed odzyskaniem przez Polskę niepodległości[419]. Taki stan faktyczny nie sprzyjał prowadzeniu jednolitej polityki gospodarczej Państwa, a co się z tym wiąże nie pozwalał realizować celów stawianych przez władze w danym momencie. Ustawa ta określała ogólne zasady w zakresie sposobu udzielania zamówień publicznych, nakreślając jednocześnie cele polityki gospodarczej Państwa. Rozwiązania prawne zawarte w powyższym akcie prawnym zawierały jedynie pewne ogólne ramy prawne zachowań podmiotów dokonujących zamówień dostaw i robót. Wyrażenie zasad określonych w ustawie w praktycznym działaniu nastąpiło dopiero z chwilą uchwalenia rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego. Uchwalone przepisy dotyczące udzielania zamówień na dostawy i roboty wprowadziły istotne zmiany do istniejącego stanu prawnego, który polegał na współistnieniu szeregu pochodzących z różnych czasów przepisów o charakterze ustawowym, wykonawczym, czy też instrukcyjnym, przy czym niektóre dziedziny dostaw i robót nie były w ogóle regulowane żadnymi przepisami.

Przepisy w owym okresie poświęcały wiele uwagi zagadnieniom związanym z popieraniem i ochroną krajowych producentów, ustalając w tym zakresie wytyczne zmierzające do pełnego wykorzystania krajowych wyrobów. Mieliśmy więc do czynienia zarówno z aktywizacją rynku pracy poprzez weryfikację w pierwszym rzędzie krajowych dostawców lub wykonawców którzy są w stanie wykonać zamówienie, jak i wykorzystywaniem przy wykonywaniu zamówienia krajowych surowców lub wyrobów. Z punktu widzenia

---

[419] Do czasu uchwalenia ustawy o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego obowiązywały w poszczególnych dzielnicach następujące przepisy, uchwalone w większości przez administrację byłych państw zaborczych: w byłym zaborze rosyjskim, rosyjska ustawa o dostawach i robotach rządowych, wydana w 1900 r., w byłym zaborze pruskim obowiązywały ogólne przepisy o udzielaniu zamówień na dostawy i roboty, wydane wspólnie przez pruskich ministrów robót publicznych oraz handlu i przemysłu i ogłoszone w 1906 r., w byłym zaborze austriackim obowiązywało rozporządzenie tak zwanego pełnego ministerstwa austriackiego z dnia 3 kwietnia 1909 r., dotyczące oddawania przedsiębiorstwom dostaw i robót państwowych.

ówczesnej polityki państwa, najważniejszym było jak najkorzystniejsze ekonomicznie udzielenie zamówienia, przy jak najwszechstronniejszym wykorzystaniu krajowych możliwości zarówno przerobowych jak i surowcowych. W przepisach regulujących procedury zamówień rządowych okresu międzywojennego możemy zauważyć dużą dbałość o ochronę krajowych podmiotów oraz o stworzenie instytucjonalnych warunków do konkurowania między nimi w trakcie ubiegania się o uzyskanie zamówienia rządowego. Ponadto podmioty sektora publicznego uzyskały pewien zakres samodzielności w zakresie kształtowania warunków udziału w postępowaniu, kwalifikujących potencjalnych wykonawców[420].

Po wojnie uległ zmianie dotychczasowy model gospodarki, zlikwidowany został sektor prywatny na rzecz znacznego rozwinięcia i wzmocnienia sektora uspołecznionego. W związku ze zmianami jakie nastąpiły należało również dostosować przepisy w zakresie zamówień publicznych. Zamówienia musiały być planowane przez podmioty ich udzielające. Zaś główną zasadą przy udzielaniu zamówień jaką powinien kierować się zamawiający był w szczególności efekt ekonomiczny transakcji. Zamawiający powinien dołożyć starań, aby zamówienie udzielone i wykonane było w sposób najbardziej korzystny. Należy zwrócić uwagę w tym momencie, że w porównaniu do poprzednich regulacji prawnych dotyczących problematyki zamówień publicznych, uległ zmianie ich cel. Jak wynika z analizy przepisów ustawy z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych, szczególny nacisk został położony na jak najbardziej korzystne udzielanie zamówień. Co oznaczało w owym okresie, w szczególności jak najtańsze udzielenie zamówienia publicznego, bez zwracania szczególnej uwagi na równe i konkurencyjne traktowanie podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Elementem decydującym o przyznaniu zamówienia konkretnemu podmiotowi była w owym okresie jedynie cena za jaką można było uzyskać zamówienie. Takie uwypuklenie jak najtaniej udzielanych zamówień wynikało w szczególności z dużej ilości potrzeb w związku z odbudową kraju ze zniszczeń powojennych. Istotna była w szczególności szybkość realizowanych zadań wynikająca z niekończących się potrzeb społecznych i przemysłowych, zatem każde opóźnienie było odbierane negatywnie. W podobnym kierunku poszły również kolejne regulacje prawne okresu gospodarki centralistyczno-planistycznej[421]. Po ostatnim okresie centralistyczno-planistycznej gospodarki, nadeszła era gospodarki wolno rynkowej, a z nią nowe możliwości i potrzeby. Poszukiwanie najlepszych rozwiązań prowadzących do realizacji nowych potrzeb spowodowało, że na początku lat dziewięćdziesiątych podjęto prace nad utworzeniem aktu prawnego który by w pełnym wymiarze

---

420 Z. Kadłubiski, Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyij prawa publicznego, Katowice 1937 r., s. 98–99.

421 Przepisów ustawy z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych nie stosowało się do umów planowych, które były uregulowane ustawą z dnia 19 kwietnia 1950 r. o umowach planowych w gospodarce socjalistycznej (Dz.U. Nr 50, poz. 180). Następnie ustawa z dnia 19 kwietnia 1950 r. o umowach planowych w gospodarce socjalistycznej została uchylona na mocy dekretu z dnia 16 maja 1956 r. o umowach dostawy pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej (Dz.U. Nr 16, poz. 87 ze zm.). Kolejnym krokiem zmierzającym w kierunku regulacji zamówień rządowych było uchwalenie ustawy z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych (Dz.U. z dnia 11 stycznia 1958 r. Nr 3, poz. 7).

spełniał potrzeby gospodarki wolnorynkowej. Tak doszło do uchwalenia ustawy o zamówieniach publicznych[422]. W poszukiwaniu najlepszych rozwiązań sięgnięto do regulacji prawnych przedwojennych, ustawy modelowej ONZ UNCITRAL[423], porozumienia w sprawie zamówień rządowych GATT oraz projektowanych dyrektyw Unii Europejskiej. Równolegle do przemian zachodzących w regulacjach ustawowych związanych z udzielaniem zamówień rządowych w Polsce, trwał proces tworzenia kompleksowej regulacji prawnej dot. zamówień publicznych w Unii Europejskiej. Proces ten trwał już prawie 20 lat (1971–1993). Jakkolwiek już Traktat Rzymski zabraniał dyskryminowania z powodu narodowości oraz gwarantował swobodny przepływ towarów oraz usług to dopiero regulacje wprowadzone w związku z tworzeniem Jednolitego Rynku zagwarantowały pełną zasadę przejrzystości (transparentności) oraz równego dostępu do zamówień publicznych dla wszystkich podmiotów Wspólnoty[424].

W przedstawionych powyżej rozważaniach starałem się zwrócić uwagę na bardzo istotny wpływ obowiązującej koncepcji funkcjonowania administracji publicznej na zakres i rolę prawnych instrumentów udzielania zamówień publicznych. Widoczna jest wyraźna ewolucja przechodzenia od instrumentów prawnych umożliwiających sektorowi publicznemu samodzielną realizację zadań publicznych na bazie nabytych aktywów na rzecz instrumentów prawnych umożliwiających zlecanie usług publicznych przez administrację do realizacji odpowiednim podmiotom niepublicznym. Powodem właśnie takich tendencji jest jak słusznie zauważył A. Błaś to, że prywatyzacja zadań publicznych jest pochodną niewydajnej i nieefektywnej administracji publicznej[425]. Dlaczego tak się dzieje? Dlatego mianowicie, że sektor publiczny w Polsce staje coraz to przed nowszymi wyzwaniami związanymi z realizacją zadań publicznych, do realizacji których nie zawsze jest w pełni przygotowany. Brak przygotowania do należytego wykonywania zadań publicznych wynikać może z braku właściwego przygotowania merytorycznego do realizacji określonych zadań w szczególności zadań użyteczności publicznej, jak również, a może przede wszystkim z braku dostatecznych środków finansowych, na sprawne wykonywanie tychże zadań. Podmioty publiczne aby sprostać wymogom stawianym przez szereg przepisów prawnych warunkujących prawidłowe wykonywanie zadań publicznych (np. przepisy dotyczące ochrony środowiska, gospodarki wodno-ściekowej), niejednokrotnie zmuszone są do modernizacji istniejącej infrastruktury lub budowy nowej, co przy braku wystarczających środków finansowych, jest znacznie ograniczone. Stąd jednym z możli-

---

422 Ustawa o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994 r. (Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.).

423 Przy ONZ działa Grupa Robocza ds. zamówień publicznych w ramach Komisji Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ — UNCITRAL, Grupa Robocza została utworzona na podstawie rezolucji ONZ nr 2205 z 1966 r. Jej celem jest zbliżanie regulacji prawnych poszczególnych państw członkowskich, które bezpośrednio wpływają na rozwój handlu międzynarodowego.

424 Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi; Dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy; Dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane; Dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

425 A. Błaś, Zadania administracji publicznej (w:) Administracja publiczna, pod red. J. Bocia, Kolonia Limited 2003 r., s. 147 i in.

wych rozwiązań jest znalezienie właściwego podmiotu prywatnego z którym przy ściśle określonej współpracy dojdzie do realizacji zadań publicznych[426].

W takiej to atmosferze społeczno-politycznej, wymuszonej z jednej strony kulejącym systemem finansów publicznych z drugiej zaś zachodzącymi procesami integracyjno-globalizacyjnymi, doszło do uchwalenia kolejnych milowych regulacji prawnych związanych z sektorem zamówień publicznych, takich jak:

— prawa zamówień publicznych[427],

— ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym[428],

— ustawy o koncesjach na roboty budowlane lub usługi[429].

W piśmiennictwie powszechnie podkreśla się, że system zamówień publicznych, jest instrumentem zawierającym bogaty zasób narzędzi umożliwiających przeprowadzenie procesu rozdziału zamówień publicznych[430]. S. L. Schooner uważa, że system zamówień publicznych, jest nie tylko narzędziem do realizacji konkretnych zamówień, lecz również jest instrumentem polityki państwa w sferze zarówno społecznej[431] jak i środowiskowej[432]. Polityka społeczna państwa realizowana poprzez system zamówień publicznych, prowadzić może do zrównoważonego rozwoju krajowych przedsiębiorców, rozwoju małych i średnich, w szczególności kierowanych przez kobiety przedsiębiorstw, tworzenia nowych miejsc pracy, kreowania bezpiecznych standardów zawodowych w zgodzie z zasadami prawa pracy. Jeżeli zaś chodzi o aspekty środowiskowe, to w szczególności polityka zamówień publicznych ma bezpośredni wpływ na preferowanie realizowania zamówień środowiskowych[433]. O ile klasyczne zamówienia publiczne stanowią bardzo elastyczny i efektywny sposób nabywania aktywów przez administrację, o tyle partnerstwo publiczno-prywatne oraz system koncesyjny jest dla administracji publicznej najbardziej korzystną formą realizacji skomplikowanych i długoterminowych inwestycji, ze względu na to, że administracja publiczna skupia się na bezpieczeństwie, dostawca na implementacji systemu, a co najważniejsze nie są wymagane środki budżetowe na inwestycję. Regulacje prawne partnerstwa mają również na celu usunięcie barier psychologicznych, dotyczących roli i funkcji administracji w realizacji zadań publicznych przy udziale partnera prywatnego. Mają również upoważnić podmioty publiczne i partnerów prywatnych do zawiązania współpracy w formie umowy partnerskiej w celu wykonywania zadań publicznych. Ma ona też zapobiec sytuacjom, w których przedsięwzięcie

---

426 A. Panasiuk, Zinstytucjonalizowane formy współpracy podmiotów publicznych z prywatnymi, Warszawa 2008 r., s 15 i in.

427 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.).

428 Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r. Nr 19 poz. 100).

429 Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesjach na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2009 r., Nr 19 poz. 101).

430 S. L. Schooner, Commercial Purchasing: The chasm between the United States Goverments evolving policy and practice in: Public procurement the continuing revolution, editors: Sue Arrowsmith, Martin Trybus, Kluwer Law 2003, s. 159.

431 S. L. Schooner, op. cit., s. 159.

432 A. Panasiuk, System zamówień publicznych w Polsce, Warszawa 2005 r., s. 211 i in.

433 S. L. Schooner, op. cit., s. 159.

partnerskie stają się instrumentem politycznym lub podatnym na polityczne naciski. Reasumując, właściwy wybór zinstytucjonalizowanej formy partnerstwa publiczno-prywatnego służy przede wszystkim poprawie jakości świadczonych usług na rzecz obywateli w realizacji ściśle określonego projektu i w każdym przypadku musi zostać wybrane optymalne rozwiązanie.

CZĘŚĆ II

FUNKCJONOWANIE SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W UNII EUROPEJSKIEJ I W POLSCE

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE A KIERUNKI DZIAŁALNOŚCI WYTWÓRCZEJ I ROZWÓJ INNOWACYJNOŚCI

prof. dr hab. Wacława Starzyńska
Katedra Statystyki Ekonomicznej i Społecznej
Uniwersytet Łódzki

1. Wstęp

Zamówienia publiczne na dostawy, usługi i roboty budowlane charakteryzują się dużą dynamiką wzrostu. Warto podkreślić, że w 2009 roku szacuje się je na ok. 126,7 mld zł, co oznacza 16% wzrostu w stosunku do 2008 r. W relacji do PKB stanowiło to w 2009 r. ok. 9,4%[434].

W starej Unii Europejskiej już w 1990 r. wskaźnik ten wynosił od 15% do 20% PKB[435].

Zamówienia publiczne to efekt różnych decyzji, zarówno na szczeblu makro, jak i przede wszystkim mikroekonomicznym. W zależności od potrzeb, rodzaju zamawiającego i wielkości środków publicznych, jakimi dysponują zamawiający, a także zmieniających się przepisów prawnych, związanych m.in. z progami wartościowymi, ulega zmianie struktura ilościowa, ale przede wszystkim wartościowa zamówień publicznych.

Przykładowo, samorządy terytorialne większość swoich środków przeznaczają na roboty budowlane, natomiast służba zdrowia charakteryzuje się wysokim odsetkiem dostaw.

Analizując rynek zamówień publicznych w aspekcie jego rozmiarów, ale także struktury warto przyjrzeć się bardziej szczegółowo przedmiotowi zamówienia, który zgodnie z art. 30 pkt . 7 powinien być opisany za pomocą nazw i kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień (ang. CPV). CPV pozwala na ustalenie, w znacznym stopniu, kierunku działalności produkcyjnej, która umożliwia wykonanie danego produktu.

Celem pracy jest próba oceny zmian w strukturze ilościowej i wartościowej zamówień publicznych w latach 2004–2008 według klasyfikacji PKD. Mało jest bowiem opracowań podejmujących tak szczegółową analizę, tym bardziej, że porównania międzynarodowe zamówień publicznych są najczęściej prowadzone według klasyfikacji NACE Rev.1. Ponadto wskazano na te obszary działalności gospodarczej, które będąc wrażliwymi na zamówienia publiczne mogą być szczególnie podatne na innowacyjność.

2. Wspólny słownik zamówień (CPV)

CPV (*Common Procurement Vocabulary*) jest jednolitym, europejskim systemem klasyfikacji przeznaczonym do stosowania w procedurach udzielania zamówień publicznych. Łączy

---

434 Por. *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2009 r.*, UZP, Warszawa, kwiecień 2010.

435 Por. A. Spachis, D. Mardas, C. Stampoultzi, *Public Procurement Law*, Public Procurement Law Review, 1983, no 6, Sweet and Maxwell, London.

w sobie CPA i NACE Rev.1., które ulegały udoskonaleniu i modyfikacji dla potrzeb zamówień publicznych[436]. Klasyfikacja kodów CPV weszła do systemu zamówień publicznych w krajach Unii Europejskiej na podstawie rozporządzenia WE nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), a została zastąpiona nową klasyfikacją od września 2008 r. na mocy rozporządzenia Komisji WE nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r.

CPV wywodzi się z kilku międzynarodowych nomenklatur stosowanych w klasyfikacji produktów: Centralnej Klasyfikacji Produktów (CPC), Międzynarodowej Standardowej Klasyfikacji Rodzajów Działalności (ISIC) i Klasyfikacji Produktów według działalności (CPA). Zarówno CPC, jak i ISIC zostały opracowane przez ONZ. Odpowiednikiem ISIC w UE jest Klasyfikacja Działalności Gospodarczej we Wspólnocie Europejskiej (NACE), opublikowana po raz pierwszy w październiku 1990 r. jako NACE Rev.1. W Polsce CPV zaczęła obowiązywać z chwilą wejścia Polski do UE, tj. od 1 maja 2004 r., stąd nazwa CPV 2004. Od września 2008 r. obowiązuje zmodyfikowana wersja CPV 2008.

CPV składa się z dwóch części;

— ze słownika głównego, zbudowanego w sposób hierarchiczny z pięciu poziomów,

— ze słownika uzupełniającego, który z kolei dzieli się na dwa poziomy.

Stosowanie jednolitego systemu klasyfikacji działalności gospodarczej oraz kategorii towarów i usług ma na celu zapewnienie jednorodności terminologicznej i umożliwienie dokonywania porównań w czasie i w przestrzeni poziomu badanego zjawiska.

Dzięki CPV zwiększa się przejrzystość zamówień publicznych. Ponadto przedsiębiorcy mają ułatwioną identyfikację potencjalnych możliwości zdobycia zamówień publicznych opublikowanych w dodatku do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Za pośrednictwem CPV tworzony jest system informacji o zamówieniach publicznych, a ponadto ogranicza się ryzyko błędu w tłumaczeniach ogłoszeń, gdyż CPV został przetłumaczony na 22 języki urzędowe Wspólnot Europejskich.

W dalszej części opracowania ma miejsce analiza zamówień publicznych w Polsce w latach 2004–2008. Ze względu na fakt, że CPV 2008 zaczęła dopiero obowiązywać dopiero od września 2008 roku ograniczymy się do klasyfikacji CPV 2004 i powiązanej z nią PKD 2004.

Stosowanie CPV pozwala na bezpośrednie przejście z klasyfikacji przedmiotowej na klasyfikację działalności wytwórczej, która w Polsce reprezentowana jest przez PKD (Polska Klasyfikacja Działalności). Pomiędzy PKD 2004 a CPV 2004 zachodzi dość bliski związek.

Próbę powiązań tych dwóch klasyfikacji prezentuje tablica 1.

---

436 Por. *Wspólny Słownik Zamówień*, Twinning PL/IB/2001/FI/04 Phare 2001, PZ 01.02.08, *System zamówień publicznych*, Rzym — Warszawa 2004, str. 465.

Tablica 1. Struktura systemów CPV i PKD obowiązująca w latach 2004–2008 (na maksymalnym poziomie trzycyfrowym)

	CPV 2004	PKD 2004
Sekcje (oznaczenie literowe od A do Q)	brak	17
Podsekcje (kod literowy złożony z 2 znaków)	brak	16
Działy (kod dwucyfrowy)	61	60
Grupy (kod trzycyfrowy)	338	222

Źródło: Opracowanie własne.

Jak wynika z tablicy 1 występuje znaczne podobieństwo pomiędzy systemami CPV i PKD na poziomie działów. Sekcje, podsekcje i podklasy występują w PKD, brak ich natomiast w CPV. Liczba klas jest znacznie większa w CPV aniżeli w PKD. Podstawowym celem klasyfikacji działalności gospodarczej jest określenie zbioru kategorii działalności, na których mogą opierać się różnego rodzaju analizy statystyczne. Podobne systemy klasyfikacji ułatwiają podmiotom biorącym udział w zamówieniach publicznych identyfikację rodzaju działalności gospodarczej niezbędną do realizacji zamówienia.

W analizie rynku zamówień publicznych ważną rolę odgrywa badanie kondycji ekonomicznej wykonawców. Z tego względu kolejnym celem klasyfikacji działalności jest takie pogrupowanie ogółu przedsiębiorstw, aby mogły one być sklasyfikowane według prowadzonej przez siebie działalności. Kategorie PKD związane są zarówno z rodzajem organizacji procesu gospodarczego poszczególnych jednostek produkcji, jak i ze sposobem, w jaki proces ten jest opisywany w statystykach gospodarczych[437].

Zgodnie z Rozporządzeniem Komisji WE nr 2151/2003 z dnia 16 grudnia 2003 r. kraje członkowskie mają obowiązek m.in. ujednolicenia systemu klasyfikacji CPV do zmian wynikających z rozwoju rynków oraz potrzeb użytkowników.

Słownik główny CPV opiera się na strukturze drzewa obejmującej kody składające się maksymalnie z dziewięciu cyfr, powiązane ze sformułowaniami, które stanowią opis dostaw, robót budowlanych lub usług tworzących przedmiot zamówienia.

Kod numeryczny składa się z 8 cyfr, podzielonych na 5 poziomów (pierwsze dwie cyfry — działy, pierwsze trzy cyfry — grupy, pierwsze cztery cyfry — klasy i pierwsze pięć cyfr — kategorie). Każda z ostatnich trzech cyfr zwiększa stopień precyzji w ramach danej kategorii[3a].

---

437 Por. F. Giustino, *Prawne i techniczne aspekty systemów klasyfikacji,* w: *Wspólny Słownik Zamówień… op. cit.*, s. 445.

3a Por. Rozporządzenie Komisji WE 2151/2003 z dnia 16 grudnia 2003 r., zał. 1, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 17.12.2003, Wspólny Słownik Zamówień (CPV).

Z kolei słownik uzupełniający może być stosowany w celu rozszerzenia opisu przedmiotu zamówienia. Zawiera on kod alfanumeryczny, składający się z:

— pierwszego poziomu zawierającego literę odpowiadającą sekcji,

— drugiego poziomu zawierającego cztery cyfry, z których pierwsze trzy wskazują na poddział, a ostatnia służy do celów weryfikacji poprzednich cyfr[3b].

Kolejne rozporządzenia Komisji WE[438] dotyczące Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) miały na celu dalsze udoskonalenie i zaktualizowanie tego Słownika, zwłaszcza w świetle Dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE. W szczególności chodziło o uwzględnienie propozycji ulepszenia CPV przedstawionych przez zainteresowane podmioty oraz użytkowników CPV, m.in. w celu uczynienia z CPV skutecznego narzędzia elektronicznych zamówień publicznych[439].

Klasyfikacja produktów nie zawsze w pełni odpowiada klasyfikacji działalności gospodarczej. Często zdarza się bowiem, że w wyniku działalności przedsiębiorstwa powstają produkty charakterystyczne dla określonej działalności gospodarczej (produkty podstawowe), jak też należące do tzw. produktów dodatkowych (działalność dodatkowa). Ponieważ ustalenie wzajemnie jednoznacznej relacji pomiędzy hierarchiami działalności a produktami jest sprawą na ogół trudną, w praktyce analizy ograniczają się co najwyżej do czterocyfrowego kodu, ponieważ pierwsze cztery cyfry są zbieżne z kodem klasyfikacji unijnej NACE Rev.1. (polski odpowiednik PKD). Często ta analiza jest prowadzona na poziomie działów, bez podziału na grupy czy klasy.

3. Zamówienia publiczne a kierunki działalności produkcyjnej

W polskiej klasyfikacji działalności gospodarczej obowiązującej w latach 2004-2007 istnieją sekcje (oznaczone wielkimi literami od A do Q — łącznie 17 sekcji), w ramach sekcji działy (dwucyfrowe oznaczenia), następnie grupy (trzycyfrowe), klasy (czterocyfrowe) i podklasy (cztery cyfry i jedna litera).

Klasyfikacja PKD 2004 zawierała ponadto w ramach dwóch sekcji — podsekcje, a w ramach wszystkich klas — podklasy. W analizach ekonomicznych ponadto pojawiają się niekiedy określenia „sektory" lub „branże". Ze względu na trudności klasyfikacyjne znacznej części zamówień publicznych będących zamówieniami zawierającymi więcej niż jeden kod CPV, większość analiz ogranicza się do trzech rodzajów zamówień publicznych: roboty budowlane, dostawy i usługi.

Jednak w ramach poszczególnych tych typów wyodrębnia się sektory czy branże, które pojawiają się np. w sprawozdaniach rocznych UZP z lat 2008–2009[440].

[3b] Tamże, str 74.

[438] *Rozporządzenie Komisji WE nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r.*, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, 15.03.2008, s. L 74/1.

[439] Tamże s. L 74/1.

[440] Por. np. *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2008 roku*, UZP, Warszawa 2008, s. 27–28.

Informacje te dotyczyły w szczególności odwołań w poszczególnych branżach i sektorach rynku zamówień publicznych poprzez wyodrębnienie następujących grup:

- budownictwo, w tym
  - budowa lub remonty dróg i autostrad,
  - budowa lub remonty obiektów sportowych;
- informatyka;
- sektor medyczny;
- gospodarka wodna, wodociągi i kanalizacja;
- sektor górniczy;
- sprzątanie;
- transport publiczny;
- radiokomunikacja i telekomunikacja;
- sektor kolejowy;
- gospodarka odpadami;
- ochrona fizyczna;
- pozostałe.

Jeśli weźmiemy pod uwagę sekcje PKD 2004, to wyraża się w sposób następujący:

sekcja A — Rolnictwo, łowiectwo i leśnictwo,

sekcja B — Rybactwo,

sekcja C — Górnictwo,

sekcja D — Przetwórstwo przemysłowe,

sekcja E — Wytwarzanie i zaopatrywanie w energię elektryczną, gaz i wodę,

sekcja F — Budownictwo,

sekcja G — Handel hurtowy i detaliczny; naprawa pojazdów samochodowych i motocykli oraz artykułów użytku osobistego i domowego,

sekcja H — Hotele i restauracje,

sekcja I — Transport, gospodarka magazynowa i łączność,

sekcja J — Pośrednictwo finansowe,

sekcja K — Obsługa nieruchomości, wynajem i usługi związane z prowadzeniem działalności gospodarczej,

sekcja L — Administracja publiczna i obrona narodowa, obowiązkowe ubezpieczenia społeczne i powszechne ubezpieczenie zdrowotne,

sekcja M — Edukacja,

sekcja N — Ochrona zdrowia i pomoc społeczna,

sekcja O — Działalność usługowa komunalna, społeczna i indywidualna, pozostała

sekcja P — Gospodarstwa domowe zatrudniające pracowników,

sekcja Q — Organizacje i zespoły eksterytorialne.

Stopień szczegółowości analiz zależy od celu prowadzonych badań, zakresu czy też stopnia dostępności danych. W porównaniach międzynarodowych prowadzonych w latach 1987-1995 przez *Eurostrategy Consultants* na zlecenie Komisji Europejskiej koncentrowano się na sektorach (branżach) wrażliwych na kontrakty publiczne. Badaniu poddano próbę 62% produktów (sektorów) będących przedmiotem zamówień publicznych, które charakteryzowały się następującymi właściwościami:

- wysokim udziałem w zamówieniach publicznych ogółem;
- dużym stopniem zamówień od podmiotów sektora publicznego;
- będących przedmiotem wymiany międzynarodowej, tzn. poddających się transportowi na długich dystansach w krajach UE i poza nimi;
- nie będących przedmiotem wolnego handlu, z powodu stosowania preferencji wewnątrzunijnych;
- zdominowanych w 1987 r. przez kilku najważniejszych wykonawców w każdym z krajów członkowskich.

Na podstawie ww. kryteriów udało się wyodrębnić dziewięć „krytycznych" sektorów na dwucyfrowym poziomie klasyfikacji NACE (por. tablicę 2).

Tablica 2. Sektory wrażliwe na zamówienia publiczne w Unii Europejskiej

Działy	% ogółu zamówień publicznych	% wartości zamówień publicznych w wartości produkcji	łatwość obrotu towarowego
Budownictwo ogólne i inżynieria lądowa	33,5	31,0	Tak/Nie
Usługi biznesowe	14,6	7,4	Tak/Nie
Wyroby elektryczne	3,7	11,4	Tak
Wyroby z papieru	3,6	9,1	Tak
Wyroby z metali	2,9	5,9	Tak
Maszyny i urządzenia biurowe	2,2	12,5	Tak
Pojazdy mechaniczne	2,1	3,8	Tak
Inne wyposażenia transportowe	1,7	9,1	Tak
Wyroby włókiennicze, odzież i obuwie	1,0	1,7	Tak

Źródło: za H. Gordon, S. Rimmer and S. Arrowsmith, *The Economic Impact of the European Union. Require on Public procurement: Lesson for the WTO,* The World Economy, vol. 21, January 1998/1, s. 165–166.

Jak wynika z powyższej tabeli blisko 50% ogółu wartości kontraktów publicznych w UE stanowią: budownictwo ogólne i inżynieria lądowa oraz usługi biznesowe. Ponadto zamówienia publiczne tych sektorów stanowią łącznie 40% wartości ich produkcji, jednak ze względu na ich znaczną ograniczoność w transporcie dużą wrażliwość przypisuje się pozostałym wyróżnionym działom.

Większość analiz koncentruje się zatem na produktach przetwórstwa przemysłowego (sekcja C w PKD) oraz tzw. dobrach użyteczności publicznej (ang. *the utilities sectors*). Te ostatnie co do struktury kształtują się w sposób następujący:

Tablica 3. Sektorowe zamówienia publiczne w UE w 1990 r.

Ogółem	w mld ECU	w procentach
Zamówienia sektorowe w tym:	212,0	100,0
Telekomunikacja	59,1	27,9
Energia	91,5	43,2
Woda	15,9	7,5
Porty	2,8	1,3
Lotniska	3,4	1,6
Transport miejski	13,7	6,5
Transport kolejowy	25,6	12,1

Źródło: D. Mardas, *The Profile of the Industries Supplying the Utilities Sectors in the Southern Regions of the E.C.,* Public Procurement Law Review 1994, no 2., s. 89.

Ponad 80% wartości zamówień sektorowych w Unii Europejskiej to telekomunikacja, energia i transport kolejowy. Warto dodać, że na ogólną wartość zamówień publicznych wynoszącą blisko 347 mld ECU (1990 r.), zamówienia sektorowe stanowią ponad 61 procent.

Porównania ilościowe i wartościowe w ujęciu międzynarodowym wymagają zastosowania jednej uniwersalnej klasyfikacji. Jest nią najczęściej klasyfikacja NACE. Rev. 1, której odpowiednikiem jest polska PKD.

Sektory działalności przemysłowej, w tym również zamówienia publiczne, reagują silnie na bariery pozataryfowe, zwłaszcza w ramach jednolitego rynku. Tablica 4 prezentuje najbardziej wrażliwe na integrację sektory produkcji, mogące mieć związek z zamówieniami publicznymi.

Tablica 4. Sektory przemysłowe krajów członkowskich UE wrażliwe na jednolity rynek

Kod (NACE)	Sektor	Bariery pozataryfowe
Sektory zamówień publicznych nasycone wysoką technologią Grupa 1		
330	Produkcja maszyn biurowych i komputerów	wysokie
344	Produkcja sprzętu telekomunikacyjnego	wysokie
372	Produkcja sprzętu medycznego i chirurgicznego	wysokie
Tradycyjne sektory zamówień publicznych lub rynki regulowane Grupa 2		
257	Produkcja wyrobów farmaceutycznych	wysokie
315	Produkcja cystern, pojemników i zbiorników metalowych; produkcja pojemników i kotłów centralnego ogrzewania	wysokie
362	Produkcja lokomotyw kolejowych i tramwajowych oraz taboru kolejowego i tramwajowego	wysokie
425	Produkcja wina i produktów bazujących na winie	wysokie
427	Produkcja piwa i słodów	wysokie
428	Produkcja wód mineralnych i napojów bezalkoholowych	wysokie
Grupa 3		
341	Produkcja izolowanych drutów i przewodów	wysokie
361	Produkcja statków i łodzi	wysokie
417	Produkcja makaronów i spaghetti	wysokie
421	Produkcja kakao, czekolady i wyrobów cukierniczych	wysokie
Sektory z umiarkowanymi barierami pozataryfowymi Grupa 4 Dobra konsumpcyjne		
345	Wyposażenie elektroniczne	umiarkowane
346	Produkcja elektrycznego sprzętu gospodarstwa domowego	umiarkowane
351	Produkcja pojazdów mechanicznych	umiarkowane
438	Produkcja dywanów i chodników	umiarkowane
451	Produkcja obuwia	umiarkowane
453	Produkcja odzieży	umiarkowane
455	Produkcja tkanin dla potrzeb gospodarstw domowych	umiarkowane
491	Produkcja artykułów jubilerskich	umiarkowane
493	Produkcja sprzętu fotograficznego i filmowego	umiarkowane
Dobra inwestycyjne		
321	Produkcja maszyn rolniczych i ciągników	umiarkowane
322	Produkcja narzędzi stosowanych w obróbce metalu	umiarkowane

323	Produkcja maszyn dla przemysłu włókienniczego i odzieżowego	umiarkowane
324	Produkcja maszyn stosowanych w przetwórstwie żywności	umiarkowane
325	Produkcja maszyn dla górnictwa, kopalnictwa i budownictwa	umiarkowane
326	Produkcja sprzętu transmisyjnego	umiarkowane
377	Produkcja pozostałych maszyn specjalnego przeznaczenia	umiarkowane
347	Produkcja sprzętu oświetleniowego i lamp elektrycznych	umiarkowane
364	Produkcja i naprawa sprzętu statków powietrznych i kosmicznych	umiarkowane
Półprodukty		
247	Produkcja szkła i wyrobów ze szkła	umiarkowane
248	Produkcja ceramiki	umiarkowane
251	Produkcja podstawowych chemikaliów	umiarkowane
256	Produkcja pozostałych chemikaliów stosowanych w przemyśle	umiarkowane
431	Produkcja wyrobów wełnianych	umiarkowane
432	Produkcja wyrobów bawełnianych	umiarkowane
481	Produkcja kauczuku	umiarkowane

Źródło: D. Mardas, *Statistical Performance Indicators for Keeping Watch Over the Public Procurement*, w: European Commission (red.) *The Evolution of Rules for Single Market*, Cost Series, Part II, 1995 s. 24.

4. Zamówienia publiczne w Polsce według kierunków działalności PKD

Dla potrzeb analizy zamówień publicznych wszystkie zrealizowane zamówienia publiczne w Polsce pogrupowano na poziomie sekcji według obowiązującej od 2004 r. klasyfikacji PKD.

Informacje pochodzą z ogłoszeń o wynikach przetargów publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych z lat 2004–2008. Dla potrzeb niniejszej analizy każdemu zamówieniu nadano kod klasyfikacji PKD na poziomie sekcji. Trudności pojawiły się wówczas, gdy brak było kodów CPV lub gdy podano kody w ogóle nieistniejące. Jak już wspomniano, słownik CPV zaczął obowiązywać od 1 maja 2004 r., zatem dane z 2004 r. są niereprezentatywne z punktu widzenia omawianej klasyfikacji. Prace wstępne zaczęły się od agregacji, która polegała na ustaleniu sumy ilości opublikowanych ogłoszeń o udzielonych zamówieniach oraz sumy udzielonych zamówień (w tym zadań) przy danym CPV, jeśli takowy został wskazany w sposób umożliwiający grupowanie. W niektórych przypadkach zamawiający nie podał wartości udzielonego zamówienia lub podał je na tyle błędnie, że system tę wartość odrzucił. W takich przypadkach zamówienie jest policzone, ale wartość zamówienia wynosi zero.

Zamawiający przez dłuższy czas wpisywali kody ręcznie, a ponadto od września 2008 r. zaczął obowiązywać nowy słownik CPV, stąd mogły pojawić się nieścisłości.

Pomimo tych ograniczeń podjęto próbę podziału ogółu zamówień publicznych według kierunków działalności z uwzględnieniem ich liczby i wartości. Szczegółowe dane prezentuje tablica 5.

Tablica 5. Ilość i wartość zamówień publicznych w Polsce w latach 2004–2008 według sekcji PKD

Sekcja	2004		2005		2006		2007		2008	
	liczba	wartość w mln zł	liczba	wartość w mln zł	liczba	wartość w mln zł	liczba	wartość w mln zł	liczba	wartość w mln zł
A	182	20,3	869	1472,8	759	1146,2	1803	515,2	3139	653,0
B	1	1,0	-	-	-	-	1	0,1	250	15,7
C	210	249,5	306	370,0	222	216,7	1032	153,5	1675	417,9
D	4685	5394,5	10533	17872,2	8356	13711,8	30734	8995,9	52086	10033,0
E	198	128,4	426	409,8	424	255,0	639	180,3	842	130,4
F	5947	7376,8	11424	16546,5	11632	18963,4	31497	26218,8	50846	29312,8
G	154	259,4	601	1013,8	405	516,1	1345	474,4	2761	374,0
H	79	119,3	231	145,8	235	185,3	1442	244,3	3048	219,4
I	253	391,2	599	4509,9	1344	1515,4	1920	542,2	3682	645,8
J	387	599,4	624	1159,7	627	1573,8	1391	592,4	2293	829,5
K	835	986,7	2128	2416,1	1986	1764,2	8376	1997,2	16525	2713,3
L	11	27,8	17	61,2	11	19,4	48	9,2	142	19,2
M	182	29,4	651	235,6	893	222,8	4636	440,1	10678	419,0
N	47	52,5	143	113,6	134	59,0	712	519,7	1430	157,3
O	574	654,4	1185	1600,4	873	1391,2	3922	913,1	7616	1102,7
P	-	-	6	16,6	8	7,8	22	4,9	26	4,6
Q	13	29,2	3	13,4	1	1,2	6	1,8	4	0,2
Ogółem	**13758**	**16319,8**	**29746**	**47957,4**	**27910**	**41549,3**	**89526**	**41803,1**	**157043**	**47047,8**

Źródło: Opracowanie własne na podstawie w BZP z lat 2004–2008.

Biorąc pod uwagę liczbę informacji o udzielonych zamówieniach publicznych w latach 2005–2008 (rok 2004 traktujemy jako nietypowy — brak pełnej dokumentacji CPV), to okazuje się, że ilość w próbie zbliża się coraz bardziej do rzeczywistej liczby udzielonych zamówień publicznych. W latach 2005-2007 próbą objęto niemal 100% ogłoszeń opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Słabiej wypada rok 2008 za wskaźnikiem wynoszącym ok. 97%, ze względu na zmianę klasyfikacji CPV.

Podsumowując, można przyjąć, że objęty próbą okres jest reprezentatywny dla zamówień publicznych Polsce, po jej wejściu do Unii Europejskiej.

Obserwując dane z tablicy 5 już na pierwszy rzut oka wyłaniają się kierunki działalności charakteryzujące się znaczną dynamiką wzrostu i uczestniczące w stopniu dużym lub bardzo dużym w zamówieniach publicznych.

Jak już wspomniano rok 2004 cechuje się relatywnie małą liczbą ogłoszeń o wyborze oferty objętych naszym badaniem (obowiązek wpisywania CPV wprowadzono wprawdzie 1 maja 2004 r., ale nie wszystkie podmioty dostosowały się natychmiast do nowych regulacji prawnych). Rok 2005 jest tutaj przełomowy, bowiem liczba zidentyfikowanych wg CPV ogłoszeń wzrosła ponad dwukrotnie, wynosząc blisko 30 tys. Rok 2007 charakteryzuje się ogromnym, bo ponad trzykrotnym wzrostem omawianej liczby, a w 2008 r. odnotowano 68% wzrostu w stosunku do roku poprzedniego.

Jeszcze ciekawszych wniosków dostarczają dane w ujęciu wartościowym, gdzie w latach 2004–2008 zaobserwowano średnioroczny wzrost wynoszący 31%. Biorąc jednak pod uwagę nietypowość roku 2004, można powiedzieć, że wartość zamówień publicznych w okresach typowych, tj. w latach 2005–2008 wahała się od 41,5 mld zł w 2007 r. do 47,9 mld zł w 2005 roku i 47 mld zł w 2008 r.

Jeśli idzie o poszczególne kierunki działalności gospodarczej uczestniczące w systemie zamówień publicznych, to oczywiście na czoło wysuwają się roboty budowlane z największą dynamiką w 2007 r. (38% wzrostu) i w 2008 r. (12% wzrostu). Pomijamy celowo porównanie 2005 r. z 2004 r. (niekompletność danych w 2004 r.).

Jeszcze ciekawszych wniosków dostarcza obserwacja danych o procentowej strukturze ilości i wartości zamówień publicznych według sekcji PKD (por. tablice 6). Jak już wspomniano roboty budowlane odgrywają niemal w całym badanym okresie dominującą rolę nie pod względem ilości, ale pod względem wartości zamówień publicznych. Ich udział wartościowy wzrósł z 34,5% w 2005 r. (sekcja F) do ponad 62% w latach 2007–2008. Co do ilości zamówień publicznych odsetek ten oscyluje wokół 33% i jest zbliżony do wskaźnika struktury ilości zamówień publicznych zaobserwowanych w przetwórstwie przemysłowym (sekcja D). Odsetek wartości w sekcji D również stabilizuje się w dwóch ostatnich badanych latach, osiągając poziom ok. 21%.

Kolejne miejsce zarówno pod względem procentu wartości (od 3,8% do 6%), jak i ilości (od 4% do 10%) zajmuje sekcja K — czyli obsługa nieruchomości, wynajem i usługi związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Tablica 6. Struktura procentowa zamówień publicznych w Polsce w latach 2004–2008 wg sekcji PKD

Sekcja	2004		2005		2006		2007		2008	
	% liczby	% wartości	% liczby	% wartości	% liczby	% wartości	% liczby	% wartości	% liczby	% wartości
A	1,32	0,12	2,92	3,07	2,72	2,76	2,01	1,23	2,00	1,39
B	0,01	0,01	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,16	0,03
C	1,53	1,53	1,03	0,77	0,80	0,52	1,15	0,37	1,07	0,89
D	34,05	33,05	35,41	37,27	29,94	33,00	34,33	21,52	33,17	21,33
E	1,44	0,79	1,43	0,85	1,52	0,61	0,71	0,43	0,54	0,28
F	43,23	45,20	38,41	34,50	41,68	45,64	35,19	62,72	32,38	62,30
G	1,12	1,59	2,02	2,11	1,45	1,24	1,50	1,13	1,76	0,79
H	0,57	0,73	0,78	0,30	0,84	0,44	1,61	0,58	1,94	0,47
I	1,84	2,40	2,01	9,40	4,82	3,65	2,14	1,30	2,34	1,37
J	2,81	3,67	2,10	2,42	2,25	3,79	1,55	1,42	1,46	1,76
K	6,07	6,05	7,15	5,04	7,12	4,25	9,36	4,78	10,52	5,77
L	0,08	0,17	0,06	0,13	0,04	0,05	0,05	0,02	0,09	0,04
M	1,32	0,18	2,19	0,49	3,20	0,54	5,18	1,05	6,80	0,89
N	0,34	0,32	0,48	0,24	0,48	0,14	0,80	1,24	0,91	0,33
O	4,17	4,01	3,98	3,34	3,13	3,35	4,38	2,18	4,85	2,34
P	0,00	0,00	0,02	0,03	0,03	0,02	0,03	0,01	0,02	0,01
Q	0,09	0,18	0,01	0,03	0,00	0,00	0,01	0,00	0,00	0,00
Ogółem	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Źródło: Opracowanie własne na podstawie tablicy 5.

Ostatnie lata, 2007 i 2008, charakteryzują się wysoką dynamiką liczby zamówień w tej sekcji (ponad czterokrotny wzrost w 2007 r. i blisko dwukrotny w 2008 r.).

Na dalszych pozycjach, zarówno pod względem ilości jak i wartości znajdują się sekcje:

— działalność usługowa komunalna, społeczna i indywidualna, pozostała (O),

— transport, gospodarka magazynowa i łączność (I),

— pośrednictwo finansowe (J).

Oceniając wagę poszczególnych kierunków działalności gospodarczej w zamówieniach publicznych oraz podatność tych kierunków na nowe technologie wydaje się, że można wskazać obszary (sekcje PKD), które mogą być przyjazne środowisku, dzięki polityce zamówień publicznych. Należy do nich przetwórstwo przemysłowe, budownictwo, działalność usługowa komunalna, społeczna i indywidualna oraz transport, gospodarka magazynowa i łączność.

Szczególnego znaczenia nabierają tutaj możliwości zastosowania zamówień na publiczne technologie traktowane jako instrument polityki gospodarczej. Szwecja np. dostarcza wielu przykładów współpracy w zakresie innowacyjności dzięki współpracy pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym w tych sektorach gospodarczych, gdzie zamówienia na technologie publiczne są inspirowane poprzez zamówienia publiczne.

5. Zamówienia publiczne a instrumenty polityki innowacyjnej

Wspomniane instrumenty polityki innowacyjnej sprzyjają intensyfikacji działalności innowacyjnej sektora prywatnego, co można w sposób syntetyczny zaprezentować w tablicy nr 7.

Tablica 7. Instrumenty polityki innowacyjnej z perspektywy przedsiębiorstw

Wyszczególnienie	Zamówienia publiczne	Przepisy prawne	Współpraca z nauką	Pomoc publiczna w obszarze B+R
Wkład	środki finansowe	brak	wiedza	środki finansowe
Główna motywacja dla przedsiębiorstw do udziału	sprzedaż	obligatoryjność	dostęp do know-how	ograniczenie kosztów i ryzyka
Strona dokonująca wyboru	państwo	brak	przedsiębiorstwa	państwo
Efekty	ograniczenie ryzyka rynkowego	ograniczenie ryzyka rynkowego	możliwości technologiczne	redukcja kosztów
Wewnętrzne ryzyko	specyficzny popyt	egalitaryzm	specyficzna wiedza	wyparcie prywatnych inwestycji na B+R

Źródło: B. Aschhoff, W.Sofka, *Innovation on Demand — Can Public Procurement Driver Market Success of Innovations*, Research Policy 38 (2009), s. 1235–1247.

Jak wynika z prowadzonych badań, bardziej efektywne są przy tym bodźce popytowe[441]. W dłuższym okresie zamówienia publiczne dają w wielu obszarach silniejsze bodźce dla innowacyjności niż dotacje na B+R[442]. Podobnie z analiz A. P. Geroskiego[443], który wykazał, że zamówienia publiczne są dużo bardziej efektywnym instrumentem stymulowania innowacji niż szeroko zakrojona pomoc publiczna dla sektora B+R. W badaniach Bussiness Decisions Limited (BDL), przeprowadzonych wśród 1000 firm i 125 organizacji, ponad połowa respondentów podaje, że nowe potrzeby i popyt są głównym źródłem innowacji, podczas gdy rozwój nowych technologii wewnątrz organizacji stanowią najważniejsze źródło innowacji w opinii 12% badanych[444]. Z kolei w badaniach Sfinno[445], baza danych obejmowała wszystkie innowacje skomercjalizowane w Finlandii w latach 1984–1998. Badania te wykazały, że 48% projektów prowadzących do innowacji, które odniosły sukces rynkowy, zostało zrealizowanych pod wpływem zamówień publicznych lub regulacji prawnych.

Trzeba podkreślić, że nie tylko sam popyt, ale również interakcja między stroną popytową i podażową, stanowi ważną determinantę dynamiki innowacyjności. Jak wykazali Mowery i Rosenberg[446], czy Smith[447], głównym instrumentem systemowej polityki innowacyjności jest umożliwienie dialogu między użytkownikami, konsumentami i innymi zainteresowanymi stronami w celu wyartykułowania preferencji i zapotrzebowania rynku. Skala i charakter popytu na danym obszarze stanowią główną determinantę konkurencyjności dynamiki innowacyjności[448].

Aktywność innowacyjna przedsiębiorstw zależy również od jej wewnętrznych charakterystyk, takich jak wiek czy wielkość. Większą skłonność do podejmowania ryzyka związanego z wdrażaniem innowacji wykazują przedsiębiorstwa większe, o większym doświadczeniu (dłużej działające), które są lepiej przygotowane do transferu wiedzy[449]. W przypadku niektórych z instrumentów, znaczenie ma również lokalizacja przedsiębior-

---

441 Por. J. Edler, L. Georghiou, *Public Procurement and Innovation — Resurrecting the Demand Side*, Research Policy, 2007, No 36.

442 Por. R. Rothwell, *Technology Based Small Firms and Regional Innovation Potential: the Role of Public Procurement*, Journal of Public Policy, No 4 (4), 1984, s. 330.

443 Por. P. A. Geroski, *Procurement Policy as a Tool of Industrial Policy*, International Review of Applied Economics, No 4 (2), 1990, s. 183.

444 Bussiness Decissions Limited, *The Power of Customers to Drive Innovation*, Report to the European Commission, Brussels, 2003.

445 Por. C. Palmberg, *The sources of innovations — looking beyond technological opportunities*, Economics of Innovation and New Technology 13, 2004; Saarinen J., *Innovations and industrial performance in Finland 1945–1998,* [w:] Almqvist & Wicksell International, 2005.

446 Mowery D., Rosenberg N., *The influence of market demand upon innovation: a critical review of some recent empirical studies*, Research Policy 8 (2), 1979, s. 148.

447 Por. K. Smith (2000), *Innovation Indicators and the Knowledge Economy: Concepts, Results and Policy Challenges*, STEP Group, 2000.

448 Por. M. E. Porter, The Competitive Advantage of Nations, Macmillan, London/Basingstoke, 1990.

449 Por. np. W. M. Cohen. i in., *Links and Impacts: The influence of Public Research on Industrial R&D*, Management Science, No 48 (1), 2002; R. A. Fontana i in., *Factors Affecting University-Industry R&D Projects: The Importance of Searching, Screening and Signalling,* Research Policy, No 35 (2), 2006; K. Laursen i A. Salter, *Open for Innovation: The Role of Openness in Explaining Innovation Performance among U.K. Manufacturing Firms*, Strategic Management Journal 27 (2), 2006.

stwa, a także profil działalności. Z badań Grimpe'a i Sofki[450] wynika, iż transfer wiedzy jest bardziej prawdopodobny w przypadku branż zaawansowanych technologicznie. Z drugiej strony, wysokiej jakości badania naukowe są często skoncentrowane się w pewnych regionach kraju. Co więcej, niektóre programy wsparcia publicznego B+R, jaki i przepisy prawne, mogą dotyczyć tylko wybranych regionów kraju (jak np. wschodnia Polska, b. NRD).

Spośród omawianych instrumentów polityki innowacyjnej, w badaniach naukowych rzadko uwzględnia się zamówienia publiczne i ich wpływ na innowacyjność przedsiębiorstw. Ciekawych wyników dostarczają tymczasem wyniki badania przeprowadzonego przez B. Aschhoff'a i W. Sofkę[451]. Analiza empiryczna bazowała na szeregach przekrojowo-czasowych pochodzących z badania panelowego nad aktywnością innowacyjną przedsiębiorstw w Niemczech (*Mannheim Innovation Panel* — MIP). Badanie MIP nie obejmuje mikroprzedsiębiorstw. Oparto się na informacjach dotyczących 1149 przedsiębiorstw, które w latach 2000–2002 podejmowały działalność innowacyjną (i dla których dysponowano wymaganymi danymi).

W badaniu tym sukces innowacji mierzono jako udział przychodów uzyskanych ze sprzedaży innowacyjnych produktów bądź usług w przychodach ogółem (SI). Przyjęto przy tym łączne ujęcie innowacji, a zatem za innowacyjne przyjmowano produkty lub usługi zastosowane po raz pierwszy na rynku, a nie tylko w odniesieniu do danego przedsiębiorstwa. Jako kluczowe wybrano zmienne opisujące instrumenty polityki innowacyjnej (zmienne dychotomiczne, przyjmujące wartość 1, jeśli dane przedsiębiorstwo potwierdziło, że dany instrument stanowił dla nich bodziec do innowacyjności). Zmienne te charakteryzowały: przepisy prawne, współpracę z nauką, pomoc publiczną na B+R. Również uczestnictwo w rynku zamówień publicznych, wyrażone tym, że wśród nabywców przedsiębiorstwa są instytucje z sektora publicznego, obrony narodowej czy obowiązkowych ubezpieczeń społecznych (NACE 75.1, 75.2 i 75.3), mierzono zero-jedynkowo (jeśli sprzedaż realizowana była w wymienionych sektorach, traktowano podmiot jako uczestniczący w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zmienna dychotomiczna przyjmowała wartość 1). Dodatkowo, włączono zmienne charakteryzujące wewnętrzny potencjał innowacyjny przedsiębiorstw, wyrażony wydatkami na B+R (jako % przychodów ze sprzedaży), ciągłość wydatków badawczo-rozwojowych (zmienna dychotomiczna, przyjmująca wartość 1, gdy wydatki podejmowane były we wszystkich latach objętych badaniem). Uwzględniono również takie charakterystyki, jak: wielkość zatrudnienia (liczba pracowników), wiek firmy (w latach), położenie (zmienna dychotomiczna, przyjmująca wartość 1 dla firm z b. NRD), otwartość przedsiębiorstwa (jego internacjonalizację, mierzoną udziałem eksportu w przychodach ze sprzedaży), wsparcie kapitału zagranicznego (zmienna dychotomiczna). Uwzględniono również zaawansowanie technologiczne branży, w jakiej działają przedsiębiorstwa, wyróżniając: przemysł *low high-tech, medium-high tech, high tech,* świadczenie usług, usługi technologiczne i usługi o dużym nośniku wiedzy (*knowledge intensive services*). W tym celu wprowadzono cztery

---

450 Por. C. Grimpe, W. Sofka, *Search Patterns and Absorptive Capacity: Low- and High-Technology Sectors in European Countries*, Research Policy 38 (3), 2008.

451 Por. B. Aschhoff, W. Sofka, *Innovation on Demand — Can Public Procurement Driver Market Success of Innovations*, Research Policy 38, 2009.

zmienne zero-jedynkowe, przy czym jako grupę odniesienia przyjęto przemysł o niskim zaawansowaniu technologicznym.

Przedsiębiorstwa uwzględnione w badaniu zaledwie w 10% realizują swoje przychody dzięki innowacyjnym produktom bądź usługom. W przypadku firm, które wskazały, że źródłem innowacji była współpraca ze sferą nauki (stanowiły one łącznie ok. 13%), odsetek przychodów z tytułu innowacji sięgał 14%. Analogicznie, wśród tych, które wskazały na rolę pomocy publicznej na B+R (łącznie 35%), SI sięgał 11%, zaś w przypadku tych, które wskazują na znaczenie uregulowań prawnych (a jest ich ok. 18%) — ok. 10%. Wśród przedsiębiorstw należących do próby jedynie 5% uczestniczyło w rynku zamówień publicznych, jednak fakt ten dla prawie co piątego z nich stanowił najważniejszy bodziec do podjęcia innowacyjnych działań. Spośród instrumentów polityki innowacyjnej zamówienia publiczne wydają się mieć zatem największe znaczenie. Potwierdziły to wyniki analiz z wykorzystaniem modeli panelowych:

1) klasycznych, w których zmienną objaśnianą był „sukces innowacji", mierzony jako udział przychodów uzyskanych ze sprzedaży innowacyjnych produktów bądź usług w przychodach ogółem (zmienna ciągła). Wyniki estymacji wykazały, że spośród wymienionych czynników na sukces innowacji wpływa istotnie i pozytywnie: udział w rynku zamówień publicznych, współpraca ze sferą nauki, wydatki przedsiębiorstwa na B+R, udział wydatków przedsiębiorstwa na B+R w wydatkach ogółem, działalność w branży średniej i wysokiej technologii. Istotne, aczkolwiek negatywne oddziaływanie, ma również wiek firmy oraz lokalizacja w b. NRD.

2) tobitowych (modeli dla zmiennych dyskretnych), w których

$$y_i = \begin{cases} y^* = \beta x_i + u_i & dla\ y^* > 0 \\ 0 & dla\ y^* \le 0' \end{cases}$$

gdzie y^* — zmienna dyskretna, która jest obserwowalna (y=1), jeśli y^*>0, zaś nieobserwowalna (y=0), jeśli , zaś u_i — składnik resztowy o rozkładzie normalnym.

Zmienne objaśniające podzielono na dwie kategorie: ogólne charakterystyki przedsiębiorstwa: wiek firmy, wielkość zatrudnienia, lokalizacja, charakter działalności z punktu widzenia stopnia zaawansowania technologicznego. Na ich podstawie dokonano podziału zbiorowości na dwie subgrupy oraz potencjalne determinanty innowacyjności (zmienne wyrażające instrumenty polityki innowacyjnej, wydatki przedsiębiorstwa na B+R, udział eksportu w przychodach ze sprzedaży, wsparcie kapitału zagranicznego).

Okazało się, że istotne z punktu widzenia podziału zbiorowości na grupy są: wielkość zatrudnienia, wiek firmy, lokalizacja oraz działalność branży usługi technologiczne (np. software) i dystrybucyjne (np. transport), przy czym dla trzech ostatnich otrzymano znak ujemny, zaś dla początkowych — dodatni. Oznacza to, że małe firmy, zlokalizowane w b. NRD, zajmujące się usługami technologicznymi lub dystrybucyjnymi, utworzyły jedną homogeniczną grupę, pozostałe firmy badawcze tworzą grupę bazową. Jednocześnie dla obu subgrup dokonano estymacji modelu, w którym zmienną objaśnianą był „sukces innowacji", mierzony jako udział przychodów uzyskanych ze sprzedaży innowacyjnych produktów bądź

usług w przychodach ogółem (zmienna ciągła). Okazało się, że istotnymi determinantami „sukcesu innowacji" są: udział w zamówieniach publicznych (prawdopodobieństwo w teście Walda p=0,03), współpracę ze sferą nauki (p=0,01), udział wydatków przedsiębiorstwa na B+R w przychodach ze sprzedaży (p=0,00). Okazało się również, że spośród wymienionych czynników jedynie udział w zamówieniach publicznych różnicował w stopniu statystycznie istotnym (p=0,01) obie wyróżnione podgrupy. Ponieważ znak przy tej zmiennej jest dodatni dla grupy fokusowej, zaś ujemny — dla badanej. Świadczy to o tym, że zamówienia publiczne są korzystne przede wszystkim dla przedsiębiorstw z grupy fokusowej, tzn. dla małych firm, zlokalizowanych w regionach słabszych ekonomicznie, zajmujących się usługami technologicznymi lub dystrybucyjnymi. Natomiast pozostałe determinanty, w tym współpraca ze sferą nauki, w podobnym stopniu oddziałują na sukces innowacji przedsiębiorstw.

W dalszej analizie, rozróżniono trzy kategorie nabywców: administracja publiczna, obronność, obowiązkowe ubezpieczenia społeczne, wprowadzając dwie zmienne zero-jedynkowe dla dwóch ostatnich grup odbiorców, przyjęto jako grupę odniesienia administrację publiczną. Wyestymowane parametry modelu wskazują na te same — co poprzednim modelu — relacje. Dodatkowo wykazano, że pozytywny wpływ zamówień publicznych ma miejsce w przypadku, gdy odbiorcami jest administracja publiczna, a nie np. sektor obronny (brak istotnych różnic między administracją publiczną a instytucjami ubezpieczeń społecznych).

Reasumując, zamówienia publiczne stanowią istotny instrument polityki innowacyjnej, szczególnie korzystnym dla przedsiębiorstw mniejszych, zlokalizowanych w regionach słabszych ekonomicznie, zajmujące się usługami technologicznymi lub dystrybucyjnymi. Można się spodziewać, że zamówienia publiczne będą szczególnie ważnym czynnikiem stymulującym innowacyjność w przypadku przedsiębiorstw o ograniczonych zasobach.

6. Kierunki rozwoju innowacyjności a branże wrażliwe na zamówienia publiczne

Zgodnie z zaleceniami Komisji Europejskiej, zapisanymi w dokumencie „Inicjatywa wiodących rynków dla Europy" (zaprezentowanym 7.01.2008r.), sektory gospodarki, które ze względu na swą innowacyjność mają największe znaczenie dla rozwoju Unii:

1. **e-Zdrowie** — rozwiązania w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych w całej służbie zdrowia mają pomóc w zapewnieniu pacjentom lepszej opieki medycznej za mniejsze pieniądze. Standaryzacja różnych form przekazu informacji, certyfikacja systemów i wymiana doświadczeń zwłaszcza w zakresie projektów na dużą skalę — to wszystko ma pomóc w lepszym radzeniu sobie z problemami „starzejącej się" Europy;
2. **Tekstylia techniczne** — czyli tkaniny i ubrania ochronne oraz urządzenia chroniące ich użytkowników przed zagrożeniami i niebezpieczeństwami w środowisku, w którym pracują. Obecna wielkość rynku tekstyliów technicznych w Unii Europejskiej szacowana jest na 10 mld euro, a spodziewany wzrost na najbliższe

lata kształtuje się na poziomie 50%. Pośrednie oddziaływanie innowacyjnego rynku tekstyliów na inne segmenty branży odzieżowej zwielokrotni znacząco wzrost gospodarczy rynku wiodącego i konkurencyjność całej branży odzieżowej;

3. **Zrównoważone budownictwo** — budownictwo ma największy udział w unijnej konsumpcji energii (42%) i produkuje około 35% ogółu zanieczyszczeń emitowanych do środowiska. Rozwój zrównoważonych rozwiązań w tym sektorze jest zatem niezwykle istotny. Orientacja na innowacyjne rozwiązania i zmniejszanie biurokracji to niektóre z proponowanych narzędzi poprawy sytuacji na tym rynku;
4. **Recykling** — czyli właściwe i efektywne zarządzanie odpadami. Sektor ten osiąga obrót w wysokości 24 mld euro i zatrudnia około pół miliona ludzi. Unia Europejska ma blisko 30% udziału w światowym rynku ekologicznym i 50% w branży recyklingowej. Możliwość ich rozwoju wymaga jednak likwidacji istniejących barier ograniczających zdolności do wprowadzania innowacji oraz bardziej efektywnych rozwiązań technologicznych;
5. **Produkty z materiałów odnawialnych** — rynek materiałów odnawialnych (rośliny, drzewa) w Europie, budowany na uznanej wiedzy i najlepszych technologicznych oraz przemysłowych rozwiązaniach, jest obecnie w dobrej sytuacji. Niepewność związana z własnością produktu i słaba transparentność działań na tym rynku utrudnia jednakże szybki wzrost popytu na produkty z materiałów odnawialnych. Komunikacja, standaryzacja, znakowanie i certyfikacja mogą pomóc przezwyciężyć tę sytuację;
6. **Energia odnawialna** — rozwój rynku surowców energii odnawialnej jest opóźniany przez wysokie koszty produkcji, niski popyt, rozdrobnienie rynku i bariery administracyjne. Wprowadzenie elastycznych rozwiązań na rynku energii odnawialnej może pomóc w zaspokojeniu 20% popytu energetycznego przez odnawialne źródła energii. Przyspieszenie innowacyjności w technologiach, których zastosowanie zmniejszy emisję dwutlenku węgla, usunięcie barier w planowaniu i certyfikacji — to zasadnicze zmiany konieczne dla tego sektora.

Zamówienia w wymienionych sektorach w dużej mierze realizowane są poprzez zamówienia publiczne. Jak pokazują statystyki, zamówienia w budownictwie stanowią blisko połowę wartości zamówień publicznych. Duże znaczenie w polskim systemie zamówień publicznych odgrywa również służba zdrowia. Z kolei, jeśli chodzi o energię odnawialną, warto podkreślić znaczenie zamawiających sektorowych, wśród których znajdują się również wytwarzający energię.

W dokumencie wymienione są zalecenia szczegółowych zmian legislacyjnych, które mają pobudzać innowacyjność w takich dziedzinach, jak zamówienia publiczne, standaryzacja, certyfikacja i oznakowanie. Plan obejmuje także dodatkowe instrumenty, m.in. finansowe wsparcie biznesu i innowacji w postaci dostępu do kapitału wysokiego ryzyka. Spodziewane korzyści to wzrost gospodarczy, spadek bezrobocia poprzez stworzenie trzech mln nowych miejsc pracy oraz dostęp do lepszych produktów i usług o wyższej użyteczności.

Wsparcie innowacji, jak i przedsiębiorczości akademickiej i innych form współpracy z biznesem, jest w obszarze szczególnego zainteresowania polityki gospodarczej Unii Europejskiej, co przejawia się przeorientowaniem kierunków wsparcia dla przedsiębiorstw i jednostek badawczych na działania proinnowacyjne, zwłaszcza w ramach funduszy strukturalnych. W Polsce wsparcie unijne tego typu działań realizowane jest zwłaszcza w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka — PO IG, w ramach którego finansowane są zarówno innowacyjne przedsięwzięcia przedsiębiorstw, ale i jednostek naukowo-badawczych. Również w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki — PO KL finansowane są działania ukierunkowane na rozwój instytucji otoczenia biznesu (IOB) wspierające rozwój innowacyjności, rozwój kadr — również w kierunku zwiększenia konkurencyjności przedsiębiorstw i instytucji naukowo-badawczych poprzez odpowiednie przygotowanie kadr (m.in. zatrudnionych w B+R), promocję proinnowacyjnych rozwiązań czy przedsiębiorczości akademickiej. Finansowanie innowacyjnych rozwiązań, ale o mniejszym zasięgu (rozwiązań innowacyjnych dla samego przedsiębiorstwa czy danego województwa), ma miejsce również w ramach 16 Programów Regionalnych. Także pozostałe Programy Operacyjne, w ramach których realizowana jest polityka strukturalna Unii Europejskiej, uwzględniają innowacyjność i — przynajmniej w pewnym zakresie — premiują rozwiązania innowacyjne.

Ciekawe możliwości w zakresie dostępu w naszym kraju do kapitału wysokiego ryzyka stwarza PO IG. W priorytecie 3. *Kapitał dla innowacji* zaplanowano działania polegające na tworzeniu korzystnych warunków dla rozwoju działalności innowacyjnej, ułatwiające powstawanie i rozwój funduszy kapitału podwyższonego ryzyka, ułatwiające inwestowanie w MŚP oraz wpierające sieci inwestorów prywatnych.

7. Zakończenie

Z przeprowadzonego badania wypływają interesujące wnioski.

Analiza zamówień publicznych według klasyfikacji CPV umożliwia bardziej szczegółowe porównanie struktury rynku zamówień publicznych zarówno w czasie, jak i w przestrzeni, w tym w ujęciu międzynarodowym.

W badanym okresie, tj. w latach 2004–2008 najważniejsze znaczenie na rynku zamówień publicznych w Polsce mają: roboty budowlane, przetwórstwo przemysłowe, obsługa nieruchomości, wynajem i usługi związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, działalność usługowa komunalna, społeczna i indywidualna, pozostała oraz pośrednictwo finansowe. Z badań prowadzonych na obszarze starych krajów członkowskich Unii Europejskiej wynika, że zamówienia publiczne stanowią istotny instrument polityki innowacyjnej przedsiębiorstw, nawet bardziej efektywny aniżeli szeroko zakrojona pomoc publiczna dla sektora B+R.

Jeśli połączy się wrażliwość poszczególnych kierunków działalności wytwórczej na zamówienia publiczne ze skłonnością do innowacyjnych rozwiązań, wspieranych również przez Komisję Europejską, to wyłaniają się sektory gospodarki mogące odegrać ogromną rolę w Polsce i w pozostałych krajach UE w najbliższych latach:

- e-zdrowie,
- tekstylia techniczne,

- zrównoważone budownictwo,
- recycling, czyli zarządzanie odpadami,
- wyroby z surowców odnawialnych,
- energia odnawialna.

Wydaje się, że tego typu analiza dostarcza m.in. przesłanki dla polityki gospodarczej, która w oparciu o szczegółowe zmiany legislacyjne ma na celu pobudzenie innowacyjności w takich dziedzinach jak zamówienia publiczne, standaryzacja, certyfikacja i oznakowanie produktów.

Bibliografia

1. Aschhoff B., Sofka W., (2009), *Innovation on Demand — Can Public Procurement Driver Market Success of Innovations*, Research Policy 38
2. Business Decisions Limited (2003), *The Power of Customers to Drive Innovation*, Report to the European Commission, Brussels
3. Cohen W.M., Nelson R.R., Walsh J.P. (2002), *Links and Impacts: The influence of Public Research on Industrial R&D*, Management Science, No 48 (1)
4. Edler J., Georghiou L., (2007), *Public Procurement and Innovation — Resurrecting the Demand Side*, Research Policy, No 36
5. Fontana R.A., Genua A., Matt M., (2006), *Factors Affecting University-Industry R&D Projects: The Importance of Searching, Screening and Signalling,* Research Policy, No 35 (2)
6. Geroski P.A. (1990), *Procurement Policy as a Tool of Industrial Policy*, International Review of Applied Economics, No 4 (2)
7. Giustino F., *Prawne i techniczne aspekty systemów klasyfikacji,* w: *Wspólny Słownik Zamówień… op. cit.*
8. Gordon H., Rimmer S. and Arrowsmith S., *The Economic Impact of the European Union. Require on Public procurement: Lesson for the WTO*, The World Economy, vol. 21, January 1998/1
9. Grimpe C., Sofka W. (2008), *Search Patterns and Absorptive Capacity: Low- and High-Technology Sectors in European Countries*, Research Policy 38 (3)
10. Laursen K., Salter A. (2006), *Open for Innovation: The Role of Openness in Explaining Innovation Performance among U.K. Manufacturing Firms*, Strategic Management Journal 27 (2)
11. Mardas D., *The Profile of the Industries Supplying the Utilities Sectors in the Southern Regions of the E.C.*, Public Procurement Law Review 1994, no 2
12. Mardas D., *Statistical Performance Indicators for Keeping Watch Over the Public Procurement*, w: European Commission (red.) *The Evolution of Rules for Singel Market*, Cost Series, Part II, 1995

13. Mowery D., Rosenberg N. (1979), *The influence of market demand upon innovation: a critical review of some recent empirical studies*, Research Policy 8 (2)

14. Palmberg C. (2004), *The sources of innovations — looking beyond technological opportunities*, Economics of Innovation and New Technology 13

15. Porter M.E. (1990), *The Competitive Advantage of Nations*, Macmillan, London/ Basingstoke

16. Rothwell r. (1984), *Technology Based Small Firms and Regional Innovation Potential: the Role of Public Procurement*, Journal of Public Policy, No 4 (4)

17. *Rozporządzenie Komisji WE 2151/2003 z dnia 16 grudnia 2003 r.*, zał. 1, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 17.12.2003, Wspólny Słownik Zamówień (CPV)

18. *Rozporządzenie Komisji WE nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r.*, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, 15.03.2008, s. L 74/1

19. Saarinen J. (2005), *Innovations and industrial performance in Finland 1945–1998,* [w:] Almqvist & Wicksell International, Ch. 4.2–4.3

20. Smith K. (2000), *Innovation Indicators and the Knowledge Economy: Concepts, Results and Policy Challenges*, STEP Group, 2000

21. Spachis A., Mardas D., Stampoultzi C., *Public Procurement Law*, Public Procurement Law Review, 1983, no 6, Sweet and Maxwell, London

22. *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2008 roku*, UZP, Warszawa 2008

23. *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2009 r.*, UZP, Warszawa, kwiecień 2010

24. Strona internetowa: *www.uzp.gov.pl*

25. *Wspólny Słownik Zamówień*, Twinning PL/IB/2001/FI/04 Phare 2001, PZ 01.02.08, *System zamówień publicznych*, Rzym — Warszawa 2004

ZAMÓWIENIA PRZEDKOMERCYJNE JAKO INSTRUMENT INNOWACYJNOŚCI PRZEDSIĘBIORSTW

dr Justyna Wiktorowicz
Katedra Statystyki Ekonomicznej i Społecznej
Uniwersytet Łódzki

1. Uwagi wstępne

W ostatnim dziesięcioleciu Unia Europejska zintensyfikowała swoje działania zmierzające do uczynienia z niej gospodarki konkurencyjnej w stosunku do Stanów Zjednoczonych, Japonii czy „azjatyckich tygrysów". Zgodnie ze Strategią Lizbońską, gospodarka Unii Europejskiej ma stać się najbardziej konkurencyjną gospodarką na świecie. Na szczycie Rady Europejskiej w Barcelonie w 2002 r. sformułowano cel zwiększenia do roku 2010 całkowitych inwestycji w badania naukowe w UE z 1,9% do 3% PKB, przy jednoczesnym zwiększeniu udziału inwestycji sektora prywatnego z 55% do 66%. Tymczasem zmiany w poszczególnych krajach członkowskich następują zbyt wolno. Szczególnie niski jest poziom inwestycji sektora prywatnego. Uznaje się, że motorem innowacyjności przedsiębiorstw może i powinien być sektor publiczny poprzez system zamówień publicznych. Szans na realizację tego postulatu upatruje się zwłaszcza w szerszym wykorzystaniu zamówień przedkomercyjnych. Zamówienia przedkomercyjne uważane są za „brakujące ogniwo" innowacji w Europie, dają bowiem władzom publicznym możliwość stymulowania rozwoju produktów przemysłowych od wczesnej fazy badawczo-rozwojowej po testy seryjne, w celu jak najlepszego dostosowania produktu do potrzeb zamawiających. Kreują w ten sposób pożądany kierunek rozwoju technologii, zgodny z długookresową polityką rozwoju gospodarek unijnych, zwłaszcza polityką zrównoważonego rozwoju.

Niestety w Polsce zamówienia publiczne, a w szczególności zamówienia przedkomercyjne, nie są ciągle postrzegane jako jeden z najważniejszych instrumentów kreowania innowacyjności przedsiębiorstw. Wprawdzie zgodnie z dokumentem przyjętym przez Radę Ministrów w dniu 8 kwietnia 2008 r. *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*, potrzeba implementacji szerszych działań w tym zakresie jest bezsprzeczna, jednak jej skala pozostaje ciągle niezadowalająca.

Niniejsza praca stanowi próbę wstępnej oceny znaczenia zamówień publicznych, w tym zwłaszcza przedkomercyjnych, jako instrumentu wspierającego rozwój innowacyjności przedsiębiorstw. Analiza dokonana została w oparciu o źródła wtórne — akty prawne, dokumenty programowe, raporty i opracowania tematyczne, a obejmuje swym zakresem głównie rozwiązania europejskie.

2. Główne tendencje na rynku zamówień publicznych w Polsce

Zamówienia publiczne mają ogromne znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania wspólnego rynku Unii Europejskiej. Wydatki objęte procedurami zamówień publicznych stanowią bowiem — według różnych szacunków — od 12% do 16% wydatków w kra-

jach UE. W Polsce rynek zamówień publicznych jest stosunkowo młodym rynkiem, gdyż dopiero wejście w życie ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku, wraz z jej późniejszymi zmianami i nowelizacjami, rozpoczęło proces tworzenia mechanizmów wydatkowania środków publicznych. Obecnie obowiązująca Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 ze zm.) była wielokrotnie nowelizowana, co potwierdza ciągłe ewoluowanie rozwiązań w tym zakresie.

Na rynek zamówień publicznych składają się relacje zachodzące pomiędzy głównymi uczestnikami tego rynku — sprzedającymi i kupującymi. Popyt reprezentują podmioty zamawiające, których liczba i struktura w dużym stopniu jest uzależniona od rozwiązań prawnych, natomiast podaż reprezentują wykonawcy krajowi i zagraniczni.

W Polsce wielkość rynku zamówień publicznych systematycznie rośnie. W 2008 r. wartość udzielonych zamówień osiągnęła 109,5 mld zł, czyli prawie pięciokrotnie więcej niż w 2000 r. i ponad dwukrotnie więcej niż w momencie naszego akcesu do Unii Europejskiej (*Sprawozdania z funkcjonowania systemu zamówień publicznych,* 2000-2008). Rośnie tym samym udział zamówień publicznych w PKB — w 2005 r. było to 7,0%, w 2006 r. — 7,6%, w 2007 r. — 8,9%, zaś w 2008 r. — 8,6%. Powodem tego dynamicznego wzrostu jest m.in. wzrost liczby podmiotów zobligowanych do stosowania przepisów Ustawy Prawo zamówień publicznych, a także zwiększenie skali zaangażowania jednostek administracji rządowej, a zwłaszcza samorządowej, w wydatkowanie środków pochodzących z programów współfinansowanych przez UE. W 2004 r. liczba podmiotów zamawiających wynosiła 11.248, podczas gdy w 2008 r. — 12.183 (*Sprawozdania* …). Warto przy tym podkreślić, iż w ogólnej wartości rynku zamówień publicznych zamówienia powyżej progów unijnych, czyli zamówienia objęte pełną procedurą przewidzianą przepisami Ustawy Pzp (zgodnie z zapisami dyrektyw 2004/17/WE,2004/18/WE i 2009/81/WE i rozporządzenia Komisji nr 1177/2009, które weszło w życie 1 stycznia 2010 r.) stanowiły w 2008 r. ok. 56%. Szczególnie wyraźna dysproporcja (na korzyść zamówień powyżej progów unijnych) występuje w przypadku administracji centralnej — 80% do 20%. Polscy zamawiający w coraz większym stopniu publikują ogłoszenia powyżej progów unijnych w Dzienniku Urzędowym UE. W 2009 r. opublikowali oni 14.248 ogłoszeń o przetargu i konkursie (około 9% przetargów ogłoszonych przez wszystkie kraje UE — w poprzednich latach było to: 8,7% w 2008 r. i 8% w 2007 r.), w tym 23 ogłoszenia dotyczyły koncesji na roboty budowlane. Natomiast, w stosunku do liczby przetargów ogłoszonych przez „nowe" kraje członkowskie zamówienia z Polski stanowiły ok. 47% (w poprzednich latach — 43% w 2008 r. i 40% w 2007 r.). W 2009 r. w 450 przypadkach (2,35% wszystkich zamówień) kontrakty przyznano wykonawcom zagranicznym. Z kolei w realizacji zamówień poniżej progów unijnych największy udział ma administracja samorządowa — 59,94% wartości kontraktów, 46,57% ogółu zrealizowanych zamówień w 2009 r., a także podmioty prawa publicznego, w tym Samodzielne Publiczne Zakłady Opieki Zdrowotnej — odpowiednie wskaźniki sięgały 9,39% i 15,14% (*Biuletyny Informacyjne UZP z lat 2007–2009*)[452].

Rośnie również liczba podmiotów gospodarczych zaangażowanych w realizację zamówień — w 2006 kontrakty publiczne realizowało 21 tys. przedsiębiorstw, rok później

[452] Omawiając zmiany na rynku zamówień publicznych należy przy tym wziąć pod uwagę zmiany wynikające z progów, powyżej których publikacja ogłoszeń jest obligatoryjna. Ostatnie zmiany miały miejsce w 2007 r. (obniżenie progu publikacji w BZP z 60 tys. do 14 tys. euro) oraz w 2010 r. (obniżenie progów unijnych).

— 50 tys., zaś w 2008 r. — 58 tys. (*Sprawozdania* …). W 2009 roku polscy przedsiębiorcy uzyskali 57 kontraktów na realizację zamówień publicznych na rynkach zagranicznych, w tym podpisano 8 umów ramowych z Komisją Europejską. W 2008 r. były to 52 kontrakty, z czego 18 to zamówienia sektorowe, zaś w 2007 r. — 54 kontrakty.

Dane uzyskane z rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach publicznych pokazują, iż występują wyraźne różnice pomiędzy strukturą ilościową a wartościową udzielonych zamówień według rodzaju zamówienia. W roku 2008 pod względem wartości wydatkowanych środków w zamówieniach publicznych dominowały roboty budowlane (47% ogólnej kwoty udzielonych zamówień, rok wcześniej — 51%). Pomimo dużego odsetka wartości, liczba postępowań na roboty budowlane w 2008 r. stanowiła tylko 28% zamówień (w roku 2007 — 24%). Zamówienia na dostawy w roku 2008 stanowiły 26% wartości wydatkowanych środków i 37% ogólnej liczby udzielonych zamówień (w roku 2007 odpowiednio — 23% i 37%). Natomiast kontrakty na usługi stanowiły 27% ogólnej wartości udzielonych zamówień oraz 35% liczby udzielonych zamówień (w roku 2007 odpowiednio — 26% i 39%) (*Sprawozdanie* …, 2008, 2009).

Trudno jest oceniać konkurencyjność na rynku zamówień publicznych w dłuższej perspektywie czasowej, ponieważ w 2007 r. nastąpiła nowelizacja ustawy Pzp zmieniająca progi postępowań wymagających ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP). Natomiast z samego porównania lat 2007–2008 wynika, że liczba ofert na jedno postępowanie wzrosła z 2,29 oferty w 2007 do 2,41 ofert w 2008 r. Najwięcej ofert składano na roboty budowlane (średnio na jedno postępowanie przypadało 3,05 ofert), najmniej na usługi (1,96 ofert).

W 2008 r. w przypadku 89% postępowań, cena stanowiła jedyne kryterium wyboru oferty. Wskaźnik ten niepokojąco rośnie — w 2007 r. to kryterium wybrało 87% zamawiających, ale jeszcze w 2006 r. — 64%. Jednocześnie, powolnie rośnie liczba kryteriów przypadająca średnio na jedno postępowanie — z 2,24 kryteriów 2006 r. do 2,69 kryteriów w 2008 r.

W kontekście dynamicznego rozwoju rynku zamówień publicznych, należy wykorzystać potencjał tego sektora. Nowoczesny system zamówień publicznych może bowiem być wykorzystany do zwiększania popytu na rozwiązania innowacyjne oraz proekologiczne, a także do stymulowania rozwoju MŚP, bez tworzenia nadmiernych obciążeń regulacyjnych, co jest zgodne z wytycznymi polityk unijnych.

3. W kierunku zamówień przedkomercyjnych — ewolucja zamówień publicznych jako siły napędowej innowacyjności przedsiębiorstw w UE w świetle dokumentacji

Jak wykazują liczne badania, innowacyjność przedsiębiorstw determinowana może być poprzez cztery główne czynniki:

— uregulowania prawne,

— wsparcie współpracy między nauką a biznesem,

— wydatki publiczne na B+R,

— zamówienia publiczne.

Czynniki te dzieli się zwykle na te, które związane są z dodatkowymi nakładami na procesy innowacyjności w sektorze prywatnym (strona podażowa) i instrumenty oddziałujące na wyniki innowacyjności (strona popytowa). Po pierwsze, niezwykle ważne jest wsparcie badań przez środki publiczne — zarówno w formie materialnej (fundusze), jak i niematerialnej (wiedza naukowa). Subsydia na rozwój B+R i wsparcie finansowania infrastruktury badawczej i badań publicznych instytucji naukowych stanowią dwa najważniejsze instrumenty wsparcia innowacji od strony podażowej. Z kolei zamówienia publiczne, podobnie jak regulacje prawne, są instrumentem strony popytowej.

Możliwość wykorzystania zamówień publicznych jako instrumentu polityki innowacyjnej wydaje się godny uwagi. Wynika to z dużego potencjału tego rynku, zwłaszcza w takich sektorach jak budownictwo, ochrona zdrowia i transport. Tymczasem przez wiele lat potencjał ten był ignorowany — zarówno w ujęciu koncepcyjnym, jak i praktycznym, co było wynikiem utrudnień proceduralnych (Edguist i in., 2000). W aktualnej dyskusji na temat rozwoju innowacyjności do zamówień publicznych przywiązuje się coraz większą wagę. Kwestie te były podnoszone zarówno na poziomie europejskim, jak i na poziomie krajowym.

W chwili obecnej do najważniejszych aktów prawnych w przedmiotowym zakresie należą:

- dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, z uwzględnieniem zmian wynikających z dyrektywy Komisji 2005/51/WE z dnia 7 września 2005 r. zmieniającej załącznik XX do dyrektywy 2004/17/WE i załącznik VIII do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, dyrektywy 2005/75/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 listopada 2005 r. zawierającej sprostowanie do dyrektywy 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi i rozporządzenia Komisji (WE) nr 2083/2005 z dnia 19 grudnia 2005 r. zmieniającego dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie procedur udzielania zamówień, oraz
- dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, z uwzględnieniem zmian wynikających z dyrektywy 2005/51/WE i rozporządzenia (WE) nr 2083/2005,

zaś na gruncie polskim

- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Kluczowym dokumentem w zakresie rozwoju innowacji poprzez zamówienia publiczne był raport opracowany przez Fraunhofer Institute Systems and Innovation Research pt. *Innovation and Public Procurement. Review of Issues At Stake* (2005). Studium analizuje

istniejące reguły i aktualne praktyki stosowane w systemie innowacyjnych zamówień publicznych (*public innovation procurement*), czynniki oddziałujące na promocję innowacji poprzez działania na poziomie europejskim, krajowym oraz regionalnym. Jak wynika z cytowanego badania, kluczowymi kryteriami zapewnienia skutecznej polityki jest gromadzenie wiedzy i wspólne ponoszenie ryzyka. Pierwszy czynnik — gromadzenie wiedzy — wymaga współdziałania między użytkownikiem a producentem oraz interaktywnego uczenia się. W przypadku zamówień publicznych na innowacje, wiedza o potrzebach zamawiającego musi być przekazywana do potencjalnych wykonawców, zaś wiedza posiadana przez dostawców o możliwych rozwiązaniach technicznych musi z kolei być przekazywana do zamawiającego. Zamówienia publiczne na innowacje wymagają większego zakresu współdziałania między zamawiającymi a potencjalnymi wykonawcami niż „zwykłe" zamówienia publiczne, na przykład dotyczące materiałów piśmiennych, ponieważ charakterystyka i potrzeby zamawiających są mniej oczywiste. Gromadzenie wiedzy jest również o wiele łatwiejsze i znacznie bardziej efektywne, jeśli w samej instytucji zamawiającej pracownicy dysponują bardzo dobrą wiedzą techniczną pozwalającą na zrozumienie i ocenę potencjalnych rozwiązań. Drugie kryterium — wspólne ponoszenie ryzyka — może być wprowadzone za pośrednictwem „kolejnych odsłon": zanim dojdzie do wdrożenia kompletnego rozwiązania nowego produktu lub systemu, najpierw testowany jest prototyp. W raporcie podkreśla się wagę wczesnego podjęcia decyzji co do tego, kto powinien ponosić ryzyko. Proponowane scenariusze zarządzania ryzykiem obejmowały: podział złożonego projektu na oddzielne składniki; rozszerzone procedury negocjacyjne z następującymi po sobie wielokrotnymi etapami dyskusji i zwrotnego przekazywania opinii, a także zachowanie praw własności intelektualnej.

Podobnych wniosków dostarcza raport opracowany na zlecenie Komisji Europejskiej *Creating an Innovative Europe — Report of the Independent Expert Group on R&D and innovation appointed following the Hampton Court Summit and chaired by Mr. Esko Aho* (2006). Jako kluczowy instrument kreowania innowacyjności poprzez system zamówień publicznych uznano tzw. „inteligentnego klienta" — zamawiającego, który byłby świadomy potencjału nowych rozwiązań, a także byłby w stanie specyfikować i zarządzać kontraktami tego rodzaju, niezależnie od fazy cyklu życia produktu.

W kształtowaniu podejścia popytowego do innowacji na szczeblu UE poprzez wskazanie na nowoczesny system zamówień publicznych, najważniejszy był półroczny okres prezydencji fińskiej. Kraj ten, jako jeden z najbardziej innowacyjnych w UE, podczas swojego przywództwa w Radzie UE poruszył wiele istotnych kwestii dotyczących m.in. zwiększania popytu na rozwiązania innowacyjne. Dokumentem wiodącym podczas nieformalnego posiedzenia Rady UE ds. Konkurencyjności, które odbyło się 10–11 lipca 2006 r. w Jyvaskyla w Finlandii, był dokument *Demand as a driver of innovation — towards a more effective European Innovation Policy*. W dokumencie wskazano najważniejsze inicjatywy na rzecz zwiększania innowacyjności gospodarki UE, m.in.: dobrze funkcjonujące rynki, efektywnie działający system ochrony własności intelektualnej, ustanawianie standardów celem zwiększania popytu rynkowego, tworzenie systemu zamówień publicznych bardziej przyjaznego innowacjom, zwiększania współpracy sfery B+R z gospodarką, tworzenie silnej i mobilnej europejskiej bazy badawczej oraz rozwój instrumentów finansowych dla innowacyjnych przedsiębiorców. Dokument ten wskazuje na rolę sektora publicznego, jako inteligentnego klienta, odgrywającego kluczową rolę w promocji idei zamówień publicznych wspierających innowacje.

Jako element dyskusji wokół nowoczesnego systemu zamówień publicznych na zlecenie fińskiego rządu powstało opracowanie autorstwa L. Georghiou *Effective Innovation Policies for Europe — the missing demand side* (2006). Dokument ten, w ślad za raportem Aho, wskazuje na zamówienia publiczne jako główny stymulator popytu na innowacyjne produkty i usługi, wpływające jednocześnie na poprawę jakości usług publicznych.

Opierając się na założeniach Raportu Aho, Komisja Europejska opracowała Komunikat *Putting knowledge into practice: A broad-based innovation strategy for the EU* (2006), który został wydany 13 września 2006 r. W komunikacie opisano pokrótce najważniejsze planowane lub już realizowane inicjatywy, zdefiniowano również 10 najważniejszych działań koniecznych do realizacji w celu zwiększenia innowacyjności gospodarki UE, wśród których wymieniono m.in. stworzenie strategii proinnowacyjnych pionierskich rynków oraz stymulowanie innowacji poprzez system zamówień publicznych. Dokument wskazuje na znaczącą rolę sektora publicznego w wykorzystywaniu mechanizmów rynkowych i stymulowaniu popytu na rozwiązania innowacyjne, wykorzystując nowe technologie i procedury w administracji publicznej. Komunikat słusznie uwypukla potrzebę większego wykorzystywania technologii informacyjnych i komunikacyjnych, w szczególności w sektorze publicznym (np. dla zwiększania dostępności usług publicznych dzięki wykorzystywaniu narzędzi ICT), zastosowania ulepszonych procedur zamówień publicznych, które przyczynią się do wprowadzenia na rynek innowacyjnych produktów i usług. Komisja zwróciła przy tym uwagę, że możliwości związane z zamówieniami przedkomercyjnymi nie są w Europie wykorzystywane.

Wyniki badań zostały wykorzystane przez Komisję Europejską — w pierwszym kwartale 2007 r. ukazał się *Guide on dealing with innovative solutions in public procurement* (Pro Inno Europe, 2007). Dokument ten zawiera 10 rekomendacji wskazujących możliwości zwiększenia odsetka innowacyjnych produktów lub usług zamawianych w oparciu o prawo zamówień publicznych:

(1) Skłonienie administracji do zachowywania się jako inteligentny klient

(2) Konieczność przeprowadzania konsultacji rynkowych przed złożeniem zamówienia

(3) Zaangażowanie kluczowych aktorów podczas realizacji całego procesu

(4) Przekazanie inicjatywy rynkowi w kwestii proponowania innowacyjnych rozwiązań

(5) Poszukiwanie value for money — oferty maksymalizującej korzyści,

(6) Większe wykorzystanie możliwości płynących z zastosowania elektronicznych rozwiązań

(7) Podjęcie decyzji co do zarządzania ryzykiem w procesie zamawiania

(8) Wykorzystanie możliwości kontraktowych by zachęcać do innowacyjnych rozwiązań

(9) Sporządzanie planu rozwoju i przebiegu zamówienia

(10) Wyciąganie wniosków z istniejących faktów na przyszłość.

Wcielanie w życie przytoczonych rekomendacji, szczególnie pkt (7), powinno sprzyjać rozwojowi zamówień przedkomercyjnych w Europie.

Dalsze prace w tym zakresie skutkowały opublikowaniem następujących dokumentów:

- *Pre-commercial Procurement of Innovation. A missing link in the European innovation cycle*, marzec 2006;
- *Pre-commercial procurement. Public sector needs as a driver of innovation*, 04/09/2006;
- *Building together innovative solutions that meet public needs*, 04/09/2006;
- Komunikat Komisji Europejskiej do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Gospodarczo-Społecznego i Komitetu Regionów (2007), *Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe (Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie)*, SEC (2007) 1668;
- Konkluzja Rady Unii Europejskiej, *A fresh impetus for competitiveness and innovation of the European Economy* — sekcja 2.3 zawiera konkluzje dotyczące zamówień przedkomercyjnych, 29-30.05.2008;
- Rezolucja Parlamentu Europejskiego, *Pre-commercial procurement: driving innovation to ensure sustainable high-quality public services in Europe,* 3.02.2009.

Należy wyraźnie podkreślić, iż intensyfikacja działań w zakresie zamówień przedkomercyjnych nie wymaga zmian w wymienionych aktach prawnych — obecne zapisy obowiązujących dyrektyw i ustawy Pzp pozwalają na prowadzenie postępowań w takiej formie. Działania Komisji Europejskiej i innych instytucji — zarówno wspólnotowych, jak i krajowych — ukierunkowane są na przygotowanie rynku zamówień publicznych (zarówno strony podażowej, jak i popytowej) do stosowania tych zamówień na szerszą skalę.

Zamówienia przedkomercyjne, w zakresie regulowanym obowiązującym w UE prawem, mogą być realizowane zgodnie z postanowieniami Traktatu, zasadami Światowej Organizacji Handlu i zasadami pomocy publicznej. Z prawnego punktu widzenia, zamówienia usług B+R stanowią wyjątek w Porozumieniu o Zamówieniach Rządowych (GPA) Światowej Organizacji Handlu i unijnych dyrektywach dotyczących zamówień publicznych. Aby ten wyjątek obowiązywał, wartość kontraktu zamówienia przedkomercyjnego muszą w co najmniej 50% stanowić usługi B+R. Wartość wszelkich produktów zamówionych w kontrakcie nie może przekraczać wartości usług B+R objętych kontraktem (KE, 2007). Pod tym warunkiem dopuszczalny jest podział ryzyka i korzyści między zamawiających i wykonawców oraz ograniczenie przetargu przedkomercyjnego do oferentów z europejskiego rynku wewnętrznego. Są to dwie główne różnice prawne między zamówieniami przedkomercyjnymi i komercyjnymi.

4. Instrumenty innowacyjności przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych

Jak wynika z cytowanych w poprzednim punkcie dokumentów, zamówienia publiczne mogą i powinny oddziaływać na innowacyjność przedsiębiorstw poprzez następujące instrumenty:

- **„Inteligentne zakupy"** — poprzez jasną i klarowną specyfikację wymagań zamawiającego potencjalni wykonawcy mają szansę dopasowania się do jego wymagań. Poprzez unikanie zbyt wielu szczegółów technicznych i restrykcyjnych wymagań wobec wykonawców, a także stosowanie trybu konkursu, zachęca się przedsiębiorstwa do proponowania innowacyjnych pomysłów.

- **Dialog konkurencyjny** — oznacza procedurę, w ramach której instytucja zamawiająca prowadzi dialog z dopuszczonymi do udziału kandydatami w celu wypracowania jednego lub większej liczby odpowiednich rozwiązań, spełniających jej wymogi, a na ich podstawie wybrani kandydaci są następnie zapraszani do składania ofert. Dialog konkurencyjny daje szerokie możliwości zamawiania innowacyjnych dostaw, usług lub robót budowlanych, które z definicji są zamówieniami niestandardowymi, często złożonymi, przy których ważne jest uwzględnienie wielu okoliczności mających wpływ na efekt końcowy.

- **Dialog techniczny** — daje możliwość dyskutowania specyfikacji technicznych z potencjalnymi wykonawcami przed wszczęciem każdej procedury udzielenia zamówienia, przewiduje zbadanie opinii rynku zanim zacznie się proces przetargowy, co przyczynia się do korygowania nieścisłości w formułowaniu SIWZ. Termin ten nie został przeniesiony na grunt ustawy Pzp, ustawa nie wyklucza go jednak.

- **Kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (*value for money*)** — zastosowanie procedury uwzględniającej nie najniższą cenę, ale najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, bierze się pod uwagę całą gamę kryteriów podczas oceniania propozycji, dzięki czemu wybrana oferta może stanowić optymalne połączenie pomiędzy kosztami całkowitego_okresu życia produktu, jakością i ceną. Kierowanie się wyłącznie kryterium najlepszej oferty cenowej niekoniecznie oznaczać musi wybranie najtańszego produktu lub usługi. Biorąc pod uwagę koszty eksploatacji lub wpływ danego produktu czy usługi na środowisko trzeba liczyć się z poniesieniem początkowo wysokich kosztów, które w perspektywie zostaną jednak zamortyzowane. Poprzez odpowiednie ukształtowanie kryteriów oceny ofert zamawiający informuje wykonawców, że promowane są rozwiązania z określonych względów uznane za korzystniejsze od innych, za które zamawiający jest gotów zapłacić więcej. Wśród takich kryteriów mogą znaleźć się kryteria promujące zamówienia innowacyjne np. punktowane mogłoby być zastosowanie ekologicznych materiałów, wprowadzenie nowatorskich metod produkcji.

- **Wyłączenie stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przy zamawianiu usług B+R** — ustawa Pzp wyłącza z zakresu jej zastosowania zamówienia, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, z wyjątkiem usług w całości opłacanych przez zamawiającego, zamawianych w celu prowadzenia jego własnej działalności, których rezultaty stanowią wyłącznie jego własność. Wyłączenie to związane jest z przedmiotem zamawianych usług oraz ze sposobem ich finansowania i udostępnianiem wyników prac, znajduje zastosowanie, o ile wyniki badań i prac rozwojowych będą udostępniane ogółowi. Wyłączenie to daje zamawiającym możliwość zamawiania usług B+R bez zastosowania procedur ustawy Pzp, co znacznie ułatwia zamówienie innowacyjnej usługi badawczo-rozwojowej.

- **Dopuszczalność składania ofert wariantowych przez wykonawców** — możliwość składania ofert wariantowych sprzyja innowacyjności zamówień publicznych, jako że daje zamawiającym możliwość dopuszczenia do oceny nie tylko ofert, które zawierają zobowiązanie wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób określony w SIWZ, ale również w inny sposób, który służy osiągnięciu celu stawianego przez zamawiającego.

- **Zamówienia przedkomercyjne** — poprzedzają komercyjne zamówienia innowacji produktowych. Zamówienia przedkomercyjne dają władzom publicznym możliwość stymulowania rozwoju produktów przemysłowych od wczesnej fazy badawczo-rozwojowej po testy seryjne w celu jak najlepszego dostosowania produktu do potrzeb zamawiających. Zamówienia przedkomercyjne stanowią „brakujące ogniwo" innowacji w Europie. Zamawiający nie zastrzega sobie przy tym wyników prac B+R wyłącznie do użytku własnego. Zamawiający pełniąc rolę „pierwszego klienta", dzielą się z wykonawcami ryzykiem i korzyściami związanymi z pracami badawczo-rozwojowymi potrzebnymi do opracowania nowych, innowacyjnych rozwiązań, przewyższających rozwiązania dostępne na rynku. Podział ryzyka i korzyści oraz organizowanie całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinny zapewniać zasadę konkurencyjności, przejrzystość, otwartość, równość i określanie cen na warunkach rynkowych, umożliwia nabywcy publicznemu znalezienie najlepszych rozwiązań oferowanych przez rynek.

5. Zamówienia przedkomercyjne — pojęcie, etapy, korzyści

Z punktu widzenia innowacyjności, rozważa się dwa typy zamówień publicznych: zamówienia na standardowe produkty (artykuły biurowe itp.), które same w sobie nie są innowacyjne, oraz „technologiczne" zamówienia publiczne (zakup nowych technologii oraz innowacyjnych dóbr i usług). Zamówienia „technologiczne" wymagają uwzględnienia odpowiednich zapisów w ogłoszeniu o zamówieniu. Mogą one stanowić instrument polityki innowacyjnej. *Public technology procurement* jest instrumentem strony popytowej i może być definiowane jako zakup jeszcze nie istniejących produktów lub systemów (Edquist i in., 2000). W sytuacji idealnej, funkcjonalne wymagania produktu, na który zgłaszany jest popyt, są predefiniowane przez władze, ale warunki jej realizacji — już nie (Rothwell, Zegveld, 1981; Geroski, 1990; Edler, Georghiou, 2007). Zamówienia publiczne mogą być zatem skutecznym instrumentem stymulowania dyfuzji innowacji technologicznych — po pierwsze, gwarantując zaspokojenie i wzrost podaży usług publicznych, z drugiej zaś strony — wyjchodząc naprzeciw założeniom polityki poprzez stymulowanie innowacyjności, np. w obszarze zrównoważonego rozwoju czy wytwarzania energii (Dalpe, 1994). W ten sposób rząd kreuje wymagane wyniki i prowadzi do większej kreatywności prywatnego biznesu w celu osiągnięcia większej efektywności i skuteczności nowych technologii.

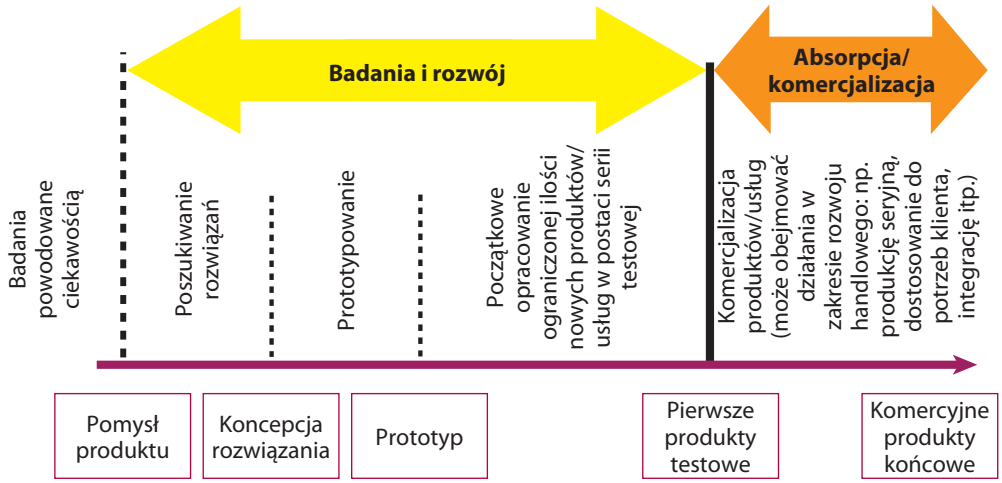
Jeśli zakup nowych produktów jest gwarantowany przez władze, ryzyko rynkowe dla rozwijających się firm zostaje zredukowane. Często administracja publiczna jest dużym lub nawet głównym odbiorcą innowacji i nowych technologii. Występowanie administracji jako pierwszego klienta ogranicza koszty nowatorskich rozwiązań. Ponadto, dzięki

odpowiedniej skali zaangażowania sektora publicznego stwarza odpowiednie warunki rozwoju innowacyjnych firm poprzez szybszą redukcję kosztów (korzyści skali). To z kolei pociąga za sobą spadek ceny, a co za tym idzie generuje również popyt sektora prywatnego. Poprzez wykorzystanie konkretnych innowacji sektor publiczny wysyła pozytywne sygnały do sektora prywatnego zwiększając przy tym świadomość społeczną, sprzyjając tym samym dyfuzji innowacji (Rothwell, 1984; Porter, 1991; Edler, Georghiou, 2007).

Zamówienia przedkomerycyjne (*pre-commercial procurement*) odnoszą się do innowacji technologicznych (KE, 2006a). Definiowane są jako proces, w którym władze publiczne mogą kupić innowacyjne rozwiązania, jakich potrzebują, ale jakie jeszcze nie istnieją na rynku (KE, 2006b). Zgodnie z metodologią unijną, jako **zamówienia przedkomercyjne** przyjęto podejście do udzielania zamówień na usługi badawczo-rozwojowe inne niż usługi, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej, dla potrzeb jej własnej działalności, pod warunkiem, że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca i że wynagrodzenie to nie stanowi pomocy publicznej (SEC (2007) 1668). W tym przypadku nie stosuje się przepisów dyrektyw w sprawie zamówień publicznych — art. 16 lit. f) dyrektywy 2004/18/WE i art. 24 lit. E) dyrektywy 2004/17/WE, zaś w polskim prawie wynika to z nowelizacji ustawy PZP z 2 grudnia 2009 r., która weszła w życie w styczniu 2010 r. — art. 4 pkt . 3 lit. e).

W przypadku zamówień przedkomercyjnych, które odgrywają istotną rolę w gospodarce Stanów Zjednoczonych czy czołowych gospodarek azjatyckich, władze publiczne są tradycyjnym „pierwszym klientem" lokalnych dostawców. Zamówienia przedkomercyjne można realizować na różne sposoby. Ze względu na to, że modele powinny być spójne i przejrzyste, niezależna grupa ekspertów zaproponowała przykładowe rozwiązanie. Podejście jest podobne do modelu amerykańskiego i azjatyckiego, ale dostosowane do kontekstu europejskiego (2006a). Dla wykonawcy, zamówienie przedkomercyjne może przyjąć postać pojedynczego kontraktu na zamówienie publiczne zarządzanego np. w trzech fazach kontraktowych (por. rys. 1). Pierwsza faza to faza badania rozwiązania, następnie faza tworzenia prototypu i wreszcie faza testów sprzętu. Wybieranych i kontraktowanych jest kilku oferentów, którzy konkurują ze sobą w procesie opracowywania rozwiązania. Produktem etapu 1, który powinien trwać średnio ok. 6 miesięcy, jest ocena technologii, plan operacyjny oraz ocena oczekiwanego oddziaływania proponowanych rozwiązań. Etap 2, trwający średnio ok. 2 lat, obejmuje fazę tworzenia prototypów. Po jego zakończeniu wykonawcy przedstawiają specyfikację produktu, przetestowany prototyp oraz plan produkcji (wraz z ograniczeniami procesu produkcyjnego). Tworzony jest wstępny biznes plan. Liczba potencjalnych wykonawców jest stopniowo zmniejszana po ocenie przeprowadzonej po każdej fazie. W fazie 3, trwającej ok. 2 lat, prace B+R są kontynuowane, produkowane są niewielkie ilości produktów/usług w postaci serii testowej, przedkomercyjnej. Wykonawcy przygotowują poza tym swoje działalności (zwłaszcza procesy produkcyjne) do szerszego wdrożenia testowanych produktów/usług, przygotowują plan marketingowy oraz podejmują działania ukierunkowane na zainteresowanie klienta nowymi produktami/usługami. Ostatnim elementem jest komercjalizacja opracowanych rozwiązań (2006c). W fazie końcowej powinno pozostać przynajmniej dwóch dostawców, aby zapewnić w przyszłości konkurencyjny rynek.

Rys. 1. Innowacyjny cykl życia produktu



Źródło: Komunikat Komisji Europejskiej do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Gospodarczo-Społecznego i Komitetu Regionów, *Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe*, SEC (2007) 1668.

Zamówienia przedkomercyjne to w istocie proces wzajemnego uczenia się uczestników, użytkowników i dostawców w celu uzyskania zdecydowanego potwierdzenia zarówno w sprawie funkcjonalnych potrzeb strony popytowej, jak i ograniczeń nowych rozwiązań technologicznych strony podażowej, gdy przyjdzie zająć się konkretnym problemem sektora publicznego. Ta współewolucja podaży i popytu jest kluczem do innowacyjnych projektów wykorzystujących w dużym stopniu badania i rozwój w dziedzinach o bardzo krótkim okresie „życia" produktu, np. technologii komunikacyjnych i informacji. Lepiej dostosowując specyfikację produktu do priorytetów klienta, oceniając działanie prototypów i wyniki testów w rzeczywistym środowisku klienta, zamawiający mogą uniknąć obecnych kłopotów związanych z zakupem gotowych produktów, mających mnóstwo kosztownych a niekoniecznie przydatnych funkcji, a jednocześnie pozbawionych potrzebnych właściwości (KE, 2006b). Wprawdzie koszty zmian projektu na wczesnym etapie badań i rozwoju są niewielkie, ale modyfikacje na etapie wprowadzania na rynek mające wpływ na podstawowe cechy produktu mogą znacznie podnieść ogólne ryzyko niepowodzenia i koszty wdrożenia produktu końcowego oraz czas wprowadzenia produktu na rynek dla dostawców. Zamówienia przedkomercyjne oferują zamawiającym szansę dogłębniejszego zrozumienia możliwości i ograniczeń technologicznych. To zmniejsza ryzyko chybionego przetargu i tego, że produkty wprowadzone na rynek nie spełnią oczekiwań.

Korzystny proces współewolucji, na który pozwalają zamówienia przedkomercyjne, skraca wykonawcom czas do wprowadzenia produktu na rynek, przez co mogą lepiej dostosować pracę nad produktami, tak by spełniały konkretne potrzeby klientów. Aktywne zaangażowanie zainteresowanych klientów publicznych już od wczesnych etapów przygotowania produktu pozwala władzom publicznym na identyfikację na wczesnym etapie potencjalnych barier politycznych i regulacyjnych, które należy odpowiednio

wcześnie usunąć, aby zapewnić krótki czas wprowadzania na rynek innowacyjnych usług publicznych. Zalecana metoda konkurowania kilku dostawców przy opracowaniu rozwiązania na etapie przedkomercyjnym przyczynia się również do uzyskania najlepszego produktu po najniższej cenie, pozwalając jednocześnie uniknąć minusów kosztownych projektów z jednym dostawcą wspieranych niekiedy starymi monopolami państwowymi. Dzięki temu, że zamawiający dysponują lepszymi informacjami, stają się mniej zależni od poszczególnych dostawców (KE, 2006c).

Podział ryzyka i korzyści między zamawiających i wykonawców w zamówieniach przedkomercyjnych oznacza również, że zamawiający mogą negocjować niższe opłaty licencyjne za użytkowanie opracowanego rozwiązania w zamian za przekazanie praw własności intelektualnej dostawcom. Techniki zarządzania ryzykiem stosowane w zamówieniach przedkomercyjnych mogą również przyciągnąć firmy z kapitałem inwestycyjnym szukające perspektyw oferowanych przez małe i średnie przedsiębiorstwa zaangażowane w projekty zamówień przedkomercyjnych. Jednocześnie, wsparcie ze strony rynku kapitału inwestycyjnego daje większe „bezpieczeństwo" zamawiającym, którzy będą dokonywać zakupu od małych i średnich przedsiębiorstw. Co więcej, kapitał inwestycyjny oferuje małym i średnim przedsiębiorstwom, które dostaną zamówienie „pierwszego klienta" stabilność finansową pozwalającą zrealizować to zamówienie. Możliwości małych i średnich przedsiębiorstw można również zwiększać włączając w model zamówień przedkomercyjnych możliwość podwykonawstwa.

Rozwój zamówień przedkomercyjnych sprzyjać będzie zwiększeniu udziału MŚP mogą korzystać z zamówień przedkomercyjnych poprzez podział ryzyka (uwzględniając ich bardziej ograniczone możliwości inwestycyjne), stopniowy wzrost (rozmiarów i doświadczenia) na każdym etapie procesu badawczo-rozwojowego oraz usprawniony proces składania zamówień w porównaniu do zamówień tradycyjnych.

W zamówieniach przedkomercyjnych, zamawiające podmioty publiczne nie określają konkretnego rozwiązania badawczo-rozwojowego, które należy opracować, ale wyłaniają różne propozycje rozwiązań problemu interesu publicznego różnych wykonawców. Sytuacja, gdy wykonawcy konkurują ze sobą i ocena za i przeciw wszystkich rozwiązań na kolejnych etapach ich opracowywania (projekt rozwiązania, prototyp, testy sprzętu) to konkurencyjna metoda tworzenia produktów i usług, które najlepiej odpowiadają potrzebom sektora publicznego.

6. Zamówienia przedkomercyjne w Unii Europejskiej na tle rozwiązań światowych

Modele zamówień przedkomercyjnych odgrywają istotną rolę w pobudzaniu innowacyjności gospodarek Stanów Zjednoczonych oraz większych gospodarek azjatyckich. Zapotrzebowanie publicznych podmiotów zamawiających na nowe, innowacyjne produkty i usługi wymagające badań i rozwoju jest ok. 20 razy wyższe w USA niż w Europie sięgając ok. 50 miliardów dolarów. Te wysiłki w USA nie są napędzane wyłącznie programami związanymi z obronnością, takimi jak projekt Defence Acquisitions Performance Assessment (DAPA), ale również podobnymi programami w sektorach „cywilnych" — energetyce, transporcie, zdrowiu i bezpieczeństwie koordynowanymi w ramach programu

Small Business Innovation Research (SBIR) (2006a). Poprzez takie programy z dostępem ograniczonym do krajowych wykonawców, sektory publiczny i prywatny dzielą ryzyko oraz korzyści od wczesnych etapów przedkomercyjnego przygotowania produktu do etapu, gdy produkt jest gotowy do wprowadzenia na rynek. Połączenie popytu i komercjalizacji nastawionej na eksport zapewnia wprowadzenie i rozpropagowanie nowo opracowanych technologii we wszystkich sektorach na szczeblu lokalnym i globalnym. Strategiczne wykorzystanie zamówień publicznych umożliwia sektorowi publicznemu w USA i Azji szybsze wprowadzanie innowacji niż w Europie. Otwiera również nowe rynki wiodące prym w wybranych obszarach, w których pożądana jest konkurencyjność na skalę międzynarodową (np. w obszarze ICT).

Tymczasem Europa polega głównie na instrumentach strony podażowej polityki B+R, takich jak subsydiowanie badań i rozwoju w celu finansowego stymulowania przemysłu do podjęcia badań i rozwoju zgodnych z interesem usług publicznych. Nawet przy uzupełnieniu środkami ułatwiającymi wprowadzenie na rynek, zbyt mało tych projektów kończy się w praktyce ich komercjalizacją. Europejski sektor publiczny coraz rzadziej występuje w roli pierwszego klienta, stymulującego innowacyjność przedsiębiorstw przez stronę popytową. Aby konkurować ze Stanami i Azją, UE musi przyjąć alternatywne mechanizmy polityki popytowej, takie jak zamówienia przedkomercyjne, które stymulują innowacyjność w sektorze publicznym przy jednoczesnym zachowaniu zasady konkurencyjności i otwartości rynku dla produktów gotowych pod względem komercyjnym.

W Unii Europejskiej podjęte zostały pierwsze próby zaimplementowania rozwiązań amerykańskich, aczkolwiek z różnymi efektami. Brytyjski program Small Business Research Initiative (SBRI), zainicjowany w 2001 roku, miał być odpowiednikiem amerykańskiego SBIR. Program nie odniósł sukcesu, co w dużym stopniu przypisuje się dobrowolnemu uczestnictwu w programie (inaczej niż w USA, gdzie taki obowiązek istnieje) oraz brakowi wyodrębnienia specjalnego funduszu finansującego zwłaszcza fazę B+R po wykonaniu prototypu (takim funduszem dysponuje amerykański SBIR). Podobne doświadczenia niesie za sobą duński SBIR, zainicjowany w 2004, który wzorowany był na rozwiązaniach brytyjskich.

Innym krajem europejskim, który podjął działania w sferze przedkomercyjnych zamówień publicznych była Holandia. W Holandii w 2001 r. opublikowano dokument strategiczny pt *Plan Działań na rzecz profesjonalnych zamówień publicznych i zaopatrzenia*, który wyraźnie precyzuje rolę zamówień innowacyjnych w polityce zamówień publicznych. W 2004 r. rząd holenderski uruchomił pilotażową wersję SBIR i powierzył jej realizację agencji wykonawczej Ministerstwa Spraw Gospodarczych SenterNovem. Doświadczenia z realizacji tego programu w Holandii są obiecujące, zwłaszcza w kontekście uczestnictwa firm z sektora małych i średnich przedsiębiorstw. Aż 83% firm przystępujących do przetargów w zakresie przedkomercyjnych zamówień publicznych to firmy małe zatrudniające poniżej 50 pracowników. Wszystkie kontrakty podpisano z firmami o liczbie pracowników mniejszej niż 100 osób. Firmy wygrywające przetargi współpracowały w pierwszej fazie procedury zamówienia przedkomercyjnego (studium wykonalności) z innymi firmami (w tym głównie małymi) — 42%, instytutami badawczymi — 18% lub zarówno innymi firmami jak i instytutami badawczymi — 29%. W 2005 r. rozpoczęło działalność centrum wiedzy na temat zamówień publicznych pod nazwą Pianoo. Wśród

realizowanych przez nie działań należy wymienić dostarczanie wiedzy i informacji na temat innowacyjnych zamówień publicznych, jak również wymiana wiedzy pomiędzy publicznymi podmiotami zamawiającymi reprezentującymi różne sfery władzy. Jednym z realizowanych działań jest Platforma Innowacyjna stanowiąca wspólną inicjatywę sektora rządowego i sektora przemysłu. Jedną ze zgłoszonych propozycji jest realizacja konkretnych działań w oparciu o wyodrębniony budżet w wysokości 2,5% ogólnego budżetu przeznaczonego na realizację zamówień publicznych zarezerwowany na towary i usługi nie istniejące jeszcze na rynku (htpp://www.pianoo.nl).

Inny przykład zamówień przedkomercyjnych stanowi postępowanie dotyczące innowacyjnych urządzeń telekomunikacyjnych, realizowane w 2001 r. w Wielkiej Brytanii. Agencja Dróg i Autostrad przeprowadziła przetarg na opracowanie i instalację wyświetlanych komunikatów drogowych służących informowaniu kierowców o rekomendowanej prędkości, dostępności pasów ruchu, warunkach drogowych, warunkach pogodowych itp. Stare znaki drogowe miały bardzo ograniczoną elastyczność wprowadzania zmian w wyświetlanych komunikatach. Inaczej niż w przypadku uprzednio realizowanych procedur przetargowych, Agencja określiła specyfikację produktową w postaci, która dawała dostawcom możliwość kontynuowania prac rozwojowych nad ich produktami. Przyniosło to efekt w postaci zmniejszonych kosztów i zdecydowanie lepszych parametrach technicznych (możliwość generowania nie tylko tekstu, lecz także grafiki). Uzyskany innowacyjny produkt znalazł zastosowanie w wielu krajach europejskich, w tym w Polsce (htpp://www.proinno-europe.eu).

7. Wnioski końcowe

Przeprowadzona wstępna ocena powiązań między zamówieniami publicznymi, w tym zwłaszcza przedkomercyjnymi, a innowacyjnością przedsiębiorstw potwierdza ogromne, aczkolwiek jak dotąd nie wykorzystane w dostatecznym zakresie możliwości oddziaływania zamówień publicznych na innowacyjność przedsiębiorstw. Wzmocnienie zamówień publicznych jest jednym ze sposobów, dzięki którym państwa członkowskie Unii Europejskiej, w tym Polska, mogą zwiększyć swój udział w innowacji i badaniach, wymaga to jednak większego zakresu współdziałania między zamawiającymi a wykonawcami. Kluczowy dla zamówień publicznych jako instrumentu kreowania innowacyjności jest tzw. inteligentny klient, który byłby świadomy potencjału nowych rozwiązań, a także byłby w stanie specyfikować i zarządzać kontraktami tego rodzaju, niezależnie od fazy cyklu życia produktu.

Zamówienia przedkomercyjne stanowią poważną — aczkolwiek niedostatecznie wykorzystywaną — siłę napędową dla wzrostu sterowanego przez innowacje w UE, cechując się znacznym potencjałem w zakresie realizacji łatwo dostępnych usług publicznych wysokiej jakości, np. opieki zdrowotnej czy transportu, a także w zakresie podejmowania wyzwań społecznych, jakimi są zmiana klimatu, zrównoważone źródła energii i starzenie się populacji.

Zamówienia przedkomercyjne mają wielki potencjał, będąc dalszym krokiem w kierunku utrwalania innowacyjnych zamówień, jednak wymagają działań popularyzujących je. Należy przy tym wykształcić specjalistyczne umiejętności w zakresie zamówień

oraz potrzebę sponsorowania przez państwa członkowskie — na zasadzie partnerstwa z przedsiębiorstwami, uczelniami i centrami szkoleń — działalności szkoleniowej w celu rozwijania narzędzi zarządczych. Integralną część skuteczności zamówień przedkomercyjnych stanowi przekazywanie wiedzy między technologicznie innowacyjnymi uniwersytetami, centrami badawczymi i organami zamawiającymi. Należy zatem promować innowacje poprzez włączanie wszystkich zainteresowanych stron, w tym uniwersytetów, instytutów badawczych i innych organów zajmujących się promowaniem rozwoju gospodarczego, tak aby silniej zaangażować władze publiczne w przedsiębiorczość opartą na innowacyjności. Rozwojowi zamówień przedkomercyjnych sprzyjać powinno szersze wykorzystanie elektronicznych systemów zamówień publicznych. Sprzyjać temu będzie szersza wymiana dobrych praktyk, szeroko zakrojona akcja edukacyjna, promocyjna i informacyjna.

Literatura

26. *Biuletyny Informacyjne UZP* z lat 2007-2009
27. Dalpé R. (1994), *Effects of Government Procurement on Industrial Innovation*, Technology in Society, No 16 (1)
28. *Demand as a driver of innovation — towards a more effective European Innovation Policy* (2006), Discussion note to the informal meeting of the competitiveness ministers, Jyvaskala, Finland, 10–11.07.2006
29. Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, OJ L 134/1, 30.04.2004 r.
30. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, OJ L 134/114, 30.04.2004 r.
31. Edler J., L. Georghiou (2007), *Public Procurement and Innovation — Resurrecting the Demand Side*, Research Policy, No 36
32. Edquist C., L. Hommen, L. Tsipouri (2000), *Public Procurement and Innovation Theory*, [w:] C. Edquist, L. Hommen, L. Tsipouri (red.) *Public Technology Procurement and Innovation*, Economics of Science, Technology and Innovation, 5–70
33. Fraunhofer Institute for Systems and Innovation Research (2005), Innovation and Public Procurem*ent. Review of Issues At Stake*. Final Report for European Commission, ENTR/03/24
34. Geroski P. A. (1990), *Procurement Policy as a Tool of Industrial Policy*, International Review of Applied Economics, No 4 (2)
35. Komisja Europejska (2006), *Creating an Innovative Europe — Report of the Independent Expert Group on R&D and innovation appointed following the Hampton Court Summit and chaired by Mr. Esko Aho*, EUR 22005

36. Komisja Europejska (2006a), *Pre-commercial Procurement of Innovation. A missing link in the European innovation cycle*, Bruksela, marzec 2006

37. Komisja Europejska (2006b), *Pre-commercial procurement. Public sector needs as a driver of innovation*, 04/09/2006

38. Komisja Europejska (2006c), *Building together innovative solutions that meet public needs*, 04/09/2006

39. Komunikat Komisji Europejskiej do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Gospodarczo-Społecznego i Komitetu Regionów (2006), *Putting knowledge into practice: A broad-based innovation strategy for the EU (Wykorzystanie wiedzy w praktyce: szeroko zakrojona strategia innowacyjna dla UE),* COM(2006) 502

40. Komunikat Komisji Europejskiej do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Gospodarczo-Społecznego i Komitetu Regionów (2007), *Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe (Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie)*, SEC (2007) 1668

41. Konkluzja Rady Unii Europejskiej (2008), *A fresh impetus for competitiveness and innovation of the European Economy*, nr 2871, 29-30.05.2008, Bruksela

42. Ministerstwo Gospodarki, Urząd Zamówień Publicznych, *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*, Warszawa, 19.03.2008 r.

43. Porter M. E. (1991), *America's Green Strategy*, Scientific American, No 264 (4), s. 168

44. Pro Inno Europe (2007), *Guide on dealing with innovative solutions in public procurement. 10 elements of good practice,* SEC(2007) 280

45. Rezolucja Parlamentu Europejskiego (2009), *Pre-commercial procurement: driving innovation to ensure sustainable high-quality public services in Europe (Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie)*, 2008/2139 (INI), 3.02.2009, Strasburg

46. Rothwell R. (1984), *Technology Based Small Firms and Regional Innovation Potential: the Role of Public Procurement*, Journal of Public Policy, Nr 4 (4)

47. Rothwell R., W. Zegveld (1981), *Industrial Innovation and Public Policy: Preparing for the 1980s and the 1990s*, Londyn

48. Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych, OJ L 314/64, 1.12.2009 r.

49. *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2008 roku* (oraz w latach 2000–2007), UZP, Warszawa 2009 (i wcześniejsze)

50. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz.U. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.

BARIERY MAŁYCH I ŚREDNICH PRZEDSIĘBIORSTW NA RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W POLSCE — ANALIZA SYSTEMOWA

mgr Wiktor Płóciennik
doktorant Uniwersytetu Łódzkiego

Wstęp

Ostatnia dekada XX wieku to okres intensywnego rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw w Europie Zachodniej. Potrafiły one wykorzystać sprzyjające warunki jakie pojawiły się w gospodarce państw Unii Europejskiej. B. Piasecki opisuje ten okres następująco. „Rozwój sektora MŚP w krajach UE w latach osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych był wynikiem działania wielu czynników, wśród których wymienić należy: zmiany w technologii produkcji i metodach zarządzania, wzrost poziomu życia oraz wzmożenie ze strony dużych organizacji działań zmierzających do obniżenia aktywności. W związku z powyższym, na przestrzeni ostatnich lat wzrosła rola jaką sektor MŚP odgrywa w rozwoju gospodarczym kraju[453]". W Polsce rozwój małych i średnich przedsiębiorstw rozpoczął się wraz z transformacją ustrojową przełomu lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku. Duża nadwyżka popytu nad podażą oraz relatywnie miała konkurencja pozwoliły przedsiębiorstwom sektora MŚP na szybkie zdobywanie rynku, a tym samym na dynamiczny rozwój.

Jednym ze sposobów zdobywania rynku przez małych i średnich przedsiębiorców jest ich aktywność na rynku zamówień publicznych. Z uwagi na swoją rosnącą wartość, znaczący udział w Produkcie Krajowym Brutto oraz różnorodność udzielanych zamówień publicznych rynek ten jest niezwykle istotny z punktu widzenia pozyskiwania kontraktów. Dane liczbowe o rynku zamówień publicznych w Polsce w latach 2000–2008 przedstawia tabela 1.

Tabela 1. Wartość rynku zamówień publicznych w Polsce na tle PKB w latach 2000–2008

Rok	PKB		Wartość rynku zamówień publicznych			
	mln zł	2000 = 100,0	mld zł	2000 = 100,0	rok poprzedni = 100,0	udział w PKB (w %)
2000	744 378	100,0	23,0	100		3,09
2001	779 564	104,7	23,9	103,9	103,9	3,07
2002	808 578	108,6	35,0	152,2	146,4	4,33
2003	843 156	113,3	37,0	160,9	105,7	4,39
2004	924 538	124,2	48,0	208,7	129,7	5,19
2005	983 302	132,1	68,1	296,1	141,9	6,93

[453] B. Piasecki, A. Rogut, D. Smallbone „Wpływ integracji Polski z Unią Europejską na sektor MŚP", Polska Fundacja Promocji i Rozwoju Małych i Średnich Przedsiębiorstw, Warszawa 2000 r., s. 23.

2006	1 060 031	142,4	79,6	346,1	116,9	7,51
2007	1 176 737	158,1	103,1	448,3	129,5	8,76
2008	1 272 838	171,0	109,5	476,1	106,2	8,60%

Źródło: opracowanie własne autora na podstawie danych GUS i UZP.

Warunki funkcjonowania małych i średnich przedsiębiorstw z uwagi na ich mniejszą stabilność ekonomiczną w porównaniu z dużym podmiotami gospodarczymi są relatywnie trudniejsze. Narażone są one na wiele czynników wpływających destruktywnie na ich funkcjonowanie. Jednakże z punktu widzenia interesów państwa rozwój sektora MŚP jest koniecznym składnikiem zrównoważonego rozwoju gospodarki jako całości. Konieczne jest zatem stworzenie odpowiedniego systemu wspierania małych i średnich przedsiębiorstw, którego działanie pozwoliłoby tym podmiotom gospodarczym na pokonywanie trudności spowalniających rozwój sektora MŚP. Istotnym elementem tego systemu powinno być przyjęcie rozwiązań sprawiających, że dostęp małych i średnich przedsiębiorstw do rynku zamówień publicznych będzie możliwie ułatwiony.

W sytuacji opisanej powyżej, celem niniejszego opracowania jest dokonanie analizy rozwiązań prawnych polskiego systemu zamówień publicznych oraz innych uwarunkowań które pozwolą zidentyfikować bariery jakie napotykają podmioty sektora MŚP ubiegające się o zamówienia publiczne.

1. Bariery wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych oraz sposobu korzystania z jej postanowień

1.1. Wielkość przedmiotu zamówienia

Jedną z pierwszych czynności, którą wykonuje przedsiębiorca ubiegający się o kontrakt udzielany poprzez system zamówień publicznych jest wybór postępowania w którym chciałby złożyć ofertę. W tym celu konieczne jest odszukanie ogłoszeń o zamówieniach zawierających niezbędne informacje o wszczętych postępowaniach przetargowych. Zgodnie z art. 40 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. z późn. zm.[454]) ogłoszenia o zamówieniu umieszczane są między innymi w oficjalnym publikatorze jakim jest Biuletyn Zamówień Publicznych udostępniany na Portalu Urzędu Zamówień Publicznych oraz w przypadku zamówień o wartości przekraczającej kwoty progowe określone rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795) w biuletynie TED — Tenders Electronic Daily stanowiącym suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej wydawanego przez Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich[455].

---

454 Dalej zwana Pzp lub ustawa.

455 W literaturze nazywany również zgodnie ze swym anglojęzycznej akronimem OPOCE — Office for Official Publications of the European Communities.

Alternatywną możliwością jest skorzystanie z wybranego z komercyjnego serwisu oferującego ogłoszenia o zamówieniach.

Analizując treść ogłoszeń o zamówieniach przedsiębiorca wybiera te, których realizacją jest zainteresowany. Selekcji ogłoszeń dokonuje biorąc pod uwagę wiele różnorodnych kryteriów, a w szczególności:

- przedmiot zamówienia, w tym zwłaszcza jego wielkość,
- termin realizacji,
- warunki udziału w postępowaniu oraz
- pozostałe okoliczności mające wpływ na realizację zamówienia, które wykonawcy ubiegający się o zamówienie muszą zaakceptować.

Wielkość zamówienia ma zatem bardzo istotne znaczenie dla potencjalnego wykonawcy chcącego wziąć udział w danym postępowaniu. Jest ona jednocześnie pierwszym parametrem, który weryfikuje potencjał wykonawcy ograniczając możliwość ubiegania się o zamówienie podmiotom, które z dużym prawdopodobieństwem mogłyby nie sprostać realizacji danego zamówienia. Z prakseologicznego punktu widzenia nie ma w tym niczego niestosownego, jednakże pamiętając o korzyściach jakie odnosi gospodarka poprzez rozwój małych i średnich przedsiębiorstw konieczne jest rozważenie, czy arbitralne decyzje zamawiających dotyczące zakresu, a tym samym wartości zamówienia, nie ograniczają niepotrzebnie możliwości ubiegania się o kontrakty przez sektor MŚP jedynie do części rynku zamówień o najmniejszych wartościach. Aspekt ten jest o tyle istotny, iż wraz z akcesją Polski do Unii Europejskiej dzięki napływowi środków finansowych rozpoczęto realizację inwestycji o większej złożoności, a tym samym o większej wartości niż miało to miejsce wcześniej. Tendencja ta jest widoczna przede wszystkim w zamówieniach na roboty budowlane. Zamknięcie drogi do tych zamówień małym i średnim przedsiębiorcom mogłoby przynieść szkody dla rozwoju gospodarczego naszego kraju[456].

Z punktu widzenia zamawiającego można zrozumieć tendencję do udzielania mniejszej liczby zamówień o relatywnie większej wartości jednostkowej, gdyż taka polityka ma z jego perspektywy istotne zalety. Po pierwsze zamawiający może przeprowadzić mniejszą liczbę postępowań przetargowych. Skraca dzięki temu czas realizacji projektu, minimalizuje skutki opóźnień poprzez nadmierne stosowanie środków ochrony prawnej przez wykonawców oraz ogranicza angażowanie własnych zasobów w prowadzenie dodatkowych procedur przetargowych. Po drugie w omawianym przypadku nie występuje konieczność koordynacji realizacji zamówienia wykonywanego przez kilka podmiotów. Ponadto prostsze jest egzekwowanie ewentualnych zobowiązań z tytułu gwarancji i rękojmi. Jedyną istotną słabą stroną takiego rozwiązania jest ograniczenie konkurencji wykonawców w ubieganiu się o zamówienie, a tym samym niebezpieczeństwo uzyskania relatywnie wyższej ceny oferty w postępowaniu. Niebezpieczeństwo to nie jest jednak

[456] Budownictwo jest jednym z sektorów w którym właścicielami dużych przedsiębiorstw i korporacji międzynarodowych są podmioty zagraniczne. Podmioty sektora MŚP są natomiast w zdecydowanej większości własnością kapitału polskiego.

dla zamawiającego dolegliwe tak długo jak ceny ofert uznawanych za najkorzystniejsze w postępowaniach nie przekraczają środków jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Zwróćmy uwagę, iż Prawo zamówień publicznych nie zabrania co do zasady dzielenia zamówienia publicznego na mniejsze części w celu ułatwienia dostępu do zamówień relatywnie mniejszym przedsiębiorcom. Zabronione jest jedynie takie dzielenie zamówienia na części, którego celem jest uniknięcie stosowania przepisów ustawy[457]. Tym samym zamawiający mają dużą możliwość przygotowania postępowań w sposób umożliwiający udział małych i średnich przedsiębiorstw.

1.2. Wadium i zabezpieczenie należytego wykonania umowy

Określenie wysokości wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy należy do wyłącznych kompetencji zamawiającego. W ustawie określone są wielkości graniczne obu tych instrumentów liczone jako procent od wartości zamówienia lub ceny oferty. Wadium nie może być większe niż 3% wartości zamówienia, a zabezpieczenie należytego wykonania umowy zawiera się w przedziale od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Ponadto ustawa zawiera katalog ośmiu form w jakich mogą być one wnoszone. W praktyce najczęściej stosowane są trzy: pieniądz, gwarancja bankowa oraz gwarancja ubezpieczeniowa.

Istotniejszą w przypadku rozpatrywania barier sektora MŚP w postępowaniach o zamówienia publiczne jest kategoria zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Kwestia wadium jest o wiele mniej istotna, gdyż w przypadku braku pieniądza przedsiębiorca może skorzystać z dość szerokiej i względnie dostępnej oraz akceptowalnej finansowo oferty np. gwarancji ubezpieczeniowych lub bankowych. Warto jednak zwrócić uwagę, iż w obecnie obowiązującym stanie prawnym w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż wartości progowe zapisane w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795) zamawiający nie jest zobligowany do żądania wadium od wykonawców. Oznacza to, iż zdecydowana większość zamówień będących w polu zainteresowania małych i średnich przedsiębiorstw mogłaby być udzielana bez konieczności wnoszenia wadium. Niestety praktyka pokazuje, iż zamawiający nie są skłonni stosować na dużą skalę takiego rozwiązania.

Innym z punktu widzenia wykonawców problemem związanym z wadium jest dyspozycja art. 46 ust. 4a Pzp nakazująca zatrzymanie wadium wykonawcy, który nie złożył na wezwanie dokumentów, oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub pełnomocnictw. Sam zamysł ustawodawcy wprowadzenia do systemu zamówień publicznych takiego rozwiązania uzasadniany doniesieniami o pojawiających się z powodu niskiego poziomu konkurencyjności w postępowaniach zmowach cenowych budził kontrowersje wśród uczestników rynku. Jednakże po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzającym, „iż w art. 46 ust. 4a Pzp chodzi o brak „fizyczny" dokumentu lub oświadczenia, tzn. nie uzupełnienie, a nie także o brak w rozumieniu złożenia dokumentu nie potwier-

[457] Art. 32 ust. 2 Pzp.

dzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Inne rozumienie tego zagadnienia w kontekście art. 24 ust.2 pkt 4 wynika m.in. z faktu, że inne są przesłanki w tym przepisie i wskazanym powyżej, jak również inny był cel jego wprowadzenia. Odmienne rozumienie art. 46 ust. 4a Pzp doprowadziłoby bowiem do sytuacji tego rodzaju, iż przy każdej niejasności lub braku precyzji w SIWZ, czy też w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający mógłby zatrzymać wadium wraz z odsetkami[458]" stracił on w znacznym stopniu zakładane przez ustawodawcę znaczenie. Jednak jego obowiązywanie powoduje komplikacje w sprawnym przebiegu postępowań oraz generuje dodatkowe zajęcia zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców. Ponadto występujący w praktyce brak precyzji zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia powoduje często nieporozumienia co do sposobu potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Sytuację dodatkowo komplikuje fakt, iż w przypadku zatrzymania wadium wykonawca nie może skorzystać ze środków ochrony prawnej przewidzianej w ustawie. Tym samym w przypadku kwestionowania zasadności decyzji zamawiającego pozostaje tradycyjna droga sądowa trwająca znacznie dłużej niż wynoszą terminy w procedurze udzielania zamówień publicznych. W przypadku małych i średnich przedsiębiorstw zamrożenie środków zatrzymanych przez zamawiającego może powodować duże komplikacje w działalności przedsiębiorcy, aż do zachwiania płynności finansowej włącznie. W takiej sytuacji uzyskanie zadowalającego wyroku sądu cywilnego po relatywnie długim czasie może nie wyczerpywać zasady naprawienia szkody spowodowanej arbitralną decyzją zamawiającego, gdyż przedmiotowy przedsiębiorca po utracie płynności finansowej ogłosić musiał upadłość i zakończyć swoją działalność gospodarczą.

Znacznie istotniejszą barierą dla sektora MŚP jest konieczność wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zgodnie z art. 150 ust. 2 Pzp jego wysokość ustalana procentowo od całkowitej ceny podanej w ofercie w przedziale od 2% do 10%. Oznacza to, że kwota należytego zabezpieczenia umowy może różnić się w danym postępowaniu aż pięciokrotnie. Możemy domniemywać, że intencją ustawodawcy w tym przypadku było stworzenie zamawiającemu możliwości ustalania wysokiego w ujęciu procentowym zabezpieczenia w przypadku zamówień o względnie niskiej wartości, tak aby miało ono realną wartość dla wnoszącego je wykonawcy i ewentualnego beneficjenta oraz procentowo niskiej wartości w przypadku bardzo dużych zamówień, gdzie każdy jeden punkt procentowy żądanego zabezpieczenia należytego wykonania umowy oznaczać może automatyczny, istotny wzrost ceny ofert składanych przez wykonawców w postępowaniu, którzy najprawdopodobniej wkalkulują koszty zabezpieczenia w cenę swoich ofert. Zamysł ten był niewątpliwie zamysłem słusznym, jednak w rezultacie pozostawienie zamawiającemu pełnej dowolności w obrębie przytoczonej skali procentowej w ustalaniu wysokości zabezpieczenia może on powodować barierę trudną do przebycia przez niektóre przynajmniej podmioty sektora MŚP. Postępowania, których przedmiot i charakter w pełni predysponuje małe i średnie przedsiębiorstwa do ubiegania się o udzielane w nich zamówienia, zawierają bardzo wysokie, a często najwyższe możliwe wartości procentowe zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Tym samym stwarzana jest niepotrzebna dodatkowa bariera w ubieganiu się o zamówienie, gdyż zgodnie z obecnym brzmieniem art. 24a Pzp wykonawca wyrządzający szkodę zamawiającemu nara-

458 KIO/UZP 1530/08.

żony jest na sankcję eliminującą go z dalszego ubiegania się o zamówienia publiczne. Ponadto zamawiający ma możliwość ubiegania się o rekompensatę poniesionych szkód na drodze postępowania sądowego.

Ponadto warto zauważyć, iż zgodnie z obowiązującym stanem prawnym, podobnie jak w przypadku wadium zamawiający nie jest zobligowany do żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy[459]. Tym samym wiele zamówień o relatywnie niższej wartości może być zwolnionych z obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wpłynęło by to korzystnie na płynność finansową przedsiębiorstw. O tym że jest to problem istotny świadczy fakt, iż ustawodawca chcąc dodatkowo polepszyć płynność finansową przedsiębiorstw działających na rynku zamówień publicznych wprowadził ostatnio do ustawy przepis umożliwiający wypłacanie wykonawcom zaliczek[460].

1.3. Warunki podmiotowe w postępowaniach oraz potwierdzanie ich spełnienia przez wykonawców

Kolejnym czynnikiem który należy rozpatrzeć przy identyfikacji teoretycznej barier sektora MŚP w zamówieniach publicznych, jest kwestia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, których zamawiający może żądać od wykonawców. Zamknięty katalog tych dokumentów zawarty jest w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Ponieważ art. 26 ust 2 Pzp zezwala zamawiającemu na mocy jego własnej, arbitralnej decyzji na odstąpienie od żądania tych dokumentów ograniczając się jedynie do żądania stosownego oświadczenia wykonawcy wydawałoby się, że barierę związaną z koniecznością załączania do oferty dużej liczby dokumentów, o których mowa powyżej, można łatwo zniwelować. Jednak w praktyce często zamawiający chcąc się asekurować nie korzystają z tego przepisu zmuszając tym samym wykonawców do kompletowania, aktualizowania i załączania do ofert wielu dokumentów, które na mocy obowiązującego prawa nie są niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia postępowania.

W celu dalszej identyfikacji bariery dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu rozważymy problem zdobycia tych dokumentów przez przedsiębiorców biorących udział w postępowaniach. Możemy przyjąć założenie, iż uciążliwość w zdobywaniu i aktualizowaniu dokumentów o których mowa jest odwrotnie proporcjonalna do wielkości przedsiębiorstwa. Związane jest to z tym, że duże przedsiębiorstwa posiadają najczęściej dedykowane struktury lub przynajmniej osoby zajmujące się przygotowaniem ofert od strony formalnej, dbające najczęściej o systematyczną aktualizację posiadanych dokumentów. W przypadku podmiotów mniejszych oraz mikrofirm ciężar zdobycia aktualnych dokumentów spada najczęściej na właściciela przedsiębiorstwa, który jest jednocześnie obciążony wieloma innymi zadaniami.

---

459 Art. 147 ust. 1 Pzp.

460 Ustawa z 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych wprowadziła do ustawy Prawo zamówień publicznych art. 151a stwarzający możliwość udzielania zaliczek wykonawcom.

Dodatkowym aspektem tego samego problemu, który na marginesie chciałbym zasygnalizować jest instytucja społeczeństwa informacyjnego oraz wykorzystanie e-technologii w administracji publicznej, w szczególności w zamówieniach publicznych. Wprowadzenie do masowego użytku e-zaświadczeń, możliwych do weryfikacji „on-line" umożliwiłoby częściową niwelację barier o których mowa powyżej. Pierwsze kroki w tym kierunku zostały już poczynione. Wprowadzono możliwość prowadzenia korespondencji drogą elektroniczną za zgodą zamawiającego. Innym interesującym instrumentem jest tryb udzielania zamówienia — licytacja elektroniczna. Jego wykorzystanie przez zamawiających jest jak dotychczas dość ograniczone. Pozostaje mieć nadzieję, że kolejne zmiany ustawowe przyczynią się do zwiększenia zakresu obligatoryjnego stosowania technologii teleinformatycznych w procedurze zamówień publicznych.

Kolejną ważną grupą barier dla małych i średnich przedsiębiorców jest restrykcyjność formułowanych przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 22 Pzp wykonawcy ubiegający się o zamówienie powinni posiadać konieczne do tego uprawnienia, odpowiednią wiedzę i doświadczenie, dysponować odpowiednim potencjałem technicznym i osobowym oraz znajdować się w odpowiedniej, umożliwiającej wykonanie zamówienia, sytuacji ekonomicznej i finansowej. Ze względu na konieczny w tym przypadku blankietowy charakter przepisu obowiązek sprecyzowania powyższych warunków oraz sposobu potwierdzenia ich spełnienia przez uczestników postępowania spoczywa na zamawiającym. Z oczywistych względów warunki te powinny być adekwatne do danego postępowania. Samo stawianie warunków udziału w postępowaniu ma w założeniu spowodować niemożność ubiegania się o zamówienia podmiotów, które nie mają możliwości podołania ich realizacji. Z powodu ogromnej różnorodności postępowań o zamówienia publiczne, nie ma możliwości sformułowania przepisów pozwalających na standaryzację i unifikację stawianych warunków podmiotowych. Dlatego ustawodawca pozostawił pełną dowolność w tym zakresie zamawiającemu . Oznacza to, iż sprawne działanie tego mechanizmu zależy od umiejętności oraz rozsądku osób formułujących kryteria podmiotowe ze strony zamawiających. Konieczna jest tu bowiem rozwaga, gdyż postawienie zbyt liberalnych kryteriów może doprowadzić do sytuacji, że wybrany wykonawca okaże się podmiotem nie będącym w stanie wywiązać się z zawartej umowy. Z drugiej strony postawienie zbyt wygórowanych kryteriów podmiotowych doprowadzi do sytuacji w której nie będzie chętnych podmiotów do realizacji zamówienia publicznego lub uzyskane ceny w wyniku postępowań przetargowych będą wyższe, niż te które potencjalnie byłyby możliwe do uzyskania w przypadku poprawnego sformułowania kryteriów podmiotowych. W najlepszej sytuacji doprowadzi to do niegospodarnego wydatkowania środków publicznych, a w najgorszym przypadku uniemożliwi z powodu braku oferentów udzielenie danego zamówienia.

Wydawałoby się, że powyższe zależności między przyjętymi kryteriami, a wynikami postępowań są oczywiste. Jednak w praktyce nagminnie zdarzają się przypadki, gdzie w różnych postępowaniach zbliżonych do siebie pod względem przedmiotu zamówienia spotykamy znacznie zróżnicowane warunki podmiotowe stawiane potencjalnym wykonawcom. Autorowi nie są znane wyniki obiektywnych badań naukowych nad tym problemem. Jednak samo występowanie omawianej sytuacji może świadczyć o tym, że w tych postępowaniach w których stosowano zaostrzone kryteria podmiotowe dochodziło do dyskryminacji części wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

W analizie przyczyn omawianego zjawiska wskazać można na dwa wyjaśnienia. Po pierwsze, osoby odpowiadające za przygotowanie postępowań preferują wykonawców o dużym potencjale dających teoretycznie większą rękojmię sprawnego i bezproblemowego wykonania przedmiotu zamówienia. Wybór takiego wykonawcy ma gwarantować minimalną konieczność ingerencji przedstawicieli zamawiającego w realizację przedmiotu zamówienia, a tym samym przysparzać jak najmniej ewentualnych problemów, koniecznych do rozstrzygnięcia przez zamawiającego w toku procesu inwestycyjnego. Drugim wyjaśnieniem jest brak odpowiednich kompetencji osób odpowiedzialnych za przygotowanie i prowadzenie postępowania. W przypadku, gdy do braku kompetencji dochodzi również brak należytej staranności w przygotowaniu zapisów SIWZ oraz brak znajomości rynku przez zamawiającego wówczas z postępowania w sposób quasi jawny wyeliminowana zostaje część podmiotów będących w stanie wykonać dane zamówienie. W archiwum autora znajdują się np. SIWZ postępowań w których zamawiający żądał wykazania się środkami na rachunku bankowym lub zdolnością kredytową na kwotę równą cenie oferty, a jednocześnie w warunkach umowy zakładał miesięczne, częściowe fakturowanie wykonanych robót z trzydziestodniowym terminem płatności, natomiast okres realizacji zamówienia wynosił kilkanaście miesięcy[461]. Takie ustawianie warunków podmiotowych automatycznie powoduje niemożność przystąpienia do przetargu wykonawców o mniejszej zdolności kredytowej jakimi z reguły są podmioty należące do sektora MŚP.

Analizując powyższa grupę barier wynikających z systemu zamówień publicznych dostrzegamy jedną cechę wspólną. Ich uciążliwość dla uczestników postępowań przetargowych a przede wszystkim małych i średnich przedsiębiorstw zależy od arbitralnych decyzji zamawiającego korzystającego ze swobody formułowania warunków udziału w postępowaniach. Jest faktem oczywistym, iż mimo wszelkich możliwych działań nie da się stworzyć takich przepisów prawnych, by było one jednocześnie na tyle restrykcyjne, by chronić publiczne środki przed nadużyciami oraz jednocześnie na tyle elastyczne by nie wypaczać celowości i sensowności ich stosowania. Biorąc pod uwagę powyższe możemy zatem wyciągnąć wniosek, iż jednym możliwym sposobem niwelowania powyższych barier jest inwestycja w podnoszenie kwalifikacji przez personel zamawiających odpowiedzialny za przygotowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tylko odpowiednia wiedza i doświadczenie tych osób oraz świadomość istnienia związku pomiędzy sytuacją podażową wolnych mocy wytwórczych na rynku, względną restrykcyjnością warunków udziału w postępowaniu, a uzyskaną ceną najkorzystniejszej oferty może spowodować zachowanie właściwych proporcji pomiędzy wymienionymi elementami.

2. Bariery wynikające ze specyfiki małego i średniego przedsiębiorstwa

2.1. Płynność finansowa i zdolność kredytowa

Kolejną grupą barier które należy omówić to bariery wynikające ze specyfiki sektora MŚP. Definicje małego i średniego przedsiębiorstwa w polskim systemie prawnym znajdziemy w dwóch ustawach. Pierwsza z nich to ustawa z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie

[461] Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia znajduję się w posiadaniu autora.

działalności gospodarczej (Dz. U. nr 173 z 2008 r., poz. 1807, z późniejszymi zmianami). Według tej ustawy sektor małych i średnich przedsiębiorstwo możemy podzielić na trzy kategorie:

- mikroprzedsiębiorstwa — przedsiębiorstwa zatrudniające średniorocznie nie więcej niż 10 pracowników oraz osiągające roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 2 milionów euro lub sumy aktywów bilansu sporządzonego na koniec jednego z dwóch ostatnich lat obrotowych nie przekroczyły równowartości w złotych 2 milionów euro.

- małe przedsiębiorstwa — przedsiębiorstwa zatrudniające średniorocznie nie więcej niż 50 pracowników oraz osiągające roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 10 milionów euro lub sumy aktywów bilansu sporządzonego na koniec jednego z dwóch ostatnich lat obrotowych nie przekroczyły równowartości w złotych 10 milionów euro.

- średnie przedsiębiorstwa — przedsiębiorstwa zatrudniające średniorocznie nie więcej niż 250 pracowników oraz osiągające roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 50 milionów euro lub sumy aktywów bilansu sporządzonego na koniec jednego z koniec jednego z dwóch ostatnich lat obrotowych nie przekroczyły równowartości w złotych 43 milionów euro.

Drugim aktem prawnym definiującym sektor małych i średnich przedsiębiorstw jest ustawa o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości z dnia 9 listopada 2000 r. (Dz. U. nr 109 z 2000 r., poz. 1158 z późniejszymi zmianami). Artykuł 3 ust. 2 ustawy, który stanowi iż, „Ilekroć w ustawie jest mowa o mikroprzedsiębiorcy, małym lub średnim przedsiębiorcy, należy przez to rozumieć odpowiednio mikroprzedsiębiorcę, małego lub średniego przedsiębiorcę spełniającego warunki określone w załączniku I do rozporządzenia nr 70/2001/WE z dnia 12 stycznia 2001 r. w sprawie zastosowania art. 87 i 88 Traktatu WE w odniesieniu do pomocy państwa dla małych i średnich przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE L 10 z 13.01.2001), zmienionego rozporządzeniem nr 364/2004/WE z dnia 25 lutego 2004 r. (Dz. Urz. WE L 63 z 28.02.2004)". Do wspomnianego rozporządzenia 364/2004/WE z dnia 25 lutego 2004 r. wydany został załącznik I, który z dniem 1 stycznia 2005 r. zastąpił dotychczas obowiązujący załącznik I do rozporządzenia 70/2001. Zgodnie z art. 2 wspomnianego załącznika wyodrębnia się następujące kategorie przedsiębiorstw:

- mikroprzedsiębiorstwa — to przedsiębiorstwa, które zatrudniają mniej niż 10 pracowników oraz ich roczny obrót nie przekracza 2 milionów euro lub całkowity bilans roczny nie przekracza 2 milionów euro.

- małe przedsiębiorstwa — to przedsiębiorstwa, które zatrudniają mniej niż 50 pracowników oraz ich roczny obrót nie przekracza 10 milionów euro lub całkowity bilans roczny nie przekracza 10 milionów euro.

- średnie przedsiębiorstwa — to przedsiębiorstwa, które zatrudniają mniej niż 250 pracowników oraz ich roczny obrót nie przekracza 50 milionów euro lub całkowity bilans roczny nie przekracza 43 milionów euro.

Należy zwrócić uwagę, iż obie przytoczone definicje, chociaż bardzo podobne różnią się od siebie w kwestii kryterium zatrudnienia. Różnice wynikają z zastosowania zwrotów „nie więcej niż" oraz „mniej niż". W praktyce oznacza to różnicę w średniorocznym zatrudnieniu o jednego pracownika. Na podstawie powyższych definicji widzimy, iż podstawowym kryterium klasyfikacji przedsiębiorstw jest wielkość średniorocznego zatrudnienia oraz wielkość rocznych przychodów i sumy bilansowej.

Jednym z najbardziej istotnych problemów funkcjonowania podmiotów sektora MŚP jest kwestia finansowania ich działalności. Poziom prywatnych oszczędności oraz zakumulowany majątek prywatny będący w dyspozycji potencjalnego przedsiębiorcy nie jest na ogół wystarczający do podjęcia działalności gospodarczej w szerszym zakresie, a naturalna dla banków, zachowawcza polityka kredytowa wobec MŚP stanowi podstawową barierę w pozyskiwaniu kapitału. Powoduje to sytuację, w której podmioty sektora MŚP często mają problemy z płynnością finansową i zdolnością kredytową, co ewidentnie ogranicza ich rozwój. W tej sytuacji chwilowe perturbacje takie jak na przykład opóźnienie przez klienta zapłaty faktury o dużej wartości powodują natychmiastowe zagrożenie dla egzystencji firmy, zatory płatnicze oraz opóźnienia w regulacji zobowiązań podatkowych. Małe przedsiębiorstwa nie mają ponadto wystarczających środków na rozwój oraz wdrażanie nowości technologicznych.

Szereg MŚP ze względu na niskie zasoby kapitałowe czy problemy z płynnością nie jest w stanie wypełnić kryteriów otrzymania kredytów bankowych. Sytuację tę okresowo może zaostrzać pogorszenie się jakości portfeli kredytowych na skutek cyklu koniunkturalnego, co miało miejsce w ostatnich latach. Skutkuje to na ogół dalszym zaostrzeniem kryteriów dostępu do kredytów. Szczególnie duże problemy mają MŚP o dużym potencjale rozwoju pragnące rozwijać się bardzo szybko. Takie MŚP często oferując nieznane na rynku innowacyjne produkty, są zmuszone do formułowania dużo bardziej ryzykownych planów i strategii działania, niż ma to miejsce w przypadku innych MŚP. Tym samym nie poddają się one standardowym procedurom i analizom stosowanym w przypadku udzielania kredytów i pożyczek. W większości przypadków ryzykowne ale ambitne plany szybkiego rozwoju są bardzo niechętnie finansowane instrumentami dłużnymi, co powoduje, że zarówno system bankowy, jak już istniejący i rozwijający się system funduszy poręczeniowych i pożyczkowych są dla MŚP o dużym potencjale rozwoju mało przydatne[462].

Biorąc pod uwagę powyższe fakty należy położyć nacisk na ustanawianie przez zamawiających adekwatnych kryteriów udziału w postępowaniu oraz sposobu rozliczania się z wykonawcą w trakcie realizacji umowy. Stawianie restrykcyjnych wymagań w tym zakresie jest szczególnie uciążliwe w okresie słabszej koniunktury gospodarczej, kiedy to pogorszeniu ulega płynność finansowa przedsiębiorstw.

---

[462] Krajowy Fundusz Kapitałowy jako uzupełnienie systemu wspierania rozwoju sektora MŚP, Ministerstwo Gospodarki Pracy i Polityki Społecznej, Warszawa 2005 r., s. 4–5.

2.2. Kwalifikacje pracowników

Kolejną barierą wynikającą ze specyfiki małego i średniego przedsiębiorstwa jest poziom kwalifikacji pracowników. Wzrost kwalifikacji personelu jest jednocześnie jedną z podstawowych możliwości uzyskania przewagi konkurencyjnej przedsiębiorcy z sektora MŚP na rynku. Uzyskanie takiej przewagi wymaga jednak znacznych inwestycji w kapitał ludzki, a jej utrzymanie — odpowiednich nakładów finansowych pozwalających minimalizować rotację na kluczowych stanowiskach.

Sytuacja przedsiębiorcy jest jeszcze trudniejsza, gdy dany podmiot planuje dynamiczny rozwój. Wówczas nie wystarczy jedynie utrzymywać istniejące zasoby ludzkie. Konieczne jest zazwyczaj poszerzanie składu personelu. Często muszą to być osoby o specyficznych kwalifikacjach spotykanych relatywnie rzadko na rynku pracy, co już samo w sobie utrudnia ich pozyskanie przez podmioty sektora małych i średnich przedsiębiorstw. W tym wypadku barierą jest dostęp sektora MŚP do odpowiednio wykwalifikowanych zasobów ludzkich na lokalnym rynku pracy. Pamiętajmy, iż w przeciwieństwie do większości dużych firm i korporacji znaczna część podmiotów sektora MŚP ma siedzibę poza wielkimi aglomeracjami miejskimi. Tym samym dostępność pracowników o wysokich kwalifikacjach skoncentrowanych najczęściej w największych miastach jest dla tej grupy istotnie ograniczona. Sytuacja ta ma szczególne znaczenia przy ubieganiu się małych przedsiębiorców o zamówienia publiczne, gdzie bardzo często występuje konieczność udokumentowania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia[463]. Brak takich osób zatrudnionych na etatach nie jest co prawda przeszkodą uniemożliwiającą branie udziału w postępowaniach przetargowych. Wykonawca ma bowiem możliwość skorzystania z zasobów, w tym również z zasobów ludzkich, innych podmiotów na dwa sposoby. Pierwszy z nich to utworzenie konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Specyfika tego rozwiązania w warunkach działania MŚP zostanie omówiona poniżej. Drugi sposób to nowe rozwiązanie w systemie zamówień publicznych wprowadzone ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. nr 206 z 2009 r., poz. 1591). Daje ono możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych podmiotów trzecich, niezależnie od charakteru prawnego stosunków łączących wykonawcę ubiegającego się o zamówienie z tymi podmiotami. W stosunku do obowiązujących poprzednio rozwiązań systemowych ta regulacja ma charakter nowatorski. Daje ona bowiem możliwość uwiarygodnienia w oczach zamawiającego dowolnego przedsiębiorcy ubiegającego się o zamówienie przez podmioty trzecie. Co istotne, podmioty te nie muszą ponosić solidarnej odpowiedzialności wobec zamawiającego za realizację zamówienia, więc automatycznie ponoszą znacznie mniejsze ryzyko w porównaniu z formułą konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Powyższe rozwiązanie daje możliwość częściowej niwelacji barier związanych między innymi z trudnościami z pozyskaniem na rynku wykwalifikowanych pracowników przez sektor MŚP. Ponieważ jest to jednak rozwiązanie wprowadzone do systemu zamówień

463 Art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp.

publicznych stosunkowo niedawno brak jest w chwili obecnej opracowań mówiących o popularności tego rozwiązania w prowadzonych postępowaniach oraz o praktycznych problemach jego stosowania.

2.3. Konsorcjum ofertowe

Jak już o tym wspomniano, jedną z możliwości spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez małe i średnie przedsiębiorstwa jest konsorcjum ofertowe wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Jest to instytucja obecna w polskim systemie zamówień publicznych od dawna. Dzięki temu rozwiązaniu możliwe jest połączenie potencjałów, wiedzy oraz doświadczenia dwóch lub więcej przedsiębiorców, by w ten sposób wykazać przed zamawiającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Obecnie kwestię konsorcjum reguluje art. 23 ust. 1 Pzp. Ponadto ustawa stanowi, iż w przypadku uzyskania kontraktu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ponoszą oni „solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy oraz wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy"[464]. Przywołana solidarna odpowiedzialność jest jednocześnie barierą w masowym stosowaniu tego rozwiązania, zwłaszcza przez sektor MŚP. Należy bowiem pamiętać, iż bardzo często w przypadku chęci zawiązania konsorcjum mali i średni przedsiębiorcy stoją przed dyskomfortową alternatywą. Jako partnerów mogą oni wybrać najczęściej dwa rodzaje podmiotów. Pierwszym z nich są bezpośredni konkurenci z rynku lokalnego. Jak każde rozwiązanie również i to ma zalety i wady. Najistotniejszą jego zaletą jest to, że bezpośrednia konkurencja jest zwykle doskonale znana zainteresowanemu przedsiębiorcy, dzięki czemu może on się uchronić przed wybraniem nierzetelnego partnera do konsorcjum, a tym samym narażenia się na ponoszenie odpowiedzialności za perturbacje w realizacji umowy zawartej z zamawiającym. Istotną wadą takiego rozwiązania jest natomiast fakt, iż niezwykle trudno nawiązuje się współpracę podmiotom, które na co dzień ze sobą konkurują zwłaszcza, gdy są to podmioty sektora MŚP.

Drugą grupą potencjalnych kandydatów do zawiązania konsorcjów są podmioty nie działające w bezpośredniej bliskości geograficznej danego małego lub średniego przedsiębiorstwa. Często potencjalni partnerzy posiadają specjalistyczną wiedzę, potencjał, zasoby i doświadczenie, które jest niezbędne do ubiegania się o zamówienie w danym postępowaniu. Istotną zaletą takiego rozwiązania jest możliwość ubiegania się przez małe i średnie przedsiębiorstwa o zamówienia, które w innych warunkach nie byłyby dostępne dla tego sektora ze względu na niemożność spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Istotną wadą takiego rozwiązania jest natomiast cena jaką musi zapłacić konsorcjantowi podmiot MŚP. Z uwagi na fakt, iż zazwyczaj silniejszą pozycję ma partner podmiotu MŚP w konsorcjum, marża z ewentualnej realizacji umowy jest większa dla partnera zaproszonego do konsorcjum niż dla podmiotu MŚP.

Dodatkowym problem w przypadku konsorcjów ofertowych jest brak przepisów nakazujących zamawiającym szczegółowe regulowanie warunków wspólnego ubiegania się

[464] Art. 141 Pzp.

o zamówienie przez dwóch lub więcej wykonawców. Jednym z przykładów braku takich uregulowań jest kwestia wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w formie gwarancji ubezpieczeniowej. W przypadku braku precyzyjnych zapisów w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powstaje problem, czy konieczne jest wymienienie w treści gwarancji ubezpieczeniowej wszystkich wykonawców, czy też wystarczającym jest aby wadium wniósł jeden z konsorcjantów. Orzecznictwo sądów okręgowych w tym przypadku pozwala na korzystniejszą interpretacje przepisów z punktu widzenia wykonawców. Sąd Okręgowy w Poznaniu w jednym ze swoich wyroków stwierdził, iż z faktu że „wykonawcy ubiegający się o zamówienie wspólnie winni być traktowani jak jeden wykonawca wynika, że złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej na rzecz jednego z członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum o ile zamawiający w siwz nie zawarł wyraźnie wymogu, że każdy z członków konsorcjum ma złożyć oddzielne wadium"[465]. Dzięki takiemu podejściu składanie wspólnych ofert zwłaszcza w postępowaniach o relatywnie dużej wartości z punktu widzenia MŚP powinno być łatwiejsze.

3. Bariery generowane przez otoczenie MŚP

3.1. Bariery wynikające z organizacji jednostek administracji publicznej

Ostatnią grupą barier napotykanych przez małe i średnie przedsiębiorstwa, które chciałbym omówić to bariery generowane przez otoczenie MŚP. Pierwszą z nich jest bariera geograficzna w dostępie do jednostek administracji publicznej wydających dokumenty koniecznie do potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Do przeciętnej oferty składanej w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienie publicznego wykonawca lub wykonawcy muszą złożyć co najmniej:

- odpis aktualny z Krajowego Rejestru Sądowego lub Ewidencji Działalności Gospodarczej,
- zaświadczenie z właściwego Urzędu Skarbowego,
- zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych,
- zaświadczeń o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego, w tym także zaświadczenia o niekaralności podmiotu zbiorowego.

Powyższe zaświadczenia muszą być wystawione zgodnie z terminami określonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), co oznacza konieczność ich systematycznej aktualizacji. W tej sytuacji przedsiębiorca ma dwie możliwości. Może skorzystać z pośrednictwa publicznego operatora pocztowego przesyłając wnioski wraz z potwierdzeniem wniesienia stosownych opłat i czekać na odesłanie pocztą wystawio-

[465] Sygn. akt: II Ca 489/06.

nych dokumentów. Istotną wadą takiego rozwiązania jest relatywnie długi czas oczekiwania na otrzymanie stosownych dokumentów. Zaletą jest natomiast minimalne angażowanie zasobów przedsiębiorcy.

Innym często stosowanym rozwiązaniem jest dostarczenie wniosków oraz odebranie wystawionych dokumentów przez upoważnioną osobę reprezentującą wykonawcę. Istotnym problemem w tym przypadku jest usytuowanie jednostek administracji publicznej wydającej stosowne dokumenty. W przypadku Urzędu Skarbowego oraz jednostki Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lokalizacja nie powinna stanowić problemu. Ich odległość od siedzib przedsiębiorców nie jest zwykle duża nawet w przypadku przedsiębiorstw mających siedzibę poza jednostkami administracyjnymi o charakterze miejskim. Istotnym problemem może być natomiast lokalizacja Oddziałów Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego, oraz Punktów Informacyjnych Krajowego Rejestru Karnego lub w przypadku Miasta Stołecznego Warszawy Biura Informacyjnego Krajowego Rejestru Karnego, których według stanu na dzień 29 kwietnia 2010 r. było odpowiednio 51[466] i 67[467]. W tym przypadku dostępność jest już znacznie mniejsza. Dla porównania, według danych Ministerstwa Finansów, Urzędów Skarbowych w Polsce jest 362[468]. Zdaniem autora niecelowa jest dalsza rozbudowa omawianych wyżej instytucji. Dużo bardziej korzystnym rozwiązaniem byłoby szersze stosowanie rozwiązań teleinformatycznych umożliwiających zdalne składanie wniosków o wydanie odpowiednich dokumentów bez względu na miejsce siedziby przedsiębiorcy oraz otrzymywanie ich w formie elektronicznej.

3.2. Bariery generowane przez sektor finansowy

Ostatnią grupą barier które należy omówić są bariery generowane przez sektor finansowy. W kontaktach sektora finansowego z małymi i średnimi przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienia publiczne możemy wyróżnić dwa główne aspekty. Pierwszy z nich to standardowe kredytowanie przedsiębiorców, co w przypadku podmiotów sektora MŚP ma bardzo istotne znacznie. Ponieważ ten problem został już omówiony, dlatego w niniejszym punkcie rozpatrzony zostanie aspekt roli sektora finansowego jako dostawcy rozwiązań umożliwiających lub ułatwiających przedsiębiorcom ubieganie się o zamówienia publiczne.

Na wstępie należy zauważyć, iż pomioty prowadzące działalność bankową i ubezpieczeniową to najczęściej albo jedne z największych podmiotów gospodarczych w Polsce jak np. PKO BP S.A. lub PZU S.A. albo oddziały międzynarodowych korporacji. Z tego powodu ich działalność w założeniu jest ściśle sformalizowana oraz podlegająca precyzyjnym procedurom. Oznacza to jednak, że ich elastyczność w reagowaniu na potrzeby klientów jest ograniczona, co może stanowić pewną barierę dla małych i średnich przed-

466 http://bip.ms.gov.pl/krs/krs_adresy_ci.rtf

467 http://bip.ms.gov.pl/krk/punkty_krk.rtf

468 Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 19 listopada 2003 r. w sprawie terytorialnego zasięgu działania oraz siedzib naczelników urzędów skarbowych i dyrektorów izb skarbowych (Dz.U. nr 209 z 2003 r., poz. 2027).

siębiorców. Doskonałym tego przykładem jest treść bankowych oraz ubezpieczeniowych gwarancji, w formie których wykonawcy wnoszą np. zabezpieczenia należytego wykonania umowy. O ile bowiem procedura wystawienia gwarancji o standardowej dla danej instytucji treści przebiega na ogół sprawnie, o tyle wystawienie gwarancji o specyficznej treści zadanej przez zamawiającego jest już dużo bardziej skomplikowane[469]. Sytuacja ta ma miejsce szczególnie w przypadku zamówień których przedmiotem są roboty budowlane prowadzone według warunków kontraktowych FIDIC. W przypadku małych i średnich przedsiębiorstw taka komplikacja często zmusza do szukania alternatywnych form wnoszenia np. zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co w praktyce oznacza konieczność wpłacenia gotówki, a tym samym ograniczenia płynności finansowej wykonawcy. Innym problemem zgłaszanym przez przedsiębiorców, który chciałbym zasygnalizować jest niechęć towarzystw ubezpieczeniowych do wystawania gwarancji ubezpieczeniowej usunięcia wad i usterek na okres dłuższy niż 36 miesięcy. Takie działanie ubezpieczycieli oznaczało w praktyce, iż w przypadku udzielenia zamawiającemu gwarancji na okres dłuższy niż 36 miesięcy przedsiębiorca musiał skorzystać z droższej gwarancji ubezpieczeniowej lub wpłacić zabezpieczenie w formie gotówki, co skutkowało zmniejszeniem płynności finansowej przedsiębiorcy.

Bariery generowane przez otoczenie małych i średnich przedsiębiorstw nie są zasadniczymi problemami sektora MŚP w ubieganiu się o zamówienia publicznie. Biorąc jednak pod uwagę wszystkie bariery omówione w niniejszym opracowaniu należy zauważyć, iż w trakcie swojej działalności małe i średnie przedsiębiorstwa muszą zmagać się pokaźną grupą barier o różnorodnym charakterze. Wyeliminowanie niektórych z nich wymaga zmian legislacyjnych. Jest to o tyle istotne, że kolejne, częste nowelizacje ustawy Prawo zamówień publicznych mogą stać się istotną barierą dla przedsiębiorców. Zwróćmy uwagę, iż od opublikowania ostatniego tekstu jednolitego ustawy w 2004 roku była ona zmieniana już piętnaście razy. Od początku istnienia systemu zamówień publicznych w Polsce po transformacji ustrojowej, tj. od uchwalenia ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 76 z 1994 r., poz. 344) czyli w ciągu 16 lat funkcjonowania systemu tych zmian było trzydzieści trzy. Względna stabilizacja przepisów miała miejsce jedynie w latach 1995–1997. Rozważając kolejne zmiany przepisów należy brać pod uwagę również ten aspekt.

[469] Autorowi znane są przypadki odmowy wystawienia gwarancji bankowej o treści żądanej przez zamawiającego w przypadku kontraktów uzyskanych poprzez system zamówień publicznych według warunków kontraktowych FIDIC.

DOSTĘPNOŚĆ RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH DLA SEKTORA MŚP — DOŚWIADCZENIA POLSKIE NA TLE POZOSTAŁYCH KRAJÓW UE

dr hab. prof. nadzw. UŁ Janusz Zrobek
Uniwersytet Łódzki

mgr Elżbieta Roszko, asystent
Uniwersytet Łódzki

Streszczenie

Przystąpienie Polski do struktur Unii Europejskiej wytworzyło nową sytuację gospodarczą. Jawią się nowe szanse i wyzwania rozwojowe. Wyłaniają się bowiem struktury i mechanizmy, które dominują w ustabilizowanej gospodarce rynkowej i narzucają producentom określone wymogi. Ich przejawem jest wzrost podaży na rynku oraz zaostrzenie konkurencji jakościowej. Przedsiębiorstwa sektora MŚP stanowią ponad 99% wszystkich przedsiębiorstw w Polsce. Podobna sytuacja ma miejsce na poziomie Unii Europejskiej. MŚP mają istotne znaczenie w tworzeniu PKB — na poziomie UE jest to 60% PKB, w Polsce — około 48%. Mówiąc o funkcjonowaniu rynku zamówień publicznych należy zwrócić szczególną uwagę na kwestię dostępu do tego rynku małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP), które są zasadniczo uważane za trzon każdej gospodarki. Celem jak najlepszego wykorzystania ich potencjału w zakresie tworzenia miejsc pracy, wzrostu i innowacji, należy ułatwić dostęp MŚP do rynku zamówień publicznych.

W 2006 r. wartość rynku zamówień publicznych w państwach członkowskich szacowano na około 1800 mld euro, co odpowiada 16% PKB UE. Dyrektywy UE dotyczące zamówień publicznych gwarantują otwarcie rynku zamówień publicznych dla wszystkich wykonawców niezależnie od ich wielkości, a szczególnego znaczenia nabiera zwiększenie udziału w postępowaniach firm sektora MŚP. W ostatnich latach rynek zamówień publicznych w Polsce stale rośnie, na co niewątpliwie istotny wpływ miało wejście Polski do Unii Europejskiej.

W tak ukształtowanej rzeczywistości rynkowej, gdzie zamówienia publiczne stanowią istotny udział w zyskach wielu przedsiębiorstw, ważne jest określenie na ile sektor MŚP jest aktywny na tym rynku. Wobec tego postawione zostały następujące pytania badawcze:

W jakim stopniu przedsiębiorstwa sektora MŚP wykorzystują potencjał drzemiący w zamówieniach publicznych?

Jakie czynniki w głównej mierze decydują o aktualnym stanie udziału sektora MŚP w zamówieniach publicznych?

Rozwój sektora MŚP w Polsce

Przystąpienie Polski do struktur Unii Europejskiej wytworzyło nową sytuację gospodarczą. Jawią się nowe szanse i wyzwania rozwojowe. Wyłaniają się bowiem struktury i mechanizmy, które dominują w ustabilizowanej gospodarce rynkowej i narzucają producentom określone wymogi. Ich przejawem jest wzrost podaży na rynku oraz zaostrzenie konkurencji jakościowej. Oznacza to, że możliwe do uzyskania przez drobnych producentów korzyści będą zależały od ich zdolności konkurencyjnych, które pozwolą utrzymać znaczącą część popytu wewnętrznego i zintensyfikować eksport. Dużo zależy również od umiejętności korzystania z szans wynikających z rozszerzającego się na skalę międzynarodową zasięgu powiązań gospodarczych, jak i zdolności do zdobycia przewagi na innymi konkurentami i w konsekwencji umiejętności utrzymania się na rynku.

Podstawowym problemem polskiej gospodarki, w warunkach integracji z Unią Europejską, jest opóźnienie rozwojowe całej gospodarki, które utrudnia restrukturyzację i rozwój innowacyjnych form gospodarowania , ogranicza pro-przedsiębiorcze postawy ludności. Stąd wynika potrzeba rewitalizacji przedsiębiorstw, zorientowana na dostosowanie tych podmiotów do warunków konkurencji w kraju, a przede wszystkim w Unii Europejskiej[470]. Adaptacja MŚP do zmieniających się warunków wymaga nie tylko podtrzymania dotychczasowych, ale również wprowadzenia nowych, potencjalnych czynników ich rozwoju. Wskazane są działania, które wzmocnią pozycję konkurencyjną MŚP w Polsce w relacji do „starych" państw unijnych. Mogą się one opierać na specjalizacji, selektywnym rozwoju bądź na przedsięwzięciach o charakterze polaryzacyjnym. Wskazana jest decentralizacja produkcji przemysłowej związana z jej przemieszczaniem na obszary peryferyjne, przesunięciem w ślad za tym instytucji wsparcia , tworzeniem nowych typów osiedli na obszarach słabszych gospodarczo.

Małe i średnie przedsiębiorstwa odgrywają bardzo znaczącą rolę w gospodarce, a wskazany jest ich dalszy rozwój ilościowy i jakościowy. O znaczeniu dla gospodarki świadczy ich udział w ogólnej liczbie przedsiębiorstw, w Polsce — stanowią 99,8 proc. spośród 3,5 mln firm i zatrudniają 60% pracujących w sektorze przedsiębiorstw, mają 60% udziału w przychodach i 42% aktywów trwałych sektora przedsiębiorstw[471]. Podkreśla się również znaczącą produktywność MŚP. Przyczyniają się one także do wzrostu związanej z innowacyjnością konkurencyjności oraz generują wyższe niż duże firmy zatrudnienie[472].

Możliwości rozwoju drobnej przedsiębiorczości zależą od wielu warunków. Przede wszystkim jest wymagany odpowiedni potencjał ludzki, stan rozwoju gospodarczego i podstawy infrastrukturalne. Muszą być również dostępne wystarczające środki finansowe na prace badawczo-rozwojowe i przedsięwzięcia kapitałochłonne. Niezbędne są

---

470 **Strużycki M**.: *Integracja europejska — wyzwanie dla małych i średnich przedsiębiorstw*. Master of Business Administration 2003, nr 6, s. 5.

471 **Łęcka I**.: *Partnerstwo technologiczne z jednostkami badawczo-rozwojowymi*. Przegląd Organizacji 2009, nr 7–8, s. 35.

472 **Kurczewska A**.; *Dyskusja nad pojęciem małego i średniego przedsiębiorstwa*. Ekonomista 2009, nr 2, s. 268.

także możliwości twórczego przetwarzania wiedzy i informacji jako podstawy dla kreowania postaw przedsiębiorczych.

Wskazuje się na niedostateczny rozwój tych czynników w Polsce (zwłaszcza na wsi), utrudniający warunki prowadzenia działalności gospodarczej oraz wprowadzenie innowacji.

Potrzeba przesuwania zatrudnienia do różnorodnych form działalności skłania do rozwijania MŚP. Rozwój zatrudnienia w drugim i trzecim dziale gospodarki, na rzecz potrzeb ekonomicznych i społecznych, wyznacza nowy kierunek ruchliwości zawodowej i społecznej ludności, poprzez stworzenie warunków do ich zatrudnienia w różnych działach gospodarki na miejscu lub w pobliżu miejsca zamieszkania. Zatrudnienie takie, szczególnie w warunkach ograniczonej możliwości podejmowania pracy w dużych firmach, pozwala zmniejszyć bezrobocie oraz poprawić warunki egzystencji. Okazuje się to tym istotniejsze, że analiza kierunków aktywności zawodowej ludności ujawnia narastające problemy. Według danych opublikowanych przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej w styczniu 2010 stopa bezrobocia wynosiła 12,8%, zaś liczba bezrobotnych zarejestrowanych w urzędach pracy zwiększyła się o159,9 tys. osób i wyniosła 2 052 500 osób[473].

Kierunki rozwoju i ogólny postęp gospodarczy w poszczególnych rejonach wymagają starań na rzecz tworzenia i rozszerzania różnorodnych dziedzin działalności. Zainteresowanie podejmowaniem działalności gospodarczej nie jest jednak wysokie. Za niepokojące uważa się, iż w badaniach sondażowych, wśród sposobów znalezienia pracy własna inicjatywa gospodarcza spadła z miejsca pierwszego na siódme[474]. Dotyczy to w szczególności obszarów słabo rozwiniętych gospodarczo, gdzie zapotrzebowanie na drobną przedsiębiorczość jest największe. Przykładowo, drobna przedsiębiorczość pozarolnicza na wsi nadal stanowi niewiele znaczący element, i to w warunkach ogromnego zapotrzebowania na pracę, a przecież z ogólnej liczby bezrobotnych niemal połowa, ponad 45%, przypada na wieś.

Możliwości rozwojowe przedsiębiorczości w znaczącej mierze warunkuje infrastruktura techniczna i społeczna. Podkreślane są jednak wyraźnie zaniedbania, szczególnie na obszarach słabo rozwiniętych gospodarczo i peryferiach dużych miast, zwłaszcza w rozwoju infrastruktury technicznej (kanalizacja, gazyfikacja, bieżąca woda, elektryfikacja), ograniczenia w dostępności komunikacyjnej (mała gęstość dróg i ich zła jakość, niezadowalający postęp w usługach komunikacyjnych, duża odległość od obiektów infrastruktury społecznej). Relacje pomiędzy zagospodarowaniem infrastrukturalnym a rozwojem poszczególnych obszarów mają charakter sprzężeń zwrotnych, w których infrastruktura częściej odgrywa rolę pierwotnego bodźca.

Problem stanowi niska dostępność kapitału, zwłaszcza inwestycyjnego dla drobnych przedsiębiorców. Pozyskiwanie kapitału wyjściowego z zewnętrznych źródeł finansowa-

---

473 www.bezrobocie.org.pl

474 **Kłodziński M**.: *Ekonomiczne i społeczne uwarunkowania i możliwości wielofunkcyjnego rozwoju wsi po integracji Polski z UE*. Wieś i Rolnictwo 2004, nr 2, s. 115.

nia jest mocno ograniczone. Przedsiębiorcy opierają się zazwyczaj na własnych oszczędnościach i pożyczkach od krewnych i znajomych[475]. Wśród MŚP wywołuje to poczucie dyskryminacji. Dostęp do udogodnień kredytowych jest dużym problemem. Panuje ponadto przekonanie, że zasady udzielenia kredytów nie są dostosowane do możliwości i potrzeb małych przedsiębiorstw. Dotyczy to zarówno wielkości kredytu, jego ceny, jak i wielkości oraz rodzaju zabezpieczenia.

Warunki środowiska gospodarczego nie sprzyjają w dostatecznym stopniu rozwojowi przedsiębiorczości. Ich stan utrudnia zarówno zwiększanie rozmiarów prowadzonej działalności, jak i przede wszystkim rozwijanie nowych dziedzin wytwórczości, tak potrzebnych dla zdynamizowania lokalnych środowisk. Wydaje się to szczególnie niepokojące w sytuacji stawiania czoła realiom wynikającym z procesu integracji z Unią Europejską. Wskazane jest zatem w miarę wszechstronne wsparcie lokalnej przedsiębiorczości przez instytucje publiczne i wyposażenie ich w odpowiednie i skuteczne instrumenty.

Innowacje w małych i średnich przedsiębiorstwach

Małe i średnie przedsiębiorstwa są ze swej natury z reguły bardziej wyspecjalizowane w swojej działalności. To oznacza, że w ich przypadku większa jest rola efektywnych interakcji z innymi firmami i publicznymi instytucjami badawczymi w zakresie B+R, wymiany wiedzy oraz — potencjalnie — komercjalizacji i działań marketingowych.

W sektorze MŚP czynnikiem determinującym działalność innowacyjną mogą być względy finansowe, gdyż sektor ten często cierpi na brak wewnętrznych środków umożliwiających realizację projektów innowacyjnych i w porównaniu z większymi firmami napotyka na znacznie większe trudności w pozyskiwaniu finansowania zewnętrznego.

Ważnym instrumentem stymulowania zachowań innowacyjnych przedsiębiorstw, w tym zwłaszcza MŚP, mogą być odpowiednie regulacje prawne. Przykładowo, narzędzia polityki publicznej zmierzające do redukcji barier administracyjnych dla sektora MŚP mogą w znaczącym stopniu wpływać na działalność innowacyjną w mniejszych firmach. Wyraźne określenie praw własności intelektualnej również odgrywa istotną rolę jako zachęta do podejmowania działalności innowacyjnej w niektórych sektorach. Podobnie można postrzegać stymulacyjny charakter oddziaływania zamówień publicznych.

Rynek zamówień publicznych w Unii Europejskiej

W 2006 r. wartość rynku zamówień publicznych w państwach członkowskich szacowano na około 1800 mld euro, co odpowiada 16% PKB UE[476]. Dyrektywy UE dotyczące zamówień publicznych gwarantują otwarcie rynku zamówień publicznych dla wszystkich wykonawców niezależnie od ich wielkości. W skład kluczowych dyrektyw regulujących rynek zamówień publicznych wchodzą:

---

475 **Zrobek J.**: *Determinanty rozwoju drobnej przedsiębiorczości na wsi.* Studia Prawno-Ekonomiczne 2004, t. LXIX, s. 245.

476 Szacunków tych dokonano w oparciu o dane z zakresu rachunków narodowych dostarczone Eurostatowi przez krajowe urzędy statystyczne, a także dane pochodzące ze sprawozdań rocznych i innych źródeł dotyczących sektora użyteczności publicznej.

- Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (30.04.2004);

- Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (30.04.2004).

- Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady 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 (opublikowana dn. 20 grudnia 2007 r.).

Celem dyrektyw unijnych w zakresie zamówień publicznych jest:

- zapewnienie wdrożenia podstawowych zasad,
- swobodny przepływ ludzi, dóbr i kapitału,
- swoboda zakładania i prowadzenia usług,
- brak dyskryminacji na polu narodowościowym,
- równe traktowanie.

Ogólna wartość zamówień publicznych wyrażona udziałem w PKB rosła na przestrzeni lat 1996–2006 we wszystkich spośród 15 krajów członkowskich, dla których dane dotyczące rynku zamówień publicznych były dostępne. Jedynym wyjątkiem w tym trendzie wzrostowym była Portugalia, gdzie zanotowano nieznaczne spadki. Wartość uśredniona zamówień publicznych dla UE-25 wyniosła w roku 2006 3,3% PKB. Przy czym wartość najwyższą zanotowano na Litwie, 13,8% PKB, kolejno była Estonia i Węgry. Oznacza to, że wartości dość wysokiego udziału zamówień publicznych w PKB zaobserwowano w „nowych" krajach członkowskich, na 10 państw aż w 8 przypadkach odnotowane wartości były wyższe od udziału zamówień publicznych w PKB dla UE-25. Dane, na podstawie których dokonano kalkulacji dla poszczególnych krajów dotyczą konkursów i ogłoszeń o wszczęciu postępowania ogłoszonych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (seria S)[477]. Dla każdego z dostępnych rodzajów zamówień — roboty budowlane, dostawy, usługi — liczba ogłoszeń jest mnożona przez średnią cenę wynikającą z udzielonych zamówień według rodzaju zamówienia dla konkretnego roku. Następnie ustalany jest stosunek tej wartości w ogólnej wartości PKB.

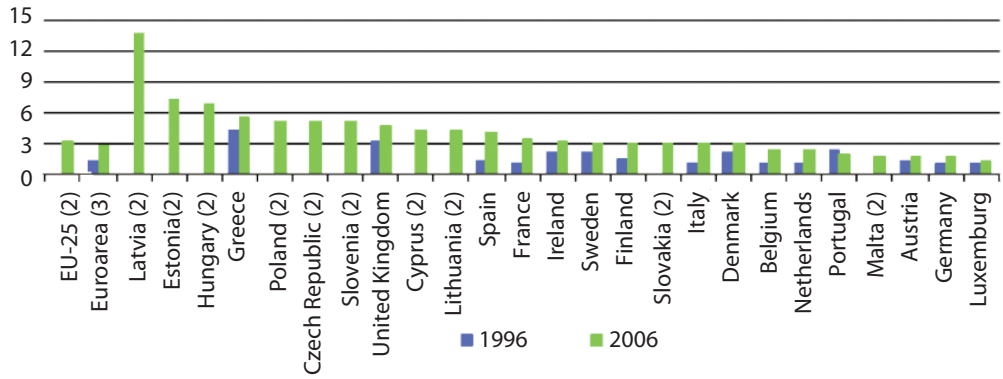
Istotną kwestią rozważaną na szczeblu europejskim w kontekście zamówień publicznych jest problematyka innowacji. W praktyce przekłada się to na postulat uruchomienia określonego typu postępowań na rynku zamówień publicznych, które stanowiłyby swoisty instrument służący realizacji polityki innowacyjnej państwa. Jeden z pierwszych dokumentów na poziomie UE podnoszący tę kwestię to Komunikat Komisji Europejskiej do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego

---

[477] *Europe in figures. Eurostat yearbook 2009*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2009, s. 85.

i Komitetu Regionów pt: *Więcej badań i innowacji — inwestycje na rzecz wzrostu i zatrudnienia: Wspólne podejście*[478]. W dokumencie wskazano, że system zamówień publicznych może stanowić ważny instrument sprzyjający rozwojowi innowacji. Od powstania tego dokumentu pojawiły się nowe opracowania i analizy zarówno na gruncie polskim jak i europejskim[479], w których dokonano przeglądu i analizy barier związanych z realizacją innowacyjnych zamówień publicznych oraz rekomendacji jak te bariery przezwyciężyć. Najwięcej zastrzeżeń w obszarze innowacyjnych zamówień publicznych budzą problemy natury finansowej (wynalazki są przeważnie kosztowne i ryzykowne, a urzędnicy muszą przestrzegać dyscypliny finansowej) oraz formalnej (jak opisać produkt/usługę, których jeszcze nie ma na rynku).

Wykres 1. Wartość zamówień publicznych powyżej progów UE, jako udział w PKB



Źródło: Europe in figures. Eurostat yearbook 2009, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2009, p. 94.

Rynek zamówień publicznych w Polsce

W ostatnich latach rynek zamówień publicznych w Polsce stale rośnie, na co niewątpliwie istotny wpływ miało wejście Polski do Unii Europejskiej.

Podstawowym źródłem informacji o wielkości rynku zamówień publicznych w Polsce są roczne sprawozdania przekazywane Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiających[480].

---

478 Komunikat Komisji Europejskiej do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów pt: *Więcej badań i innowacji — inwestycje na rzecz wzrostu i zatrudnienia: Wspólne podejście*, COM (2005) 488, Brussels, 12.10.2005.

479 Por. Study for the European Commission (No ENTR/03//24): *Innovation and Public Procurement. Review of Issues At Stake.* Final Report, December 2005*, Tworzenie warunków dla zamówień publicznych sprzyjającym innowacjom*, ekspertyza przygotowana na zlecenie Ministerstwa Gospodarki przez Grupę doradczą Sienna Sp. z o.o., 2007.

480 Ustawodawca nakłada obowiązek publikacji ogłoszeń wszystkich zamówień objętych ustawą. W zależności od wartości zamówienia ogłoszenia zamieszcza się bądź w Biuletynie Zamówień Publicznych (dla zamówień o wartości pomiędzy 14 000 euro a progami unijnymi określonymi w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których

W roku 2008 podstawę funkcjonowania systemu zamówień publicznych stanowiła ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Wartość udzielonych zamówień publicznych w roku 2008 wyniosła **ponad 109,5 mld zł** przy czym roboty budowlane stanowiły **47%**, dostawy — **26%**, a usługi — **27%** wartości udzielonych zamówień. Dominującym trybem udzielenia zamówień publicznych był przetarg nieograniczony (70% ogółu udzielonych zamówień). W ponad 22% postępowań zastosowano tryb zamówienia z wolnej ręki, a w trybie zapytania o cenę udzielono prawie 6% zamówień. W Biuletynie Zamówień Publicznych zostały opublikowane **327.352** ogłoszenia, w tym 157.173 ogłoszenia dotyczące wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu oraz 162.708 ogłoszenia o udzieleniu zamówienia lub wyniku konkursu. W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej polscy zamawiający opublikowali **13.450** ogłoszeń o przetargach i konkursach, co stanowiło 9% wszystkich przetargów ogłoszonych na szczeblu unijnym oraz 43% przetargów ogłoszonych przez nowe kraje członkowskie. Z ogłoszeń opublikowanych w Dzienniku Urzędowym UE wynika, że **97%** zamówień na polskim rynku udzielono przedsiębiorstwom krajowym[481].

Rynek zamówień publicznych w Polsce jest stosunkowo młody. Analiza rocznych sprawozdań przekazywanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiających pozwala oszacować wielkość rynku zamówień publicznych w Polsce, ogólne trendy na tym rynku oraz udział w Produkcie Krajowym Brutto.

Na podstawie danych z rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach można oszacować, że wartość rynku zamówień publicznych w roku 2008 wyniosła ok. 109,5 mld zł, czyli ponad dwukrotnie więcej niż w roku 2004. Oznacza to wyraźną tendencję wzrostową, w porównaniu do roku 2007, w którym oszacowano wartość rynku zamówień publicznych na kwotę 103,1 mld zł, zanotowano wzrost o ponad 6%. Oszacowana dla 2008 roku wartość rynku zamówień publicznych stanowiła ponadto ok. 8,6% produktu krajowego brutto (PKB) z roku 2008. Dla porównania wartość zamówień publicznych oszacowana w roku 2006 wynosiła 79,6 mld zł, w roku 2005 wynosiła 68,1 mld zł a w roku 2004 — ok. 48 mld zł. W odniesieniu do postępowań o wartości powyżej progów unijnych szacunki oparte o treść rocznych sprawozdań pozwalają na określenie sumy zakontraktowanych kwot na poziomie ok. 69,0 mld zł (w roku 2007 — 67,2 mld zł)[482].

Z informacji zawartych w sprawozdaniach o udzielonych zamówieniach w 2008 roku wynika, że zamawiających udzielających zamówień na podstawie procedur określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych w roku 2008 było 12 183 (w roku 2007 — 11 701, w 2006 — 12 932, w 2005 — 12 200, w 2004 — 11 248)[483].

---

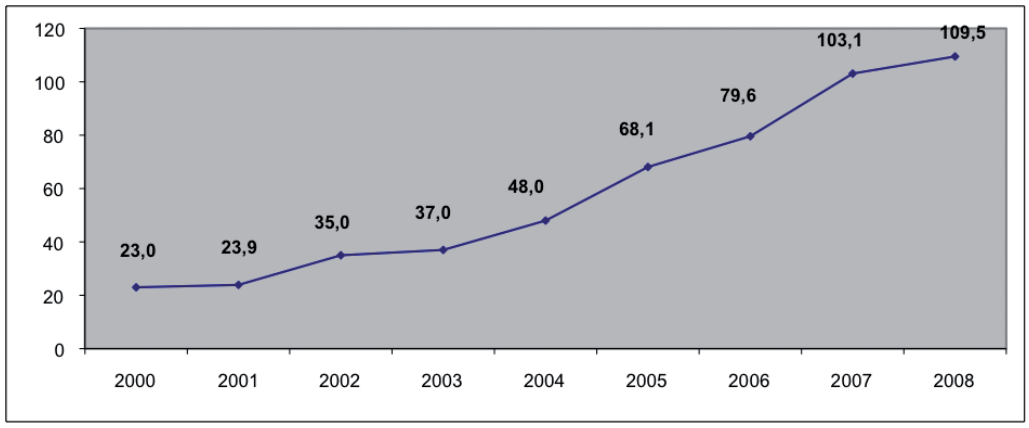
jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241 poz. 1762), bądź przekazuje się Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (dla wartości zamówień równych lub większych ustalonym progom unijnym).

481 *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2008 roku*, UZP, Warszawa, maj 2009, s. 6.

482 *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2008 roku*, UZP, Warszawa, maj 2009, s. 20.

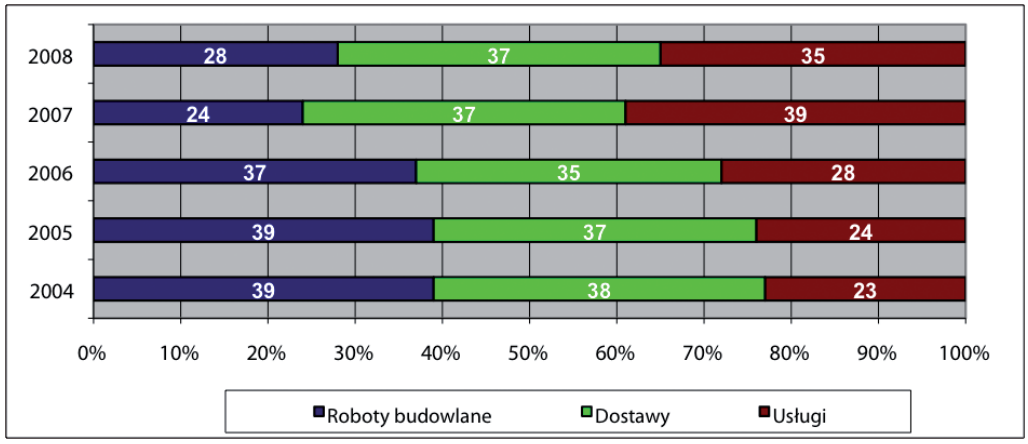
483 *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2008 roku*, UZP, Warszawa, maj 2009, s. 20.

Wykres 2. Wartość udzielonych zamówień publicznych w Polsce, 2000–2008 (w mld zł)



Źródło: Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2006 r., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007.

Wykres 3. Struktura ilościowa zamówień udzielonych według rodzaju zamówienia



Źródło: Sprawozdania z funkcjonowania zamówień publicznych z lat 2005–2009 UZP, Warszawa.

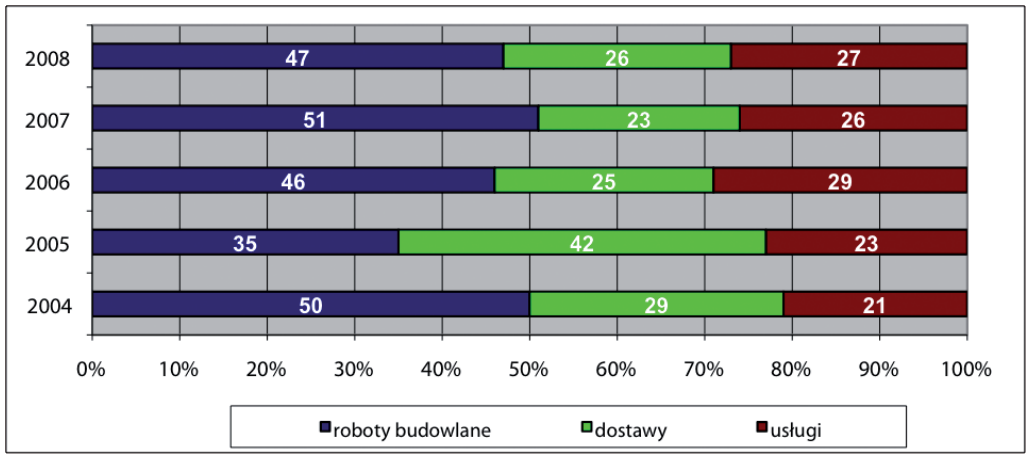
Dane uzyskane z rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach publicznych pokazują, iż występują wyraźne różnice pomiędzy strukturą ilościową a wartościową udzielonych zamówień według rodzaju zamówienia. W ujęciu wartościowym na przestrzeni lat 2004–2008 dominują roboty budowlane, jedynym wyjątkiem jest rok 2005, w którym to roku dostawy (42%) stanowiły największą wartość zrealizowanych zamówień. Analiza struktury ilościowej pozwala na stwierdzenie, że nie występuje żaden wyraźny trend a dominująca pozycja rok rocznie przypada na inny rodzaj zamówienia, odpowiednio: w latach 2004–2006 nieznaczną przewagę ilościową nad dostawami miały roboty budowlane, w 2007 najwięcej, bo aż 39% ogółu zamówień stanowiły usługi a w roku 2008 dostawy (37%).

W roku 2008 pod względem wartości wydatkowanych środków w zamówieniach publicznych dominowały roboty budowlane. Wartość wydatkowanych środków na roboty budowlane stanowiła 47% ogólnej kwoty udzielonych zamówień (w roku 2007 — 51%). Pomimo dużego odsetka wartości, liczba postępowań na roboty budowlane w 2008 r. stanowiła tylko 28% zamówień (w roku 2007 — 24%).

Zamówienia na dostawy w roku 2008 stanowiły 26% wartości wydatkowanych środków i 37% ogólnej liczby udzielonych zamówień (w roku 2007 odpowiednio — 23% i 37%).

Natomiast kontrakty na usługi stanowiły 27% ogólnej wartości udzielonych zamówień oraz 35% liczby udzielonych zamówień (w roku 2007 odpowiednio — 26% i 39%)[484,485].

Wykres 4. Struktura wartościowa zamówień udzielonych według rodzaju zamówienia



Źródło: Sprawozdania z funkcjonowania zamówień publicznych z lat 2005–2009 UZP, Warszawa

Trudno jest oceniać konkurencyjność na rynku zamówień publicznych w dłuższej perspektywie czasowej, ponieważ w 2007 r. nastąpiła nowelizacja ustawy PZP zmieniająca progi postępowań wymagających ogłoszenia w Biuletynie[486]. Natomiast z samego porównania lat 2007–2008 wynika, że liczba ofert na jedno postępowanie wzrosła z 2,29 oferty w 2007 do 2,41 ofert w 2008 r. Najwięcej ofert składano na roboty budowlane (średnio na jedno postępowanie 3,05 ofert), najmniej na usługi (1,96 ofert).

W 2008 r. w przypadku 89% postępowań, cena stanowiła jedyne kryterium wyboru oferty. Wskaźnik ten niepokojąco rośnie — w 2007 r. to kryterium wybrało 87% zamawiających,

---

484 *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2008 roku*, UZP, Warszawa, maj 2009, s. 21.

485 *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2007 roku*, UZP, Warszawa, maj 2008, s. 58.

486 Od 2007 r. obowiązek publikacyjny w Biuletynie dotyczy postępowań o wartości od 14 000 euro do progów unijnych. We wcześniejszych latach obowiązek publikacyjny dotyczył postępowań o wartości od 60 000 euro do progów unijnych.

ale jeszcze w 2006 r. — 64%. Jednocześnie, powolnie rośnie liczba kryteriów przypadająca średnio na jedno postępowanie — z 2,24 kryteriów 2006 r. do 2,69 kryteriów w 2008 r.

Udział polskich przedsiębiorców w rynku europejskim

Akcesja Polski do Unii Europejskiej otworzyła krajowy rynek zamówień publicznych dla zagranicznych oferentów ale jednocześnie otworzyła polskim przedsiębiorstwom rynki innych państw członkowskich.

Na podstawie ogłoszeń, które opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, można stwierdzić, że w postępowaniach o wartościach powyżej progów unijnych w roku 2008 polskim wykonawcom udzielono na rynkach unijnych 52 zamówienia (w roku 2007 — 54, w roku 2006 — 46, a w roku 2005 — 42). W roku 2008 polscy wykonawcy wygrywali najczęściej postępowania organizowane przez zamawiających z Belgii (14 kontraktów), Litwy (11) oraz Czech (10). Natomiast w 2007 roku polskie firmy zrealizowały zamówienia dla zamawiających z Czech (9 kontraktów), Belgii (8) oraz Niemiec (7). Polscy przedsiębiorcy zrealizowali w 2008 roku 31 dostaw oraz 21 usług, w 2007 roku struktura została zachowana, 35 dostaw wobec 18 usług i jednej roboty budowlanej, zatem głównym przedmiotem zamówień zagranicznych podmiotów są dostawy. W 2008 r. w przypadku dostaw udzielone zamówienia dotyczyły przede wszystkim sprzętu górniczego poza tym oprogramowania oraz sprzętu medycznego. W przypadku usług zamawiano przede wszystkim badania statystyczne oraz usługi szkoleniowe a także kartograficzne[487,488].

Przedstawione zestawienie tabelaryczne potwierdza, że rośnie zainteresowanie polskimi wykonawcami na europejskim rynku zamówień publicznych. W okresie 2004–2008 liczba kontraktów udzielonych polskim wykonawcom przez podmioty zagraniczne wzrosła czterokrotnie. Niestety sprawozdania roczne Urzędu Zamówień Publicznych nie podają wartości zrealizowanych zamówień, w dokumentach pojawia się jedynie wartość dla zamówień, które zrealizowano w roku 2008. W sumie, jak wynika z opublikowanych ogłoszeń, polskim wykonawcom udzielono w roku 2008 zamówień na kwotę ponad 113 mln euro.

Tabela 1. Liczba ogłoszeń o zamówieniu publicznym oraz konkursie zamieszczona przez polskich zamawiających w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w latach 2005–2008

Rok	Liczba zamówień udzielonych wykonawcom polskim przez podmioty zagraniczne	Wartość zamówień publicznych udzielonych polskim podmiotom przez podmioty zagraniczne (w mln euro)
2004	13	X
2005	42	X
2006	46	X
2007	54	X
2008	52	113

Źródło: Opracowanie własne na podstawie sprawozdań z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w latach 2004–2008, UZP, Warszawa, 2006–2009

487 *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2008 roku*, UZP, Warszawa, maj 2009, s. 32.

488 *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2007 rok*u, UZP, Warszawa, maj 2008, s. 72.

Podmioty zagraniczne na polskim rynku zamówień publicznych

Z dniem 1 maja 2004 r. polski rynek zamówień publicznych stał się częścią wspólnego rynku europejskiego. Od tego dnia ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych o największej wartości podlegają obowiązkowi publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W 2005 r. po pierwszym pełnym roku członkostwa w UE, Polska znalazła się na drugim miejscu po Francji pod względem ilości ogłoszonych postępowań w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej[489].

Liczba ogłoszeń o zamówieniu publicznym oraz konkursie zamieszczona przez polskich zamawiających w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w 2008 roku wzrosła w stosunku do roku 2005 o 8,6%, a w stosunku do roku poprzedniego nawet o 20%. Niemniej jednak największy spadek w liczbie przetargów i konkursów ogłoszonych na szczeblu UE przez polskich zamawiających zanotowano w roku 2006. Liczba ta wyniosła 10 466 przetargów i konkursów i było to o około 15% mniej aniżeli w roku 2005. Powyższa tabela wskazywała na wzrost zainteresowania polskimi wykonawcami przez podmioty zagraniczne, podobnie przedstawia się sytuacja w odniesieniu do polskim zamawiających. W latach 2005–2008 polscy zamawiający wykazywali zwiększone zainteresowanie oferta podmiotów zagranicznych. W roku 2005 udzielono 232 kontrakty podmiotom zagranicznym, natomiast w roku 2008 było to już 448 kontraktów podpisanych z zagranicznymi wykonawcami. Niestety również i w tym przypadku sprawozdania roczne UZP nie określają wartości kontraktów, które zostały udzielone podmiotom zagranicznym.

Tabela 2. Liczba ogłoszeń o zamówieniu publicznym oraz konkursie zamieszczona przez polskich zamawiających w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w latach 2005–2008

Rok	Liczba	Udział w liczbie przetargów i konkursów ogłoszonych na szczeblu UE / udział w liczbie przetargów ogłoszonych przez nowe kraje członkowskie	Liczba zamówień udzielonych wykonawcom zagranicznym	Wartość zamówień publicznych udzielonych wykonawcom zagranicznym (w mld zł)
2005	12380	9,5% / 60%	232	X
2006	10466	7,7% / 55%	339	X
2007	11197	8% / 40%	309	X
2008	13450	9% / 43%	448	7,9

Źródło: Opracowanie własne na podstawie sprawozdań z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w latach 2005–2008, UZP, Warszawa, 2006–2009.

W roku 2008 polscy zamawiający opublikowali w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 450 ogłoszeń o zamówieniu publicznym oraz konkursie i w 448 przypadkach zamówienia zostały udzielone wykonawcom zagranicznym. Najwięcej zamówień przypadło

[489] *Evaluation of SME's Access to Public Procurement Markets in the UE*, GHK & Technopolis, Brussels 2007. Raport ten stanowi kontynuację i rozszerzenie raportu „SMEs' access to public procurement contracts" opracowanego w 2004 roku przez EIM Business and Policy Research, s. 24.

w udziale przedsiębiorcom z Wielkiej Brytanii (29% kontraktów) następnie z Niemiec (21%) oraz Włoch (7%) dalej z Austrii, Francji, Holandii i Szwajcarii (po ok. 5% kontraktów) oraz Czech (ok. 4%) i USA (ok. 3%)[490].

W zamówieniach przeważały dostawy — 62% kontraktów, a następnie usługi — 29% i roboty budowlane, które stanowiły 5% zamówień. Pozostałe 4% stanowiły konkursy, w których nagrody przyznano wykonawcom zagranicznym.

W roku 2008 zamówienia udzielane zagranicznym wykonawcom dotyczyły najczęściej np.: zakupu praw licencyjnych do filmów, oprogramowania bądź baz danych, zakupu sprzętu medycznego, urządzeń optycznych i precyzyjnych. W przypadku robót budowlanych były to najczęściej zamówienia dotyczące budowy dróg i autostrad, co odpowiadało zamówieniom realizowanym w latach poprzednich przez wykonawców zagranicznych. W sumie wykonawcom zagranicznym w roku 2008 udzielono zamówień na kwotę ok. 7,9 mld zł.

W roku 2007 polscy zamawiający opublikowali w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 197 ogłoszeń o zamówieniu publicznym oraz konkursie z czego w 309 przypadkach zamówienia zostały udzielone wykonawcom zagranicznym. Najwięcej zamówień zrealizowali przedsiębiorcy z Wielkiej Brytanii (29% kontraktów) następnie z Niemiec (22%) oraz Włoch (8%) dalej z Austrii, Francji i Szwajcarii (po ok. 6% kontraktów) oraz Czech, Holandii i USA (po ok. 4%)[491].

Struktura według rodzaju zamówienia w roku 2008 przedstawiała się podobnie jak w roku 2007. Oznacza to, że w zamówieniach przeważały dostawy — 71% kontraktów (2007 r.) wobec 62% w roku 2008. Następnie usługi — 25% (2007 r.), które w roku 2008 miały większy udział w liczbie zrealizowanych kontraktów i wynosiły 29%. Roboty budowlane stanowiły 4% zamówień w 2007 r., natomiast w roku 2008 wyniosły 5%. Podobnie jak w latach ubiegłych tak i w roku 2007 zamówienia udzielane zagranicznym wykonawcom dotyczyły najczęściej specyficznych przedmiotów zamówienia np.: zakupu praw licencyjnych do filmów lub oprogramowania, zakupu sprzętu medycznego, mikroskopy, spektrometry i inne urządzenia optyczne i precyzyjne[492].

Uczestnictwo sektora MŚP w rynku zamówień publicznych w świetle dotychczasowych badań

Rynek zamówień publicznych a sektor MŚP w UE

Przedsiębiorstwa sektora MŚP stanowią ponad 99% wszystkich przedsiębiorstw w Polsce. Podobna sytuacja ma miejsce na poziomie Unii Europejskiej. MŚP mają istotne znaczenie w tworzeniu PKB — na poziomie UE jest to 60% PKB, w Polsce — około 48%.

490 *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2008 roku*, UZP, Warszawa, maj 2009, s. 32.

491 *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2007 roku*, UZP, Warszawa, maj 2008, s. 73.

492 *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2008 roku*, UZP, Warszawa, maj 2009, s. 73.

Mówiąc o funkcjonowaniu rynku zamówień publicznych należy zwrócić szczególną uwagę na kwestię dostępu do tego rynku małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP), które są zasadniczo uważane za trzon każdej gospodarki. Celem jak najlepszego wykorzystania ich potencjału w zakresie tworzenia miejsc pracy, wzrostu i innowacji, należy ułatwić dostęp MŚP do rynku zamówień publicznych.

Z uwagi na brak pełnych danych nie jest możliwe ustalenie udziału w rynku zamówień publicznych firm sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP). Dlatego też, wszelkie szacunki związane z uczestnictwem sektora MŚP w rynku zamówień publicznych bazują na dostępnych raportach opracowanych na zlecenie Komisji Europejskiej, prezentujących charakterystykę tego rynku dla całej Unii Europejskiej. Badanie przeprowadzone w 2007 r. w imieniu Komisji Europejskiej wykazało, że udział MŚP w rynku zamówień publicznych UE był szacowany w 2005 roku na 42% w ujęciu wartościowym (z czego udział firm mikro wynosił 7%, firm małych — 11% a firm średnich — 23%) i 61% w ujęciu ilościowym[493]. Szacunki te obrazują jedynie wartość kontraktów przyznanych bezpośrednio firmom sektora MŚP, natomiast nie uwzględniają uczestnictwa MŚP w realizacji zamówień publicznych w charakterze podwykonawców, które, jak pokazują statystyki amerykańskie, może być znaczący i sięgać nawet 40%[494]. Dane te mają charakter poglądowy również z tego względu, że nie uwzględniają umów zawieranych poniżej progów unijnych, które mogą być bardziej dostępne dla MŚP.

Chociaż udział średnich przedsiębiorstw w całkowitej wartości kontraktów na zamówienia publiczne powyżej progów unijnych kształtuje się bardzo korzystnie w świetle ich znaczenia dla gospodarki, przeprowadzona analiza w opracowaniu *Europejski Kodeks Najlepszych Praktyk Ułatwiający Dostęp MŚP do Zamówień Publicznych* wskazuje na znaczne zróżnicowanie sytuacji w tym zakresie w poszczególnych państwach członkowskich: udział MŚP w zamówieniach publicznych powyżej progów unijnych wynosi od 78% i 77% w Słowenii i na Słowacji do 35% i 31% we Francji i Wielkiej Brytanii. Nie ulega wątpliwości, że rozbieżności te można częściowo tłumaczyć stosunkowo wysokim udziałem dużych przedsiębiorstw w gospodarce niektórych państw członkowskich. Niemniej jednak porównanie odpowiednio udziału ogółu obrotów wszystkich MŚP w gospodarce UE (58%) z wartością zamówień publicznych powyżej progów unijnych uzyskiwanych przez MŚP jako głównych wykonawców (42%) świadczy o tym, że wciąż wiele można jeszcze zrobić w tej dziedzinie[495].

Małe i średnie przedsiębiorstwa nie korzystają z żadnych preferencji w dostępie do zamówień publicznych. Raport „*Evaluation of SME's Access to Public Procurement Markets in the EU*" (Ocena dostępu MŚP do rynku zamówień publicznych w UE)[496] przygotowany na

---

493 Ocena dostępu MŚP do rynków zamówień publicznych w UE, raport końcowy przygotowany przez firmy GHK i Technopolis, dostępny na stronie: http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/public_procurement.htm

494 Udział MŚP w zamówieniach publicznych w charakterze podwykonawców sięga niemal 40%. Zob. *Evaluation of SME's Access to Public Procurement Markets in the EU*, GHK & Technopolis, Brussels 2007, s. 47.

495 *Europejski Kodeks Najlepszych Praktyk Ułatwiający Dostęp MŚP do Zamówień Publicznych*, Komisja Wspólnot Europejskich, Bruksela, 2008, s. 4.

496 *Evaluation of SME's Access to Public Procurement Markets in the EU*, GHK & Technopolis, Brussels 2007. Raport ten stanowi kontynuację i rozszerzenie raportu „SMEs' access to public procurement contracts" opracowanego w 2004 roku przez EIM Business and Policy Research.

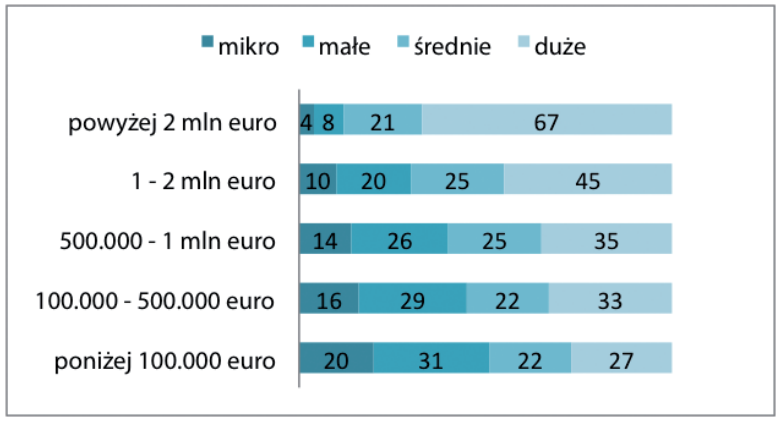
zlecenie Komisji Europejskiej pod koniec 2007 roku przez konsorcjum firm GHK i Technopolis przedstawia m.in. trendy w dostępie MŚP do zamówień publicznych o wartości powyżej progów unijnych oraz czynniki determinujące dostęp MŚP do zamówień publicznych zidentyfikowane na podstawie badań przedsiębiorstw, które otrzymały zamówienia publiczne.

Jak pokazują wyniki badania największy udział w wartości zamówień publicznych przyznanych w UE firmom sektora MŚP mają jednostki użyteczności publicznej (46%) i administracja centralna (43%). Znacznie mniej zamówień pozyskują MŚP od administracji lokalnej (35%).

Relatywnie największy wartościowy udział w zamówieniach publicznych mają MŚP w przypadku zamówień na dostawy (45%). W przypadku robót publicznych i kontraktów na usługi, udział ten kształtuje się na poziomie 41%. Jednakże rozbieżności w udziale sektora MŚP w wartości zamówień publicznych w UE według rodzaju zamówienia nie są znaczące.

Jak ilustruje Wykres 5, wraz ze wzrostem wartości zamówienia zmniejsza się udział firm najmniejszych a rośnie firm większych. Szczególnie firmy mikro i małe mają ograniczony dostęp do zamówień o dużej wartości. Zamówienia o wartości powyżej 2 mln euro są w zdecydowanej większości (67%) realizowane przez firmy duże, sektor MŚP zatem obsługuje w tym przypadku niewiele ponad 30% ogółu zamówień powyżej wymienionej wartości.

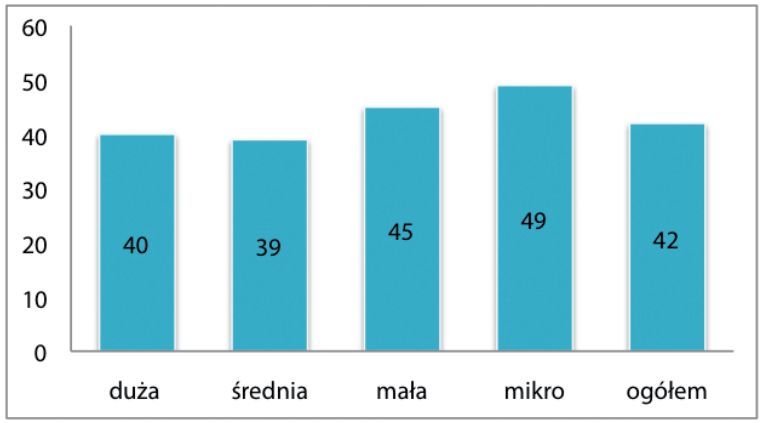
Wykres 5. Udział zamówień publicznych o różnej wartości według wielkości wykonawcy, 2005



Źródło: Evaluation …, s. 49.

Jak przedstawia Wykres 6, firmy mikro i małe osiągają ponadprzeciętny wskaźnik sukcesu w pozyskiwaniu zamówień publicznych (odpowiednio 49% i 45% przy średniej dla ogółu firm wynoszącej 42%). Najgorzej pod tym względem wypadają firmy średniej wielkości (39% wskaźnik sukcesu). Wskaźnik sukcesu jest to stosunek wygranych zamówień publicznych w stosunku do ofert złożonych w okresie ostatnich trzech lat.

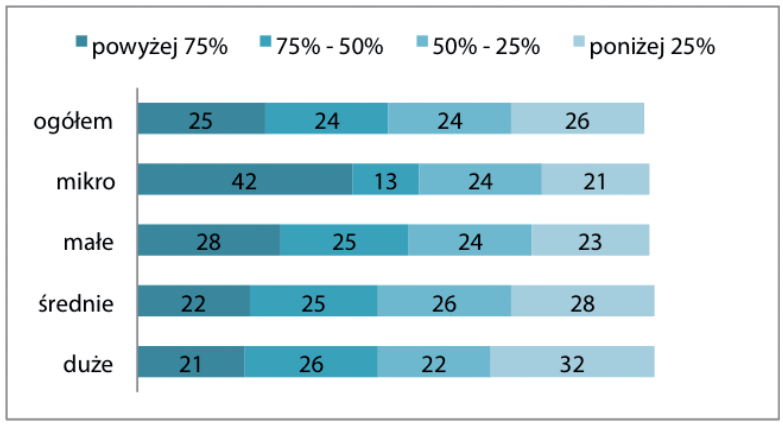
Wykres 6. Średni wskaźnik sukcesu według wielkości wykonawcy



Źródło: Evaluation …, s. 63.

Dla wielu mniejszych firm (mikro i małych) rynek zamówień publicznych stał się podstawowym obszarem działalności, o czym przekonują dane prezentowane na Wykres 7. Aż 42% firm mikro zaangażowanych w zamówienia publiczne w UE generuje ponad 3/4 swoich przychodów z realizacji tychże zamówień. Wraz ze zwiększaniem się wielkości przedsiębiorstwa spada udział sektora publicznego w generowaniu jego przychodów. W przypadku firm małych 28% deklaruje, że ponad 75% ich przychodów powstaje dzięki współpracy z sektorem publicznym, podobnie uważa 22% średnich firm oraz 21% dużych podmiotów.

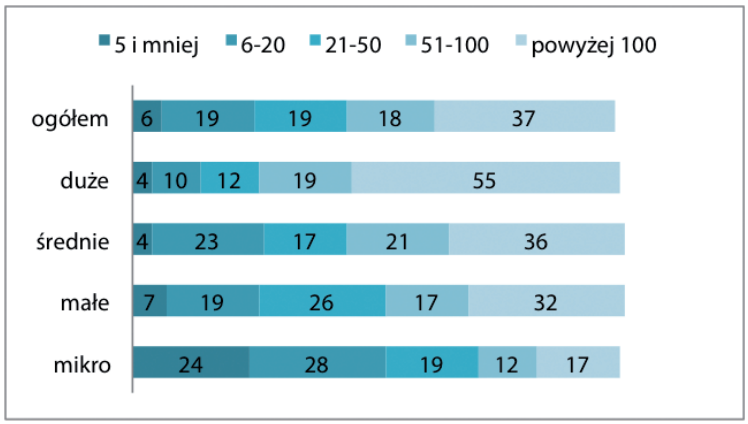
Wykres 7. Udział sektora publicznego w przychodach firm według ich wielkości



Źródło: Evaluation …, s. 61.

Ponad 1/3 badanych firm często staje do przetargów (ponad 100 razy w okresie ostatnich 3 lat). Dotyczy to zwłaszcza firm dużych (55%), w mniejszym stopniu firm mniejszych rozmiarów (Wykres 8). Oznacza to, że firmy starające się o zamówienia publiczne traktują ten rynek jako ważny. Sporadycznie o zamówienia publiczne występuje co czwarta firma mikro (udział w 5 lub mniej przetargach w okresie ostatnich 3 lat).

Wykres 8. Liczba przetargów, w których uczestniczyli respondenci w okresie ostatnich 3 lat



Źródło: Evaluation …, s. 62.

Dane pochodzące z raportu *„Evaluation of SME's Access to Public Procurement Markets in the EU"* pokazują dość dobrą sytuację polskich MŚP na rynku zamówień publicznych, które w 2005 r. roku otrzymały 53% wartości kontraktów, jakie w ogóle otrzymały polskie przedsiębiorstwa, powyżej progów unijnych, czyli więcej niż wynosi ich udział w PKB (48%). Tych optymistycznych danych nie potwierdzają jednak wyniki badań przeprowadzonych na zlecenie PARP w 2007 r.[497]. Wynika z nich, że tylko co trzecia mała i średnia firma starała się o kontrakt w ramach zamówienia publicznego (dotyczy zamówień zarówno poniżej jak i powyżej progów unijnych). Z kolei co czwarta firma deklarowała wygraną w co najmniej jednym przetargu. Ponadto, wśród firm, które do tej pory nie interesowały się zamówieniami publicznymi, ponad 80% nadal nie planuje tego robić. Tłumaczą to zbyt małą wielkością firmy, zawiłymi procedurami administracyjnymi, wysokimi kosztami przygotowania ofert oraz niejasnymi kryteriami wyboru. Podobne bariery zgłaszają MŚP w omawianym badaniu porównawczym na poziomie UE, a ponadto — ograniczony dostęp do informacji nt. postępowań przetargowych, wysokie wymagania w stosunku do ofert oraz zbyt mało czasu na ich przygotowanie.

Bariery w dostępie sektora MŚP do rynku zamówień publicznych

Liczne raporty oraz inne dokumenty instytucji Unii Europejskiej[498] omawiające dostęp MŚP do zamówień publicznych wskazują na istnienie następujących barier utrudniających dostęp firm tego sektora do zamówień publicznych:

- brak świadomości szans dla firmy tworzonych przez rynek zamówień publicznych;

---

497 *Potencjał rozwojowy polskich MŚP*, raport końcowy przygotowany przez PSDB i GFK Polonia na zlecenie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2008.

498 M.in. dokument pt. *Facilitating the access of SMEs and crafts to public tenders*, European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises, Brussels 2006; http://www.ueapme.com/docs/pos_papers/2006/061020_SMEProcurement_EN.pdf.

- brak dostatecznych i jasnych informacji związanych z procedurami stosowanymi w postępowaniach o zamówienie publiczne oraz mało zrozumiałym żargonem używanym w dokumentacji przetargowej;
- niejednoznaczność i niejasność kryteriów wyboru oferty;
- brak wiedzy związanej z udziałem w postępowaniach o zamówienie publiczne;
- nadmierne wymagania związane z zamówieniami publicznymi w stosunku do wielkości firmy i jej potencjału, w tym zwłaszcza związane z gwarancjami finansowymi oraz posiadaniem atestów, certyfikatów, zaświadczeń, itp.;
- zbyt surowe wymagania związane z technicznymi standardami przedmiotu zamówienia;
- relatywnie wysokie koszty transakcyjne związane z przygotowaniem oferty, w tym szczególnie koszty uzyskania niezbędnych certyfikatów i atestów oraz obciążenia finansowe, takie jak wniesienie wadium, ustanowienie zabezpieczenia wykonania umowy na żądanie zamawiającego itp.;
- zbyt krótki czas na przygotowanie oferty;
- opóźnienia w płatnościach dokonywanych przez zamawiającego;
- zbyt częste występowanie MŚP w roli podwykonawców, a nie wykonawców, co ogranicza ich wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia i obniża wynagrodzenie;
- brak usług szkoleniowych w zakresie procedury zamówień publicznych.

Zwiększanie dostępu MŚP do zamówień publicznych wymagać zatem powinno podjęcia stosownych działań zmierzających do całkowitej eliminacji lub przynajmniej zmniejszenia uciążliwości postrzeganych barier.

Rynek zamówień publicznych a sektor MŚP w Polsce

W tak ukształtowanej rzeczywistości rynkowej, gdzie zamówienia publiczne stanowią istotny udział w zyskach wielu przedsiębiorstw, ważne jest określenie na ile sektor MŚP jest aktywny na tym rynku. Wobec tego postawione zostały następujące pytania badawcze:

W jakim stopniu przedsiębiorstwa sektora MŚP wykorzystują potencjał drzemiący w zamówieniach publicznych?

Jakie czynniki w głównej mierze decydują o aktualnym stanie udziału sektora MŚP w zamówieniach publicznych?

Wyniki zaprezentowane w tym artykule są częścią szerszego badania poświęconego potencjałowi rozwojowemu sektora MŚP. Badanie, na którego wyniki pragniemy się w tym miejscu powołać w kontekście analizy aktywności na rynku zamówień publicznych, zostało przeprowadzone w celu rozpoznania udziału polskich przedsiębiorstw w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Badanie zostało przeprowadzone w okresie wrzesień-listopad 2008 r. Badanie przeprowadzone zostało drogą elektroniczną, w oparciu o narzędzie ankiety elektronicznej, kierowanej do przedsiębiorstw drogą mailową. Niestety zwrotność w tego typu badaniach nie jest duża, co miało miej-

sce również w naszym przypadku. Powoduje to, że wyniki badań należy potraktować jedynie sondażowo, pomimo iż próba liczyła 629 przedsiębiorstw, co stanowiło jednak tylko ok. 14% potencjalnej próby (n=4500). Niemniej jednak porównanie wyników niniejszego badania z innymi ogólnopolskimi badaniami pozwala traktować wyniki naszych prac jako zbliżone do reprezentatywnych. Reprezentatywność w sensie statystycznym może jednak nie być zapewniona, gdyż pomimo losowego doboru próby jej liczebność jest zbyt niska w porównaniu z oczekiwaną.

W próbie znalazły się przedsiębiorstwa różnej wielkości (po ok. 35% stanowiły mikro i małe przedsiębiorstwa, kolejne 17% — średnie, zaś 9% — duże), przy czym głównie były to firmy krajowe (zaledwie ok. 3% stanowiły firmy ze 100% kapitału zagranicznego, a kolejne 1,3% — z przewagą kapitału zagranicznego). Z punktu widzenia formy organizacyjno-prawnej dominowały spółki z o.o. (ok. 38%) oraz osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą (31,4%, kolejne 12,5% stanowiły spółki cywilne osób fizycznych). Większość badanych przedsiębiorstw rozpoczęło swą działalność po 1989 roku (prawie 85%), w tym ok. 3,5% — już po wejściu Polski do Unii Europejskiej. Z kolei jeśli chodzi o profil działalności, przeważają firmy usługowe (ok. 53%) i handlowe (ok. 30%), często łączące te dwa kierunki działalności.

Z ogólnej liczby 625 podmiotów, które wzięły udział w badaniu 213, czyli jedynie niespełna 38% zadeklarowało udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w roku 2007.

Jeszcze mniej optymistycznie przedstawiają się statystyki dla okresu ostatnich trzech lat. Jedynie 32,4% przedsiębiorstw w tym czasie zrealizowało lub też jest w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę, że dominująca liczba podmiotów w tym badaniu była reprezentowana przez sektor MŚP, potwierdzają się dane statystyczne, iż udział małych i średnich przedsiębiorstw w rynku zamówień publicznych jest niewystarczający w stosunku do potencjału drzemiącego w tych jednostkach.

Spośród podmiotów biorących udział w badaniu najwięcej zadeklarowało udział w postępowaniu, które było ogłoszone przez instytucję krajową. Przypadki postępowań ogłoszonych przez instytucje zagraniczne, w tym zlokalizowane na terytorium UE, nie stanowiły nawet 1% zrealizowanych zamówień w 2007 roku. Dwa przedziały określające liczbę zamówień zrealizowanych w 2007 roku przez ankietowane podmioty były wybierane najczęściej, od 2 do 5 postępowań wybrały 33,6% jednostki wobec 32,9% podmiotów, które zrealizowały ponad 10 zamówień.

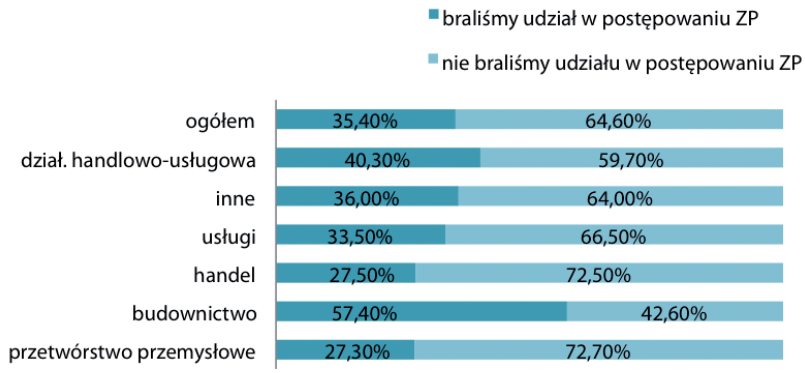
Celem określenia zależności pomiędzy aktywnością przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych a sektorem działalności, wielkością przedsiębiorstwa, okresem działania przedsiębiorstwa przeprowadzono testy statystyczne.

Analiza uzyskanych wyników wskazuje na występowanie zależności statystycznie istotnych pomiędzy następującymi grupami zmiennych:

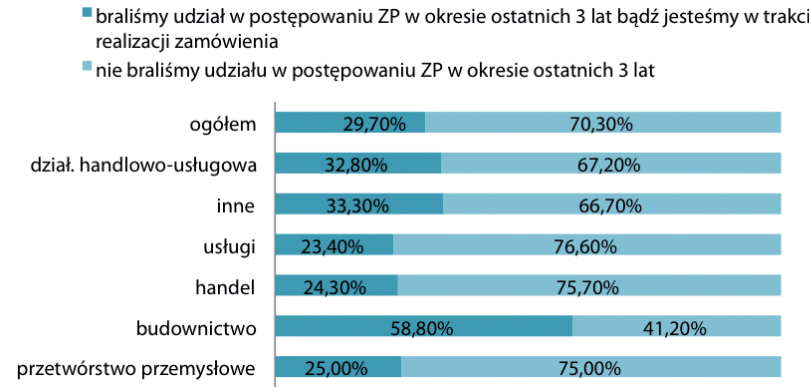
- udział w rynku zamówień publicznych w 2007 roku a okres działania przedsiębiorstwa wyrażony datą wystawienia pierwszej faktury, wielkość przedsiębiorstwa, mierzona liczbą zatrudnionych pracowników oraz typ działalności. Wszystkie te zależności zostały zilustrowane na poniższych wykresach.

Jak wynika z wykresu 9 wśród przedsiębiorstw biorących udział w badaniu jedynie te, które są aktywne w budownictwie w przeważającej części brały udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia w roku 2007 (57,40%). W pozostałych typach działalności dominowały jednostki, które w 2007 roku nie brały udziału w zamówieniach publicznych. Rzadziej występowały na rynku zamówień publicznych przedsiębiorstwa zajmujące się przetwórstwem przemysłowym (27,50%) oraz działalnością handlową (27,50%). Również analiza okresu ostatnich trzech lat potwierdziła, że najbardziej aktywne na rynku zamówień publicznych są przedsiębiorstwa działające w budownictwie (58,8%). Niestety tylko w tej grupie przedsiębiorstw dane dla okresu trzyletniego są lepsze aniżeli dla roku 2007. We wszystkich pozostałych typach działalności przedsiębiorstwa znacznie rzadziej uczestniczyły w procedurach o udzielenie zamówienia publicznego. Największy spadek zaobserwowano w działalności handlowo-usługowej, o prawie 8 pkt procentowych. Biorąc pod uwagę udział ogółu przedsiębiorstw w rynku zamówień publicznych w okresie ostatnich trzech lat przedsiębiorstwa były mniej aktywne w ubieganiu się o kontrakt publiczny, zaobserwowany został spadek o prawie 6 pkt procentowych wobec danych dla roku 2007.

Wykres 9. Udział w rynku zamówień publicznych w Polsce wg typów działalności



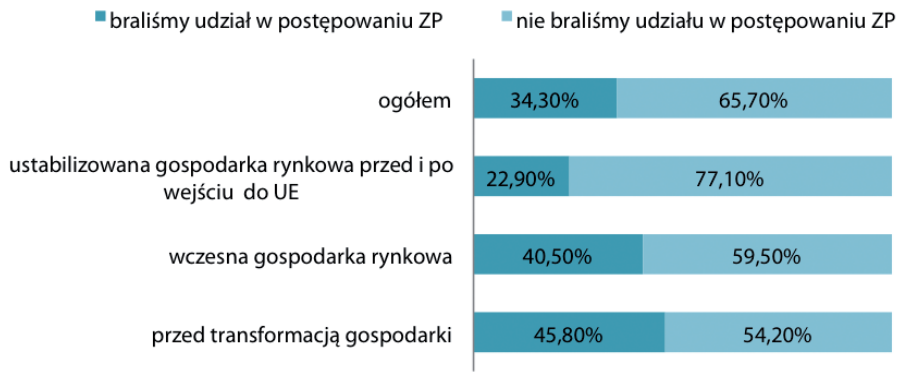
Wykres 10. Udział w rynku zamówień publicznych wg typów działalności w okresie ostatnich 3 lat



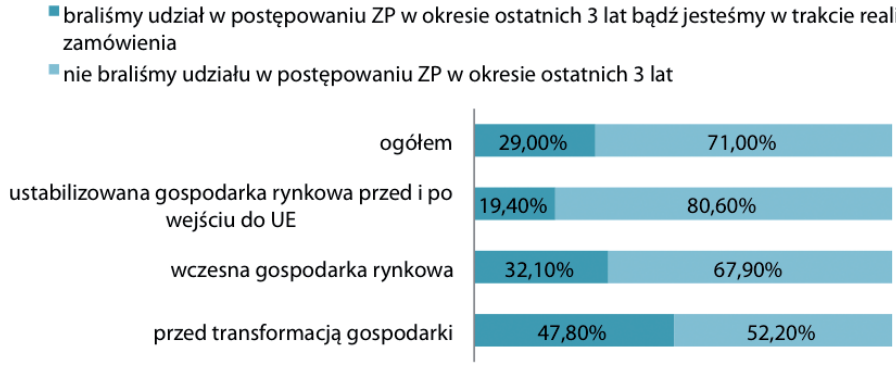
Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania ankietowego.

Biorąc pod uwagę rok założenia przedsiębiorstwa widać dość wyraźnie, że przedsiębiorstwa o dłuższej historii rynkowej częściej biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w roku 2007 jak i w okresie ostatnich trzech lat. W roku 2007 najczęściej o realizację zamówienia występowały przedsiębiorstwa założone przed 1989 rokiem (45,80%) podobnie było w okresie ostatnich 3 lat, również przedsiębiorstwa założone przed transformacją gospodarki najczęściej ubiegały się o udzielenie zamówienia publicznego (47,8%). Przedsiębiorstwa założone po wejściu Polski do UE brały udział w badaniu jednak żadne z nich nie było uczestnikiem rynku zamówień publicznych. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać w dużej mierze w tym, iż wcześniejsze doświadczenie w branży działa in plus. Warto podkreślić, że rośnie zainteresowanie przedsiębiorstw możliwościami realizacji kontraktów publicznych, potwierdza to fakt większej aktywności przedsiębiorstw w roku 2007 niż w okresie ostatnich 3 lat.

Wykres 11. Udział w rynku zamówień publicznych w 2007 roku wg roku założenia przedsiębiorstwa



Wykres 12. Udział w rynku zamówień publicznych w okresie ostatnich 3 lat wg roku założenia przedsiębiorstwa

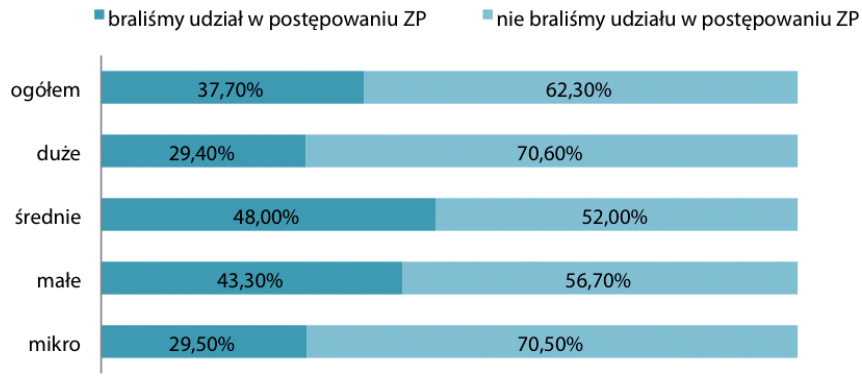


Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania ankietowego.

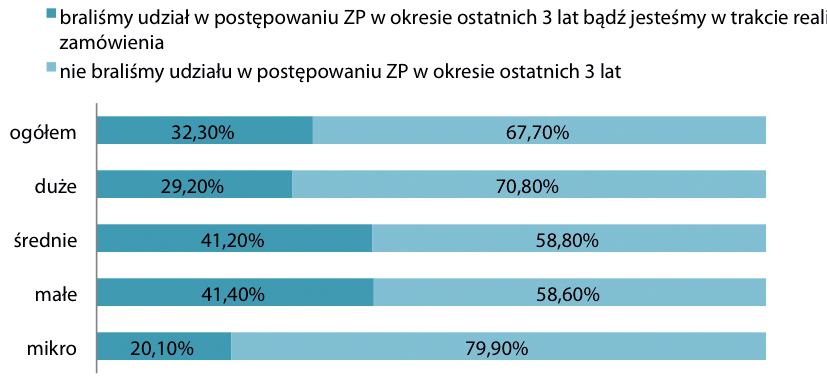
Wcześniej już wspomniano, że udział sektora MŚP jest niewystarczający na rynku zamówień i analiza poniższych wykresów to potwierdza. W każdej z kategorii wielko-

ści, przedsiębiorstwa częściej nie brały aniżeli brały udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w roku 2007 jak i w okresie ostatnich 3 lat. W przypadku mikro przedsiębiorstw niespełna 30% było obecnych na rynku zamówień publicznych. Analizując dane dla małych i średnich firm dane są nieco bardzie optymistyczne, odpowiednio 43,30% i 48,00%. Wartości uzyskane dla ostatnich trzech lat pokazują, że firmy znacznie częściej zaczynają brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia, 32,3% firm uczestniczyło w rynku zamówień publicznych w okresie ostatnich trzech lat a w roku 2007 było to już 37,7% firm spośród badanych podmiotów.

Wykres 13. Udział w rynku zamówień publicznych w roku 2007 wg wielkości przedsiębiorstwa



Wykres 14. Udział w rynku zamówień publicznych w okresie ostatnich 3 lat wg wielkości przedsiębiorstwa



Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania ankietowego.

Przeprowadzone badanie wykazało natomiast, że zależność pomiędzy następującymi zmiennymi:

- udział w rynku zamówień publicznych wyrażony udziałem w postępowaniu w 2007 roku a sekcja działalności i poziom gospodarczy regionu nie są istotne statystycznie i zmienne należy uznać za niezależne.

Podobnych wyników dostarczyły wnioski sformułowane dla pytania o udział przedsiębiorstw w rynku zamówień publicznych w okresie ostatnich trzech lat wliczając w to aktualnie realizowane zamówienia.

Na tej podstawie można uznać, że w okresie ostatnich trzech lat trendy na rynku zamówień publicznych są podobne. Aktywność przedsiębiorstw w udziale w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zależy od wielkości przedsiębiorstwa, czasu obecności na rynku oraz typu działalności.

W dalszym kroku przeprowadzono analizę zależności pomiędzy ilością postępowań, w których przedsiębiorstwo uczestniczyło w roku 2007 a zmiennymi typu wielkość przedsiębiorstwa, region, sektor działalności, rok założenia. W każdym z przypadków otrzymane wyniki pokazują, że zmienne należy uznać za niezależne. Dla wspomnianych par zmiennych przeprowadzono również analizę w obszarze udziału w rynku zamówień publicznych w okresie ostatnich trzech lat. Wartości testów statystycznych potwierdziły jednak, że zależności te nie są statystycznie istotne.

Podsumowanie

Rynek zamówień publicznych w dobie integrującej się Europy stał się rynkiem wewnętrznym (ang. *internal market*), na którym każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą bez względu na kraj pochodzenia powinien być jednakowo traktowany. Oznacza to w dużej mierze równy dostęp do postępowań o udzielenie zamówienia dla wszystkich przedsiębiorstw zarejestrowanych na terenie UE. Istotność ekonomiczna jak i społeczna zamówień publicznych wymuszą na instytucjach unijnych konieczność monitorowania przebiegu, trybu i jakości postępowań na poziomie unijnym oraz dokonywania analiz porównawczych między krajami. Działania te wynikają z założenia, że ze względu na wielkość tego rynku oraz zaangażowane w niego środki publiczne, odpowiednie kształtowanie wskazanego obszaru może poprawić skuteczność realizacji wybranych polityk na poziomie unijnym oraz krajów członkowskich. Postulaty związane ze zmianami, jakie należy wprowadzić na rynku zamówień publicznych i ich monitorowanie na poziomie UE mają na celu oprócz zapewnienia przejrzystości i „niedyskryminującego" dostępu do postępowań również zwiększenie w nim udziału przedsiębiorców z sektora MŚP. W kręgu szczególnych zainteresowań pozostają także elektroniczne zamówienia publiczne i zwiększenie ich udziału w ogólnej liczbie postępowań. Rekomendacje tworzone w tym zakresie i wskazywanie dobrych praktyk mają służyć państwom członkowskim w ukształtowaniu krajowego rynku zamówień publicznych w sposób, który stałby się bardziej przyjazny sektorowi MŚP, choć nie wprowadzałby specjalnych praw dla tej kategorii firm.

Wskazane badania i statystyki pozwalają na wysnucie wniosku, że udział MŚP w publicznych kontraktach jest niższy niż wynikałoby ze znaczenia jakie ma ten sektor dla całej gospodarki. Ponadto MŚP są wyraźnie niedoreprezentowane jeśli chodzi o wygrane w większych kontraktach powyżej 2 mln euro. Przeprowadzone badanie empiryczne pokazuje jednak, rosnące zainteresowanie przedsiębiorstw rynkiem zamówień publicznych co potwierdza większa intensywność udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w roku 2007 niż w okresie ostatnich 3 lat. Optymizmem napawa zwiększająca się liczba mikro przedsiębiorstw, które ubiegają się o realizację kontraktu publicznego.

Niemniej jednak w opinii MŚP, ich dostęp do rynku zamówień publicznych jest zbyt ograniczony. Taki stan rzeczy wynika z faktu, że rynek zamówień publicznych w Europie funkcjonuje poza rzeczywistym rynkiem, na którym preferencje są zróżnicowane i tylko dla części konsumentów najniższa cena stanowi najważniejszy atut produktu/usługi. Tymczasem powszechne stosowanie jedynego kryterium ceny w postępowaniach publicznych zamyka drogę nowym, innowacyjnym pomysłom.

Bibliografia

1. *Europe in figures. Eurostat yearbook 2009*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2009
2. *Europejski Kodeks Najlepszych Praktyk Ułatwiający Dostęp MŚP do Zamówień Publicznych*, Komisja Wspólnot Europejskich, Bruksela, 2008, p. 4
3. *Evaluation of SME's Access to Public Procurement Markets in the EU*, GHK & Technopolis, Brussels 2007
4. *Facilitating the access of SMEs and crafts to public tenders*, European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises, Brussels 2006; http://www.ueapme.com/docs/pos_papers/2006/061020_SMEProcurement_EN.pdf
5. **Kłodziński M**.: *Ekonomiczne i społeczne uwarunkowania i możliwości wielofunkcyjnego rozwoju wsi po integracji Polski z UE*. Wieś i Rolnictwo 2004, nr 2, s. 115
6. Komunikat Komisji Europejskiej do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów pt: *Więcej badań i innowacji — inwestycje na rzecz wzrostu i zatrudnienia: Wspólne podejście*, COM (2005) 488, Brussels, 12.10.2005
7. **Kurczewska A**.; *Dyskusja nad pojęciem małego i średniego przedsiębiorstwa*. Ekonomista 2009, nr 2, s. 268
8. **Łęcka I**.: *Partnerstwo technologiczne z jednostkami badawczo-rozwojowymi*. Przegląd Organizacji 2009, nr 7–8, s. 35
9. *Potencjał rozwojowy polskich MŚP*, raport końcowy przygotowany przez PSDB i GFK Polonia na zlecenie Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2008
10. *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2008 roku*, UZP, Warszawa, maj 2009
11. *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2007 roku*, UZP, Warszawa, maj 2008
12. *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2006 roku*, UZP, Warszawa, maj 2007
13. *Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2005 roku*, UZP, Warszawa, maj 2006
14. **Strużycki M**.: *Integracja europejska — wyzwanie dla małych i średnich przedsiębiorstw*. Master of Business Administration 2003, nr 6, s. 5

15. Study for the European Commission (No ENTR/03//24): *Innovation and Public Procurement. Review of Issues At Stake*. Final Report, December 2005

16. *Tworzenie warunków dla zamówień publicznych sprzyjającym innowacjom*, ekspertyza przygotowana na zlecenie Ministerstwa Gospodarki przez Grupę doradczą Sienna Sp. z.o.o., 2007

17. **Zrobek J**.: *Determinanty rozwoju drobnej przedsiębiorczości na wsi*. Studia Prawno-Ekonomiczne 2004, t. LXIX, s. 245

www.bezrobocie.org.pl

SME sector on the public procurement market — Poland's and other EU countries' experiences Abstract

Poland's accession to the European Union structures created a new economic situation. New opportunities and development challenges appear. There emerge structures and mechanisms which dominate in the stabilized market economy and impose definitive requirements on producers. It is seen in the growth of supply on the market and strengthening of qualitative competition.

Small and medium-size enterprises represent more than 99% of all enterprises in Poland. The situation looks similar at the level of the European Union. Small and medium-size enterprises have essential importance for creating GDP — at the level of the EU it is 60% of GDP, in Poland ca 48%. Discussing functioning of the public procurement market special attention should be paid to the problem of access to this market of small and medium-size enterprises which are as a rule considered the main part of every economy. In order to take advantage of their potential for creating new jobs, growth and innovation their access to the market of public procurement should be made easier.

In 2006 the value of public procurement market in the member countries was assessed at about 1800 mld euro which correspond to 16% of the EU's GDP. The directives concerning public procurement ensure opening the market of public procurement for all enterprises irrespectively to their size. Recently the public procurement market has been continuously growing which doubtlessly resulted from Poland's access to the European Union.

In such market reality where public procurement has an essential share in many enterprises' profits, it is important to define how active the SME's sector is on this market. In this case the following research questions were asked:

To what extent do enterprises of the SME's sector use the potential existing in public procurement?

What factors mainly decide about the present state of SME's share in public procurement?

WPŁYW BEZPOŚREDNICH INWESTYCJI ZAGRANICZNYCH NA SYSTEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W POLSCE

prof. nadzw. dr hab. Jerzy Różański
dr Dorota Starzyńska
Katedra Zarządzania Przedsiębiorstwem
Uniwersytet Łódzki

1. Wstęp

Inwestycje zagraniczne wnoszą do gospodarki kraju goszczącego najczęściej takie wartości jak:

— innowacje produktowe, technologiczne, organizacyjne,

— nowe metody przygotowywania pracowników do pracy,

— powiązania między przedsiębiorstwami zagranicznymi i lokalnym biznesem.

Obecność inwestorów zagranicznych inspiruje przedsiębiorstwa kraju goszczącego do zmian, zwiększających ich konkurencyjność.

Sprawność systemu zamówień publicznych w każdym kraju jest uzależniona nie tylko od zasad, według których działa, ale również od jakości przedsiębiorstw, aplikujących o zlecenia, najczęściej w systemie przetargowym.

Można przyjąć hipotezę, że obserwowany w Polsce szybki wzrost znaczenia inwestycji zagranicznych w badaniu wzrostu gospodarczego kraju zwiększa również udział inwestorów zagranicznych w systemie zamówień publicznych w Polsce, a przez to przyczynia się do zwiększenia udziału inwestycyjnych produktów i usług w ofercie podażowej, będącą odpowiedzią na popyt sektora publicznego.

Zbadanie relacji między skalą i strukturą bezpośrednich inwestycji zagranicznych a rozwojem systemu zamówień publicznych pozwoli odpowiedzieć na pytanie, czy możliwy jest wzrost udziału inwestycji zagranicznych w kontraktach publicznych w Polsce, dzięki któremu może nastąpić poprawa funkcjonowania systemu zamówień publicznych.

2. Aspekty międzynarodowe zamówień publicznych w UE

System zamówień publicznych w Unii Europejskiej opiera się na zasadach uczciwej konkurencji, równości, bezstronności i obiektywizmu w traktowaniu wykonawców, jawności, pisemności i decentralizacji prowadzenia postępowań. Nowe rozwiązania prawne w UE miały na celu ograniczenie krajowych preferencji w zamówieniach publicznych i wyeliminowanie barier krajowych, dzięki czemu redukuje się wydatki publiczne poprzez obniżanie wartości zamówień publicznych. Z drugiej strony rośnie konkurencyjność zamówień publicznych, bardziej efektywne przedsiębiorstwa UE wyprzeć mają mniej efektywne, lokalnie chronione firmy.

Badania prowadzone przez Eurostrategy Consultants w 1995 roku miały na celu ocenę implikacji europejskich rozwiązań prawnych od 1987 roku, kiedy to rozpoczęła się na szeroka skalę liberalizacja zamówień publicznych w Unii Europejskiej. Aż do 1994 r. analiza dotyczyła wpływu funkcjonowania dyrektyw na wyrównanie szans wykonawców w uczestniczeniu w przetargach oraz zmian zachodzących zarówno po stronie popytu, jak i podaży. Szczególnie interesujące wydaje się badanie przeprowadzone wśród przedsiębiorstw, potencjalnych i rzeczywistych wykonawców zamówień publicznych. Zaledwie 41% badanych korzysta z informacji pochodzących z Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich, a spośród sektora MŚP tylko 30% czyta regularnie ogłoszenia o zamówieniach publicznych. Badanie ankietowe dowodzi, że tylko od 14% do 20% wykonawców widzi dodatkowe szanse w zamówieniach publicznych na swoich rynkach krajowych, a od 9% o 13% na innych rynkach Unii Europejskiej.

Tablica 1. Udział importu w sektorze publicznym i prywatnym w wybranych krajach UE (w %)

Kraj	Sektor prywatny (gospodarstwa domowe i firmy) (1)	Agendy rządowe (2)	Relacja (2)/(1)
Francja	24	8	0,33
Niemcy	23	18	0,78
Irlandia	51	17	0,33
Włochy	23	7	0,30
Hiszpania	22	6	0,27
Wlk. Brytania	31	20	0,64

Źródło: F. Trionfetti, *Public Procurement Market Integration and Income Inequalities*, Review of International Economics, 9(1), February 2001, str. 32.

Ocena efektywności regulacji prawnych w odniesieniu do niektórych aspektów zamówień publicznych jest trudno mierzalna. Chodzi m.in. o sposób sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia dyskryminujących bardziej konkurencyjne przedsiębiorstwa zagraniczne. Mimo iż w krajach UE i USA zamówienia publiczne stanowią znaczący i stabilny udział wynoszący od 15% do 20% PKB, to rynki zamówień publicznych dalekie są od międzynarodowej integracji. Pośrednim dowodem na to stwierdzenie są informacje zawarte w tablicy 1.

Relacja wskaźników z kolumny (2) i (1) dowodzi, że we wszystkich badanych krajach sektor prywatny jest bardziej otwarty na produkty pochodzenia zagranicznego (w tym również wewnątrzunijnego). Jednak spośród badanych najgorzej wypadają Hiszpania, Włochy, Irlandia, Francja, gdzie omawiana relacja wynosi około 1/3, znacznie lepiej pod tym względem sytuuje się Wlk. Brytania, a najlepiej Niemcy. Te ostatnie dwa kraje są najbardziej otwarte na zamówienia publiczne zarówno z UE, jak i spoza UE. Odsetek importu penetrującego sektor publiczny Unii Europejskiej wzrósł średnio z 6% w 1987 do 10% w 1994 r.[499]. Rozróżnia się przy tym import bezpośredni, którego udział wzrósł zaledwie

[499] A. Cox, P. Furlong, The Intellectual Myopia AT the Heard of the EU Procurement Rules, University of Birmingham, Birmingham 1996.

z 1,4% do 3%, a w przypadku pośredniego importu odnotowano pewną poprawę tego wskaźnika, z 4,5% do 7%. Jednak obydwa wskaźniki dotyczące sektora publicznego są stanowczo zbyt niskie. Wydaje się, że zwłaszcza niewielki udział importu pośredniego w krajach UE jest efektem kompromisu wynikającego z usytuowania lokalnych firm, będących filiami lub kooperantami przedsiębiorstw zagranicznych. Ponadto występują znaczne różnice w poziomie importu kierowanego do sektora publicznego wg. rodzajów produktów: o niskim stopniu nasycenia technologią (meble biurowe, papier) w porównaniu z wyrobami produkowanymi w oparciu o zaawansowaną technologię (sprzęt medyczny, komputery).

Otwartość i konkurencyjność zamówień publicznych osiągana jest głównie poprzez szerokie zastosowanie procedur otwartych i negocjacyjnych. W pierwszej kolejności wskazuje się na tryby podstawowe: przetarg nieograniczony i ograniczony oraz takie tryby jak licytacje elektroniczną, a następnie na negocjacje z ogłoszeniem czy dialog konkurencyjny.

Częste stosowanie procedur zamkniętych eliminuje część potencjalnych wykonawców i stwarza dogodne warunki dla wykonawców krajowych. Jest to wówczas ukryta forma protekcjonizmu, która w literaturze ekonomicznej nosi nazwę „kupuj krajowe", ze wszystkimi negatywnymi konsekwencjami tego zjawiska[500].

W literaturze wskazuje się na rolę BIZ w warunkach stosowania barier handlowych, w przypadku braku tych ostatnich polityka „kupuj krajowe" może być pozataryfową barierą dla zagranicznych wykonawców produktów finalnych[501]. D. Mardas i inni przeprowadzili zamówień publicznych sektorową analizę na przykładzie czterech krajów Francji, Niemiec, Włoch i Wlk. Brytanii. W 1991 roku wybrano 30 działów przetwórstwa przemysłowego, których znaczenie dla zamówień publicznych jest istotne. Badania dowodzą, że im większy udział zamówień publicznych w produkcji krajowej, tym wyższy odsetek produkcji wytworzonej przez przedsiębiorstwa zagraniczne. To oznacza, że polityka typu „kupuj krajowe" w sektorze publicznym może przyciągać bezpośrednie inwestycje zagraniczne. Te z kolei są swoistym katalizatorem dla krajowych przemysłów, stanowiąc element globalizacji i rozwoju gospodarczego.

3. Bezpośrednie inwestycje zagraniczne w polskiej gospodarce

O istotnej obecności kapitału zagranicznego w polskiej gospodarce można mówić dopiero po roku 1989. Początek lat dziewięćdziesiątych wiązał się z ogromnymi zmianami towarzyszącymi transformacji systemowej, gdzie kapitał zagraniczny stanowił szczególną formę dopływu kapitału do kraju, w którym został ulokowany. Kapitał zagraniczny stał się współcześnie jednym z czynników rozwoju gospodarczego oraz integralną częścią gospodarki narodowej kraju goszczącego.

Wartość bezpośrednich inwestycji zagranicznych, które zrealizowano w Polsce w latach 1985–1990 stanowiła jedynie 0,2% wartości tego zjawiska w skali świata. Znaczące

---

500 Por. W. Starzyńska, Rynek zamówień publicznych w okresie integracji z UE. Analiza sektorowa dostaw, Difin, Warszawa 2003, s. 129.

501 D. Mardas, G. Papachriston, G. Varsakelis, Public Procurement and Foreign Direct Investment cross France, Germany, Italy and the UK, Atlantic Economic Jurnal, June 2008.

zainteresowanie inwestorów zagranicznych polską gospodarką obserwuje się dopiero w kolejnych latach, tj. w okresie 1991-1995, kiedy to udział bezpośrednich inwestycji zagranicznych wyniósł 0,7% łącznych inwestycji we wszystkich krajach.

W latach 2004–2006 średnia wartość napływu BIZ wzrosła do ponad 12 miliardów USD, a udział Polski w światowych przepływach wzrósł do ok. 1%. Lata 1990–2000 — to lata otwierania się polskiej gospodarki na kapitał zagraniczny. W okresie tym zaobserwowano znaczne zdynamizowanie napływu bezpośrednich inwestycji zagranicznych o łącznej wartości wynoszącej ok. 40 mld USD, z czego blisko 90% napłynęło w okresie 1995–2000.

Tablica 2. Wartość napływu kapitału do Polski z tytułu bezpośrednich inwestycji zagranicznych w latach 2000–2008

Rok	Wartość napływu kapitału do Polski z tytułu BIZ (w mln USD)	Dynamika Rok poprzedni =100
2000	9342	128,5
2001	5713	61,2
2002	4131	72,3
2003	4589	111,1
2004	12355	280,5
2005	10275,9	79,8
2006	18942,1	184,3
2007	23465	123,9
2008	14728	62,8

Źródło: Opracowanie własne na podstawie: NBP, *Zagraniczne inwestycje bezpośrednie w Polsce w 2003*, Warszawa 2004, s. 13, NBP, *Zagraniczne inwestycje bezpośrednie w Polsce w 2004 r.* Warszawa 2005, s. 13, 91–101, NBP, *Zagraniczne inwestycje bezpośrednie w Polsce w 2006 r.*, Warszawa 2008, s. 15, 59–60, 117–118, *Zagraniczne inwestycje bezpośrednie w Polsce w 2008 r.*, Warszawa 2010 s. 116–117, www.nbp.pl

W latach 1990–2006 do Polski napłynęło ponad 124 mld USD w postaci bezpośrednich inwestycji zagranicznych. Warto w tym miejscu podkreślić prawie trzykrotny wzrost wartości napływu BIZ do Polski w 2004 r. w porównaniu z 2003 r. (por. tablica 1). Tak istotny wzrost można uzasadnić nie tylko następstwem przystąpienia Polski do Unii Europejskiej[502], ale również zmniejszeniem obciążeń fiskalnych z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych, co skłoniło inwestorów zagranicznych do wykazywania większych zysków w swoich polskich filiach[503]. Rekordowym rokiem okazał się 2007 rok, w którym odnotowano napływ kapitału w wysokości 23,5 mld USD. Był to wynik wyższy o prawie 24% od poziomu z 2006 r.[504].

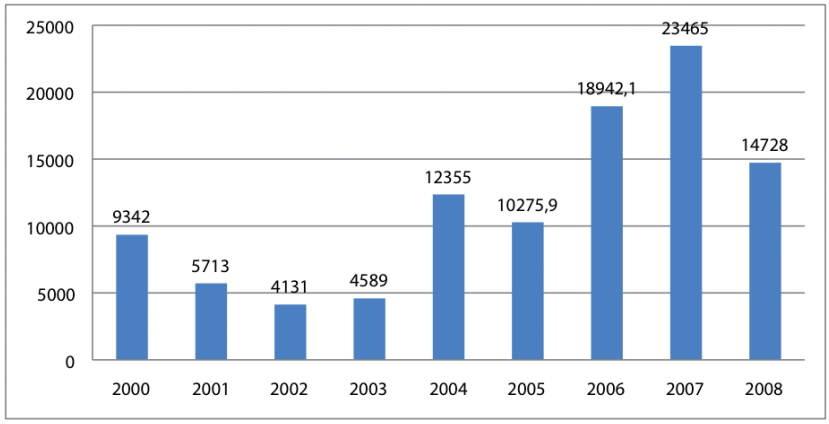
---

502 Polska jest członkiem Unii Europejskiej od 1 maja 2004.

503 Por. J. Chojna (red), *Inwestycje zagraniczne w Polsce, Raport Roczny*, IBRKiK, Warszawa 2008, s. 65–66.

504 Dane dotyczące wartości ulokowanych w Polsce BIZ pochodzą z raportów pt. *Zagraniczne inwestycje bezpośrednie w Polsce w 2008* r., oraz kwartalnych danych NBP charakteryzujących bilans płatniczy Polski, dostępnych na stronie *www.nbp.pl*

Wykres 1. Wartość napływu kapitału do Polski z tytułu BIZ (w mln USD)



Źródło: opracowanie własne na podstawie tablic 2.

Kluczowym kryterium podziału bezpośrednich inwestycji zagranicznych napływających do gospodarki kraju goszczącego jest przynależność sektorowa. To od niej zależne jest rzeczywiste oddziaływanie omawianych inwestycji na rozwój, a zarazem konkurencyjność sektorów i gospodarki kraju goszczącego.

Kapitał zagraniczny napływający do Polski w postaci bezpośrednich inwestycji zagranicznych był na ogół lokowany przez inwestorów w działalność produkcyjną, w tym w sekcję przetwórstwo przemysłowe. W 1996 roku udział kapitału zainwestowanego w przedsiębiorstwach reprezentujących tę sekcję wyniósł ponad 40%, a w kolejnych dwóch latach również utrzymywał się na dość wysokim poziomie — w 1997 roku ponad 30%, a w 1998 roku przekroczył 34%. W latach 1999–2001 udział przetwórstwa przemysłowego w strukturze napływu BIZ uległ zmniejszeniu, osiągając dla tych trzech okresów średni odsetek wynoszący 22,5%. W kolejnych latach odnotowano zwiększenie zainteresowania inwestorów zagranicznych tym sektorem gospodarki narodowej, zwłaszcza na uwagę zasługują lata 2003-2004, kiedy omawiany udział wyniósł odpowiednio — ok. 40% i 37%.

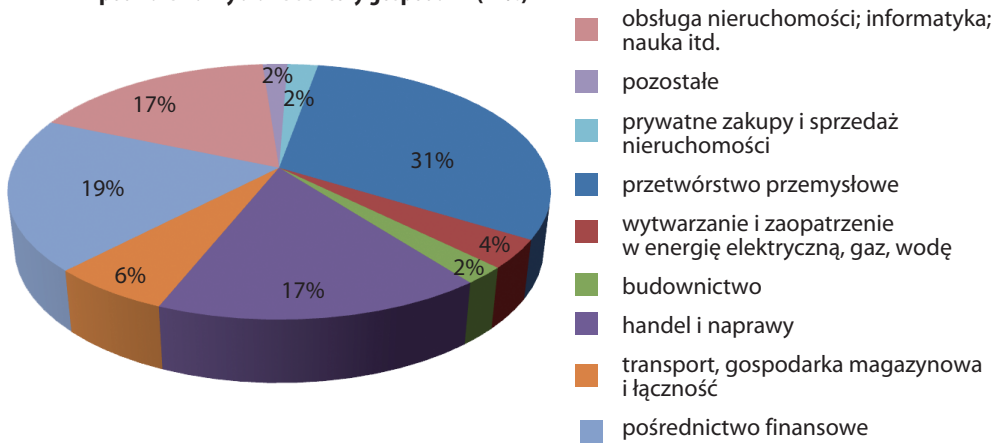
Od końca XX wieku i od początku XXI wieku można zaobserwować zmianę w strukturze napływu BIZ do polskiej gospodarki. Coraz więcej inwestycji lokowanych jest w usługach, a zmniejsza się odsetek BIZ angażowanego w sektorach produkcyjnych. Ciekawych wniosków dostarcza rok 2006, w którym to po raz pierwszy dominującym sektorem przyciągającym inwestorów zagranicznych okazały się usługi w obszarze: obsługi nieruchomości, informatyka, nauka oraz usługi związane z prowadzeniem działalności gospodarczej — osiągając udział wynoszący 32,5% ogółu BIZ kierowanych do polskiej gospodarki.

Obserwowana tendencja w polskiej strukturze napływu BIZ dotycząca wzrostu zainteresowania inwestorów zagranicznych w kierunku szeroko pojmowanych usług, jest zgodna z obserwowaną w świecie, ale nie umniejsza znaczeniu sektora produkcyjnego naszej gospodarki. Nasz przemysł przetwórczy nadal wymaga dużych nakładów inwestycyjnych niezbędnych dla potrzeb modernizacji technologicznej produkcji, a bezpośrednie inwestycje zagraniczne są głównym źródłem finansowania rozwoju tego sektora.

Poza strukturą napływu BIZ do Polski, z punktu widzenia charakteru zasobowego poszczególnych sektorów gospodarki narodowej, na uwagę zasługuje stan i struktura zobowiązań Polski z tytułu bezpośrednich inwestycji zagranicznych na koniec 2008 roku. Łączna wartość tych zobowiązań wynosi ponad 163 mld USD[505], z czego wartość kapitałów własnych przypadających na przedsiębiorstwa bezpośredniego inwestowania była równa 123,4 mld USD, a kwota pozostałych inwestycji (kredytów udzielonych udziałowcom zagranicznym) wyniosła blisko 39,6 mld USD.

Na wykresie 2 przedstawiono strukturę zobowiązań Polski z tytułu zagranicznych inwestycji bezpośrednich w podziale na rodzaj prowadzonej działalności według wybranych sekcji gospodarki narodowej. Okazuje się, że najwięcej, ponad 31% BIZ, stanowi kapitał zagraniczny w sekcji przetwórstwo przemysłowe, a jego wartość wynosi 50,6 mld USD[506]. Odsetek ten może świadczyć nadal o dość dużym zainteresowaniu inwestorów zagranicznych produkcyjnymi obszarami działalności, w których inwestycje te są ciągle opłacalne.

Wykres 2. Struktura zobowiązań Polski z tytułu zagranicznych inwestycji bezpośrednich na dzień 31.12.2006 rok w podziale na wybrane sektory gospodarki (w %)



Źródło: Opracowanie własne na podstawie *Zagraniczne inwestycje bezpośrednie w Polsce w 2008 roku*, NBP Warszawa 2010, s. 125–127.

W sektorze usług najwyższą wartość kapitału zagranicznego w postaci BIZ odnotowano w sekcjach: pośrednictwo finansowe (31,4 mld USD), czyli 19% ogółu BIZ, handel i naprawy (26,9 mld USD) — 17% oraz grupa: obsługa nieruchomości, informatyka, nauka z 17,5% udziałem w strukturze zobowiązań BIZ.

4. Zamówienia publiczne w przetwórstwie przemysłowym a bezpośrednie inwestycje zagraniczne

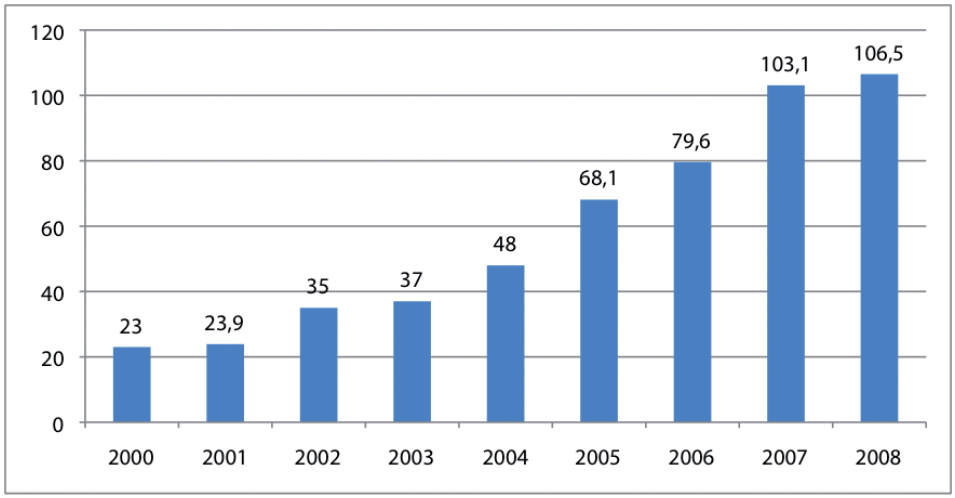
Na przestrzeni ostatniej dekady rynek zamówień publicznych stał się ważnym elementem rozwoju polskiej gospodarki, stymulując popytu. Wzrastająca wartość zamówień

505 Por. *Zagraniczne inwestycje bezpośrednie w Polsce w 2008 roku*, NBP Warszawa 2010, s. 125–127.

506 Tamże, s. 128.

publicznych realizowanych przez system zamówień publicznych świadczy o wyraźnym urynkowieniu tego sektora gospodarki, co spowodowane jest wzrostem konkurencyjności kontraktów publicznych i konsekwencją integracji europejskiej. Szczególnego znaczenie nabierają zamówienia na dostawy, które ze względu na swój handlowy charakter, mogą przyczyniać się do poprawy konkurencyjności wybranych obszarów działalności gospodarczej.

Wykres 3. Wartość zamówień publicznych w Polsce w latach 2000–2008 (w mld zł)



Źródło: Opracowanie własne na podstawie sprawozdań UZP z lat 2000–2008.

Dla potrzeb niniejszego badania przeprowadzono analizę korelacji pomiędzy napływem bezpośrednich inwestycji zagranicznych a wartością zrealizowanych zamówień publicznych w latach 2000–2008. Warto podkreślić, że w Polsce do 2004 r. obowiązywały określone Ustawą o zamówieniach publicznych z 1994 roku preferencje krajowe, z chwilą wejścia Polski do UE preferencje te zostały zniesione. Oznacza to, że na obszarze UE wszyscy wykonawcy mogą być traktowani w jednakowy sposób przez zamawiających. Badanie dowodzi, że korelacja pomiędzy wartością zamówień publicznych i napływem BIZ jest silna i dodatnia, bowiem współczynnik korelacji liniowej wynosi 0,83. Równanie regresji liniowej BIZ = f(ZP, ε) ma następującą postać: BIZ = 169,2ZP + 1648,5, przy dopasowaniu równym (R^2=0,69). Tak silna zależność pomiędzy omawianymi zmiennymi jest efektem stosowania preferencji krajowych w latach 2000-2003, ale także może być efektem ukrytych preferencji krajowych (nadmierne stosowanie zamkniętych procedur, próby eliminowania wykonawców zagranicznych poprzez stosowanie typowych dla kraju kryteriów podmiotowych czy przedmiotowych itp.).

Na podstawie publikowanych ogłoszeń o wynikach przetargów z lat 2004–2009 każdemu kodowi CPV należącemu do działalności przemysłowej (sekcja D wg PKD 2004) przyporządkowano kod PKD 2004. Wyniki agregacji danych prezentuje tablica 3.

Tablica 3. Wartość zamówień publicznych w Polsce wg. działów PKB w sekcji przetwórstwo przemysłowe w latach 2004–2008 (w mln zł)

Wartość zamówień publicznych w mln zł					
DZIAŁY PKD	2004	2005	2006	2007	2008
15	131,9	1191,3	173,9	449,4	749,5
16	14,2	10,3	11,1	3,1	21,9
17	42	9,3	29,1	34,2	35,1
18	63,2	64,3	250,3	82,7	164,1
19	1,15	6,9	93,3	4,9	10,4
20	12,8	64,5	32,2	23,2	50
21	20	154,8	45,2	131,3	284,8
22	92,8	135,5	123	223,8	291,5
23	463	1183,7	949,2	423,3	545,6
24	1357,8	4230,3	4620	2186	1329
25	96,4	192	273,4	194,7	152
26	2,1	19,5	5,6	27,4	21,9
27	71,1	197,8	160,7	96,2	121,4
28	492,5	1147,5	807,6	227,9	278,3
29	443,2	2540,4	1088,2	394,2	326,6
30	274,7	1303	579,6	836	1586,3
31	260,3	641,6	425,7	228,4	200,5
32	51,1	226,2	174	208,5	223,1
33	984,6	3380,3	2944,5	2099	2478,7
34	361,2	713,6	629,1	758,2	841,5
35	127,3	295,9	179,9	68,4	36,2
36	31,2	163,6	116,2	294,9	245,9
37	0	0	0	0,2	38,7
RAZEM	5394,6	17872,3	13711,8	8995,9	10033,0

Źródło: Opracowanie własne na podstawie sprawozdań UZP z lat 2000–2008.

Duża zmienność przedstawionych wartości powoduje, że trudno jest analizować ich dynamikę warto zatem przyjrzeć się strukturze badanych wielkości (por. tablica 4).

Tablica 4. Struktura zamówień publicznych w Polsce wg. działów PKB w sekcji przetwórstwo przemysłowe w latach 2004–2008 (w %)

Wskaźniki struktury w %					
DZIAŁY PKD	2004	2005	2006	2007	2008
15	2,45	6,67	1,27	5,00	7,47
16	0,26	0,06	0,08	0,03	0,22
17	0,78	0,05	0,21	0,38	0,35
18	1,17	0,36	1,83	0,92	1,64
19	0,02	0,04	0,68	0,05	0,10
20	0,24	0,36	0,23	0,26	0,50
21	0,37	0,87	0,33	1,46	2,84
22	1,72	0,76	0,90	2,49	2,91
23	8,58	6,62	6,92	4,71	5,44
24	25,17	23,67	33,69	24,30	13,25
25	1,79	1,07	1,99	2,16	1,52
26	0,04	0,11	0,04	0,30	0,22
27	1,32	1,11	1,17	1,07	1,21
28	9,13	6,42	5,89	2,53	2,77
29	8,22	14,21	7,94	4,38	3,26
30	5,09	7,29	4,23	9,29	15,81
31	4,83	3,59	3,10	2,54	2,00
32	0,95	1,27	1,27	2,32	2,22
33	18,25	18,91	21,47	23,33	24,71
34	6,70	3,99	4,59	8,43	8,39
35	2,36	1,66	1,31	0,76	0,36
36	0,58	0,92	0,85	3,28	2,45
37	0,00	0,00	0,00	0,00	0,39
RAZEM	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Źródło: Opracowanie własne na podstawie sprawozdań UZP z lat 2000–2008.

W latach 2004–2007 dominującą pozycję zajmował dział 24 — produkcja wyrobów chemicznych (od 24% do blisko 34% ogółu zamówień publicznych realizowanych przez przemysł przetwórczy). Jednak w 2008 roku tę rolę przejmuje zdecydowanie dział 33 — produkcja sprzętu medycznego i chirurgicznego oraz przyrządów ortopedycznych. Drugie miejsce w ostatnim badanym okresie zajmuje dział 30 — produkcja maszyn biurowych i komputerów, z blisko 16% odsetkiem ogółu wartości realizowanej przez przemysł przetwórczy.

W latach 2007-2008 istotnego znaczenia nabiera produkcja pojazdów samochodowych, przyczep i naczep — dział 34 oraz produkcja artykułów spożywczych i napojów — dział 15. Wytwarzanie koksu, produktów rafinacji ropy naftowej i paliw jądrowych — dział 23 to kierunek działalności produkcyjnej reprezentujący łączny udział w łącznej produkcji przemysłu dla potrzeb sektora publicznego wynoszący około 5%.

Aby wskazać znaczenie zamówień publicznych do produkcji przemysłu wytwórczego (tablica 5) przedstawiono udział wartości zamówień publicznych w relacji do wartości produkcji sprzedanej przemysłu dla poszczególnych działów PKD.

Tablica 5. Udział wartości zamówień publicznych w wartości produkcji sprzedanej przemysłu wytwórczego wg działów PKD w latach 2004–2008.

Relacja zamówień publicznych do produkcji sprzedanej przemysłu w %					
DZIAŁY PKD	2004	2005	2006	2007	2008
15	0,12	0,99	0,14	0,32	0,51
16	0,43	0,29	0,36	0,07	0,83
17	0,39	0,09	0,28	0,30	0,33
18	0,66	0,79	3,02	0,97	1,99
19	0,03	0,23	2,83	0,13	0,31
20	0,06	0,31	0,15	0,09	0,19
21	0,14	1,08	0,29	0,76	1,59
22	0,46	0,66	0,58	0,90	1,21
23	1,37	3,65	2,38	0,97	0,97
24	3,31	10,18	9,74	4,43	2,63
25	0,30	0,56	0,73	0,44	0,34
26	0,01	0,07	0,02	0,07	0,05
27	0,22	0,69	0,44	0,23	0,29
28	1,24	2,74	1,57	0,38	0,41
29	1,41	6,78	2,56	0,79	0,56
30	20,19	66,54	32,33	39,31	57,37
31	1,25	2,95	1,60	0,75	0,69
32	0,38	1,72	1,06	1,12	1,16
33	16,44	51,02	39,56	23,50	24,86
34	0,62	1,17	0,89	0,95	1,00
35	1,07	2,44	1,37	0,49	0,24
36	0,11	0,60	0,40	0,91	0,75
37	0,00	0,00	0,00	0,00	0,80
RAZEM	0,94	3,03	2,05	1,18	1,25

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych z tablicy 3 i Roczników Statystycznych Przemysłu GUS z lat 2005–2008.

Dział 30 — produkcja maszyn biurowych i komputerów w roku 2008 ponad 50% swojej produkcji sprzedanej realizowała poprzez zamówienia publiczne. Odsetek ten wzrósł bardzo istotnie, z 20% w 2004 roku do 66,5% w 2005 roku, następnie spadł do 32% i 39% odpowiednio dla lat 2006 i 2007, by znów osiągnąć wysoki poziom ponad 57% w 2008 roku. Odsetek produkcji sprzedanej działu 33 podlega znacznym wahaniom, w zależności od rodzaju inwestycji realizowanych przez podmioty zamawiające, jednak jego pozycja jest bardzo wysoka w latach 2007–2008 ¼ wartości sprzedanej realizowana była w sektorze publicznym. Znaczenie pozostałych działów jest już dużo mniej istotne. Na uwagę zasługuje jeszcze dział 24 — produkcja wyrobów chemicznych (duże wahania w poszczególnych latach od 2,6% do 10,2%) oraz rosnące znaczenie działów: 18 (produkcja wyrobów skórzanych) i 22 (działalność wydawnicza).

Brak informacji o bezpośrednich inwestycjach zagranicznych w podziale na szczegółowe rodzaje działalności np. działy czy klasy uniemożliwia badanie korelacji pomiędzy wartością lub strukturą BIZ a wartością lub strukturą zrealizowanych zamówień publicznych. Narodowy Bank Polski podaje tylko wybrane podsekcje i działy przetwórstwa przemysłowego (24, 25, 29, 30, 32, 34, 35), co utrudnia porównywanie wielkości napływu BIZ do Polski z innymi wielkościami ekonomicznymi.

Tablica 6. Napływ kapitału do Polski z tytułu BIZ w latach 2007-2008 w podziale na rodzaje działalności przemysłu przetwórczego (% ogólnej wartości BIZ w przemyśle przetwórczym)

Działy PKD	2007	2008
24	0,02	0,42
25	8,77	12,68
29	6,55	12,16
30	3,58	4,88
32	5,14	-7,64
34	13,85	-23,35
35	2,90	-8,39

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych NBP.

Na podstawie danych z tablicy 6 można jedynie zaobserwować, że w 2008 roku, pomimo znacznego odpływu kapitału z działów 32, 34 i 35 ma miejsce, znaczny wzrost odsetka kapitału zagranicznego w dziale 30 — produkcja maszyn biurowych i komputerów (wzrost z 3,58% do 4,88%), który to przemysł, jak wynika z wcześniejszych analiz, ma bardzo wysoki udział w zaspakajaniu popytu podmiotów zamawiających (ponad 57% jego produkcji jest kierowana do sektora publicznego).

Nie mając jednak wszystkich informacji można jedynie przypuszczać, że w okresie kryzysu zamówienia publiczne stają się dodatkowym instrumentem przyciągającym kapitał w formie bezpośrednich inwestycji zagranicznych do danego kraju goszczącego, w zależności od skali badanego zjawiska. W Polsce, podobnie jak w starych krajach UE, znaczenie przedsiębiorstw zagranicznych na rynku zamówień publicznych jest niewielkie. Powodem może być ukryta forma „preferencji krajowych", jak też chęć lokowania swoich filii w Polsce ze względu na znaczący rozmiar naszego rynku.

W latach 2006–2009 liczba ogłoszeń zamawiających opublikowanych przez polskie podmioty zamawiające w Dzienniku Urzędowym UE wzrosła z 10 466 w 2006 roku do 14 180 w 2009, co stanowiło odpowiednio 7,7% i 9% ogółu ogłoszeń na rynku unijnym[507]. Z kolei, jeśli weźmiemy pod uwagę nowe kraje członkowskie, to ten udział wahał się od 47% do 55%. Oznacza to, że skala polskiego rynku zamówień publicznych w UE jest bardzo istotna, a zwłaszcza w grupie nowych krajów członkowskich.

Oceniając udział podmiotów zagranicznych w liczbie realizowanych kontraktów w Polsce warto posłużyć się odsetkiem wykonawców zagranicznych w ogólnej liczbie zrealizowanych zamówień publicznych. I tak w 2006 roku tylko 3% kontraktów zostało udzielonych wykonawcom zagranicznym (450 zamówień), a w roku 2009 stanowiło to zaledwie 2,35%, ale na ogólną kwotę 17,2 mld zł. Ta ostatnia wartość w stosunku do 2008 roku podwoiła się (wzrosła o 118%). Zatem można przypuszczać, że firmy zagraniczne są zainteresowane bardzo dużymi zamówieniami (budowa autostrad, usługi dokumentacji projektowej, nadzór inwestorski, specjalistyczne szkolenia, a w zakresie dostaw — zakup praw licencyjnych, sprzętu medycznego, urządzeń optycznych i precyzyjnych). Średnia wartość kontraktu realizowana przez przedsiębiorstwo zagraniczne w Polsce w 2009 roku wyniosła ponad 38 mln zł.

5. Zakończenie

Przeprowadzone badanie, mimo że w oparciu o niepełne informacje dotyczące poziomu napływu BIZ w podziale na kierunki działalności przemysłu przetwórczego, pozwala jednak na sformułowanie kilku wniosków.

Potwierdza się wcześniejsze przypuszczenie, że szybki wzrost znaczenia inwestycji zagranicznych w Polsce przekłada się również na zwiększenie ich roli na rynku zamówień publicznych. Przeprowadzona analiza zależności pomiędzy napływem BIZ a wartością zamówień publicznych świadczy o tym, że pomiędzy badanymi wielkościami ekonomicznymi zachodzi silna dodatnia korelacja (r_{xy}=0,83). Badaniem objęto lata 2000–2008, a więc okres przedakcesyjny i lata po wejściu Polski do UE.

W okresie 2000-2003 obowiązywały w polskim systemie zamówień publicznych preferencje krajowe, które jak dowodzą wcześniejsze badania[508], były instrumentem przyciągającym kapitał zagraniczny do Polski. W kolejnych latach, po zmianie preferencji krajowych, rynek zamówień publicznych stabilizuje się. Duże znaczenie na tym rynku mają takie produkty, które wytwarzane są w przemyśle przetwórczym. Bardziej szczegółowa analiza dowodzi, że największym udziałem zamówień publicznych charakteryzuje się dział 30- produkcja maszyn biurowych i komputerów. Niekompletne dane BIZ w podziale na działy PKD pozwalają jednak na spostrzeżenie, że kapitał zagraniczny wykazuje znaczne zainteresowanie tym kierunkiem działalności w Polsce, mimo dostrzegalnego kryzysu w 2008 roku. Potrzeba porównania innych działów, ważnych z punktu widzenia BIZ i zamówień publicznych, to kolejne wyzwanie dla nauki i polityki gospodarczej.

---

507 Por. Sprawozdania UZP z lat 2006–2009.

508 Por. W. Starzyńska, Rynek zamówień publicznych w okresie integracji z UE. Analiza sektorowa dostaw, Difin, Warszawa 2003, s. 142–146.

ZARZĄDZANIE RYZYKIEM W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH NA ROBOTY BUDOWLANE NA PRZYKŁADZIE UCZELNI PUBLICZNEJ

dr Mirosław Urbanek

Wstęp

Zarządzanie ryzykiem rozumiane jako element działania zarządczego, którego zadaniem jest umożliwienie organizacji rozwoju na drodze realizacji celów (wypełniania swojej misji) w najbardziej bezpośredni, efektywny i skuteczny sposób[509] jest kluczową kwestią wszystkich organizacji zarówno w sektorze publicznym, jak i prywatnym. Działanie to nabiera szczególnego znaczenia w jednostce sektora finansów publicznych, która w związku z dysponowaniem środkami publicznym, zobligowana jest do przestrzegania dodatkowych wymagań zapewniających jawność i przejrzystość podejmowanych działań.

Wśród nich można wskazać na ustawę o finansach publicznych zgodnie, z którą wydatki publiczne powinny być dokonywane m.in. w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad umożliwiających uzyskanie najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów[510]. Ponadto jednostka sektora finansów publicznych jest zobligowana zawierać umowy (po przekroczeniu odgórnie ustalonych kwot, tzw. progów), których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych[511].

Dodatkowo jednostka sektora finansów publicznych musi realizować wybrane działania zarządcze. Ustawa o finansach publicznych nakłada potrzebę prowadzenia kontroli zarządczej tych jednostkach. Jej celem jest między innymi zarządzanie ryzykiem[512]. Ustawa stanowi, iż ogół działań podejmowanych dla zapewnienia realizacji celów i zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy składa się na kontrolę zarządczą[513], a zapewnienie jej funkcjonowania w sposób adekwatny, skuteczny i efektywny należy do obowiązków (oprócz właściwego ministra, władz samorządu terytorialnego) kierownika jednostki[514]. Również obszar zamówień publicznych nie powinien pozostawać poza działaniami kontroli zarządczej, w tym zarządzania ryzykiem.

---

509 Williams Jr. C.A., Smith M.L., Young P.C., Zarządzanie ryzykiem a ubezpieczenia, PWN, Warszawa 2002, s. 57.

510 Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. z 2009 r. nr 157, poz. 1240 z późn. zm., art. 44 ust. 3 pkt 1.

511 Ustawa o finansach publicznych, ust. cyt., art. 44 ust. 4.

512 Tamże, art. 68 ust. 2 pkt 7. W następstwie konieczności zarządzania ryzykiem w administracji publicznej Ministerstwo Finansów (w następstwie delegacji wynikającej z art. 69 ust. 3 ustawy o finansach publicznych) określiło standardy kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych (szerzej zob. komunikat Nr 23 Ministra Finansów z 16 grudnia 2009 r. w sprawie standardów kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych, Dziennik Urzędowy Ministra Finansów nr 15, pozycja nr 84 z 30 grudnia 2009 r.

513 Tamże, art. 68 ust. 1.

514 Tamże, art. 69 ust. 1 pkt 3.

Istota i funkcje zamówień publicznych

Zamówienia publiczne wg definicji unijnej to umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu dyrektywy[515]. Podobne sformułowanie znalazło się w polskim prawodawstwie[516]. Definicja ta wraz z szeregiem przepisów szczegółowych umożliwia precyzyjne odróżnienie zamówień publicznych od innych przypadków transakcji nabywania i zbywania dóbr i usług przez jednostki administracji publicznej i inne zobowiązane podmioty realizujące zadania publiczne[517]. W literaturze przedmiotu występuje pojęcie szersze — system zamówień publicznych, który obejmuje nie tylko regulacje prawne ale również kwestie dotyczące zagadnień organizacyjnych, wszystkich uczestników postępowania w obszarze zamówień publicznych (nie tylko strony zawieranych kontraktów) wpływających na strukturę i funkcjonowanie systemu (organy prawodawcze, organy nadzoru i kontroli, instytucje finansowe, ubezpieczeniowe, rzeczoznawcy i specjaliści świadczących usługi w zakresie zamówień publicznych, itp.), ekonomiczne zagadnienia rynku zamówień publicznych, narzędzia zwalczania korupcji w zamówieniach publicznych, priorytety polityczne, zwyczaje, postawy i zachowania ludzkie, itd.[518]. Zasady na jakich oparto założenia systemu zamówień publicznych w Polsce oraz Unii Europejskiej wywodzą się z Traktatu Rzymskiego[519]. Należą do nich:

- zakaz dyskryminacji wykonawców ze względu na narodowość,
- zasada swobodnego przepływu towarów,
- zasada swobody świadczenia usług,
- zasada swobody prowadzenia działalności gospodarczej,
- zasada ochrony konkurencji,
- zakaz wykorzystywania przez przedsiębiorstwa dominującej pozycji na rynku,
- zakaz pomocy państwa dla przedsiębiorstw, jako przyczyny mogącej zakłócić wolną konkurencję,
- wyłączenie spod wspólnych zasad konkurencji produkcji sprzętu wojskowego o ściśle militarnym znaczeniu[520].

---

515 Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz.Urz. UE L 134 z 30 kwietnia 2004 r., art. 1 ust. 2a.

516 W ustawie z 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177 z późn. zm., art. 2 ust. 13 definiuje zamówienia publiczne jako umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

517 Lissowski O., Zarządzanie publiczne i zamówienia publiczne, Wydawnictwo Naukowe CONTAKT, Poznań 2009, s. 23.

518 Tamże, s. 24–25.

519 Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane, pod. red. Lemke M., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001, s. 8.

520 Tamże, s. 8–9.

Zasady te miały pełnić podwójną rolę, z jednej strony były przepisem generalnym w ustawie a jednocześnie wskazówką w procesie stosowania prawa[521]. System zamówień publicznych, którego fundamentalnym aktem prawnym stała się ustawa Prawo zamówień publicznych wskazuje na trzy zasady udzielania zamówień publicznych[522]:

- zasadę równego traktowania wykonawców,
- zasadę uczciwej konkurencji,
- zasadę przejrzystości (transparentności) wyrażającą się poprzez jawność postępowania, formę pisemną oraz konieczność przygotowania i prowadzenia postępowania przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm[523].

Zasady te wywodzą się z traktatowych swobód będących podstawą funkcjonowania wolnego rynku (swoboda przepływu usług, towarów i kapitału). Zasada równego traktowania oznacza równość wobec prawa polegającą na przyznaniu wszystkim uczestnikom postępowania przetargowego (wykonawcom) takiej samej pozycji przy egzekwowaniu praw wynikających z przepisów dotyczących zamówień publicznych. Oznacza to konieczność identycznego rozstrzygania w przypadku zaistnienia tych samych sytuacji u różnych wykonawców. Kolejną zasadą, na której opiera się prawo zamówień publicznych jest gwarantowanie zachowania uczciwej konkurencji[524]. Zasada ta znajduje swoje rozwinięcie m.in. w przepisie art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiającemu nie wolno określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przykładem przejawu nieuczciwej konkurencji jest określenie parametrów kupowanego sprzętu w taki sposób, że spełnia je tylko jeden producent lub wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia nazwy producenta. Innym przejawem łamania tej zasady jest dostosowywanie specyfikacji do warunków technicznych wygodnych dla poszczególnych wykonawców, powodujące często obniżanie wymagania technicznego w zestawieniu ze swoimi potrzebami. Zasada jawności pozwala zainteresowanym uczestnikom oraz innym osobom obserwować proces realizacji zamówień publicznych. Dzięki temu możliwe jest bieżące eliminowanie nadużyć i nieprawidłowości. Transparentność procesów przyczynia się do wzmocnienia konkurencji. Efekt ten powinien być wzmacniany działaniami upraszczającymi i wyjaśniającymi przepisy tego obszaru. Prostota i czytelność regulacji w prosty sposób prowadzi do zwiększenia liczby uczestników postępowania o zamówienia publiczne, zwiększając konkurencję.

Podsumowując można powiedzieć, iż system zamówień publicznych to zbiór procedur i instytucji związanych z wydatkowaniem publicznych środków finansowych[525], któ-

---

521 Mikołajczyk A., Działalność kontrolna Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych — komentarz, [w:] Jak uniknąć błędów przy udzielaniu zamówień publicznych, pod red. Lemke M., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 1999, s. 16.

522 Unijne dyrektywy dotyczące zamówień publicznych wymieniają wprost poniższe zasady udzielania zamówień, zob. Dyrektywa 2004/18/WE, art. 2; Dyrektywa 2004/17/WE, art. 10.

523 Strzelczyk H., Chojecka B., Zamówienia na roboty budowlane. Poradnik, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004, s. 19–24.

524 Szerszą definicje tego pojęcia odnajdujemy w ustawie z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. z 1993 r., Nr 47, poz. 211 z późn. zm.

525 Starzyńska W., Rynek zamówień publicznych w procesie integracji z Unią Europejską. Analiza sektorowa dostaw, Difin, Warszawa 2003, s. 11.

rego celem jest przyczynianie się do efektywniejszego wydatkowania funduszy publicznych[526].

Zamówienia na realizację robót budowlanych

Przez roboty budowlane wg ustawy Prawo zamówień publicznych należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy — Prawo budowlane[527], a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego[528]. Definicja jednoznacznie wskazuje, iż robota budowlana jest związana z obiektem budowlanym (wznoszonym lub remontowanym), na którym jest realizowana. Z tego względu realizacja robót budowlanych w tym samym zakresie, ale w różnych obiektach, dla których przeprowadzono odrębne postępowanie, nie może być interpretowana jako nieuprawniony podział zamówienia publicznego na części.

Definicja prawa budowlanego w zakresie remontu stanowi, że poprzez remont należy rozumieć wykonanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym[529]. Z tego względu roboty remontowe, mające charakter konserwacji powinny zostać zaliczone (zgodnie z trójpodziałem zamówień publicznych na roboty budowlane — usługi — dostawy) do grupy zamówień na usługi.

Proces zarządzania ryzykiem zamówień publicznych

Istotą zamówień publicznych jest zapewnienie kontroli wydatkowania środków publicznych powodując wzrost efektywności alokacyjnej dla realizacji dobra publicznego. Jednak proces ten zakłócany przez różnego rodzaju ryzyka[530]. Ich realizacja może powodować, iż podstawowe funkcje zamówień publicznych mogą być niezrealizowane. Z tego względu szczególnego znaczenia nabiera umiejętne zarządzanie ryzykiem. Powinien to być proces przy pomocy, którego organizacja, stosując określoną metodologię, rozpoznaje ryzyka związane ze swoją działalnością w obszarze zamówień publicznych, a następnie dąży, dysponując środkami publicznymi oraz posiadając majątek (rzeczowy i finansowy), do zrealizowania swoich celów dobierając techniki manipulacji ryzykiem. Umiejętne zarządzanie ryzykiem w jednostce sektora finansów publicznych powinno zwiększać prawdopodobieństwo sukcesu, tj. realizacji postawionych celów, jednocześ-

---

526 Por. Starzyńska W., Rynek zamówień publicznych w procesie integracji z Unią Europejską. Analiza statystyczna, Prace Naukowe AE we Wrocławiu, Nr 894, Wrocław 2001, s. 194.

527 Ustawa z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, Dz.U. z 1994 r., Nr 89, poz. 414 z późn. zm., art. 3 pkt 7 — definiuje roboty budowlane jako budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

528 Prawo zamówień publicznych, ust. cyt., art. 2 pkt . 8.

529 Prawo budowlane, ust. cyt., art. 3 pkt 8.

530 Ryzyko rozumiane jest jako kombinacja dwóch parametrów: prawdopodobieństwa wystąpienia zdarzenia i jego możliwych konsekwencji (pozytywnych bądź negatywnych. Zob. Strupczewski G., Zarządzanie ryzykiem — systematyka pojęć, Wiadomości Ubezpieczeniowe, nr 5–6/2004, s. 68.

nie zmniejszając lub wręcz eliminując całkowicie szanse porażki i niepewności. Zarządzanie ryzykiem powinno być procesem ciągłym, wciąż udoskonalanym. W procesie zarządzania ryzykiem możemy wyróżnić kilka etapów:

- ocena ryzyka (analiza, oszacowanie ryzyka i ustalenie hierarchii ryzyk),
- wybór metody zarządzania ryzykiem (kontroli),
- ocena efektywności zastosowanej metody[531].

Ocena ryzyka składa się z dwóch kroków: analizy oraz szacowania ryzyka. Analiza ryzyka obejmuje identyfikację, opis i estymację ryzyka.

Przystępując do oceny ryzyka zagrażającego jednostce sektora finansów publicznych należy rozpocząć od jego identyfikacji. Celem procesu jest uzyskanie odpowiedzi na pytanie, jak duża jest ekspozycja jednostki na niepewność będącą źródłem ryzyka. Na etapie tym wymagana jest dogłębna znajomość organizacji oraz otoczenia w jakim funkcjonuje. Otoczenia zarówno prawnego, społecznego, politycznego, jak i kulturowego. Takie usystematyzowane metodologiczne podejście powinno zapewnić pełne rozpoznanie obszarów działania jednostki i wskazanie ryzyk jakie mogą jemu towarzyszyć. Przykładową systematyzację identyfikacji ryzyka przedstawia rys. 1.

Identyfikacja ryzyka ma na celu rozpoznanie wszelkich istotnych obszarów funkcjonowania jednostki i związanych z nimi ryzyk. Zidentyfikowane ryzyka powinny zostać usystematyzowane. Etap ten w analizie ryzyka określa się mianem opisu ryzyka.

Kolejnym krokiem w ocenie ryzyka jest jego estymacja (oszacowanie). Mając zidentyfikowane i opisane ryzyka określa się możliwość ich wystąpienia oraz spodziewane skutki zajścia określonych zdarzeń. Estymacja może przyjąć formę ilościową, półilościową lub jakościową. Jednostka powinna wybrać takie miary jakie najlepiej odpowiadają jej potrzebom informacyjnym. Muszą one obejmować dwa aspekty:

- wielkość ryzyka rozumiana jako wysokość prawdopodobnej i/lub maksymalnej straty,
- prawdopodobieństwo realizacji (czyli wystąpienia) danego ryzyka.

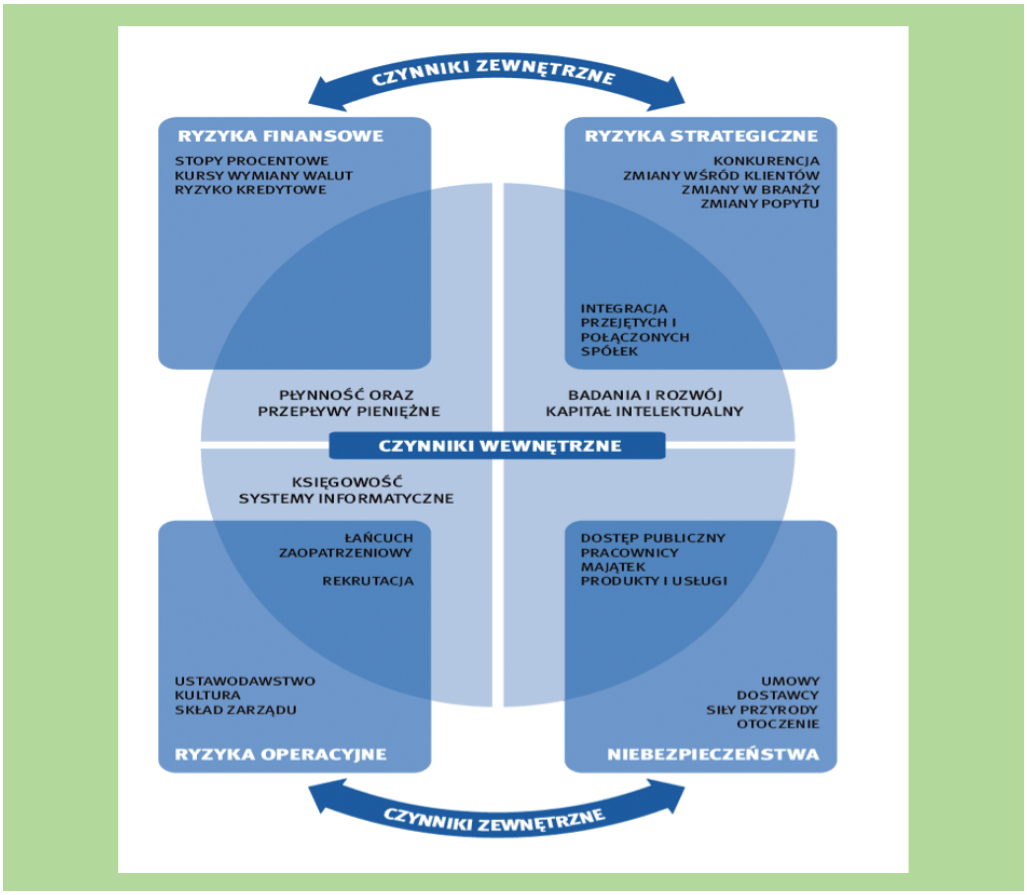
Dopiero łączna analiza obu tych aspektów daje pełny obraz zagrożenia i będzie częścią modelu ryzyka. Model ten — zbiór ocen wszystkich zagrożeń występujących w jednostce — będzie podstawą do decyzji na etapie zarządzania ryzykami jednostki.

Trzeba zwrócić uwagę, że zarówno wielkość, jak i prawdopodobieństwo realizacji zagrożenia ma kluczowe znaczenie dla wyboru metody jego manipulacji. Rysunek 2 pokazuje najprostszy schemat zależności pomiędzy wielkością i prawdopodobieństwem ryzyka, a potrzebą jego ochrony.

---

[531] Inne podejście wskazuje na pięć etapów w procesie zarządzania ryzykiem: określenie zadań, szacowanie ryzyka i niepewności, kontrola ryzyka, finansowanie ryzyka i administrowanie ryzykiem. Zob. Podstawy teorii zarządzania ryzykiem — Przewodnik programowy, Podyplomowe Studia Diagnostyki Ryzyk I Likwidacji Szkód Ubezpieczeniowych w Ubezpieczeniach Majątkowych i Osobowych, materiał powielony, s. 7.

Rysunek 1. Przykładowe czynniki ryzyka



Źródło: Standard Zarządzania Ryzykiem, Federation of European Risk Management Associations — Ferma 2003, s. 4.

Konkretna metoda pomiaru wielkości ryzyka zależeć będzie od rodzaju ryzyka jakie poddajemy badaniu. Zawsze jednak będziemy oceniali szkodę poprzez dwie wielkości:

- prawdopodobną wysokość szkody,
- maksymalną wysokość szkody.

Prawdopodobną wysokość szkody otrzymamy, kiedy przy jej szacowaniu uwzględnimy wszystkie zabezpieczenia, o których mamy prawo sądzić, że w chwili jej wystąpienia zadziałają. Przy ocenie szkody ogniowej uwzględniamy więc na przykład czujniki dymu, które automatycznie informują agencję ochrony mienia. Przy ocenie maksymalnej szkody zakładamy, że w chwili wystąpienia zdarzenia żaden z systemów zabezpieczeń nie działa. Niezależnie od tego, czy dokonujemy pomiaru prawdopodobnej, czy maksymalnej szkody, na etapie szacowania, należy wziąć pod uwagę zarówno straty bezpośrednie, jak i pośrednio związane z realizacją danego ryzyka, np. uprzątnięcie miejsca zdarzenia.

Rysunek 2. Wielkość i prawdopodobieństwo ryzyka, a potrzeba jego ochrony.

	Mała wielkość ryzyka (możliwe tylko małe straty)	**Duża wielkość ryzyka (możliwa nawet duża jednorazowa strata)**
Małe prawdopodobieństwo wystąpienia ryzyka	Ryzyko nie musi być chronione, bo nawet realizacja nie powoduje zagrożenia dla jednostki.	Ryzyko musi być chronione, bo realizacja może być zagrożeniem dla jednostki.
Duże prawdopodobieństwo wystąpienia ryzyka	Nie trzeba chronić pojedynczego zdarzenia, ale konieczna jest ochrona przed możliwością wystąpienia ich ciągu (kumulacji).	Ryzyko musi być bezwzględnie chronione.

Źródło: Opracowanie własne.

Ostatecznym rezultatem procesu analizy ryzyka jest hierarchizacja. Odbywa się to przez nadawanie ryzykom relatywnej ważności. Dzięki temu możliwe jest dokładne nakreślenie mapy zagrożeń[532], na jakie narażona jest jednostka. Hierarchizacja jest konfrontowaniem oszacowanego ryzyka z kryteriami akceptowalności ryzyka przez daną jednostkę. Jest to proces subiektywny uzależniony od preferencji, stosunku do ryzyka, czynników społeczno-ekonomicznych, środowiskowych, kosztów, itd.

Terminem zarządzanie ryzykiem (manipulacja ryzykiem) określa się system metod i działań zmierzających do obniżenia stopnia oddziaływania ryzyka na funkcjonowanie podmiotu gospodarczego i podejmowania w tym celu określonych (optymalnych) decyzji. Szczegółowe poznanie charakteru i zakresu potencjalnego ryzyka pozwala na wybór w odpowiednim czasie czynności zapobiegawczych bądź też działań minimalizujących jego wpływ i skutki.

Istnieje kilka metod radzenia sobie z ryzykiem, które mogą być stosowane przez jednostki sektora finansów publicznych[533]:

- unikanie ryzyka — świadoma i indywidualna odmowa akceptacji nawet chwilowego ryzyka. Fakt, iż skłania ona do pasywnej postawy jednostki w obawie przed ryzykiem, paraliżującej jej aktywność gospodarczą decyduje m.in. o tym, że metodę unikania ryzyka zaliczamy do metod negatywnych;
- zatrzymanie ryzyka — inaczej samofinansowaniu (samoubezpieczenie) ryzyka, chodzi tutaj o branie pod uwagę możliwość wystąpienia szkody i próbach radzenia sobie z nią w oparciu o posiadane środki, lub też o bezwiedne zatrzymanie ryzyka przez jednostkę z powodu ignorancji, lenistwa, obojętności lub arogancji;
- kontrola ryzyka — działanie mające na celu zmniejszenia ryzyka wystąpienia szkody, profilaktyka mająca za zadanie zmniejszyć jej ewentualne rozmiary;

---

532 Mapa zagrożeń klasyfikuje obszary ryzyka według ich znaczenia i prawdopodobieństwa wystąpienia w każdym obszarze niepożądanych zdarzeń.

533 Podstawy ubezpieczeń tom I — mechanizmy i funkcje, pod red. Monkiewicz J., Poltext, Warszawa 2000, s. 44–50.

- transfer ryzyka — mowa tutaj o przerzuceniu ciężaru wystąpienia szkody na zakład ubezpieczeń lub inny podmiot poprzez zawieranie umów ubezpieczeniowych, umów przechowania, umów o dozór obiektu, oraz o działaniach o charakterze organizacyjnym czy zabezpieczającym;
- dystrybucja ryzyka — inaczej repartycja strat, czyli rozłożenie finansowych skutków realizacji ryzyka na pewna grupę jednostek;
- ubezpieczenie — przedstawiane w literaturze jako metoda najbardziej powszechna, uznawana za kombinację wcześniejszych metod zarządzania, która polega na transferze ryzyka, jego dystrybucji oraz kontroli ryzyka rozumianej jako oddziaływanie prewencyjne ubezpieczenia (poprzez ogólne warunki ubezpieczenia) na postawę ubezpieczonego.

Jednostka sektora finansów publicznych na podstawie dokonanej identyfikacji ryzyk podejmuje decyzję o wyborze odpowiedniej metody manipulacji ryzykiem. Pewne ryzyka zostaną zatrzymane, inne będą transferowane, w stosunku do kolejnych zostaną podjęte kroki w celu ich unikania. Wybór odpowiedniej metody jest determinowany dochodami jakimi dysponuje jednostka.

Wybór właściwej, z punktu widzenia danej jednostki, metody manipulacji ryzykiem nie kończy procesu zarządzania ryzykiem. Decydując się na określone rozwiązania chcemy zminimalizować konsekwencje ich realizacji. Zakładając, że organizacja działa racjonalnie należy sądzić, iż będzie ona optymalizowała swoje działania w tym zakresie poszukując najmniej kosztownych metod finansowania ujemnych ekonomicznie następstw realizacji poszczególnych ryzyk. Ciągła weryfikacja celowości i efektywności podjętych działań powinna doprowadzić do optymalizacji metod manipulacji ryzykiem w konkretnych warunkach działania danego podmiotu. Przedmiotem zainteresowania tego etapu powinno być sprawdzenie czy:

- właściwie zidentyfikowano ryzyka zagrażające jednostce,
- właściwie oszacowano poziom ryzyka,
- wybrano właściwą metodę manipulacji ryzykiem,
- koszt wybranej metody manipulacji ryzykiem był optymalny, itd.

Reasumując należy stwierdzić, że zarządzanie ryzykiem w jednostce sektora finansów publicznych powinno być procesem ciągłym i stale udoskonalanym. Tylko takie podejście zapewni uzyskanie świadomego i optymalnego zabezpieczenia przed skutkami grożących ryzyk.

Należy dodać, iż Minister Finansów określając standardy kontroli zarządczej w obszarze zarządzania ryzykiem dla sektora finansów publicznych wskazał na misję jednostki[534]. Jej jasne określenia powinno sprzyjać ustaleniu hierarchizacji celów i zadań, które dzięki właściwym metodom zarządzania ryzykiem powinny zwiększać prawdopodobieństwo ich osiągnięcia. Cele powinny być monitorowane za pomocą wyznaczonych mierników, a ich realizacja powinna uwzględniać kryterium oszczędności, efektywności i skuteczno-

[534] Komunikat Ministra Finansów, kom. cyt., część B pkt 5–9.

ści. Identyfikacja ryzyka powinna się odbywać w odniesieniu do celów i zadań nie rzadziej niż raz w roku. Zidentyfikowane ryzyka powinny być poddane analizie mającej na celu określenia prawdopodobieństwa wystąpienia danego ryzyka oraz możliwych jego skutków. Na etapie tym powinno się określić akceptowalny poziom ryzyka. W stosunku do istotnych ryzyk powinno się określić rodzaj reakcji (wybrana metoda manipulacji) w celu zmniejszenia ryzyka do akceptowalnego poziomu.

Proces zarządzania ryzykiem zamówień publicznych — analiza przypadku

Uczelnia podjęła się realizacji budowy budynku dydaktycznego. Jego projekt techniczny został przygotowany we wcześniejszym okresie. Dla finansowania inwestycji uczelnia pozyskała środki unijne. Ustalono, iż przetarg będzie organizowany w trybie przetargu nieograniczonego, w którym w odpowiedzi na zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani.

Na tym etapie prac dokonano identyfikacji ryzyka tego przedsięwzięcia. Wskazano na możliwe wewnętrzne i zewnętrzne czynniki wystąpienia ryzyka.

Rysunek 3. Wybrane obszary identyfikacji ryzyka przedsięwzięcia X.

Czynniki wewnętrzne	Czynniki zewnętrzne
1. Dotyczące oferentów ▪ wymagania i warunki, które zachęcą do udziału w postępowaniu zabezpieczając jednocześnie interes zamawiającego (zagwarantować odpowiednią ilość oferentów), ▪ warunki zapewniających uczciwą konkurencję (wykluczyć preferowanie określonych oferentów), ▪ sposób przygotowania oferty **2. Dotyczące oceny i wyboru ofert** ▪ określenie kryteriów oceny oferty, ▪ wybór oferty niekorzystnej, ▪ unieważnienie postępowania w wyniku odrzucenia wszystkich ofert, ▪ zamówienie zostanie udzielone podmiotowi, który nie gwarantuje prawidłowego wykonania zamówienia **3. Dotyczące umowy** ▪ zawarcie umowy na warunkach niekorzystnych dla zamawiającego **4. Dotyczące pracowników** ▪ błędy skutkujące składaniem protestów lub rodzące odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ▪ niewłaściwie wybrany skład komisji (powiązania między zamawiającym a oferentem)	**1. Na etapie postępowania** ▪ pytania, protesty, odwołania oferentów (opóźniają udzielenie zamówienia), ▪ zaniżanie oferty przez oferenta (nieuczciwa konkurencja) **Na etapie wykonania** ▪ zamówienie wykonane wadliwie (brak doświadczenia, możliwości technicznych wykonawcy), ▪ nieprawidłowości wynikające z niewłaściwego rozliczania robót (zawyżone wynagrodzenie wykonawcy)

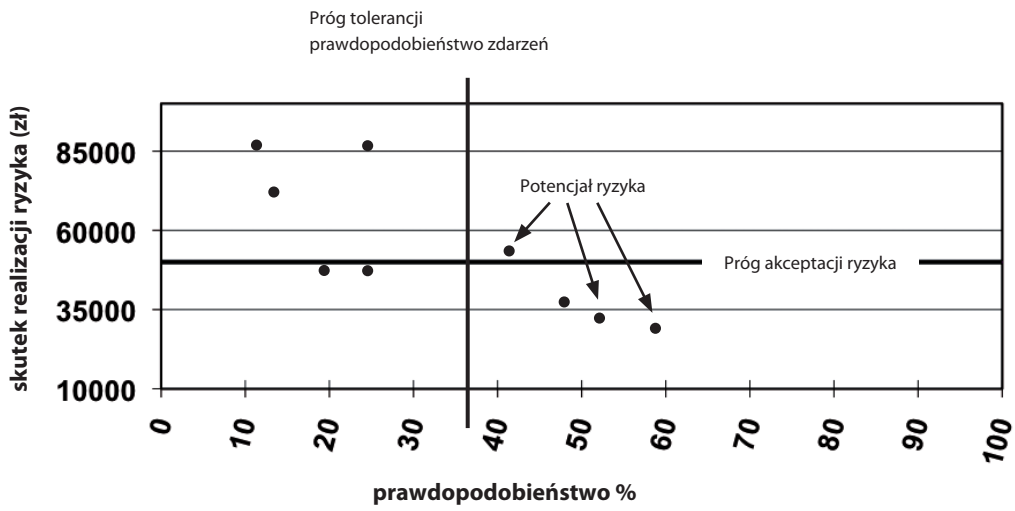
Źródło: Opracowanie własne.

W dalszej kolejności dokonano wskazania przyczyn leżących u podstaw wystąpienia zidentyfikowanych ryzyk. Precyzyjne ich określenie pozwala na podjęcie właściwych kroków na etapie manipulacji ryzykiem. Wskazując na możliwe źródła nieprawidłowości w obszarze czynników wewnętrznych dotyczących pracowników ustalono, iż mogą one być wynikiem:

- niewielkiego doświadczenia zawodowego pracowników,
- udziału w postępowaniu pracowników niezapewniających bezstronności i obiektywizm,
- braku nadzoru nad czynnościami pracowników ze strony osób posiadających odpowiednie kwalifikacje zawodowe z zakresu zamówień publicznych,
- braku w jednostce zasad postępowania gwarantujących prawidłowe udzielanie zamówień publicznych, w tym dotyczących obowiązków pracowników i komisji przetargowej.

Kolejnym krokiem w ocenie ryzyka jest jego estymacja (oszacowanie). Mając zidentyfikowane i opisane ryzyka określono możliwość ich wystąpienia oraz spodziewane skutki zajścia określonych zdarzeń. Ustalono, że ryzyko dotyczące pracowników wraz ze źródłami ich powstania posiadają istotne znaczenie dla zamawiającego. Estymacja ryzyka zależy w dużej mierze od wartości i rodzaju zamówienia oraz jego wpływu na kolejne etapy realizowanego przedsięwzięcia. Ryzyka obszaru czynników personalnych zostały zakwalifikowane na mapie ryzyka jako przyczyna odznaczająca się wprawdzie małym prawdopodobieństwem wystąpienia, ale w przypadku realizacji powodujące dużą jednorazową stratę. Taka sytuacja wymaga wprowadzenia odpowiednich procedur (mechanizmów kontroli) zapobiegających wystąpieniu lub ograniczenie skutków związanych z wystąpieniem zidentyfikowanych ryzyk.

Rysunek 4. Mapa ryzyka



Źródło: Opracowanie własne.

Zdecydowano się wprowadzić następujące mechanizmy manipulacji ryzykiem:

- szkolenie niedoświadczonych pracowników,
- zwiększony nadzór nad ich pracą,
- okresowe sprawdzanie ich umiejętności,
- żądanie od pracowników oświadczeń wymienionych w art. 17 ustawy Prawo zamówień publicznych przed dopuszczeniem ich do wykonywania czynności związanych z postępowaniem,
- opracowanie szczegółowych zasad udzielania zamówień, dokładne określenie obowiązków pracowników i członków komisji przetargowej,
- nadzorowanie przez kierownictwo jednostki (lub wyznaczone osoby) wszystkich czynności pracowników o istotnym znaczeniu dla realizowanego zamówienia, w szczególności dotyczących określania: przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu i dokumentów potwierdzających ich spełnianie, właściwie dobranych kryteriów oceny ofert oraz czynności, które mogą skutkować naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

Podobne działania przeprowadzono w stosunku do pozostałych, wcześniej zidentyfikowanych obszarów ryzyka. Podjęte działania doprowadziły do całkowitej eliminacji lub zmniejszenia ryzyka do akceptowalnego poziomu znajdując swoje odzwierciedlenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Określono i wskazano tam następujące kwestie (SIWZ omawianego postępowania stanowi załącznik nr 1):

- zamawiającego,
- tryb udzielenia zamówienia,
- przedmiot zamówienia,
- termin wykonania zamówienia,
- opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny ich spełnienia,
- oświadczenia i dokumenty wymagane od Wykonawców,
- informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z Wykonawcami,
- wymagania dotyczące wadium,
- termin związania ofertą,
- opis sposobu przygotowania oferty,
- miejsce i termin składania i otwarcia ofert,
- opis sposobu obliczenia ceny oferty,
- kryteria oceny ofert,

- informacja o formalnościach po wyborze oferty,
- zabezpieczenie należytego wykonania umowy,
- zawarcie umowy,
- pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących Wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przygotowana specyfikacja była podstawą ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Z uwagi na kwotę zamówienia ogłoszenie było umieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenia dokonano 13 sierpnia 2009 r. Termin składania ofert ustalono na 24 września 2009 r. Jednym z załączników SIWZ była dokumentacja techniczna. Dokumentacja dostarczona przez projektanta wykonana była również w formie elektronicznej. Taki dostęp miał ułatwić realizację przetargu. Załączone dokumenty były jednak uszkodzone i nie otwierały się. Ponownie przygotowane materiały przez architekta odznaczały się niekonsekwencją, m.in. brakowało wszystkich etapów projektu, nastąpiło pomieszanie branż, załączono rysunki z innych obiektów. Wezwano biuro architektoniczne do uzupełnienia i złożenia w ciągu 14 dni kompletnej wersji projektu wykonawczego. Do poprawionej dokumentacji zadano szereg pytań, na które udzielano wyjaśnień. Niektóre z nich powodowały konieczność modyfikacji SIWZ. Powyższe względy były podstawą podjęcia decyzji o przesunięciu terminu składania ofert na dzień 30 października 2009 r. Ofertę złożyło piętnastu oferentów. Wymagane warunki spełniło czternastu oferentów. Jedną ofertę odrzucono. Najkorzystniejszą ofertę przedstawiła spółka giełdowa. Uzyskując maksymalną liczbę punktów — oferując najniższą cenę.

Należy podkreślić, że pomimo wnikliwej identyfikacji ryzyk na etapie przygotowania SIWZ pominięto istotny aspekt ryzyka. Niezauważone ryzyko dotyczyło nieprecyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia co znalazło swój wyraz w źle sporządzonej dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Należy podkreślić, że skutkowało to jedynie przedłużeniem postępowania. Jednak w ekstremalnym przypadku mogło zakończyć się unieważnieniem starego postępowania przetargowego i rozpoczęciem nowego. Mogło to skutkować niemożnością wydatkowania środków w terminach określonym w harmonogramie realizacji tej inwestycji.

Podsumowanie

Prawo zamówień publicznych nie kończy się w momencie wyboru oferty, ale w momencie rozliczenia ostatniej faktury. Z tego względu należy stwierdzić, iż wiele ryzyk tego projektu dopiero się ujawni. Należy mieć nadzieję, iż wcześniejsza identyfikacja ryzyk tak ukształtowała umowę z wykonawcą, że większość z nich zostanie wyeliminowana. Doświadczenia przetargowe wskazują jednak, iż nie wszystkie sytuacje da się przewidzieć. Jak wcześniej wspomniano zarządzanie ryzykiem w jednostce sektora finansów publicznych powinno być procesem ciągłym i stale udoskonalanym. Doświadczenie i wyciągnięte z nich wnioski zapewnią uzyskanie świadomego i optymalnego zabezpieczenia przed skutkami grożących ryzyk w realizacji zamówień publicznych.

Literatura:

1. Lissowski O., Zarządzanie publiczne i zamówienia publiczne, Wydawnictwo Naukowe CONTAKT, Poznań 2009.
2. Mikołajczyk A., Działalność kontrolna Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych — komentarz, [w:] Jak uniknąć błędów przy udzielaniu zamówień publicznych, pod red. Lemke M., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 1999.
3. Podstawy teorii zarządzania ryzykiem — Przewodnik programowy, Podyplomowe Studia Diagnostyki Ryzyk I Likwidacji Szkód Ubezpieczeniowych w Ubezpieczeniach Majątkowych i Osobowych, materiał powielony.
4. Podstawy ubezpieczeń tom I — mechanizmy i funkcje, pod red. Monkiewicz J., Poltext, Warszawa 2000.
5. Starzyńska W., Rynek zamówień publicznych w procesie integracji z Unią Europejską. Analiza sektorowa dostaw, Difin, Warszawa 2003.
6. Starzyńska W., Rynek zamówień publicznych w procesie integracji z Unią Europejską. Analiza statystyczna, Prace Naukowe AE we Wrocławiu, Nr 894, Wrocław 2001.
7. Strupczewski G., Zarządzanie ryzykiem — systematyka pojęć, Wiadomości Ubezpieczeniowe, nr 5–6/2004.
8. Strzelczyk H., Chojecka B., Zamówienia na roboty budowlane. Poradnik, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004.
9. Williams Jr. C. A., Smith M. L., Young P. C., Zarządzanie ryzykiem a ubezpieczenia, PWN, Warszawa 2002.
10. Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane, pod. red. Lemke M., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001.

Akty prawne:

1. Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz.U. z 1993 r., Nr 47, poz. 211 z późn. zm.
2. Ustawa z 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.
3. Ustawa z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, Dz.U. z 1994 r., Nr 89, poz. 414 z późn. zm.
4. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. z 2009 r. nr 157, poz. 1240 z późn. zm.
5. Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. Dz.Urz. UE L 134 z 30 kwietnia 2004 r.
6. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz.Urz. UE L 134 z 30 kwietnia 2004 r.
7. Komunikat Nr 23 Ministra Finansów z 16 grudnia 2009 r. w sprawie standardów kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych, Dziennik Urzędowy Ministra Finansów nr 15, pozycja nr 84 z 30 grudnia 2009 r.

Załącznik nr 1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia

1. **Zamawiającego:** (nazwa, adres, telefon/fax, godziny urzędowania, e-mail)
2. **Tryb udzielenia zamówienia:** postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z wartością zamówienia większą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, zgodnie z art. 10 i 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity — Dz.U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 ze zmianami) zwanej dalej Ustawą,
3. **Przedmiot zamówienia:** CPV: 45214000-0
   3.1. Przedmiotem zamówienia jest **budowa budynku dydaktycznego**
   3.2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w **załączniku nr 1** będącym integralną częścią SIWZ.
   3.3. Zamawiający nie przewiduje możliwości udzielenia dotychczasowemu Wykonawcy zamówień uzupełniających w ciągu 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego,
   3.4. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych ani częściowych,
   3.5. Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert równoważnych, a wszelkie materiały będące przedmiotem zamówienia, określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pochodzące od konkretnych producentów określają minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe jakim powinny odpowiadać materiały, aby spełnić wymagania spełniane przez zamawiającego.
   3.6. Wykonawca, który w ofercie powoła się na zastosowanie rozwiązań równoważnych opisywanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego materiały spełniają wymagania określone przez zamawiającego.
   3.7. Zamawiający nie przewiduje zawarcia umowy ramowej, ustanowienia dynamicznego systemu zakupów, ani zastosowania aukcji elektronicznej.
   3.8. Wykonawca udzieli Zamawiającemu gwarancji jakości na przedmiot Umowy. Okres gwarancji jakości wynosi 3 lata licząc od daty odbioru końcowego. W przypadku, gdy dostawcy wyrobów i urządzeń udzielą dłuższego okresu gwarancji, obowiązuje okres gwarancji dostawców. Wykonawca będzie świadczył bezpłatny serwis na zainstalowane urządzenia w okresie 2 lat od daty przekazania obiektu do użytkowania.
4. **Termin wykonania zamówienia:** 30.06.2011
5. **Opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny ich spełnienia:**

   O udzielenie zmówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy:

   1) spełniają warunki art. 22 ust. 1 i nie podlegają wykluczeniu w myśl art. 24 ust. 1 i ust. 2 ustawy,
   2) wykonali min. 1 budynek użyteczności publicznej w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, o wartości min. 30 mln PLN brutto,

3) posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości minimum 15 000 000 PLN (w przypadku złożenia oferty przez konsorcjum, środki finansowe lub zdolność kredytowa poszczególnych podmiotów wchodzących w jego skład, będą sumowane),

4) zapewnią wykonywanie funkcji kierownika budowy przez osobę posiadającą uprawnienia w branży budowlanej.

W przypadku wykonawców występujących wspólnie, każdy jego uczestnik musi spełniać warunki określone w powyższych punktach: 1.

6. Oświadczenia i dokumenty wymagane od Wykonawców:

1) aktualny odpis z właściwego rejestru albo aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

2) jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentu, o których mowa w pkt 6.1, składa dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,

3) jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 6.1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Zapisy dotyczące terminów wystawienia stosuje się odpowiednio.

4) oświadczenie o:

   a. spełnieniu warunków art. 22 ust. 1,

   b. nie podleganiu wykluczeniu w myśl art. 24 ust. 1 i ust. 2

   złożone na formularzu stanowiącym załącznik nr 3 do niniejszej SIWZ.

5) aktualne zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu — wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

6) dokument stwierdzający, że kierownik budowy posiada uprawnienia w branży budowlanej,

7) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy PZP, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

8) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,

9) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej posiadanie przez wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości min. 15 000 000 PLN, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert,

10) wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem (wykonanie min. 1 budynku użyteczności publicznej) i wartością (min. 30 mln PLN) robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie,

11 kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną, odpowiadający co do zakresu robót przedmiarowi robót dostarczonemu przez Zamawiającego. Kosztorys ofertowy ma charakter pomocniczy i nie będzie stanowił podstawy do obliczenia (wyliczenia) ceny ryczałtowej oferty, a będzie potwierdzał wykazanie należytej staranności przy określeniu ceny oferty.

Podmioty ubiegające się wspólnie o uzyskanie zamówienia publicznego, muszą złożyć dokumenty określone w pkt 1–5, 7–8 dla każdego partnera z osobna, pozostałe dokumenty składane są wspólnie.

Postanowienia dotyczące składanych dokumentów:

— Wyżej wymienione dokumenty mogą być złożone w formie oryginałów lub kserokopii potwierdzonych za zgodność przez Wykonawcę lub osobę/osoby uprawnione do podpisania oferty z dopiskiem „za zgodność z oryginałem".

— Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę,

— Określony w 6.11) kosztorys ofertowy ma charakter pomocniczy i nie będzie stanowił podstawy do obliczenia (wyliczenia) ceny ryczałtowej oferty, a będzie potwierdzał wykazanie należytej staranności przy określeniu ceny oferty. Kosztorys ofertowy będzie stanowił podstawę do ustalenia harmonogramu rzeczowo-finansowego.

6a. Podwykonawcy:

W przypadku, gdy Wykonawca zamierza realizować przedmiot zamówienia z udziałem podwykonawców, Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom.

7. Informacja o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z Wykonawcami:

1) Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazywane pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą/Wykonawcami mogą być przekazywane w formie pisemnej lub faksem. W przypadku wykorzystania faksu Zamawiający żąda niezwłocznego potwierdzenia faktu otrzymania, zgodnie z art. 27 ust. 2 ustawy, pod rygorem nieważności.
2) Zamawiający dopuszcza składanie protestów tylko w formy pisemnej.
3) Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami Zamawiający przekazuje Wykonawcom, którym przekazał SIWZ, bez ujawniania źródła zapytania oraz udostępnia na stronie internetowej, a zgodnie z art. 38 ust.2.
4) Nie udziela się żadnych ustnych i telefonicznych informacji, wyjaśnień czy odpowiedzi na kierowane do Zamawiającego zapytania w sprawach wymagających zachowania pisemności postępowania.
5) Osoby upoważnione do porozumiewania się z Wykonawcami:

   sprawy merytoryczne — …

   sprawy formalne — …

8. Wymagania dotyczące wadium:

1) Zamawiający wymaga wniesienia wadium
2) Ustala się wadium w wysokości: …
3) Wykonawca wnosi wadium:
   - — w pieniądzu, sposób przekazania: przelewem na konto Zamawiającego nr … lub w jednej z poniżej podanych form:
   - — w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym, że zobowiązanie kasy jest zobowiązaniem pieniężnym,
   - — w gwarancjach bankowych,
   - — w gwarancjach ubezpieczeniowych,
   - — w poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. Nr 109, poz. 1158, z późn. zm.).
4) Sposób przekazania: Jeżeli wadium zostanie wniesione w pieniądzu — przelewem, Wykonawca dołącza do oferty kserokopię wpłaty wadium z potwierdzeniem dokonanego przelewu. W przypadku wniesienia wadium w innej formie, do oferty należy dołączyć oryginał dokumentu.
5) Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Przy czym za termin wniesienia wadium w formie przelewu pieniężnego przyjmuje się termin uznania na rachunku Zamawiającego.

9. Termin związania ofertą: okres związania ofertą wynosi 60 dni.

1) Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.
2) Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni

przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

10. Opis sposobu przygotowania oferty:

1) Oferta powinna zawierać:
   a) wypełniony i podpisany formularz oferty zgodny ze wzorem formularza oferty stanowiącym załącznik nr. 2 do niniejszej SIWZ. Zamawiający informuje, że w przypadku złożenia oferty bez użycia załączonego formularza złożona oferta musi zawierać wszelkie informacje wymagane SIWZ i wynikające z zawartości formularza oferty;
   b) wszystkie dokumenty lub oświadczenia, których przedstawienia żąda Zamawiający zgodnie z postanowieniami rozdziału 6 niniejszej SIWZ;
   c) w przypadku oferty składanej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do oferty dołączone powinno być pełnomocnictwo w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza;
   d) pełnomocnictwo do podpisania oferty, o ile umocowanie do dokonania przedmiotowej czynności nie wynika z dokumentów rejestrowych załączonych do oferty, złożone w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza.
2) Ofertę należy przygotować według wymagań określonych w niniejszej SIWZ.
3) Każdy Wykonawca powinien przedstawić tylko jedną ofertę pod rygorem odrzucenia.
4) Oferta musi być złożona w formie pisemnej, powinna być podpisana przez osobę/y upoważnioną/e w dokumentach rejestrowych podmiotu do reprezentacji Wykonawcy lub posiadającą odpowiednie pełnomocnictwo do dokonania niniejszej czynności prawnej udzielone przez osobę/y upoważnioną/e do reprezentacji podmiotu. Wszystkie załączniki do oferty, stanowiące oświadczenia powinny być również podpisane przez upoważnionego przedstawiciela.
5) Zaleca się, aby każda strona oferty była parafowana przez osobę/y uprawnioną/e do reprezentacji Wykonawcy.
6) Oferta musi być sporządzona w języku polskim , pismem maszynowym lub inną trwałą, czytelną techniką.
7) Zaleca się ponumerowanie stron i ich spięcie w sposób uniemożliwiający przypadkowe zdekompletowanie.
8) Dokumenty wchodzące w skład oferty mogą być przedstawiane w formie oryginałów albo poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę kopii, z wyłączeniem pełnomocnictw, o których mowa w ust. 1 pkt c i d. Zgodność z oryginałem wszystkich kopii dokumentów, musi być potwierdzona przez osobę/y uprawnioną/e do reprezentacji Wykonawcy.
9) Zamawiający zażąda przedstawienia oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy przedstawiona przez Wykonawcę kserokopia dokumentu będzie nieczytelna lub będzie budzić wątpliwości co do jej prawdziwości.

10) Wszelkie miejsca w ofercie, w których Wykonawca naniósł poprawki lub zmiany wpisywanej przez siebie treści muszą być parafowane przez osobę/y uprawnione do reprezentacji.

11) Wzory formularzy należy wypełnić ściśle według wskazówek określonych w SIWZ. Zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych formularzy jakichkolwiek zmian. W przypadku złożenia przez Wykonawcę własnych formularzy ich treść musi być tożsama z treścią formularzy załączonych do niniejszej SIWZ.

12) Żadne dokumenty wchodzące w skład oferty, w tym również przedstawione w formie oryginałów, nie podlegają zwrotowi przez Zamawiającego.

13) Wykonawca powinien umieścić ofertę w zamkniętej kopercie (opakowaniu). Na kopercie (opakowaniu) powinny widnieć nazwa i adres Zamawiającego oraz następujące oznaczenie:

    *z „**Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na budowę budynku dydaktycznego**" oraz „**Nie otwierać przed dniem 24.09.2009 r. godz. 10:30**".*

    Na kopercie należy podać również nazwę i adres Wykonawcy oraz opatrzyć ją pieczęcią Wykonawcy.

14) Wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty, z zastrzeżeniem art. 93 ust. 4 ustawy.

15) Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert zgodnie z art. 87 i art. 90 ustawy.

11. Miejsce i termin składania i otwarcia ofert:

- Ofertę należy złożyć w siedzibie Zamawiającego: nazwa, adres, pokój 912., w terminie do dnia: 24.09.2009.r. do godz. 10:00
- Wszystkie oferty otrzymane przez Zamawiającego po terminie zostaną zwrócone Wykonawcom bez otwierania, zgodnie z art. 84 ust. 2.
- Oferty zostaną otwarte w dniu: 24.09.2009 r. o godz. 10:30 w pok. nr 912 w siedzibie Zamawiającego.
- Zgodnie z art. 86 ust. 2, otwarcie ofert jest jawne.

12. Opis sposobu obliczenia ceny oferty.

1) Wykonawca określi cenę całkowitą oferty brutto dla przedmiotu zamówienia, podając ją w zapisie liczbowym i słownie we wzorze stanowiącym załącznik nr 2 do niniejszej specyfikacji.

2) Cena podana w ofercie winna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego, w tym m.in.: podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, wykonanie i ustawienie tablicy informacyjnej zgodnej z *zasadami promocji projektów w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013, wykonanie świadectw charakterystyki energetycznej obiektu,* transport, opakowanie, ubezpieczenie, montaż, opusty, rabaty, koszty odprawy celnej w ramach importu bezpośredniego.

3) Cena może być tylko jedna za oferowany przedmiot zamówienia, nie dopuszcza się wariantowości cen.

4) Cena opisana w ust. 1 jest ceną ostateczną.

5) Cenę oferty należy podać w **PLN**.

6) Cena podana przez Wykonawcę nie będzie podlegała zmianom przez okres realizacji zamówienia, niezależnie od wszelkich czynników.

13. Kryteria oceny ofert.

1) Jedynym kryterium wyboru oferty jest cena.

2) Cena stanowi 100% kryterium wyboru.

Przy dokonywaniu oceny komisja przetargowa posłuży się następującym wzorem:

$$\mathbf{C = (C_n / C_o) \times 100\ pkt}$$

gdzie:

C — przyznane punkty;

C_n — najniższa cena ofertowa (brutto) spośród wszystkich ważnych ofert;

C_o — cena oferty ocenianej (brutto).

Za ofertę najkorzystniejszą uznana zostanie oferta, która uzyska największą ilość punktów (100).

3) W celu obliczenia punktów wyniki poszczególnych działań matematycznych będą zaokrąglane do dwóch miejsc po przecinku lub z większą dokładnością, jeśli przy zastosowaniu wymienionego zaokrąglenia nie występuje różnica w ilości przyznanych punktów.

4) Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w ustawie oraz SIWZ i została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane kryterium wyboru.

14. Informacja o formalnościach po wyborze oferty.

1) Zamawiający powiadomi o wynikach postępowania wszystkich Wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia, a także zamieści tę informację na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie.

2) Zamawiający poinformuje Wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza o miejscu i terminie zawarcia umowy.

15. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy:

1) Zamawiający przewiduje wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które służyć będzie pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego umowy, a jeżeli wykonawca jest jednocześnie gwarantem również pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji jakości.

2) Od Wykonawcy, którego oferta zostanie uznana jako najkorzystniejsza wymagane będzie wniesienie przed podpisaniem umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości: 3% ceny całkowitej podanej w ofercie przez Wykonawcę.

3) Zabezpieczenie należytego wykonania umowy wnoszone jest w jednej lub kilku następujących formach:

   3.1) w pieniądzu, sposób przekazania: przelewem na konto Zamawiającego w … lub w jednej z poniżej podanych form:

   3.2) w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym, że zobowiązanie kasy jest zobowiązaniem pieniężnym,

   3.3) w gwarancjach bankowych,

   3.4) w gwarancjach ubezpieczeniowych

   3.5) w poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. Nr 109, poz. 1158, z późn. zm.) sposób przekazania: w chwili zawarcia umowy

16. Zawarcie umowy:

1) Zamawiający zawrze umowę według wzoru zawartego w Załączniku nr 4 z Wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę, zgodnie z art. 94. ust. 1 ustawy, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty przed upływem terminu związania ofertą, z zastrzeżeniem art. 94 ust 1a ustawy oraz zgodnie z postanowieniami Działu IV ustawy.

2) Zgodnie z art. 23 ust. 4 ustawy, Zamawiający, w przypadku wybrania oferty Wykonawców, o których mowa w art. 23 ust. 1, może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, umowy regulującej współpracę tych Wykonawców.

17. Pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących Wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

1. Wykonawcom, których interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego zasad określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych, przysługują środki ochrony prawnej przewidziane ustawą w Dziale VI.

2. Protest może być wniesiony tylko w formie pisemnej.

18. W sprawach nieuregulowanych niniejszą Specyfikacją stosuje się obowiązujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, Kodeksu cywilnego oraz przepisy wykonawcze do usta

CZĘŚĆ III

WYBRANE ZAGADNIENIA FUNKCJONOWANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

WYBRANE ASPEKTY NOWELIZACJI PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH A OBOWIĄZKI PODMIOTÓW ZAMAWIAJĄCYCH

prof. dr hab. Wacława Starzyńska
mgr Jarosław Szymański
Katedra Statystyki Ekonomicznej
i Społecznej Uniwersytet Łódzki

1. Wstęp

Potrzeba wprowadzania uregulowań prawno-ekonomicznych dotyczących sfery zamówień publicznych jest wyrazem osiągnięcia przez społeczeństwo określonego poziomu kultury poszanowania prawa oraz obecności dobrze funkcjonującego jednolitego rynku europejskiego.

Ustawodawstwo w zakresie zamówień publicznych w Polsce, po długiej przerwie spowodowanej zmonopolizowaniem praktycznie całej gospodarki przez sektor publiczny, zaczęły pojawiać się dopiero pod koniec 1994 roku.

Ustawa regulująca zamówienia publiczne próbowała uporządkować relacje publiczno-prywatne ze szczególnym uwzględnieniem eliminowania ewentualnych patologii, które mogły się pojawiać w tych relacjach. Trzeba podkreślić, że niemalże cały zagregowany popyt na dobra i usługi, generowany przez państwo, jest transformowany do gospodarki głównie poprzez zamówienia publiczne. Z tego powodu występuje ogromna wrażliwość tego sektora na funkcjonowanie gospodarki, której nie można pomijać w analizie systemu zamówień publicznych.

Ustawa regulująca zasady udzielania zamówień publicznych ze wszystkimi jej konsekwencjami dla całości gospodarki musi pogodzić ze sobą dwie sprzeczności :

a. musi być na tyle uniwersalna, aby można było udzielić zamówień skrajnie różnych od siebie (specjalistyczny sprzęt medyczny, roboty budowlane, prace badawczo-rozwojowe) oraz

b. musi być na tyle szczegółowa, aby zapewnić w pełni jednoznaczne i obiektywne prowadzenie procedur.

Wydaje się, że ta wewnętrzna dualność w odniesieniu do całej gospodarki, charakteryzującej się ciągłymi zmianami, wymusza na ustawodawcy konieczność modyfikowania i ciągłego dostosowywania ustawy do tych zmian.

Od chwili wejścia w życie Prawa zamówień publicznych (ustawa z dnia 19 stycznia 2004) do końca stycznia 2010 r. były wydane 24 akty zmieniające, co oznacza, że przeciętnie co trzy miesiące podmioty biorące udział w zamówieniach publicznych musiały przygotować się na zmiany. Niejednokrotnie zmiany były mało istotne, ale w kilku przypadkach były tak duże, że nie będzie nadużyciem określenie ich jako fundamentalnych.

Próbując ustalić główne tendencje zmian, można powiedzieć, że następuje stopniowe uelastycznianie bardzo sztywnych formalnych procedur.

Pojawia się przy tym pytanie, jakie konsekwencje dla zamawiających wywołują niektóre nowelizacje ustawy Pzp oraz czy można zminimalizować ich ewentualne negatywne następstwa.

Celem referatu jest próba oceny efektów zmian ostatnich nowelizacji Pzp na zachowania podmiotów zamawiających. Szczegółowej analizie poddane zostaną warunki udziału w postępowaniu oraz możliwości uzupełniania dokumentów i poprawiania pomyłek przez potencjalnych wykonawców.

2. Obowiązki podmiotów zamawiających w świetle Pzp i jej kolejnych nowelizacji

Omawiając zasadnicze zmiany dotyczące sposobu oceny spełnienia warunków podmiotowych przez wykonawcę oraz formalnej kontroli sposobu wyznaczającego cenę oferty skoncentrujmy na analizie :

a. art. 22 i art. 26 Ustawy w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu,

b. art. 25 i art. 26 Ustawy Pzp w zakresie zasad ewentualnego uzupełniania dokumentów,

c. art. 87 w zakresie poprawiania omyłek.

Odnosząc się do zmian wprowadzanych w art. 22 i 26 w sposób najbardziej ogólny można stwierdzić, że wraz z nowelizacjami z dnia 2008.10.24 — Dz.U.2008.171.1058 oraz z dnia 2009.12.22 — Dz.U.2009.206.1591 obok wprowadzenia preferencji dla wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne, nastąpiło stopniowe ułatwianie wejścia na rynek zamówień publicznych podmiotom, które ze względu na zbyt mały potencjał kadrowo-ekonomiczny lub doświadczenie, mogły uczestniczyć w zamówieniach tylko tych zamawiających, których ustawa Pzp nie dotyczyła. Powyższe zmiany z punktu widzenia efektywności udzielania zamówień powinny skutkować zwiększeniem konkurencyjności, co może się przełożyć na pozyskiwanie przez zamawiających coraz korzystniejszych ofert. W aspekcie prowadzenia procedury, zmiany te teoretycznie nie wprowadziły nowych obciążeń dla zamawiających, za wyjątkiem konieczności zapoznania się z nowymi uregulowaniami. Praktyczne stosowanie procedur zamówień publicznych jednak dowodzi, że wejście na rynek nowych podmiotów, nie mających jeszcze doświadczenia ze sferą zamówień publicznych, skutkuje składaniem ofert przygotowywanych mało profesjonalnie. Oferty takie zawierają zazwyczaj wadliwe dokumenty, błędy rachunkowe wynikające z braku stosowania arkuszy kalkulacyjnych, a ich sposób kompletacji znacząco utrudnia weryfikację — brak spisu treści, brak logicznego ułożenia dokumentów. W efekcie sprowadza się to do zwiększenia obciążeń pracowników podmiotu zamawiającego.

W aspekcie możliwości uzupełniania dokumentów ustawa ewoluowała od pozycji bardzo restrykcyjnej do liberalnej. W brzmieniu pierwotnym możliwość uzupełnienia w wąskim zakresie dokumentów występowała jedynie w przypadku, w którym zaniechanie tej czynności skutkowałoby unieważnieniem całego postępowania.

O ile możliwość uzupełniania oferty w celu ratowania przed unieważnieniem postępowania z punktu widzenia sprawności mechanizmu udzielania zamówień była uzasadniona, to z punktu widzenia efektywności udzielanych zamówień była ona elementem bardzo niepokojącym. W sytuacji, w której mechanizm ratowania oferty mógł być uruchomiony, zamawiający zazwyczaj dysponował tylko jedną rynkową ofertą. Takie ratowanie zamówienia przed unieważnieniem postępowania, z punktu widzenia skuteczności procedury jako wyłącznego mechanizmu udzielenia zamówienia, było założeniem słusznym, lecz nieefektywnym ekonomicznie. Wybór najkorzystniejszej oferty w momencie posiadania tylko jednej oferty jest rozwiązaniem dalece odbiegającym od optymalnego.

W dniu 2006.05.25 (Dz.U.2006.79.551) wprowadzono możliwość udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę w zakresie złożonych w jego ofercie dokumentów. Zmiana ta, bez wprowadzania dodatkowych obciążeń u poszczególnych stron postępowania, stworzyła zamawiającemu dodatkowy atut ułatwiający prowadzenie procedury.

Należy dodać, że w zakresie uzupełniania dokumentów, aż do nowelizacji z czerwca 2007 r., występowały rozbieżności interpretacyjne odnoszące się do ustalenia daty, w której podmiotowy dokument miał zaświadczać o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Praktycznie sprowadzało się to do ustalenia, czy można uzupełnić ofertę o dokumenty wystawione po upływie terminu otwarcia ofert. Zespoły Arbitrów analizujące powyższy spór ustaliły linię orzeczniczą mówiącą, że w przypadku uzupełnienia dokumentów, oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Do momentu wprowadzenia stanowiska Arbitrów do treści ustawy Pzp. w dniu 2007.06.11 (Dz.U.2007.82.560) wpływały protesty i odwołania przedłużające rozpoczęte procedury, przez co zwiększały się koszty prowadzenia postępowań po obu stronach rynku zamówień.

Fakt umożliwienia składania dokumentów w dacie późniejszej niż termin składania ofert może być dyskutowany w aspekcie równości wykonawców wobec prawa. W obecnej sytuacji prawnej nie ma to już znaczenia, ponieważ kontrowersyjne zapisy zostały zmienione. Zmiany wprowadzone w lipcu 2007 r., obok sprecyzowania terminu wystawienia dokumentów potwierdzających miedzy innymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu, rozszerzyły możliwość poprawiania ofert. Poszerzono zakres uzupełnianych dokumentów o dokumenty przedmiotowe oraz zmieniono mechanizm uruchamiający uzupełnianie wadliwych ofert. Wprowadzone zmiany nałożyły automatycznie na zamawiającego dodatkowe obowiązki. Zobligowano podmioty zamawiające do wzywania wykonawców celem uzupełnienia ofert. Nie bez znaczenia jest wymóg precyzyjnego określenia wymaganych do uzupełnienia dokumentów. Nałożono przez to dodatkowe obowiązki związane z powiadamianiem i weryfikowaniem złożonych dokumentów. Dyskusyjny termin potwierdzenia spełnienia warunków w przypadku uzupełniania dokumentów pozostał bez modyfikacji.

Taka zmiana w znacznym stopniu obciąża pracowników zamawiającego. Na zespoły, które w sposób poprawny prowadziły procedury zamówieniowe, nałożono dodatkowe obowiązki. Wykonawcy często w sposób świadomy nie przywiązują dostatecznej wagi do przygotowania ofert, ponieważ nie grozi im żadne ryzyko. Zdarzyć się może, że robią to celowo. Ustawodawstwo w trakcie transformacji mającej wyeliminować sytuację, w której mały błąd formalny w dokumentach powodował w efekcie odrzucenie dobrej (tańszej) oferty, doprowadziło wręcz do paradoksalnej sytuacji. Wykonawca skutecznie żonglujący dokumentami w ofercie i w trakcie czynności ich uzupełniania może uniknąć utraty wadium. Efekt — zamawiający obciążony jest dodatkową pracą (koszty pracowników, korespondencji, archiwizowania dokumentów), a nierzetelny wykonawca nie traci zabezpieczenia wadialnego.

Zmiany tego obszaru analizy wprowadzone w dniu 2008.10.24 Dz.U.2008.171.1058 w nieznaczny sposób poszerzyły paletę dokumentów, które można uzupełniać. Jednocześnie zweryfikowano stanowisko dotyczące terminu, w którym oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków określonych w postępowaniu przez zamawiającego.

Jednoznacznie ustalono, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Usunięto całkowicie możliwość uzupełniania dokumentów przez wykonawców, którzy przystępowali do ich kompletowania po otwarciu ofert w sytuacjach, w których mieli niemalże pewność zdobycia zamówienia.

Następnym ocenianym elementem są zapisy art. 87 ustawy Pzp z zakresu możliwości poprawiania oferty. W wersji pierwotnej dopuszczalne zostało poprawianie oczywistej omyłki pisarskiej oraz błędów w obliczeniu ceny. Lista błędów została enumeratywnie wymieniona w art. 88 ustawy. Znaczące zmiany w powyższym wprowadzone zostały w dniu 2008.10.24 Dz.U.2008.171.1058 . Jednocześnie został usunięty art.88, dając szersze możliwości poprawiania błędów w ofertach. Biorąc pod uwagę fakt, że zamawiający jest co do zasady zobligowany do sprawdzenia poprawności obliczenia ceny oferty, możliwość poprawienia drobnych błędów skutkowała możliwością pozyskiwania dobrej (tańszej) oferty, przy praktycznie niezmienionych obciążeniach pracowników zamawiającego. Wprowadzona zmiana jednocześnie odciążyła zamawiającego od wymogu informowania wszystkich uczestników postępowania o poprawieniu omyłek. Wymóg dotyczy jedynie informowania wykonawcy, którego ofertę poprawiono. Jest to zmiana odciążająca zamawiającego, który do tej pory, od momentu wejścia w życie ustawy Pzp, był zmuszony informować wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o poprawianiu omyłek w dowolnej ofercie. W aspekcie art. 88 można powiedzieć, że zmiany pozwalające na mniej restrykcyjne podchodzenie do błędów w ofertach, z jednej strony umożliwiają dobrym wykonawcom z dobrymi ofertami uczestniczyć w walce o zamówienie, z drugiej strony skutkowało to w redukcji obciążenia formalnego zamawiających wynikającego z mocy ustawy.

3. Próba oceny efektów ważniejszych zmian w Pzp dla interesariuszy systemu zamówień publicznych

Pozytywne i negatywne następstwa omawianych zmian w ustawie Pzp dla zamawiających i wykonawców można syntetycznie przedstawić w poniższych tabelach.

Tabela nr 1. Ocena zmian dotyczących warunków udziału w postępowaniu

Wpływ zmian / Strony postępowania	Zmiany niekorzystne	Zmiany korzystne	Bilans
Zamawiający	Zwiększona ilość ofert wymagających poprawek, wyjaśnień i uzupełnień	Zwiększenie liczby ofert, zwiększenie szans na skuteczne zakończenie postępowania	Zmiany pożądane, wprowadzające pewne dodatkowe obciążenie dla zamawiających (+, –)
Wykonawcy	Brak	Umożliwienie szerszego udziału w zamówieniach małym wykonawcom	Zmiany korzystne (+, +)

Tabela nr 2. Ocena zmian dotyczących uzupełniania dokumentów

Wpływ zmian / Strony postępowania	Zmiany niekorzystne	Zmiany korzystne	Bilans
Zamawiający	Konieczność wykonywania dodatkowych czynności w trakcie badania ofert. Często badanie dwukrotne dokumentów i oświadczeń. Dodatkowa korespondencja.	Możliwość skutecznego zakończenia procedury w przypadku niektórych wad w złożonych ofertach. Poprawa efektywności udzielanych zamówień (ratowanie dobrych ofert)	Zmiany pożądane, istotne obciążenie dla zamawiającego (+, –)
Wykonawcy	Brak	Możliwość korygowania błędów w zakresie kompletacji oferty	Zmiany bardzo korzystne (+, +, +)

Tabela nr 3. Ocena zmian dotyczących poprawiania w ofertach omyłek

Wpływ zmian / Strony postępowania	Zmiany niekorzystne	Zmiany korzystne	Bilans
Zamawiający	Brak	Możliwość skutecznego zakończenia procedury w przypadku niektórych omyłek w złożonych ofertach. Poprawa efektywności udzielanych zamówień (ratowanie dobrych ofert)	Zmiany bardzo korzystne (+, +, +)
Wykonawcy	Brak	Możliwość korygowania błędów w zakresie poprawności oferty	Zmiany bardzo korzystne (+, +, +)

W konsekwencji wypadkowa zmian jest korzystna zarówno dla podmiotów będących wykonawcami, jak i dla zamawiających. Uelastycznienie procedur powodujące zmniejszenie ilości nieskutecznych postępowań prowadzących do nieudzielania zamówienia jest nie do przecenienia. Drobne braki formalne prowadzące w efekcie do odrzucenia merytorycznie dobrych ofert były wielkim problemem dla obu stron rynku zamówień.

Trzeba tu dodać, że zamawiający, jak i wykonawcy ponoszą konsekwencje błędnego bądź nieskutecznego zastosowania ustawy w mocno nieproporcjonalny sposób. Zamawiający publiczny ponosi odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z powodu niewykorzystanych środków oraz nieprzestrzegania ustawy Prawo zamówień publicznych. Z kolei jedyną karą dla wykonawcy jest utracone potencjalne zamówienie.

Można postawić tezę, że modyfikacje ustawy w zakresie wprowadzania ułatwień wykonawcom w części pociągają za sobą dodatkowe koszty (czasu pracy) zamawiającego związane z postępowaniem o zamówienia publiczne.

4. Wnioski i rekomendacje

Podsumowując, spróbujmy sformułować następujące pytanie. W jaki sposób zredukować koszty procedur (czas, odwołania, pracownicy, korespondencja) podmiotów zamawiających z punktu widzenia analizowanych aspektów, bez wtórnego usztywniania procedur zamówień publicznych.

Z ekonomicznego punktu widzenia wydawałoby się zasadnym wprowadzenie rozwiązań występujących w innych europejskich systemach. Może zastosowanie rozwiązań polegających na wprowadzeniu listy wykonawców zwolnionych od konieczności przedkładania dokumentów wyeliminowałoby w dużym stopniu negatywne efekty badanych zmian prawnych.

Urząd Zamówień Publicznych od 2008 roku prowadzi już listę wykonawców, którzy obligatoryjnie są wykluczani z postępowań.

Wprowadzając jasne zasady umieszczenia wykonawców na liście Urzędu Zamówień Publicznych nie uchybionoby zasadzie równego traktowania wykonawców. Przeprowadzanie procesu rejestracji przez niezależny podmiot, jakim jest Urząd Zamówień Publicznych, skutecznie uchroniłoby zamawiających od podejrzeń dotyczących nieobiektywnej ich oceny. Jednocześnie pozostawić należałoby możliwość udziału w postępowaniach wykonawcom spoza listy, co nie zawężołoby listy potencjalnych wykonawców.

Wprowadzając takie rozwiązanie możnaby ułatwić pracę obu stronom postępowań: Wykonawcy ponosiliby mniejsze koszty związane z przygotowaniem ofert i jednocześnie unikaliby potencjalnych błędów w ich przygotowaniu, z kolei zamawiający mieliby mniej pracy z weryfikacją ofert. Mniej byłoby sytuacji niejednoznacznych, które są obecnie rozstrzygane przez KIO.

Efektem trudno wymiernym, ale bez wątpienia bardzo ważnym, byłoby skrócenie czasu trwania procedur.

SPEŁNIENIE PRZESŁANEK UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE – WYMÓG POSIADANIA UPRAWNIEŃ, WIEDZY I DOŚWIADCZENIA – W PERSPEKTYWIE PRAWA UE

dr Aldona Piotrowska
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
Katedra Prawa Publicznego

1. Zagadnienia ogólne

Uprawnienie do ubiegania się o zamówienie publiczne jest podstawowym uprawnieniem wykonawcy, będące wyrazem realizacji zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 u.p.z.p.[535]). Zamówienia publiczne mają wpływ na funkcjonowanie wspólnego rynku w Unii Europejskiej, z tego względu, że sfera publiczna jest dysponentem ogromnych środków finansowych, które w skali całej UE sięgają setek miliardów euro[536].

Należy zwrócić uwagę na cel jaki legł u podstaw wprowadzenia ustawy prawo zamówień publicznych, tj. oszczędny i racjonalny system wydatkowania środków publicznych. Zwraca się uwagę w literaturze, iż nadmierne przywiązanie do spełnienia warunków formalnych wskazanych w ustawie, powoduje negatywne skutki w postaci nastawienia zamawiającego na czysto techniczną czynność udzielania zamówień a w konsekwencji wyboru oferty poprawnej formalnie, choć niekoniecznie najlepszej pod względem ekonomicznym[537]. Z tego punktu widzenia niewłaściwa ocena spełnienia przesłanek udziału w postępowaniu może stanowić zagrożenie dla racjonalnego wydatkowania środków publicznych. ETS orzekł, że „jednym z celów przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych jest otwarcie na jak najszerszą konkurencję (wyrok w sprawie Bayerischer Rundfunk i in., pkt 39) oraz, że w interesie prawa wspólnotowego pozostaje zapewnienie, by w przetargu uczestniczyła jak największa liczba oferentów (wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 Assitur, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 26)"[538]. Należy w tym względzie dodać, że otwarcie na jak najszerszą możliwą konkurencję zostało wprowadzone nie tylko z uwagi na interes wspólnotowy w dziedzinie swobodnego przepływu towarów i usług, ale także z uwagi na własny interes zainteresowanej instytucji zamawiającej, która dysponuje szerszymi możliwościami wyboru oferty najkorzystniejszej i najlepiej dopasowanej do potrzeb zainteresowanych wspólnot publicznoprawnych.

O zamówienia publiczne mogą ubiegać się wyłącznie tacy wykonawcy, którzy spełniają przesłanki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ogólne

---

535 Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz.U. 2007 nr 223, poz. 1655 ze zm., zwana dalej u.p.z.p.

536 Cieśliński A., Wspólnotowe prawo gospodarcze, Warszawa 2003, s. 528.

537 Sadowy J., Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat w świetle sprawozdań prezesa urzędu, [w:] Nowicki H., Sadowy J. (red.), XV-lecie systemu zamówień publicznych. Ogólnopolska konferencja naukowa 22–23 czerwca 2009 r., UZP, Toruń–Warszawa 2009, s. 173.

538 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Czwarta Izba) Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) przeciwko Regione Marche z dnia 23 grudnia 2009 r. Sprawa C-305/08, www.curia.europa.eu

warunki, jakie muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w Polsce zostały zawarte w art. 22 u.p.z.p. zgodnie z którym:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

1) *posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;*

2) *posiadania wiedzy i doświadczenia;*

3) *dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;*

4) *sytuacji ekonomicznej i finansowej.*

Artykuł 22 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. ma charakter blankietowy, uprawnia zamawiających do określenia szczegółowych warunków udziału w postępowaniu o charakterze pozytywnym tj. przesłanki, które muszą być spełnione by dany podmiot mógł ubiegać się o zamówienie publiczne, wraz z przesłankami negatywnymi wskazanymi w art. 26 u.p.z.p. czyli, które nie mogą zaistnieć w stosunku do dawnego wykonawcy. Warunki te dotyczą wszystkich wykonawców, w tym wspólnie ubiegających się o zamówienie. W zależności od charakteru zamówienia oraz stopnia złożoności przedmiotu zamówienia, zamawiający ma możliwość sprecyzowania wymagań. Zakres swobody zamawiającego jest ograniczony ogólnymi zasadami dotyczącymi udzielania zamówień publicznych.

Wymagania muszą być określone w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Wymagania te muszą być takie, by dało się je zweryfikować w sposób obiektywny, a opis sposobu oceny zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji (art. 22 ust. 3 u.p.z.p.). Wymóg obiektywizmu należy rozpatrywać z punktu widzenia zakazu dyskryminacji wykonawców z innych krajów członkowskich UE.

Pod wpływem niewłaściwej praktyki zamawiających, którzy formułowali zbyt wygórowane wymagania ustawodawca wprowadził wprost wymóg, by sposób dokonania oceny spełniania warunków był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 u.p.z.p.).

W wyroku z dnia 19 maja 2008 roku Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzono, że „proporcjonalność, czy adekwatność warunku musi odnosić się do przedmiotu zamówienia i przekroczenie granic tego przedmiotu należy uznać za wygórowane wymaganie, nie znajdujące uzasadnienia potrzebami zamawiającego. Warunek nie może być postawiony w taki sposób, aby w oderwaniu od przedmiotu zamówienia stanowił barierę dostępu do postępowania”[539].

Niewłaściwy sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy analizować przez pryzmat zasad obowiązujących w UE — tj. niedyskryminacji. Jak wskazuje

[539] Uchwała z 19.01.2010 r., KIO/UZP 428/08.

w wyroku KIO fakt istnienia na rynku wykonawców zdolnych do spełnienia określonego warunku udziału w postępowaniu, nie przesądza jeszcze o dopuszczalności tego warunku. Warunek taki może być nieproporcjonalnie wygórowany, powodujący naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Ustawodawca co prawda znowelizował art. 22 ust. 2, który wprost mówił o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Niemniej jednak obowiązek przestrzegania tej zasady wynika z ogólnych zasad postępowania o zamówienie publiczne (art. 7 ust. 1u.p.z.p.). Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przestrzeganie zasad Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej[540] oraz zasad prowadzenia działalności gospodarczej, w tym zwłaszcza zasady równości[541].

W art. 25 u.p.z.p. ustawodawca wyraźnie stwierdza, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Określenie „niezbędnych" należy rozumieć jako konieczne do przeprowadzenia postępowania, z drugiej strony należy opamiętać o regulacji zawartej w art. 26 u.p.z.p. uprawniającej i zobowiązującej zamawiającego do wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń. Naruszenie obowiązku wezwania do uzupełniania zarówno dokumentów podmiotowych, jak i przedmiotowych, może spowodować wybór oferty z rażącym naruszeniem ustawy, powodujący nieważność umowy (art. 89 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 u.p.z.p.) *Nieważność ta powstaje ab inito i ipso iure. Zgodnie ze zdaniem doktryny, rażące naruszenie ustawy w zakresie wyboru oferty może mieć miejsce w formalnej ocenie ofert, czego wyrazem może być m.in. odrzucenie oferty bez podstawy prawnej*[542].

2. Wymóg posiadania uprawnień

Posiadanie uprawnień związane jest z reglamentacją działalności gospodarczej. Wymóg ten może być nałożony tylko wtedy, gdy przepisy prawa tak stanowią, czyli wówczas gdy ustawa lub rozporządzenie UE, wymaga odpowiednich uprawnień do wykonywania określonej działalności lub usługi. Zgodnie z art. 19 u.s.dz.g. jeżeli przepisy szczególne nakładają obowiązek posiadania odpowiednich uprawnień zawodowych przy wykonywaniu określonego rodzaju działalności gospodarczej, przedsiębiorca jest obowiązany zapewnić, aby czynności w ramach działalności gospodarczej były wykonywane bezpośrednio przez osobę legitymującą się posiadaniem takich uprawnień zawodowych. W świetle ustawy dopuszczalny jest udział w postępowaniu o zamówienie publiczne także podmiotów nie będących przedsiębiorcami. Wykonawcą może być bowiem osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub

---

540 Dz.U. 2004 nr 90, poz. 864/2 ze zm.

541 Art. 17 u.s.dz.g. Przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznych interesów konsumentów.

542 T*ak* Jerzykowski J. [w:] Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M.*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2007 r.,* podaję za Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1205/09.

zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego[543], wówczas podmiot ten również jest zobowiązany wykazać posiadanie wymaganych uprawnień zawodowych. Należy zaznaczyć, iż w niektórych przypadkach ze względu na przedmiot zamówienia, krąg wykonawców będzie ograniczony tylko do przedsiębiorców (np. zamówienie na usługi bankowe).

Zgodnie z orzeczeniem ETS dopuszczalny jest także udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi podmiotów, które nie mają zasadniczo celu zarobkowego, nie posiadają struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa i nie są w sposób stały obecne na rynku, takim jak uniwersytety i instytuty badawcze, jak również zgrupowania powołanego przez uniwersytety i organy administracji publicznej, jeżeli prawo krajowe zezwala takim podmiotom na oferowanie usług objętych tym zamówieniem[544]. „Ponadto zgodnie z orzecznictwem ETS należy przypomnieć, że po pierwsze, zasada równego traktowania nie zostaje naruszona tylko dlatego, że instytucje zamawiające dopuszczają do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednostki organizacyjne korzystające z subwencji pozwalających im składać oferty znacząco niższe niż oferenci konkurencyjni, którzy nie są subwencjonowani oraz, po drugie, że gdyby ustawodawca wspólnotowy miał zamiar zobowiązać instytucje zamawiające do wykluczenia takich oferentów, uczyniłby to w sposób wyraźny (ww. wyrok w sprawie ARGE, pkt 25–26)"[545].

Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Zasady te dotyczą także wymagań stawianych przez zamawiającego a dotyczący kwalifikacji jakie muszą spełniać wykonawcy, chcący ubiegać się o dane zamówienie publiczne. Wymogi posiadania uprawnień są takie same dla wszystkich wykonawców, niezależnie od tego czy wykonawcy mają siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Polski, czy też siedzibę lub miejsce zamieszkania za granicą. Spełnienie tej przesłanki należy rozpatrywać w świetle regulacji dotyczących wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dowodów posiadania formalnych kwa-

---

543 Dyrektywa nr 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi nie zawiera wprost definicji wykonawcy (Dz.Urz. UE L.2004.134.114). Przepisy dyrektywy, nie czynią one rozróżnienia pomiędzy oferentami wedle tego, czy mają oni zasadniczo cel zarobkowy, ani też nie wyłączają w sposób wyraźny takich podmiotów tej dyrektywy, zatytułowany *„Wykonawcy"* w ust. 1 zakazuje państwom członkowskim odrzucania kandydatów lub oferentów, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę, są uprawnieni do świadczenia usług będących przedmiotem ogłoszenia o zamówieniu, jedynie na podstawie tego, że zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielane, wymagane byłoby posiadanie przez nich statusu osób fizycznych lub prawnych. Przepis ten nie rozróżnia też pomiędzy kandydatami czy oferentami wedle tego, czy przysługuje im status podmiotu prawa publicznego czy też podmiotu prawa prywatnego. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Czwarta Izba) Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) przeciwko Regione Marche z dnia 23 grudnia 2009 r. Sprawa C-305/08, www.curia.europa.eu

544 Ibidem.

545 Ibidem.

lifikacji[546] oraz zasad dotyczących tzw. jednolitej licencji, uprawniającej do wykonywania określonego zawodu lub działalności gospodarczej na terenie całej Unii Europejskiej, na podstawie decyzji odpowiedniego organu państwa macierzystego przedsiębiorcy wówczas, gdy dowód posiadania konkretnych kwalifikacji wymagany jest, by wziąć udział w procedurze udzielania zamówienia.

W związku z postawionymi wymaganiami kwalifikacyjnymi może mieć miejsce sytuacja, gdy w Polsce wymagane jest zezwolenie na wykonywanie danego rodzaju działalności gospodarczej a w innym kraju UE takie zezwolenie nie jest wymagane, wówczas taki wykonawca powinien wykazać prawo do wykonywania danego rodzaju działalności w swoim kraju — i jeśli spełnia inne przesłanki udziału w postępowaniu, powinien być dopuszczony do udziału w postępowaniu[547]).

W przypadku, gdy ustawa wprost nie wymaga posiadania odpowiednich pozwoleń administracyjnych (koncesji, zezwoleń, licencji) do wykonywania określonego rodzaju działalności lub kwalifikacji zawodowych, wymóg taki można zastrzec jeśli wymaga tego rodzaj zamówienia, mając na względzie to, iż wymogi stawiane wykonawcom z jednej strony nie mogą być nieproporcjonalnie wygórowane w stosunku do charakteru zamówienia, a z drugiej strony nie mogą być niewystarczające. W tym drugim przypadku niewskazanie przez zamawiającego takiego wymogu powodowałby, iż uzyskanie określonego celu gospodarczego wedle zasad dotyczących finansów publicznych mogłoby być wątpliwe.

Odrębną kategorię potencjalnych wykonawców stanowią przedsiębiorcy nie będący obywatelami UE, jak również przedsiębiorcy z UE, ale posługujący się obywatelami z państw trzecich jako tymi, którzy posiadają wymagane uprawnienia. W pierwszym przypadku należy wskazać zasadę preferencji wspólnotowej. Drugi przypadek jest bardziej złożony. Wówczas wykonawca będący obywatelem UE (w tym przedsiębiorcy mający siedzibę w Polsce), winien być traktowany tak jak inni przedsiębiorcy z UE, ale mając na względzie fakt, iż przesłanki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 lub 2 spełnia osoba będąca obywatelem z państw trzecich, w przyszłości trzeba będzie uwzględniać wskazania dyrektywy z 25 maja 2009 nr 2009/50/WE w sprawie warunków wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich w celu podjęcia pracy w zawodzie wymaga-

---

546 Dyrektywa Rady 89/48/EWG z dnia 21 grudnia 1988 r. w sprawie ogólnego systemu uznawania dyplomów ukończenia studiów wyższych przyznawanych po ukończeniu kształcenia i szkolenia zawodowego trwających co najmniej trzy lata. Ponadto pomocne będzie wdrożenie Europejskich ram kwalifikacji, które są wspólnym europejskim ramowym systemem odniesienia, który powiąże krajowe systemy i ramy kwalifikacji różnych państw. Rok 2012 to data docelowa, przed upływem której kraje powinny dopilnować, aby indywidualne zaświadczenia o kwalifikacjach zawierały odniesienie do stosownego poziomu europejskich ram kwalifikacji. ERK (fr-CEC, ang. EQF — European Qualification Framework), zostały zakceptowane przez Parlament Europejski i Radę UE 23.04.2008 r.) http://ec.europa.eu/education/lifelong-learning-policy/doc44_fr.htm

547 W ogłoszeniu o zamówieniu sekcja iii: INFORMACJE O CHARAKTERZE PRAWNYM, EKONOMICZNYM, FINANSOWYM I TECHNICZNYM znajduje się podpunkt: III.2.1) **Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi dotyczące wpisu do rejestru zawodowego lub handlowego, SPECYFICZNE WARUNKI DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ NA USŁUGI** III.3.1) **Świadczenie usługi zastrzeżone jest dla określonego zawodu,** III.3.2) **Osoby prawne powinny wskazać nazwiska oraz kwalifikacje zawodowe osób odpowiedzialnych za wykonanie usługi.**

jącym wysokich kwalifikacji i ustawy, która zaimplementuje zawarte tam postanowienia[548].

Zgodnie z pkt 15 wstępu do dyrektywy 2009/50/WE, aby zapobiec potencjalnemu nadużywaniu systemu, mobilność zawodowa wysoko wykwalifikowanych pracowników z państw trzecich w pierwszych dwóch latach legalnego zatrudnienia w państwie członkowskim powinna być ograniczona. W przypadku, gdy wykonawca będzie posługiwał się jako osobą posiadającą kwalifikacje, osobą z państwa trzeciego zgodnie z dyrektywą obywatelom państw trzecich posiadającym ważny dokument podróży oraz niebieską kartę UE wydaną przez państwo członkowskie, które w pełni stosuje przepisy dorobku Schengen, należy zezwolić na wjazd i swobodne przemieszczanie się na terytorium innego państwa członkowskiego w pełni stosującego dorobek z Schengen, przez okres nieprzekraczający trzech miesięcy, zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 562/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. ustanawiającym wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen) oraz art. 21 Konwencji wykonawczej do układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r. między rządami państw Unii Gospodarczej Beneluksu, Republiki Federalnej Niemiec oraz Republiki Francuskiej w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach (pkt 14 wstępu do dyrektywy 2009/50/WE). Ograniczenia mobilności tych osób należy uwzględnić z punktu widzenia czasu w jakim umowa ma być wykonana, tj. czy ograniczenie mobilności tych osób nie stanowi przeszkody dla prawidłowego wykonania umowy o zamówienie publiczne. W tym względzie możliwe jest wezwanie wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień.

Kwalifikacje zawodowe uzyskane przez obywatela państwa trzeciego w innym państwie członkowskim należy uznawać w taki sam sposób, jak w przypadku obywateli Unii. Kwalifikacje uzyskane w państwie trzecim należy uwzględniać zgodnie z dyrektywą 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych, implementowaną przez ustawę z 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej[549]. Obywatelom państw członkowskich, których kwalifikacje zostały uznane, zapewnia się prawo wykonywania w Polsce zawodu regulowanego lub działalności na takich samych zasadach jak osobom, które kwalifikacje do ich wykonywania uzyskały w Polsce.

Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków należy zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu w przypadku przetargu nieograniczonego (art. 41 pkt 7 u.p.z.p.), przetargu ograniczonego (art. 48 ust. 2 pkt 6 u.p.z.p., dodatkowo należy wskazać znaczenie tych warunków), negocjacji z ogłoszeniem (art. 56 ust. 1 u.p.z.p.), w zaproszeniu do negocjacji bez ogłoszenia (art. 63 ust. 2 pkt 5 u.p.z.p.) oraz aukcji elektronicznej (art. 75 ust. 2 pkt 9 u.p.z.p.) i złożenia oferty w przypadku zamówienia udzielanego z wolnej ręki. Jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia lub zapytania o cenę to opis warunków udziału w postępowaniu powinien zostać zawarty również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

---

548 Dz.Urz. UE L 2009.155.17. Transpozycja dyrektywy do porządku krajowego ma nastąpić do dnia 19 czerwca 2011 r.

549 Dz.U. 2008 nr 63, poz. 394.

3. Wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia

Wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia należy formułować mając na względzie zasadę równości, niedyskryminacji, jawności oraz zasadę konkurencji, tak by nie ograniczać możliwości złożenia oferty ponad miarę. Zgodnie z zasadą konkurencji wymogi posiadania wiedzy i doświadczenia stawiane przez zamawiającego muszą być możliwe do spełnienia przez przeciętnego wykonawcę[550]. Z drugiej strony nadmierna liberalizacja w tym zakresie musi być oceniana przez pryzmat zgodności z wymogami zwartymi w ustawie o finansach publicznych.

Żądane doświadczenie winno być wymagane biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia tj. rodzaj i charakter. Przykładowo nie można żądać dostaw tożsamych, tj. takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia[551]. Nie można formułować też wymogu wykazania się doświadczeniem wyłącznie na terytorium Polski. Doświadczenie, to potwierdzone w praktyce, umiejętności wykonania określonego zamówienia.

Przykładowo można wskazać postanowienie, które wprowadza nadmiernie wygórowane wymogi, gdy przedmiot zamówienia ma mniejszą powierzchnię i kubaturę od wymaganego w postępowaniu warunku dopuszczania do udziału w postępowaniu[552]. Przez adekwatność żądanego doświadczenia w zakresie dostaw należy rozumieć wartość dostaw, a nie ilość dostaw. Z drugiej strony pod pojęciem „doświadczenia zawodowe" należy rozmieć ciąg czynności, *a contrario* wykonanie jednej dostawy, bądź usługi nie jest kwalifikowane przez orzecznictwo jako spełniające wymóg doświadczenia, choćby obejmowało wielkość adekwatną do wielkości zamówienia[553].

Należy zaznaczyć, że członek konsorcjum nabywa doświadczenie w zakresie działalności całego konsorcjum, a wykonawca w przedmiocie świadczenia podwykonawcy. Doświadczenie dotyczy tylko wykonawcy a nie jego pracowników. Jeśli pracownik wykonawcy chciałby wykazywać jako swoje, doświadczenie które zdobył pracując u wykonawcy, to nie jest to możliwe. Natomiast podmiot, który wstąpił w trakcie wykonywania inwestycji w rolę głównego wykonawcy może legitymować się posiadanym doświadczeniem

---

550 Wyrok sądu okręgowego w Nowym Sączu z 7.04.2009 r. III CA 88/09, Lex nr 532694.

551 Wyrok KIO z 9.11.2009 r., KIO/UZP 1379/09.

552 *„Zamawiający wymagał spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu od wykazania, że wykonawca wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, przynajmniej dwie usługi odpowiadające zakresem przedmiotowi zamówienia, to jest opracowania dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę budynku biurowego lub budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 10 000 m^2 i kubaturze co najmniej 40 000 m^3 każdy — w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek ten mogą spełniać wspólnie, zaś na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieli przedłożyć, wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z dokumentami potwierdzającymi, że te usługi zostały wykonane należycie"*, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2008 r. KIO/UZP 428/08.

553 Wyrok KIO z 1.09.2009 r., KIO/UZP 1070/09.

w wykonaniu całej inwestycji, bez względu na to, w którym momencie wstąpił do realizacji kontraktu[554].

Wprowadzenie przez zamawiającego nadmiernie wygórowanych warunków w zakresie dotychczasowego doświadczenia potencjalnego wykonawcy, nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia może stanowić rażące naruszenie przepisów postępowania, które wobec niemożności modyfikacji warunku dopuszczenia do udziału w postępowaniu — art. 38 ust. 5 ustawy, powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą skutkującą jego unieważnienie z mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 u.p.z.p.

Wykazanie doświadczenia jest obowiązkiem wykonawcy, oświadczenie o zrealizowaniu określonego świadczenia musi być wystawione przez odbiorcę świadczenia wykonawcy, a nie przez osoby trzecie np. banku będącego gwarantem, nawet jeśli zawiera oświadczenie o zwrocie gwarancji stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy[555]. Nie spełnia tego wymogu wykazanie się referencjami, które obok protokołów zdawczo -odbiorczych, i innych oświadczeń kontrahentów wykonawcy, służą do potwierdzenia należytego wykonania umowy.

Zmiana wskazanych wcześniej w ogłoszeniu (zaproszeniu do składania ofert) i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, warunków udziału w postępowaniu jest dopuszczalna. Może to jednak nastąpić nie później niż przed upływem terminu składania ofert bądź wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 38 ust. 4 i 4b u.p.z.p.).

Zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia powinno być prowadzone w sposób przejrzysty, zapewniający powszechny dostęp do informacji o tym postępowaniu. Wyjątek stanowią informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa czy też dokumenty sporządzane w trakcie negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, których się nie ujawnia.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje również zasada stosowania języka polskiego. Wszelkie dokumenty sporządzane w trakcie postępowania powinny być sporządzane w języku polskim (m.in. ogłoszenia, SIWZ, protokół dokumentujący postępowanie). Jeśli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, wersji polskiej mogą towarzyszyć materiały sporządzone w innym języku, zwłaszcza te, które potwierdzają posiadanie przez wykonawcę wymaganych przez zamawiającego kwalifikacji oraz wiedzy i doświadczenia.

Podsumowanie

Nadmierne wygórowanie warunków w zakresie kwalifikacji wykonawcy jak również dotychczasowego doświadczenia potencjalnego wykonawcy, nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia może stanowić rażące naruszenie przepisów postępowania powodujące, że postępowanie jest wadliwe i w konsekwencji powodujące jego unie-

---

554 Wyrok KIO z 1.10.2009 r., KIO/UZP 1211/09, wyrok KIO z 14.07.2009 KIO/UZP 823/09.

555 Wyrok KIO z 19.08.2009 r., KIO/UZP 1016/09.

ważnienie z mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 u.p.z.p. Nadmierne przywiązanie do spełnienia warunków formalnych wskazanych w ustawie, powoduje negatywne skutki w postaci nastawienia zamawiającego na czysto techniczną czynność udzielania zamówień publicznych. Przez adekwatność żądanego doświadczenia w zakresie usług czy dostaw należy rozumieć wartość, a nie ilość. Z drugiej strony brak wskazania jako warunku udziału w postępowaniu kwalifikacji oraz wiedzy i doświadczenia czy też niewystarczające wymagania mogą naruszać zasady dotyczące finansów publicznych.

Wykazanie kalifikacji, wiedzy i doświadczenia jest obowiązkiem wykonawcy. Spełnienie tej przesłanki należy rozpatrywać w świetle regulacji dotyczących wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dowodów posiadania formalnych kwalifikacji oraz zasad dotyczących tzw. jednolitej licencji. Kwalifikacje zawodowe uzyskane przez obywatela państwa trzeciego w innym państwie członkowskim należy uznawać w taki sam sposób, jak w przypadku obywateli Unii. W przypadku, gdy przesłanki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust.1 pkt 1 lub 2 spełnia osoba będąca obywatelem z państw trzecich, w przyszłości trzeba będzie uwzględniać wskazania dyrektywy z 25 maja 2009 nr 2009/50/WE w sprawie warunków wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich w celu podjęcia pracy w zawodzie wymagającym wysokich kwalifikacji i ustawy, która zaimplementuje zawarte tam postanowienia.

LIBERALIZACJA ŚWIADCZENIA USŁUG POCZTOWYCH A ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

dr Monika Krakała-Zielińska
Katedra Europejskiego Prawa Gospodarczego
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Łódzki

W 1997 r. rozpoczął się proces liberalizacji świadczenia usług pocztowych. Liberalizacja jest pojęciem o szerokim zakresie — może bowiem oznaczać całkowite znoszenie praw wyłącznych do wykonywania określonej działalności, albo ich ograniczanie w różnym stopniu[556]. Liberalizacja ma dwojakie cele. Pierwszy z nich to przyniesienie korzyści konsumentom, w szczególności lepszą jakość i różnorodność usług oraz obniżenie cen, czyli oferowanie lepszych usług po niższych cenach. Drugi cel obejmuje promowanie gospodarczej integracji w ramach rynku wewnętrznego oraz w związku z tym konkurencyjności i zatrudnienia.

Znoszenie ograniczeń w swobodnym przepływie usług pocztowych polegało, przede wszystkim, na znoszeniu praw wyłącznych. W proces zostało więc zaangażowane prawo konkurencji, podobnie jak w przypadku innych sektorów sieciowych — telekomunikacji, czy energetyki. W sektorach tych obowiązywała też jedna dyrektywa koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych, tj. dyrektywa 93/38/WE[557]. Wyjątek stanowił sektor pocztowy. Ze względu na późne rozpoczęcie ograniczania monopoli prawnych wytworzyła się szczególna sytuacja — jeżeli chodzi relację prawo pocztowe a prawo zamówień publicznych. Tzn. w czasie, gdy przyjmowano drugą dyrektywę pocztową, w zakresie zamówień publicznych usługi pocztowe były ciągle objęte dyrektywą 92/50/EWG[558]. Zmiana nastąpiła w 2004 r. na skutek wydania dyrektywy 2004/17/WE[559]. Jednak rzeczywista zmiana, umożliwiająca stosowanie procedur zamówień publicznych na szerszą skalę związana jest z przyjęciem trzeciej dyrektywy pocztowej z 2008 r., która zakończyła proces liberalizacji świadczenia usług pocztowych.

Pierwotnie, ze względu na objęcie w państwach członkowskich znaczącej części usług pocztowych monopolem prawnym prawo zamówień publicznych w tym sektorze miało marginalne znaczenie. Zaś brak wspólnotowego/unijnego prawa pocztowego powodował, że jedyną podstawą prawną, która umożliwiała kwestionowanie działań państw członkowskich był Traktat Rzymski, w szczególności zasada niedyskryminacji wynika-

---

556 M. A. Crew, P. R. Kleindorfer, Liberalization and the Universal Service Obligation in Postal Service [w:] M. A. Crew, P. R. Kleindorfer Eds., Current Directions in Postal Reform, Boston/Dordrecht/London 2000, s. 3.

557 Dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, Dz.U. L 199 z 9.08.1993, s. 84, z późn. zm.

558 Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r., Dz.U. L 209, str. 1, z późn. zm.

559 Dyrektywa 2004/17/WE koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych z 31 marca 2004, Dz.U. UE z 30.04.2004, L 134, str. 1–113, z późn. zm.

jąca z d. art. 43 TWE oraz d. art. 49 TWE (swoboda przedsiębiorczości oraz świadczenia usług)[560] w powiązaniu z dyrektywą 92/50. Sytuacja taka miała miejsce np. w sprawie Komisja przeciwko Irlandii[561].

W 1992 r. irlandzki minister do spraw społecznych udzielił poczcie irlandzkiej An Post, nie ogłaszając przedtem przetargu, zamówienia zgodnie z którym beneficjenci świadczeń socjalnych mogli podejmować w oddziałach poczty należne im kwoty. Zamówienie to było objęte zakresem przedmiotowym dyrektywy 92/50, bowiem usługi wypłaty świadczeń socjalnych zaliczały się do kategorii usług nieprioritetowych, o których mowa w załączniku I B do tej dyrektywy. W takim wypadku instytucje zamawiające obowiązywał jedynie wymóg określania specyfikacji technicznych. Natomiast pozostałe reguły proceduralne przewidziane w tej dyrektywie, w szczególności zaś wymogi dotyczące organizacji przetargu z uprzednim ogłoszeniem, nie miały do tych zamówień zastosowania. Prawodawca wspólnotowy wyszedł bowiem z założenia, że zamówienia dotyczące tego rodzaju usług nie stanowią, ze względu na ich szczególny charakter, przedmiotu zainteresowania o charakterze transgranicznym. Dyrektywa 92/50 ograniczała się w odniesieniu do tego rodzaju usług do nakazu ogłaszania *ex post*. Komisja uznała jednak, że Irlandia naruszyła art. 43 TWE i 49 TWE oraz ogólne zasady przejrzystości, równości i niedyskryminacji.

Trybunał zauważył, że udzielanie zamówień publicznych podlega podstawowym zasadom prawa wspólnotowego, a w szczególności wpisanym do Traktatu zasadom w dziedzinie prawa przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług. W efekcie, system ogłaszania dla usług wymienionych w załączniku I B nie wyłączał stosowania reguł traktatowych, „jeżeli tego rodzaju zamówienia byłyby pomimo wszystko niewątpliwym przedmiotem zainteresowania o charakterze transgranicznym" (par. 29). Zatem, o ile takie zróżnicowanie traktowania nie jest uzasadnione obiektywnymi okolicznościami, stanowi ono przejaw dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, zakazanej na mocy d. art. 43 TWE i 49 TWE.

Odwołanie do kryterium transgraniczności jest obowiązkowym elementem oceny, czy dana sytuacja może być oceniana z punktu widzenia swobody przepływu usług. Oznacza ono, że sytuacja czysto krajowa nie jest oceniana z punktu widzenia swobody świadczenia usług[562]. Z tego punktu widzenia wydaje się oczywisty obowiązek wykazania, że zamówienie na usługi wymienione w załączniku stanowiło niewątpliwy przedmiot zainteresowania jakiegoś przedsiębiorstwa znajdującego się w innym państwie członkowskim i że przedsiębiorstwo to, nie mając dostępu do odpowiednich informacji przed udzieleniem zamówienia, nie było w stanie wyrazić zainteresowania tym zamówieniem. Nie można się przy tym opierać na domniemaniu istnienia takiego zainteresowania.

Rozszerzenie możliwości kwestionowania działań państw członkowskich w zakresie stosowania zamówień publicznych na usługi pocztowe nastąpiło w 1997 r. Została wtedy

---

560 Obecnie artykuły 49 oraz 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

561 Wyrok w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich v. Irlandia z 13 listopada 2007, C-507/03.

562 Wyrok w sprawie Companie Générale pour la Diffusion de la Télévision Coditel v. Ciné Vog Films, C-62/79, ECR 1980, s. 881.

przyjęta pierwsza dyrektywa pocztowa, zwana dyrektywą ramową (97/67/WE)[563]. Do jej kluczowych zadań należało poprawienie jakości usług pocztowych oraz urzeczywistnianie rynku wewnętrznego usług pocztowych poprzez przeprowadzenie liberalizacji świadczenia usług pocztowych. Proces liberalizacji został podzielony na dwie części o różnym zakresie oddziaływania. W zależności od rodzaju usług pocztowych zastosowano albo całkowite zniesienie praw wyłącznych (pełna liberalizacja) lub tylko częściowe ograniczenie ich zasięgu (liberalizacja częściowa). Zastosowano przy tym praktyczne rozwiązanie, polegające na wyliczeniu usług, które mogą zostać objęte prawami wyłącznymi w państwach członkowskich. Należały do nich krajowe usługi listowe, międzynarodowe usługi listowe oraz usługi adresowanych druków reklamowych. W stosunku do tych usług w dyrektywie używano pojęcia usługi zastrzeżone. Pozostałe usługi, nie objęte odpowiednimi postanowieniami dyrektywy 97/67/WE, nie mogły co do zasady być przedmiotem praw wyłącznych po upływie terminu implementacji (usługi niezastrzeżone).

Jak wskazano, podjęty przez Unię Europejską proces liberalizacji świadczenia usług pocztowych wpłynął także na ocenę zamówień publicznych na te usługi. Dla przykładu w sprawie Reparto[564] zgłoszono pytanie prejudycjalne dotyczące zawierania, z pominięciem reguł udzielania zamówień publicznych, porozumień w sprawie świadczenia usług pocztowych, zarówno objętych prawami wyłącznymi (zastrzeżonych), jak i niezastrzeżonych. Pytanie powstało na tle sporu między zawodowym stowarzyszeniem przedsiębiorstw doręczania i obsługi przesyłek pocztowych (Reparto) a ministerstwem edukacji, kultury i sportu. W 2002 r. ministerstwo, po przeprowadzeniu procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia publicznego przetargu, podpisało z Correos (państwową spółką pocztową i telegraficzną) porozumienie o współpracy, mające na celu świadczenie usług pocztowych i telegraficznych. Reparto odwołała się do ministerstwa od decyzji administracyjnej o udzieleniu, za pomocą porozumienia o współpracy, zamówienia na świadczenie liberalizowanych usług pocztowych bez publicznego przetargu. Ministerstwo nie uwzględniło odwołania ze względu na to, że udziela ono zamówień w zakresie usług pocztowych w oparciu o istniejące porozumienie o współpracy, które nie podlega przepisom o zamówieniach publicznych i w związku z tym nie obowiązują go zasady ogłaszania oraz wolnej konkurencji. W tym względzie ministerstwo uznało, że nie zawarło z Correos żadnej umowy, lecz że spółka ta świadczy usługi na podstawie wcześniej zawartego porozumienia o współpracy.

ETS uznał, że usługi zastrzeżone są z definicji wyłączone z konkurencji, a więc nie mogą mieć do nich zastosowania wspólnotowe przepisy w sprawie zamówień publicznych, których głównym celem jest swobodny przepływ towarów i usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. W odniesieniu do niezastrzeżonych usług pocztowych zdaniem ETS nie został spełniony trzeci z warunków z art. 6, uzasadniających niestosowanie dyrektywy 92/50, tj. mówiący o tym, że przepisy nadające prawo wyłączne muszą być zgodne z traktatem. Albowiem przepis prawa krajowego, który nadaje krajowemu operatorowi świadczącemu pocztowe usługi powszechne wyłączne prawo świadczenia organom administracji publicznej usług pocztowych nie-

---

563 Dyrektywa 97/67/WE w sprawie wspólnych reguł rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty i poprawy jakości usług, Dz.U. L 15, 21/01/1998, s. 14–25 z późn. zm.

564 Wyrok w sprawie Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v. Administración General del Estado z 18 grudnia 2007, C-220/06.

zastrzeżonych jest niezgodny z celem dyrektywy 97/67. To stwierdzenie odnosi się nie tylko do zastrzeżenia poziomego, tj. zastrzeżenia określonej usługi pocztowej jako takiej, lecz w celu zapewnienia skuteczności art. 7 dyrektywy 97/67 ma ono zastosowanie również do zastrzeżenia pionowego, polegającego na wyłączności w świadczeniu usług pocztowych określonym klientom. Stosowanie hiszpańskich przepisów będących przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym oznaczałoby bowiem w praktyce, że wszystkie usługi pocztowe, na które jakiś hiszpański podmiot publiczny miałby zapotrzebowanie, mogłyby potencjalnie być świadczone przez Correos, z wykluczeniem wszystkich innych operatorów pocztowych, co byłoby w oczywisty sposób niezgodne z celem tej dyrektywy. Ponadto, Trybunał uznał, że całkowity brak postępowania przetargowego w przypadku udzielenia zamówienia publicznego na usługi, jakie jest przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, nie jest zgodny ani z wymogami d. art. 43 TWE i 49 TWE, ani też z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości.

Trybunał w wielu swoich orzeczeniach podkreślał, że koordynacja na szczeblu wspólnotowym procedur udzielania zamówień publicznych ma na celu zniesienie przeszkód w swobodnym przepływie usług i towarów. W 2004 r. Unia Europejska wydała dyrektywę 2004/17, która zrównała sektor pocztowy z innymi sektorami sieciowymi z punktu widzenia prawa zamówień publicznych[565]. Dyrektywa stanowi w preambule (pkt 2 i 3), że główną przyczyną wprowadzenia zasad koordynujących procedury udzielania zamówień w sektorach sieciowych jest różnorodność sposobów, przy pomocy których instytucje krajowe mogą wywierać wpływ na zachowanie wspomnianych podmiotów, łącznie z udziałem w ich kapitale i członkostwem w ich organach administrujących, zarządzających lub nadzorczych[566]. Inną istotną przyczyną skoordynowania procedur udzielania zamówień, stosowanych przez podmioty działające w tych sektorach, jest zamknięty charakter rynków, na których prowadzą one działalność, ze względu na istnienie specjalnych lub wyłącznych praw przyznawanych przez państwa członkowskie w zakresie dostaw, zapewniania lub obsługi sieci do świadczenia omawianych usług. Biorąc pod uwagę dalsze otwarcie usług pocztowych Wspólnoty[567] na konkurencję oraz fakt, że usługi tego rodzaju świadczone są poprzez sieć, zamówienia udzielone przez podmioty zamawiające powinny podlegać zasadom nowej dyrektywy, ponieważ umożliwiają większą elastyczność, niż proponuje dyrektywa 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Dyrektywa wskazuje, że w celu zapewnienia rzeczywistego otwarcia rynku i odpowiedniej równowagi w stosowaniu reguł udzielania zamówień w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych niezbędne jest określenie podmiotów

---

565 P. Trepte, Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide, Second Edition, Oxford 2007, s. 164–165.

566 Ch. Bovis wskazuje, że decyzje w sektorach sieciowym często są podejmowane pod wpływem presji politycznej, a maksymalizacja zysku nie jest głównym celem w tych przedsiębiorstwach, w których dominujący udział ma państwo. Ch. Bovis, EC Public Procurement: case law and regulation, Oxford 2006, s. 160.

567 Postanowienia dotyczące usług pocztowych znajdują się w rozdziale II dyrektywy pt. zakres obowiązywania — określenie działalności i podmiotów objętych dyrektywą, sekcja 2: sektory działalności. Do sektora pocztowego w szczególności ma zastosowanie art. 6, w którym określono (pkt 1), że dyrektywa dotyczy działalności obejmującej świadczenie usług pocztowych lub usług innych niż usługi pocztowe, zgodnie z warunkami określonymi w pkt 2 lit. c. Definicja usług pocztowych została przeniesiona z dyrektywy 97/67/WE.

należących do powyższych sektorów na innej podstawie niż ich status prawny. Należy zatem zapewnić, aby nie zostało naruszone traktowanie podmiotów zamawiających działających w sektorze publicznym oraz podmiotów działających w sektorze prywatnym.

Celem Unii Europejskiej było pełne urzeczywistnienie rynku wewnętrznego usług pocztowych. Nastąpiło ono na mocy dyrektywy 2008/6/WE[568]. Przyjęcie tego aktu oznacza zakończenie wieloletniej reformy sektora pocztowego w zakresie znoszenia monopoli prawnych. W związku z pełną liberalizacją, której datę określono na dzień 1 stycznia 2013 r., dyrektywa w znacznie większym stopniu umożliwia stosowanie zamówień publicznych na usługi pocztowe. Wiąże się to z dwoma podstawowymi zmianami w zakresie funkcjonowania sektora pocztowego, tj. zmianą sposobu wyboru operatora świadczącego powszechną usługę pocztową oraz w konsekwencji rozszerzeniem możliwości finansowania świadczenia tej usługi.

Definicja pojęcia powszechnej usługi pocztowej zawarta jest w dyrektywie 97/67WE. Art. 3 ust. 1 stanowi, że obejmuje ona ciągłe świadczenie usługi pocztowej określonej jakości na całym terytorium państwa członkowskiego po przystępnych cenach dla wszystkich użytkowników. Instytucja powszechnej usługi pocztowej jest wynikiem kompromisu między Komisją Europejską dążącą do objęcia sektora pocztowego regułami konkurencji, a państwami członkowskimi, które opowiadały się za pozostawieniem usług pocztowych w sferze monopolu państwa. W efekcie wieloletnich ustaleń uznano, że państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić świadczenie usługi powszechnej, ale także prawo objęcia najbardziej dochodowych usług pocztowych prawami wyłącznymi dla celu zapewnienia finansowania tej usługi.

W wyniku rozwoju rynku usług pocztowych okazało się, że nie ma potrzeby utrzymywania monopolu prawnego, ponieważ istnieją inne możliwości zapewnienia i świadczenia i finansowania powszechnej usługi pocztowej. Możliwości te wskazuje i sankcjonuje dyrektywa 2008/6/WE. Zgodnie z jej postanowieniami państwa członkowskie mogą zastosować jedno z następujących rozwiązań lub ich kombinację: zapewnienie usługi powszechnej przez mechanizm rynkowy, wyznaczenie jednego lub kilku przedsiębiorstw świadczących różne elementy usługi powszechnej lub świadczących tę usługę na różnych częściach terytorium oraz zastosowanie trybu zamówień publicznych na usługi (pkt 23 preambuły oraz art. 1 pkt 4 w powiązaniu z art. 1 pkt 8). W zakresie zamówień publicznych dyrektywa odwołuje się w szczególności do procedur dialogu konkurencyjnego oraz procedur negocjacyjnych z publikacją lub bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu przewidzianych w dyrektywach o zamówieniach publicznych.

Usankcjonowanie możliwości stosowania procedur zamówień publicznych stanowi jedną z najważniejszych zmian w zakresie sposobu wyboru operatora usługi powszechnej. Do czasu wydania dyrektywy 2008/6 państwa wyznaczały operatora zobowiązanego do świadczenia powszechnej usługi pocztowej na mocy różnych instrumentów prawnych. Prywatni operatorzy pocztowi byli praktycznie wykluczeni z możliwości ofe-

[568] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/6/WE z dnia 20 lutego 2008 r. zmieniająca dyrektywę 97/67/WE w odniesieniu do pełnego urzeczywistnienia rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty, Dz.U. L 52, 27.2.2008, s. 3–20.

rowania usługi powszechnej, nawet jeżeli mieli wystarczające zasoby dla świadczenia elementów usługi lub całej usługi powszechnej na danym terytorium.

Podsumowując, stosowanie prawa zamówień publicznych w usługach pocztowych należy w pierwszej kolejności zauważyć podstawowe znaczenie dyrektyw liberalizujących sektor pocztowy. Bez podjęcia przez Komisję Europejską wysiłku zmierzającego do znoszenia monopoli prawnych w wielu państwach członkowskich rynek pocztowy nadal byłby w znacznym stopniu zamknięty na konkurencję. Potwierdzeniem tej tezy jest chociażby liczba państw członkowskich, które uzyskały okresy przejściowe umożliwiające przedłużenie obowiązywania praw wyłącznych[569]. Liberalizacja umożliwiła objęcie usług pocztowych dyrektywą sektorową 2004/17, która zawiera bardziej elastyczne postanowienia w zakresie procedur zamówień publicznych niż poprzednio obowiązująca regulacja. Na mocy nowej dyrektywy istnieje także możliwość objęcia usług pocztowych procedurą generalnego wyłączenia w tych przypadkach, gdy są one świadczone na rynku objętym regułami konkurencji. Rozwiązania dyrektywy pocztowej 2008/6 w zakresie stosowania trybu zamówień publicznych na usługi powszechne stanowią dopełnienie procesu udzielania zamówień publicznych w sektorze pocztowym.

[569] Są to Republika Czeska, Grecja, Cypr, Łotwa, Litwa, Luksemburg, Węgry, Malta, Polska, Rumunia i Słowacja (art. 3 dyrektywy 2008/6).

ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ W ŚWIETLE OBOWIĄZUJĄCYCH PRZEPISÓW PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

mgr Wioletta Kryzińska – doktorantka
w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego
Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

Wprowadzenie

W dniu 29 stycznia 2010 roku weszła w życie ustawa z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw[570]. Nowelizacja ta ma przede wszystkim na celu implementację do prawa polskiego przepisów dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych[571], powszechnie zwanej „dyrektywą odwoławczą". Zgodnie z postanowieniami wyżej wymienionej dyrektywy Państwa Członkowskie UE powinny zapewnić dostępność skutecznych i szybkich środków odwoławczych od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające z powodu naruszenia przez te decyzje prawa w dziedzinie zamówień publicznych[572].

Nowelizacja wprowadza cały szereg zmian w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiany te mają na celu zapewnienie prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez usprawnienie postępowań prowadzonych przez zamawiających, a także poprzez skrócenie czasu trwania procedury odwoławczej[573].

W niniejszym opracowaniu zostaną przedstawione zmiany, jakie wprowadza nowelizacja w zakresie systemu środków ochrony prawnej. Zasadnicze zmiany polegają na zastąpieniu systemu środków ochrony prawnej składającego się z protestu, odwołania i skargi systemem, w którym pierwszym środkiem ochrony prawnej jest odwołanie wnoszone bezpośrednio do Krajowej Izby Odwoławczej, a drugim skarga do sądu okręgowego. Następstwem przyjętych rozwiązań jest rezygnacja z dotychczasowej instytucji protestu.

Zniesienie protestu

Kluczową modyfikacją polskiego systemu odwoławczego prawa zamówień publicznych wprowadzoną przez ustawę z dnia 2 grudnia 2009 roku jest zniesienie postępowania protestacyjnego, inicjowanego przez wniesienie protestu. W myśl nieobowiązujących już przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych[574]

---

570 Dz.U. z 2009 r., nr 223, poz. 1778.

571 Dz.Urz. UE z 20.12.2007 r., L 335, s. 31.

572 Art. 1 ust. 1 dyrektywy 2007/66/WE.

573 Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2310.

574 Dz.U. z 2004 r., nr 19, poz. 177 z późn. zm.

protest, który był pierwszym z przysługujących wykonawcy środków ochrony prawnej, wnoszony był bezpośrednio do zamawiającego. Termin do wniesienia protestu, poza określonymi wyjątkami, wynosił dziesięć dni. Ustawa także wyznaczała dziesięciodniowy termin zamawiającemu na rozstrzygnięcie protestu. Zgodnie z zamiarem ustawodawcy protest miał służyć, jako środek autokontroli po stronie samego zamawiającego. Umożliwiał on uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skorygowanie błędów popełnionych w toku postępowania[575]. W konsekwencji prowadziło to do wydłużania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także subiektywnej oceny zamawiającego, co do zgodności takiego postępowania z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższe ustawodawca zaproponował, aby pierwszym środkiem ochrony prawnej stosowanym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego było odwołanie wnoszone bezpośrednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Bowiem według autorów rządowego projektu nowelizacji zamówień publicznych rzetelną i efektywną kontrolę zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z obowiązującymi przepisami może zapewnić tylko organ kompetentny i niezależny od stron postępowania, którym jest KIO[576]. Ponadto przyjęcie takiego rozwiązania według ekspertów Urzędu Zamówień Publicznych ma skrócić czas rozstrzygania środków ochrony prawnej z czterdziestu pięciu dni do około dwudziestu pięciu. Albowiem zgodnie z obowiązującymi przepisami czas na wniesienie odwołania wynosi zasadniczo dziesięć dni a piętnaście na jego rozstrzygnięcie przez KIO[577].

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, moim zdaniem rezygnacja z postępowania protestacyjnego wydaje się zasadna. Przede wszystkim godnym pochwały jest fakt zwrócenia przez ustawodawcę uwagi na potrzebę przyśpieszenia całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co ma istotne znaczenie dla samej realizacji zamówień.

Podmioty uprawnione do wnoszenia środków ochrony prawnej

➡ stan prawny przed nowelizacją

Na szczególną uwagę zasługuje także poszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej. Dotychczas środki te przysługiwały wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z powyższego unormowania wynika, iż możliwość skutecznego wniesienia uregulowanych w ustawie środków ochrony prawnej, uzależniona była od kumulatywnego zaistnienia na gruncie konkretnego przypadku następujących okoliczności: naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (…), powstania uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia podmiotu legitymowanego lub możliwość powstania uszczerbku w tym interesie (…), zaistnienia związku przyczynowego pomiędzy powołanym powyżej uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy lub

---

575 M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Komentarz do art. 183 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655)*. Komentarz, LEX 2007, wyd. III.

576 Uzasadnienie rządowego projektu ustawy ...

577 Art. 182 w zw. z art. 189 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp).

możliwością takiego uszczerbku, a naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Do skutecznego zaskarżenia działań zamawiającego konieczne było zatem łączne spełnienie wszystkich trzech wyżej wymienionych przesłanek. Wskazane w art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych okoliczności mają jednakże charakter przesłanek materialno-prawnych, czyli przesłanek zasadności wnoszonego środka. Ich wystąpienie nie wpływa na możność wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka. Brak uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy w uzyskaniu zamówienia lub nienaruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie oznacza zatem, iż postępowanie odwoławcze nie może się rozpocząć, lecz jedynie to, że odwołanie w takich warunkach zostanie oddalone, po merytorycznym rozpoznaniu sprawy[578].

Należy zwrócić uwagę, że pojęcie „interesu prawnego" nie zostało zdefiniowane na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec braku legalnej definicji interesu prawnego, pojęcie to zostało zinterpretowane w oparciu o dotychczasowe brzmienie art. 179 omawianej ustawy na gruncie orzecznictwa KIO oraz SO. Interes prawny oznacza, że dany interes musi mieć podstawę w normie prawnej, czyli, inaczej mówiąc, korzyść, jaką zamierza się osiągnąć, musi mieć podstawę w prawie. Dlatego też ocena, czy w danym przypadku istnieje interes prawny, powinna być dokonywana wyłącznie na podstawie norm prawnych. Jest to ocena obiektywna wyłączając ocenę opartą na subiektywnym odczuciu podmiotu, który na interes się powołuje. Podsumowując, można przyjąć, że interes prawny to tyle, co interes obiektywny, tj. interes rzeczywiście istniejący w świetle obowiązujących norm, usprawiedliwiony, uzasadniony i słuszny, a nie wyłącznie dotyczący określonej sfery prawnej i wynikający z subiektywnego zapatrywania[579]. Przesłanką zasadności środka odwoławczego jest jedynie uszczerbek w możliwości uzyskania zamówienia, nie zaś jakikolwiek uszczerbek w interesie prawnym wykonawcy[580]. Interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą. Innymi słowy, z interesem prawnym wnoszącego środek odwoławczy mamy do czynienia wówczas, gdy ma on teoretyczną i praktyczną możliwość uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu[581].

➡ stan prawny po nowelizacji

Na gruncie nowego stanu prawnego podmiotem legitymowanym do wniesienia środków ochrony prawnej jest wykonawca, uczestnik konkursu, a także inny podmiot, jeżeli ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy[582]. Zatem po

---

578 Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17.04.2008 r. (X Ga 83/08) M. Stręciwilk, M. Grabarczyk, U. Krynicka, *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych*, z. 3, Warszawa 2009, poz. 174.

579 Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 26.05.2008 r. (V Ca 927/2008), M. Stręciwilk, M. Grabarczyk, U. Krynicka, *Zamówienia publiczne w orzecznictwie*… z. 3, poz. 175.

580 Wyrok SO w Warszawie z 6.06.2008 r. (V Ca 1040/08), M. Stręciwilk, M. Grabarczyk, U. Krynicka, *Zamówienia publiczne w orzecznictwie*… z. 3, poz. 176.

581 Wyrok Zespołu Arbitrów — UZP z 25.07.2006 r. (UZP/ZO/0-2115/06), LexPolonica nr 1949262.

582 Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

nowelizacji przepis art. 179 ustawy Pzp formułuje nadal trzy przesłanki warunkujące zasadność środków ochrony prawnej. Podmiot zainteresowany wniesieniem odwołania czy skargi musi wykazać, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, poniósł lub może ponieść szkodę a szkoda ta ma być następstwem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czyli należy także wykazać istnienie związku przyczynowego pomiędzy powstałą szkodą lub możliwością poniesienia takiej szkody, a naruszeniem przez zamawiającego przepisów omawianej ustawy. Wyżej wymienione przesłanki dopuszczalności wniesienia odwołania muszą być spełnione kumulatywnie i wykazane przez zainteresowany podmiot, w przeciwnym razie odwołanie zostanie oddalone przez KIO[583]. W obecnym stanie prawnym prawodawca nie posłużył się jak dotychczas pojęciem „interesu prawnego", który ma charakter obiektywny i o którego istnieniu decydują normy prawa materialnego, lecz pojęciem „interesu", który obejmuje swym zakresem zarówno interes prawny oraz faktyczny, który ma często charakter subiektywny. Przyjmując takie rozwiązanie ustawodawca rozszerzył zakres dopuszczalności stosowania środków ochrony prawnej.

Uprawnione do wnoszenia środków ochrony prawnej są także organizacje wpisane na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Takie prawo przysługuje im wyłącznie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu bądź specyfikacji istotnych warunków zamówienia[584].

Podstawy do wniesienia odwołania

W myśl art. 180 ust. 1 znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w przypadkach, kiedy wartość zamówienia jest niższa od kwoty wartości zamówień, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, czyli poniżej tzw. „progów unijnych"[585], odwołanie przysługuje, tak jak dotychczas, jedynie wobec czterech czynności. Czynności te dotyczą wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, a także odrzucenia oferty odwołującego[586]. Jednakże w odniesieniu do czynności, na które nie przysługuje odwołanie, prawodawca przyznaje wykonawcy prawo poinformowania zamawiającego o dokonanej przez niego niezgodnie z przepisami ustawy czynności lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany. Wykonawca może skorzystać z tego prawa w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania[587]. W przypadku poinformowania zamawiającego o dokonanych przez niego uchybieniach w postępowaniu o udzielenie zamówienia, możliwe są dwie

583 Art. 189 ust. 2 pkt . 2 ustawy Pzp.

584 Art. 179 ust. 2 w zw. z art. 154 pkt . 5 ustawy Pzp.

585 Tzw. „progi unijne" określa Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. nr 224, poz. 1795).

586 Art. 180 ust. 2 w zw. z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

587 Art. 181 ust. 1 ustawy Pzp.

drogi. Zamawiający może uznać zasadność przekazanej informacji i powtórzyć zanegowaną czynność lub dokonać czynności bezprawnie zaniechanej[588]. Natomiast nieustosunkowanie się zamawiającego do przekazanych informacji będzie traktowane, jako dezaprobata zarzucanych mu naruszeń przepisów ustawy.

Tryb wnoszenia odwołania i jego rozpoznanie

Obecnie odwołanie wnosi się bezpośrednio do Prezesa KIO nie tylko w formie tradycyjnej, ale również w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Stosownie do art. 183 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. W związku z tym, aby zapewnić zamawiającemu informacje o wniesieniu odwołania i możliwość zapoznania się z jego treścią, ustawodawca zobowiązał odwołującego do przesłania kopii takiego odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do jego wniesienia[589]. Ramy czasowe do wniesienia odwołania określa szczegółowo art. 182 ustawy Pzp. Jak już wcześniej zostało wspomniane, czas na wniesienie odwołania wynosi zasadniczo dziesięć dni, licząc od dnia przesłania przez zamawiającego informacji o czynności, stanowiącej podstawę do jego wniesienia. Terminy do wniesienia odwołania mają charakter zawity i uchybienie takiemu terminowi uniemożliwia wniesienie skutecznego odwołania. Odwołanie wniesione po terminie podlega odrzuceniu[590].

Zgodnie z art. 187 ust. 1 Pzp odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli nie zawiera braków formalnych oraz gdy uiszczono od niego wpis. Odmiennie niż poprzednio prawodawca określił termin do uiszczenia wpisu. Obecnie odwołujący musi uiścić wpis do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania, a nie jak do tej pory do dnia wniesienia odwołania. Tak jak dotychczas dowód jego uiszczenia dołącza się do odwołania[591]. Nowelizacja nałożyła na Prezesa KIO obowiązek wezwania odwołującego do uzupełnienia braków formalnych lub dowodu uiszczenia wpisu w terminie trzech dni od dnia doręczenia wezwania pod rygorem zwrotu odwołania[592]. W związku z tym, iż wniesienie odwołania związane jest z obowiązkiem uiszczenia wpisu wydaje się prawdopodobna sytuacja, w której przedsiębiorca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie będzie mógł, z powodów finansowych, skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Do czasu nowelizacji z 2 grudnia 2009 roku KIO rozpoznawała odwołanie w składzie trzyosobowym. Obecnie, co do zasady rozpoznaje odwołanie w składzie jednoosobowym, w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi KIO[593]. Podstawa zarówno do uwzględnienia odwołania, jaki i jego odrzucenia nie uległa zmianie. Warto nadmienić, iż szczegółowe zasady postępowania z wniesionym odwołaniem, wymagania formalne,

---

588 Art. 181 ust. 2 ustawy Pzp.

589 Art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

590 Postanowienie KIO Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20.12.2007 roku (KIO/UZP/1438/07) w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

591 Art. 187 ust. 2 ustawy Pzp.

592 Art. 187 ust. 3 ustawy Pzp.

593 Art. 188 w zw. z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp.

a także sposób wnoszenia odwołania w formie elektronicznej określa Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań[594].

Przystąpienie do postępowania odwoławczego

Regulacja zawarta w art. 185 ustawy Pzp odnosi się do instytucji przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zamawiający wzywa innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do przystąpienia do postępowania odwoławczego, przesyłając im w terminie dwóch dni od dnia otrzymania kopię odwołania a gdy odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja. Wykonawca może skorzystać z przysługującego mu uprawnienia i przystąpić do postępowania odwoławczego w terminie trzech dni od dnia otrzymania kopii odwołania. W zgłoszeniu musi on wskazać stronę, do której przystępuje, i interes, jaki ma w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść tej strony. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi KIO w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Następnie kopię takiego zgłoszenia wykonawca przesyła zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawca, który przystąpił do postępowania i wykazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje staje się uczestnikiem postępowania, któremu obok stron przysługuje skarga do sądu na rozstrzygnięcie KIO.

Nowym rozwiązaniem, jakie wprowadza nowelizacja do postępowania odwoławczego jest możliwość zgłoszenia przez zamawiającego albo odwołującego tzw. opozycji przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego innego wykonawcy. Opozycja ma stanowić przeszkodę w uzyskaniu statusu uczestnika postępowania odwoławczego wykonawcom przystępującym do postępowania poprzez zakwestionowanie posiadanego przez nich interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępują. KIO uwzględni opozycję tylko, gdy podmiot ją zgłaszający uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Opozycję należy zgłosić do czasu otwarcia rozprawy. Na postanowienie KIO o uwzględnieniu albo oddaleniu opozycji nie przysługuje skarga do sądu[595].

Odpowiedź na odwołanie

Bezpośrednią konsekwencją wprowadzenia odwołania, jako pierwszego środka ochrony prawnej jest przyznanie zamawiającemu prawa do wniesienia odpowiedzi na odwołanie. Odpowiedź można wnieść na piśmie bądź ustnie do protokołu[596]. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie może uwzględnić w całości zarzuty przed-

[594] Dz.U. z 2010 r., nr 48, poz. 280.

[595] Art. 185 ust. 4 ustawy Pzp.

[596] Art. 186 ust. 1 ustawy Pzp.

stawione w odwołaniu. W sytuacji, gdy zamawiający uwzględni w całości zarzuty i w postępowaniu odwoławczym po jego stronie nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, KIO ma możliwość umorzenia postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz innych uczestników postępowania odwoławczego[597]. Natomiast, jeśli po stronie zamawiającego przystąpił do postępowania odwoławczego inny wykonawca, to KIO umarza postępowanie pod warunkiem, że wykonawca ten nie wniesie sprzeciwu, co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego. Jeśli jednak wykonawca wniesie sprzeciw, KIO rozpozna odwołanie[598]. W przypadku umorzenia postępowania przez KIO ustawa nakłada na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu[599]. W powyższych przypadkach rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę wydaje się zasadne, gdyż niecelowe jest rozpoznawanie odwołania przez KIO w sytuacji, gdy zamawiający i pozostali uczestnicy postępowania podzielają stanowisko wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Nowe rozstrzygnięcia KIO

stosunku do stanu prawnego sprzed noweli, ustawa przewiduje nowe rodzaje rozstrzygnięć KIO w przypadku uwzględnienia odwołania. Prawodawca przyznał KIO uprawnienia w zakresie unieważnienia umowy, nakładania kary finansowej oraz skracania okresu obowiązywania umowy. Rozstrzygnięcie KIO zależy przede wszystkim od faktu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego[600]. Jeśli taka umowa nie została zawarta, KIO może nakazać wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie zakwestionowanej czynności zamawiającego[601]. Jednakże, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta i spełnia ona jedną z ustawowych przesłanek unieważnienia umowy, KIO może unieważnić taką umowę. Następnie w szczególnie uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, KIO może unieważnić umowę tylko w zakresie zobowiązań jeszcze niewykonanych z jednoczesnym nałożeniem kary finansowej. Z kolei w sytuacji, gdy utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, KIO jest uprawniona do nałożenia kary finansowej lub orzeczenia o skróceniu okresu obowiązywania umowy[602]. Dodatkowo KIO może stwierdzić naruszenie przepisów ustawy w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie[603]. Na przykład dotyczy to sytuacji, w której doszło do zawarcia umowy wskutek uchylenia przez KIO zakazu zawarcia umowy obowiązującego do czasu ogłoszenia orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze[604].

---

597 Art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

598 Art. 186 ust. 3 w zw. z ust. 4 ustawy Pzp.

599 Art. 186 ust. 2 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp.

600 M. Stręciwilk, *Środki ochrony prawnej — wczoraj, dziś i jutro*, XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce (red. H. Nowicki, J. Sadowy), Toruń–Warszawa 2009, s. 221.

601 Art. 192 ust. 3 pkt 1 ustaw Pzp.

602 Art. 192 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp.

603 Art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp.

604 M. Stręciwilk, *Środki ochrony prawnej- wczoraj, dziś i jutro* …, s. 222.

KIO ogłasza orzeczenie po zamknięciu rozprawy na posiedzeniu jawnym oraz podaje ustnie motywy rozstrzygnięcia[605]. Z chwilą ogłoszenia wyroku kończącego postępowanie odwoławcze, przestaje obowiązywać zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Kary finansowe

Kary finansowe nakładane przez KIO na zamawiającego, między innymi w opisanych wyżej przypadkach, są nową instytucją prawną wprowadzoną przez nowelizację z 2 grudnia 2009 roku. Zgodnie z postanowieniami dyrektywy odwoławczej kary pieniężne nakładane na zamawiającego mają być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające[606]. Ustawa daje możliwość nałożenia kary w dwóch wysokościach, tj. do 5 i do 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie. Kara finansowa w wysokości do 10% nakładana jest na zamawiającego tylko w dwóch przypadkach. Po pierwsze w wypadku unieważnienia umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych, a po drugie w sytuacji odstąpienia od unieważnienia umowy ze względu na ważny interes publiczny. Przy ustalaniu jej wymiaru KIO bierze pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, za które kara jest orzekana[607]. Zaś kara finansowa w wysokości do 5% nakładana jest na zamawiającego w przypadku naruszenia terminu zakazu zawarcia umowy, tzw. okresu standstill. Ustalając wymiar kary, KIO bierze pod uwagę wszystkie istotne okoliczności dotyczące udzielenia zamówienia[608]. Obie kary finansowe nakładane są przez KIO mocą orzeczenia, które staje się prawomocne z dniem upływu terminu do wniesienia skargi lub z dniem wydania przez sąd w wyniku rozpatrzenia skargi na orzeczenie KIO wyroku oddalającego skargę[609]. Zamawiający, na którego została nałożona kara finansowa zobowiązany jest do jej uiszczenia w terminie 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia KIO lub sądu o nałożeniu kary finansowej, na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych[610].

Skarga do sądu

W skutek zmian wprowadzonych ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, drugim z środków ochrony prawnej jest skarga do sądu okręgowego. Skarga przysługuje stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego na orzeczenie KIO[611]. Oznacza to, że ze skargą do sądu okręgowego może wystąpić zamawiający, podmiot, który wniósł odwołanie, a ponadto wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego. Skargę wnosi się do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego za pośrednictwem Prezesa KIO w terminie 7 dni od dnia dorę-

605 Art. 196 ust. 1 ustawy Pzp.
606 Art. 2 e ust. 2 dyrektywy 2007/66/WE.
607 Art. 193 ustawy Pzp.
608 Art. 194 ustawy Pzp.
609 Art. 195 ust. 3 ustawy Pzp.
610 Art. 195 ust. 1 ustawy Pzp.
611 Art. 198 a ust. 1 ustawy Pzp.

czenia orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi[612]. Pozostała regulacja w zakresie postępowania skargowego pozostała bez zmian.

Podsumowanie

Podsumowując, zmiany wprowadzone przez nowelizację z 2 grudnia 2009 roku nie mają w mojej ocenie charakteru rewolucyjnego. Wydaje się jednak, iż prawodawca mając na względzie dotychczasową praktykę częstych protestów ze strony wykonawców biorących udział w postępowaniu, pragnął zmodyfikować procedurę odwoławczą tak by była krótsza, bardziej transparentna, efektywniejsza oraz bezstronna. Ma temu służyć przede wszystkim rezygnacja z instytucji protestu i wprowadzenie możliwości wniesienia odwołania bezpośrednio do KIO, rozszerzenie kręgu podmiotów legitymowanych do wnoszenia odwołania, a także wprowadzenie odpowiedzi zamawiającego na odwołanie. Z uwagi na znaczny wzrost znaczenia dziedziny zamówień publicznych dążenie do jak najsprawniejszego przeprowadzania procedur związanych ze środkami ochrony prawnej jest w moim przekonaniu jak najbardziej uzasadnione. Jednak, dopiero praktyka pokaże, czy wprowadzone przez ustawodawcę zmiany były zasadne i wystarczające do usprawnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

612 Art. 198 b ust. 1 w zw. z ust. 2 ustawy Pzp.

INSTYTUCJA PRZEKAZANIA INFORMACJI O CZYNNOŚCI BEZPRAWNIE PODJĘTEJ LUB ZANIECHANEJ W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

mgr Maciej Bendorf-Bundorf
Katedra Prawa Gospodarczego
Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Nowelizacja ustawy — Prawo zamówień publicznych, wprowadzona ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw[613], miała na celu implementację do polskiego porządku prawnego postanowień tzw. dyrektywy odwoławczej, tj. dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych[614]. Nowelizacja weszła w życie z upływem 30 dni od dnia jej ogłoszenia, czyli 29 stycznia 2010 roku[615].

1. Jedną z najistotniejszych zmian wprowadzonych tzw. nowelizacją odwoławczą jest likwidacja instytucji protestu z katalogu środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom oraz uczestnikom konkursu. Za zasadniczy powód znowelizowania przepisów ustawy w tym zakresie należy uznać fakt, iż protest charakteryzował się małą skutecznością w usuwaniu naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych. Niedoskonałość tego instrumentu ochrony interesów podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne wynikała z tego, że protest wnosiło się do zamawiającego i również przez niego był on rozpatrywany, co oznaczało, że arbitrem w sprawie był podmiot, który jednocześnie występował w roli strony danego sporu, a zatem podmiot pozbawiony przymiotu bezstronności. Sprawiedliwa i obiektywna ocena prawidłowości stosowania procedur przetargowych przewidzianych w ustawie może być zagwarantowana jedynie przez środek ochrony prawnej rozpatrywany w pierwszej instancji przez organ niezależny od któregokolwiek z uczestników postępowania. Na gruncie polskich regulacji za taki organ uznać należy Krajową Izbę Odwoławczą[616].

Dodatkowo za zniesieniem instytucji protestu przemawiała jej krytykowana konsekwencja w postaci nadmiernego wydłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednym z celów nowelizacji systemu środków odwoławczych było ograniczenie tego niepożądanego skutku, co wydaje się szczególnie ważne z uwagi na obecnie występujące zjawisko spowolnienia gospodarczego i jest również niezbędne dla zagwarantowania efektywności funkcjonowania systemu zamówień publicznych[617]. Należy w tym

---

613 Dz.U. Nr 223, poz. 1778.

614 Dz.Urz. UE L 335 z 20.12.2007, s. 31.

615 A. Gawrońska-Baran, *Nowelizacje Prawa zamówień publicznych 2009. Komentarz,* Warszawa 2010, s. 9.

616 B. Tarnowska [w:] *Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r.,* red. J. Sadowy, UZP Warszawa 2010, s. 59.

617 Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2310), s. 1–2.

miejscu zaznaczyć, że instytucja protestu była rozwiązaniem charakterystycznym dla polskiego Prawa zamówień publicznych, unijne dyrektywy odwoławcze nie przewidują bowiem takiego narzędzia ochrony praw przysługujących wykonawcom ubiegającym się o zamówienie[618].

Z punktu widzenia instytucji występujących w roli zamawiającego, zlikwidowany środek odwoławczy utrudniał osiągnięcie efektu procedury, czyli zawarcia umowy o zamówienie publiczne, co wynikało z niemal nieograniczonej możliwości korzystania z protestu przez uczestników postępowania. Niemniej jednak protest stanowił istotny instrument reklamacyjny, dawał on bowiem zamawiającemu możliwość korekty swojego wadliwego działania lub zaniechania w toku prowadzonej procedury przetargowej. Wniesienie protestu po pierwsze zwracało uwagę zamawiającego na błędy, których się dopuścił, po drugie dawało mu możliwość ich naprawienia w drodze uwzględnienia protestu i powtórzenia lub dokonania określonych czynności[619]. Ustawodawca był świadomy tej korzystnej z punktu widzenia interesu publicznego, a w szczególności interesu samego zamawiającego, funkcji protestu[620]. Właśnie w tej świadomości należy poszukiwać motywów dla wprowadzenia na grunt ustawy nowej instytucji w postaci przekazania informacji o czynności bezprawnie podjętej albo zaniechanej, określanej również jako tzw. quasi protest.

2. Przede wszystkim analizy wymaga charakter prawny czynności informacyjnej dokonywanej przez uczestnika postępowania na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, legitymację do przekazania zamawiającemu informacji o czynności bezprawnie przez niego podjętej lub zaniechanej posiadają wykonawcy oraz uczestnicy postępowania konkursowego. Konieczne jest jednak ustalenie czy prawo do skorzystania z tej instytucji jest uzależnione od potrzeby ochrony własnego interesu w uzyskaniu określonego zamówienia publicznego, czy też wykonawca lub uczestnik konkursu może wykorzystać swoje prawo do poinformowania zamawiającego na zasadzie sygnalizacji, bez względu na to, czy informacja ta posłuży poprawieniu określonego błędu w postępowaniu na korzyść przekazującego informację. Innymi słowy, należy odpowiedzieć na pytanie czy spełnienie przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez dany podmiot szkody w wyniku określonego naruszenia przepisów jest niezbędne dla skutecznego prawnie skorzystania z omawianej instytucji. Odpowiedź na powstały problem należy oprzeć o wykładnię systemową aktu prawnego i przyjęte w nowelizacji ustawy założenie, że środkami ochrony prawnej są obecnie jedynie odwołanie i skarga do sądu. Z tego też względu przyjąć należy, że określony w art. 179 ust. 1 Pzp wymóg stosowania środków odwoławczych jedynie dla ochrony interesu wykonawcy lub uczestnika postępowania konkursowego powoduje, że tę regulację i tę przesłankę materialną odnosić należy wyłącznie do podstaw wnoszenia odwołania oraz skargi. Można więc postawić tezę, że instytucja wprowadzona w art. 181 ustawy, mimo iż spełnia funkcje odwoławcze i posiada pewne cechy odwołania, nie stanowi środka ochrony prawnej

---

618 M. Stręciwilk [w:] W. Hartung, P. Laudański, W. M. Stodolak, M. Stręciwilk, M. Winiarz, *Zamówienia Publiczne po nowelizacji,* Wrocław 2007, s. 435.

619 Idem, s. 435.

620 Uzasadnienie… op. cit., s. 13.

interesów wykonawców w rozumieniu Prawa zamówień publicznych. Przyjęcie tezy odwrotnej powodowałoby, że główny cel nowelizacji, polegający na skierowaniu środków odwoławczych już w pierwszej instancji do obiektywnego, zewnętrznego i niezależnego organu, zostałby utracony.

3. Ustawodawca znacząco ograniczył prawo do przekazywania zamawiającemu informacji o jego niezgodnych z prawem działaniach lub zaniechaniach, wprowadzając zasadę, iż skorzystanie z tej instytucji możliwe jest wyłącznie w postępowaniach, w których wartość przedmiotu zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ustawa odsyła więc do stosowania postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich[621]. Dodatkowo art. 181 ust. 1 Pzp ograniczył zakres przedmiotowy instytucji informacji, wyłączając z niego czynności, na które zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp przysługuje prawo do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym przekazywana zamawiającemu informacja nie może dotyczyć takich czynności jak:
   - wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
   - opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
   - wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
   - odrzucenie oferty odwołującego.

Wskazane ograniczenie katalogu czynności, które mogą stanowić przedmiot informacji jest niewątpliwie rozwiązaniem uzasadnionym. Wyłącza ono bowiem możliwość stosowania przez uczestników postępowania o zamówienie publiczne omawianej instytucji zamiennie z odwołaniem. W przeciwnym przypadku wykonawcy byliby wyposażeni w możliwość skorzystania ze środka zastępczego, który potencjalnie mógłby doprowadzić do osiągnięcia przez nich tożsamego celu, jednak z finansowego punktu widzenia bardziej korzystnego, ponieważ nie wiąże się on, w przeciwieństwie do odwołania, z koniecznością ponoszenia wysokich kosztów wpisu od zastosowanego środka.

Przepis ustawy expressis verbis stwierdza, że również na czynności powtórzone lub podjęte w wyniku uznania zasadności otrzymanej informacji wykonawcy lub uczestnikowi konkursu nie przysługuje prawo do wniesienia odwołania. Nie dotyczy to jednak przypadku, gdy dana czynność stanowi jedną z czynności zawartych w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 Pzp. Oznacza to, że wykonawca będzie legitymowany do skorzystania z instytucji odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej na przykład w sytuacji, gdy w wyniku uwzględnienia informacji zamawiający odrzuci ofertę lub wykluczy danego wykonawcę z postępowania[622].

---

621 Dz.U. Nr 224, poz. 1795.

622 B. Tarnowska [w:] *Prawo …*, *op. cit.*, s. 60.

Zasadniczo ustawa wprowadza uprawnienie do poinformowania zamawiającego o bezprawności każdej czynności i każdego zaniechania w toku postępowania o zamówienie publiczne. Mając na uwadze wyjątek wprowadzony przez art. 180 ust. 2 Pzp, uzasadniony jest wniosek, że wszystkie czynności nieobjęte treścią tego przepisu podlegają prawu poinformowania o ich niezgodnym z prawem wykonaniu lub bezprawnym zaniechaniu. Oznacza to, że przedmiotem omawianej instytucji może być czynność, która w praktyce stosowania protestu jako środka odwoławczego była najczęściej poddawana kontroli ze strony wykonawców, mianowicie czynność sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności opis przedmiotu zamówienia. Obecna regulacja daje wykonawcom, obok możliwości skorzystania z instytucji wyjaśnienia treści specyfikacji (uregulowanej w art. 38 Pzp), prawo do uznania powyższej czynności za sprzeczną z prawem i poinformowania o tym fakcie zamawiającego.

4. W przedmiocie terminu, w jakim wykonawcy oraz uczestnicy postępowania konkursowego mogą skorzystać z instytucji quasi protestu, ustawa odsyła do analogicznego stosowania przepisu art. 180 ust. 1 pkt 2 Pzp, w którym określono terminy na wniesienie odwołania w postępowaniach, w których wartość przedmiotu zamówienia jest mniejsza od tzw. progów unijnych. Oznacza to, że quasi protest należy zamawiającemu przekazać w terminie:
   - 5 dni — jeżeli poinformowanie uczestników postępowania o czynności stanowiącej podstawę zastosowania omawianej instytucji nastąpiło za pomocą faksu lub drogą elektroniczną,
   - 10 dni — w przypadku przekazania informacji przez zamawiającego w inny sposób.

Z formalnoprawnego punktu widzenia bardzo istotne jest ustalenie początku biegu powyższych terminów. Zgodnie z art. 180 ust. 1 pkt 2 Pzp, rozpoczynają one swój bieg od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, co niewątpliwie jest rozwiązaniem mniej korzystnym dla wykonawców. W odniesieniu bowiem do terminów na wniesienie protestu Ustawodawca przyjmował teorię doręczenia, a zatem liczyło się je od dnia, w którym podmiot uprawniony do wniesienia środka ochrony prawnej powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego zastosowania[623].

Rozważając problem terminu na przekazanie zamawiającemu informacji o jego bezprawnej czynności lub zaniechaniu, przeanalizować należy sytuację, w której wykonawca lub uczestnik postępowania konkursowego korzysta z instytucji quasi protestu z naruszeniem terminu. W związku ze stwierdzeniem w ustawie, że informację przekazuje się zamawiającemu w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania, uzasadniony jest wniosek, że analogicznie do terminu na odwołanie, termin na skorzystanie z quasi protestu ma charakter terminu zawitego. Należy dodatkowo wskazać, że Ustawodawca zrezygnował z zasady, zgodnie z którą odwołanie złożone w placówce operatora

[623] W. Łysakowski [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* red. T. Czajkowski, Warszawa 2007, s. 510–511.

publicznego uznaje się za złożone w terminie, co wydaje się mieć zastosowanie także w przypadku instytucji poinformowania[624].

Warto w tym miejscu przypomnieć, że również termin na oprotestowanie określonej czynności cechował się nieprzywracalnością, tym samym protest wniesiony po terminie podlegał odrzuceniu. Z pewnością, w związku z dotychczasową praktyką formalnej oceny terminu na wniesienie protestu, informacje przekazane z naruszeniem przepisów o terminie będą uznawane przez zamawiających za przekazane bezskutecznie, co skutkować będzie pozostawianiem ich bez rozpoznania, bez względu na merytoryczną zasadność. Wydaje się jednak zasadny postulat, aby zamawiający uwzględniał każdą uzasadnioną i potwierdzoną w postępowaniu informację, niezależnie od kwestii dochowania terminu przy jej przekazaniu. Racjonalny kierownik jednostki powinien w takiej sytuacji kierować się przede wszystkim legalnością postępowania zamówieniowego, dążąc do zapobieżenia jego unieważnieniu oraz zawarcia ważnej umowy w przedmiocie zamówienia publicznego.

5. Odnośnie formy w jakiej należy przekazywać zamawiającemu informacje o jego bezprawnych działaniach lub zaniechaniach zastosowanie znajduje art. 27 ust. 1–3 Pzp. Tym samym rozstrzygnięcie dotyczące formy quasi protestu pozostawiono zamawiającemu i od jego wyboru zależy, czy powinien być on przekazany pisemnie, faksem czy drogą elektroniczną. Ustawa wprowadza jednak dwa ograniczenia swobody zamawiającego w tej kwestii. Po pierwsze, forma pisemna jest zawsze dopuszczalna, z uwzględnieniem wyjątków przewidzianych w ustawie, po drugie, wskazana przez zamawiającego forma informowania go o naruszeniach nie może skutkować ograniczeniem konkurencji[625].

Dokonany wybór formy kontaktów uczestników procedury przetargowej w toku postępowania, w tym formy przekazywania omawianej informacji, powinien być ujawiony w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że w przypadku przekazywania przez wykonawców informacji faksem lub drogą elektroniczną, zgodnie z treścią art. 27 ust. 2 Pzp, zamawiający powinien niezwłocznie potwierdzić jej otrzymanie wyłącznie na żądanie podmiotu, od którego informacja pochodzi.

Analizy wymaga również kwestia treści przekazywanej zamawiającemu informacji. Należy rozważyć, z uwagi na istotne podobieństwo instytucji poinformowania z dotychczas istniejącym protestem, czy w zakresie niezbędnych elementów treści informacja powinna spełniać analogiczne wymagania jak treść protestu. Zgodnie bowiem z przepisem art. 180 ust. 8 Pzp sprzed nowelizacji, protestujący obowiązany był wskazać czynność lub zaniechanie, co do którego wnoszony był środek ochrony prawnej, a także powinien zwięźle przytoczyć zarzuty, jakie stawia zamawiającemu wraz z ich uzasadnieniem faktycznym, co miało na celu umożliwić zmawiającemu merytoryczne rozpatrzenie protestu. Niezbędne było także podanie podstawy prawnej, czyli przepisów, które zdaniem protestującego zostały naruszone w toku postępowania o udzielenie zamówienia

---

624 A. Gawrońska-Baran, *Nowelizacje …, op. cit.*, s. 65.

625 P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* Warszawa 2007, s. 403–404.

publicznego. W proteście powinno także zostać zawarte żądanie, z którym występowało się do zamawiającego[626]. Wydaje się, że treść quasi protestu powinna kształtować się analogicznie do przedstawionej wyżej. Przede wszystkim określenie czynności lub zaniechania, którego stosowana instytucja dotyczy, a także wskazanie zarzutów wraz z ich uzasadnieniem faktycznym jest, z praktycznego punktu widzenia zamawiającego, niezbędnym elementem treści informacji. Z kolei przytoczenie podstawy prawnej stanowi część składową informacji, która unaocznia zamawiającemu bezprawność jego działania lub zaniechania, przyczyniając się tym samym do uwzględnienia quasi protestu. Przedmiotem polemiki może być natomiast stwierdzenie, że w informacji powinno zawierać się także żądanie kierowane do zamawiającego, w szczególności z uwagi na głównie informacyjny charakter omawianej instytucji.

6. Kolejnym problemem, który należy rozpatrzyć jest kwestia skutków, jakie wywołuje „poinformowanie" zamawiającego. W zestawieniu ze zniesionym środkiem ochrony prawnej, przekazanie informacji należy uznać za instytucję „ułomną" z punktu widzenia jej doniosłości prawnej. Najważniejsze bowiem skutki wniesienia protestu, tj. zawieszenie terminu związania ofertą oraz zakaz zawarcia umowy w przedmiocie zamówienia, w brzmieniu znowelizowanych przepisów wiąże się z wniesieniem odwołania, a nie quasi protestu[627].

Podstawowym skutkiem skorzystania przez wykonawcę lub uczestnika konkursu z instytucji informacji jest powstanie po stronie zamawiającego obowiązku powtórzenia określonej czynności lub podjęcia czynności zaniechanej, oczywiście wyłącznie w przypadku uznania przez zamawiającego zasadności otrzymanej informacji. Z powtórzeniem lub podjęciem czynności wiąże się konieczność przekazania informacji o tym fakcie wykonawcom, w sposób przewidziany w ustawie dla danej czynności. Ustawodawca nie wprowadził jednak wobec zamawiającego wymogu informowania wykonawców lub uczestników konkursu zarówno o otrzymaniu od uczestnika postępowania określonej informacji, jak również o stwierdzeniu przez zamawiającego braku jej zasadności. Z uwagi jednak na obowiązującą w Prawie zamówień publicznych zasadę jawności, a także mając na względzie wymóg prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zasadny jest postulat, aby zamawiający każdorazowo rozważali czy nie powinni poinformować o tych faktach pozostałych uczestników procedury zamówieniowej[628].

7. Podsumowując rozważania nad nowowprowadzoną instytucją quasi protestu należy jeszcze raz podkreślić jej funkcjonalny związek ze środkami ochrony prawnej. Zasadniczo bowiem wyposażenie uczestników postępowania w uprawnienie do poinformowania zamawiającego o jego niezgodnych z prawem działaniach lub zaniechaniach, ma za zadanie umożliwienie zamawiającemu dokonanie korekty popełnionych przez niego błędów w procedurze zamówieniowej. Pośrednio jednak instytucja przekazania informacji umożliwia uczestnikom postępowania dochodzenie swoich praw, naruszanych przez niezgodne z przepisami ustawy działanie lub zaniechanie zamawiającego. W przypadku instytucji przekazania informacji ochrona praw wyko-

---

626 J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 490.

627 B. Tarnowska [w:] *Prawo …, op. cit.*, s. 60.

628 Idem, s. 60.

nawców czy też uczestników konkursu jest jednak w znacznym stopniu ograniczona, w szczególności z uwagi na brak jakiejkolwiek weryfikacji (przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne, a więc z punktu widzenia podmiotów ubiegających się o dane zamówienie szczególnie istotnej) prawidłowości reakcji zamawiającego na otrzymaną informację. Istotnym mankamentem regulacji dotyczących quasi protestu jest dodatkowo fakt, iż ustawa nie wprowadza żadnego konkretnego terminu, w którym zamawiający byłby zobowiązany do udzielenia odpowiedzi na otrzymaną informację. Brak kontroli wykonywanej w toku postępowania zamówieniowego powoduje, że zamawiający może arbitralnie rozstrzygać zarzuty postawione w informacji, ignorując informacje merytorycznie uzasadnione, w szczególności ze względu na zmuszające go do tego okoliczności postępowania (np. termin realizacji przedmiotu zamówienia). Najwidoczniej postulat szybkości i sprawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego został w katalogu wartości nadrzędnych procedury przetargowej umieszczony przez Ustawodawcę wyżej, niż zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W ŚWIETLE PRZEPISÓW PRAWA POLSKIEGO I UNIJNEGO

Joanna Grzywaczewska
Małgorzata Szydlik-Derczyńska
Monika Namysłowska
Dominik Lubasz

1. Uwagi wstępne — wpływ regulacji unijnych na polskie prawo zamówień publicznych

Choć w zakresie zamówień publicznych regulacje unijne[629] dotyczą szerokiej materii regulacyjnej, należy wskazać, że państwom członkowskim pozostawiony został jednak do rozstrzygnięcia sposób i zasady dokonywania kontroli procedur udzielania zamówień publicznych, tak aby kontrola zamówień publicznych w sposób najszerszy i najbardziej prawidłowy odpowiadała potrzebom i realiom związanym z dysponowaniem środkami publicznymi. Niemniej jednak obowiązek objęcia kontrolą środków pochodzących z Unii Europejskiej przyznawanych w ramach funduszy strukturalnych wynika z Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 dotyczącego Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności[630]. Art. 58 powołanego rozporządzenia określa bowiem ogólne zasady, jakim powinny odpowiadać systemy zarządzania i kontroli w poszczególnych państwach członkowskich, a w szczególności stanowi, że ustanowione przez państwa członkowskie systemy zarządzania i kontroli programów operacyjnych muszą określać procedury dla zapewnienia zasadności i prawidłowości wydatków zadeklarowanych w ramach programu operacyjnego.

Konieczność objęcia kontrolą środków pochodzących z Unii Europejskiej w ramach funduszy strukturalnych, a jednocześnie pozostawienie kwestii procedur kontrolnych poszczególnym państwom członkowskim spowodowała rozszerzenie zapisów dotyczących kontroli oraz wzmocnienie pozycji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako organu kontrolnego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[631] (dalej: Pzp), która zastąpiła ustawę z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych[632] (dalej: uozp). Z uzasadnienia projektu ustawy z 2004 r. wynika wyraźnie, że wzmocnienie pozycji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako organu kontrolnego wynikało z jednej strony z wypełnienia zobowiązań nałożonych rządowym programem zwalczania korupcji — „Strategii Antykorupcyjnej Rządu", a z drugiej strony z konieczno-

---

629 Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.04.2004, s. 114); Dyrektywa 2004/17/ Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134 z 30.04.2004, s. 1).

630 Dz.U. L 210 z 31.07.2006, s. 54.

631 Dz.U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655 z późn. zm.

632 Dz.U. z 2002 Nr 72 poz. 664 z późn. zm.

ści objęcia kontrolą środków pochodzących z Unii Europejskiej przyznanych w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności[633]. Rozbudowane zasady kontroli zamówień publicznych nie ograniczyły się przy tym tylko do tych zamówień, które są współfinansowane z funduszy unijnych, lecz do wszystkich środków publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych[634].

Jak wynika z powyższego już ustawa o zamówieniach publicznych z 1994 r., zawierała regulację odnoszącą się do kontroli procedur zamówień publicznych, czyli na długo przed akcesją Polski do Unii Europejskiej. Co prawda, ówcześnie prerogatywa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP) ograniczała się jedynie do kontroli następczej postępowań[635], niemniej jednak sam fakt zawarcia w uozp takiego przepisu stawiał Prezesa UZP w gronie podmiotów kontrolujących, takich jak Najwyższa Izba Kontroli i regionalne izby obrachunkowe[636].

2. Kontrola udzielania zamówień publicznych w prawie polskim

Aktualnie kwestię udzielania i kontroli zamówień publicznych reguluje ustawa z 2004 r. — Prawo zamówień publicznych. Kontrolę przeprowadza Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na mocy art. 154 pkt 11 Pzp oraz art. 161 ust. 1 Pzp. Prezes UZP wykonuje swoje uprawnienia poprzez podległych mu pracowników. Podkreślenia wymaga, że polski ustawodawca w czytelny sposób zadbał o to, aby kontrolą zamówień zajmowały się osoby, które są bezstronne w stosunku do zamawiającego lub wykonawców biorących udział w kontrolowanym przez niego postępowaniu. Postanowienia art. 162 Pzp szczegółowo regulują bowiem zasady wyłączenia pracownika Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: UZP) z udziału w kontroli.

Kontrola zamówień odbywa się w siedzibie Urzędu Zamówień Publicznych, a jej celem jest sprawdzenie zgodności postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych z przepisami Pzp. Przy tak sformułowanym zapisie należy stwierdzić, że Prezes UZP nie ma prawa do delegowania swych pracowników do przeprowadzenia kontroli bezpośrednio u zamawiającego czy wykonawcy, nie ma też prawa prowadzić kontroli poza siedzibą UZP. Uprawnienia Prezesa UZP ograniczają się do kontrolowania dokumentacji przekazanej przez zamawiającego w postaci kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego (art. 163 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 170 ust. 1 Pzp).

Analizując przepisy Pzp można wyodrębnić podział kontroli udzielania zamówień publicznych ze względu na czas jej dokonywania i przymus jej przeprowadzenia. W zakresie pierwszego kryterium podziału wyróżnić można kontrolę uprzednią (*ex ante*) dokonywaną przed zawarciem umowy i kontrolę następczą (*ex post*), która ma miejsce po zawarciu umowy. Biorąc pod uwagę kryterium przymusu przeprowadzania kontrola dzieli się na obligatoryjną (przeprowadzaną obowiązkowo w przypadku wskazanym w ustawie

---

633 Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych — www.sejm.gov.pl

634 Dz.U. z 2009 Nr 157 poz. 1240 tekst jednolity z późn. zm.

635 Art. 9 ust. 2 pkt 2 uozp stanowił, iż Prezes UZP może również żądać od zamawiających informacji o przebiegu procesu udzielania zamówień publicznych i ich realizacji oraz udostępniania dokumentacji dotyczącej zamówienia publicznego, we wskazanym przez siebie terminie.

636 T. Czajkowski [w:] T. Czajkowski (red.) *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2004, s. 435.

— art. 169 ust. 2 Pzp) i fakultatywną (tj. kontrolę, o której mowa w art. 165–168 Pzp, z wyłączeniem art. 165 ust. 4 Pzp).

W pierwotnej wersji Pzp ustawodawca zawarł dwa rodzaje kontroli uprzedniej — obligatoryjną kontrolę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, uzależnioną od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia oraz fakultatywną kontrolę uprzednią postępowań bez względu na wartość szacunkową przedmiotu zamówienia.

W literaturze przedmiotu ukształtował się podział na grupę zwolenników i przeciwników tak określonej kontroli postępowań zamówieniowych. Krytycznie stanowisko wyraził m.in. J. Pieróg, podnosząc, że: „(…) zakres uprawnień kontrolnych Prezesa UZP przyznanych mu nową ustawą znacznie przekroczył zdrowy rozsądek i potrzeby systemu zamówień publicznych. Organ nie jest bowiem przygotowany ani merytorycznie, ani funkcjonalnie do prawidłowego wykonywania uprawnień kontrolnych”[637]. Natomiast na korzyści płynące z rozbudowanego systemu kontroli wskazał T. Czajkowski stwierdzając, że „z punktu widzenia systemowego najważniejszą formą kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu jest kontrola uprzednia (*ex ante*). (…). Ma zatem charakter prewencyjny, ponieważ jej celem jest zidentyfikowanie ewentualnych naruszeń jeszcze przed zaciągnięciem zobowiązań przez Zamawiającego i zapobieżenie ich konsekwencjom. Dzięki temu Zamawiający ma szanse na uniknięcie ewentualnych konsekwencji tych naruszeń oraz spowodowanych tym strat”[638].

W obecnym stanie prawnym ukształtowanym przez nowelizację Pzp z 2008 r.[639] nadal rozróżnia się kontrolę uprzednią i następczą w ramach kontrolę doraźną oraz kontrolę uprzednią zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Jak wskazano w uzasadnieniu ww. ustawy nowelizującej Pzp „kontrola Prezesa UZP w tym zakresie jest częścią stworzonego przez Polskę i zaakceptowanego przez Komisję Europejską systemu kontroli projektów współfinansowanych z budżetu UE. Rezygnacja z kontroli prowadzonej przez Prezesa UZP wymagałaby przejęcia ww. obowiązków kontrolnych przez Instytucje Zarządzające, Pośredniczące i Wdrażające, co byłoby niecelowe ze względu brak wyspecjalizowanych służb oraz wyższe koszty, a także konieczność uzyskania akceptacji Komisji Europejskiej. Całkowite odstąpienie od kontroli uprzedniej zamówień o największych wartościach stanowiłoby natomiast poważną nieprawidłowość systemową, powodującą realne zagrożenie nałożenia przez Komisję Europejską na Polskę korekty na wszystkie programy operacyjne”[640].

2.1. Kontrola doraźna

Kontrolę doraźną Prezes UZP może wszcząć, zgodnie z treścią art. 165 Pzp, z urzędu lub na wniosek w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na

---

637 J. Pieróg [w:] *Prawo zamówień publicznych Komentarz*, Warszawa 2004, s. 343.

638 T. Czajkowski [w:] *Prawo zamówień publicznych Komentarz* …, s. 355.

639 Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2008. Nr 171 poz. 1058.

640 Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw — www.sejm.gov.pl

jego wynik. W tym samym przepisie została uregulowana kwestia obligatoryjnej kontroli doraźnej. Dotyczy ona sytuacji, gdy z wnioskiem o jej przeprowadzenie zwróci się do Prezesa UZP instytucja zarządzająca w rozumieniu przepisów o Narodowym Planie Rozwoju, przepisów o zasadach prowadzenia polityki rozwoju lub przepisów o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich. Również dla zastosowania tej regulacji wymagane jest spełnienie przesłanki uzasadnionego przypuszczenia naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Kontrola doraźna może być wszczęta przez Prezesa UZP nie później niż 4 lata od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie zgodnie z zapisem art. 165 ust. 2 może mieć ona charakter kontroli *ex ante* albo kontroli *ex post*.

Wszczęcie kontroli uprzedniej następuje z chwilą doręczenia Prezesowi UZP kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej (art. 169 ust. 3 Pzp). Zgodnie z art. 170 ust. 4 Pzp wszczęcie kontroli uprzedniej zawiesza bieg terminu związania ofertą do dnia jej zakończenia. Ponieważ kontrola uprzednia przeprowadzana jest jeszcze przed podpisaniem umowy, ustawodawca z góry określił terminy, w których musi nastąpić doręczenie informacji o wyniku kontroli (art. 171 ust. 3 Pzp).

Ustalenie maksymalnych terminów przeprowadzania kontroli uprzedniej należy uznać za ukłon w stronę zamawiającego, jednakże są to terminy instrukcyjne i za ich przekroczenie nie grozi Prezesowi UZP żadna sankcja. Biorąc pod uwagę fakt, że zamawiającym zależy na sprawnym prowadzeniu procedury zamówieniowej, bez zbędnych opóźnień, przedmiotowe terminy i brak sankcji za ich przekroczenie nie pozwalają zachować optymizmu w oczekiwaniu na szybkie zakończenie kontroli. Prezes UZP ma bowiem 14 dni od dnia doręczenia materiałów stanowiących przedmiot kontroli, a w przypadkach kontroli szczególnie skomplikowanych aż 30 dni na zakończenie kontroli. Biorąc jednocześnie pod wagę fakt, że nie zdefiniowano w ustawie Pzp pojęcia nieostrego, jakim jest „przypadek kontroli szczególnie skomplikowanej", pozostaje ufać, że przepis ten nie jest i nie będzie nadużywany przez kontrolujących, a każdy przypadek przedłużającej się kontroli zostanie szczegółowo wyjaśniony.

Kolejne niebezpieczeństwo przedłużania kontroli związane jest z uprawnieniem Prezesa UZP do żądania od kierownika zamawiającego, od pracowników zamawiającego i innych podmiotów wyjaśnień w sprawach dotyczących kontroli, a także zasięgania opinii biegłych, w sytuacjach, gdy ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych. Dopiero bowiem od dnia skompletowania całości materiału biegnie termin maksymalny 14 albo 30 dni, w jakim ma nastąpić doręczenie informacji o wyniku kontroli (art. 171 ust. 3 Pzp). Można więc postawić tezę, że w świetle powołanych powyżej przepisów Pzp to od woli Prezesa UZP zależy faktyczny termin zakończenia kontroli uprzedniej. Zamawiający nie ma w zasadzie wpływu na termin zakończenia tego postępowania, choć uważa się, że tak sformułowany przepis dyscyplinować ma obie strony, ponieważ od jakości i kompletności przedłożonych do kontroli dokumentów przez zamawiającego zależy tempo i sprawne działanie organu kontrolującego. W odróżnieniu od kontroli *ex ante*, termin zakończenia kontroli następczej nie został w ustawie określony.

Kontrole uprzednie, zarówno doraźna jak i kontrola uprzednia zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, posiadają jeszcze jedną cechę wspólną, a jednocześnie wyróżniającą je od kontroli *ex post* — Prezes UZP może na swój wniosek nałożyć na kierownika zamawiającego obowiązek przekazania mu pisemnej informacji o sposobie wykonania zaleceń pokontrolnych (art. 171 ust. 5 Pzp).

W pierwotnej wersji ustawy Pzp kontrola uprzednia kończyła się wraz z doręczeniem informacji o wyniku kontroli, a kontrola następcza — wraz z przesłaniem informacji o wyniku kontroli. Zamawiający nie miał możliwości złożenia zażalenia lub odwołania się od treści informacji o wyniku kontroli, bowiem informacja ta nie miała, i nadal nie ma, charakteru decyzji administracyjnej. W obliczu braku ustawowego mechanizmu odwołania od jej treści, nie można było też skorzystać z przepisów ogólnych o postępowaniu administracyjnym. Zamawiający, który nie zgadzał się z wnioskami pokontrolnymi nie mógł odnieść się do nich w jakikolwiek sposób. Tym samym złamana została konstytucyjna zasada dwuinstancyjności postępowań. W wyniku nowelizacji z Pzp z 2006 r.[641] dodano przepis art. 169a, którym wyposażono zamawiającego w prawo do zgłaszania umotywowanych zastrzeżeń do Prezesa UZP, który je rozpatrywał. W przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń, które dotyczyły obowiązku unieważnienia postępowania, zastrzeżenia były przekazywane do zaopiniowania do Rady Zamówień Publicznych, której opinia w tym zakresie była wiążąca dla Prezesa UZP.

W wyniku kolejnej nowelizacji z 2007 r.[642] utrzymano prawo zamawiającego do zgłaszania umotywowanych zastrzeżeń do Prezesa UZP, który ma je rozpatrzyć w terminie 15 dni od ich otrzymania, w przypadku jednak ich nieuwzględnienia wprowadzono obowiązek kierowania zastrzeżeń do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej: KIO). Zgodnie z art. 167 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza w składzie trzyosobowym wyraża swoją opinię w formie uchwały. Opinia w sprawie zastrzeżeń podejmowana jest w terminie 15 dni od dnia otrzymania zastrzeżeń i jest wiążąca dla Prezesa UZP, który niezwłocznie zawiadamia kierownika zamawiającego o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń. Doręczenie tego zawiadomienia kończy kontrolę.

Warto podkreślić, że informacja o wyniku kontroli zawiera w szczególności określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli oraz informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku. W przypadku kontroli uprzedniej, zarówno zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, jak i uprzedniej kontroli doraźnej, informacja ta zawiera jeszcze zalecenia pokontrolne, jeżeli w toku kontroli stwierdzono konieczność unieważnienia postępowania, bądź usunięcia naruszeń, które nie pociągają za sobą konieczności unieważnienia postępowania.

W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Pzp Prezes UZP może zgodnie z art. 168 Pzp zawiadomić właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych lub wystąpić z wnioskiem o ukaranie za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do właściwej komisji orzekającej; nałożyć

---

641 Ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz.U. z 2006 Nr 79, poz. 551.

642 Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2007 Nr 82, poz. 560.

kare pieniężną, o której mowa w Dziale VII Pzp lub wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części. Należy dodać, że umowa podlega unieważnieniu w przypadkach wskazanych w art. 146 ust. 1 Pzp. Odnosząc się zaś do możliwości nałożenia kary pieniężnej, to sankcja może być brana pod uwagę przez Prezesa UZP tylko wobec zamawiających spoza kręgu podmiotów podlegających przepisom o dyscyplinie finansów publicznych.

2.2. Kontrola uprzednia zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej

Kontrola uprzednia zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej jest kontrolą obligatoryjną dla wszystkich postępowań, których wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia lub umowy ramowej jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość 20 000 000 euro dla robót budowlanych i 10 000 000 euro dla dostaw lub usług. Na wniosek instytucji zarządzającej Prezes Urzędu może odstąpić od przeprowadzenia kontroli uprzedniej, jeżeli w ocenie instytucji postępowanie zostało przeprowadzone w sposób zgodny z przepisami ustawy. Informację o odstąpieniu od kontroli Prezes Urzędu przekazuje niezwłocznie zamawiającemu i wnioskodawcy (art. 169 ust. 4 Pzp).

W art. 171 ust. 1 Pzp nałożono na zamawiającego obowiązek przekazania dokumentacji postępowania do kontroli przez Prezesa UZP przed zawarciem umowy niezwłocznie po wydaniu przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty albo po upływie terminu do wniesienia odwołania.

Jak stanowi art. 171 ust. 2 Pzp w przypadku wniesienia odwołania lub skargi po przekazaniu dokumentacji do kontroli uprzedniej zamawiający niezwłocznie musi powiadomić o takim fakcie Prezesa UZP, który wstrzymuje wykonania kontroli uprzedniej do czasu wydania orzeczenia przez KIO, chyba że zaistnieje sytuacja, o której mowa w art. 183 ust. 2 Pzp[643].

W art. 171 ust. 4 Pzp zawarto regulację dotyczącą udzielania zamówień w częściach, jeżeli wartość poszczególnych części zamówienia jest mniejsza niż kwoty, o których mowa w art. 169 ust. 2[644]. W takim przypadku Prezes Urzędu może odstąpić od przeprowadzenia kontroli, informując o tym zamawiającego niezwłocznie po otrzymaniu kopii dokumentacji przeznaczonej do kontroli.

Czynnością zamykającą każde postępowania kontrolne jest sporządzenie protokołu kontroli. Protokół ten jest dokumentem wewnętrznym UZP, a jego minimalną treść określa przepis art. 164 ust. 2 Pzp. Sporządzenie protokołu jest czynnością materialno

---

643 Zgodnie z art. 183 ust. 1 Pzp., Zamawiający może zwrócić się do KIO z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem wyroku lub wydaniem postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. KIO może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli zaniechanie jej zawarcia mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

644 10 000 000 euro dla dostaw i usługi i 20 000 000 euro dla robót budowlanych.

–techniczną mającą jednak znaczenie formalno–prawne, bowiem to na jego podstawie Prezes UZP może sformułować informację o wyniku kontroli. Informacja ta jest kierowana bezpośrednio do zamawiającego, którego dokumentacja przetargowa podlegała kontroli. Protokół nie jest dokumentem udostępnianym zamawiającemu, ale ma znaczenie dowodowe[645].

3. Podsumowanie

Przepisy dotyczące kontroli udzielania zamówień publicznych ewoluowały w ciągu ostatnich lat w sposób istotny, przy czym wpływ prawa unijnego na kształt polskiej regulacji ocenić należy jako pośredni. Z pewnością rozszerzeniu kompetencji kontrolnych Prezesa UZP sprzyjało wejście Polski do Unii Europejskiej i związany z tym napływ środków, których wydatkowanie było możliwe tylko przy zastosowaniu przepisów o zamówieniach publicznych, na co wskazują powołane uzasadnienia kolejnych zmian ustawy Pzp. Warto przy tym ponownie podkreślić, iż kontrola Prezesa UZP jest częścią stworzonego przez Polskę i zaakceptowanego przez Komisję Europejską systemu kontroli projektów współfinansowanych z budżetu UE.

Obecnie obowiązujący system kontroli, w zamiarze ustawodawcy ma być ukierunkowany na wykrywanie rażących naruszeń ustawy, godzących w podstawowe zasady udzielania zamówień. Zdaniem legislatora, skierowanie kontroli na sfery zagrożone nieprawidłowościami, takie jak nadużywanie trybów niekonkurencyjnych, omijanie ustawy ze względu na zaniżanie wartości zamówienia czy podział zamówień na części, zaniechanie stosowania ustawy czy naruszenie zasady równego traktowania wykonawców jest bardziej znaczące dla ograniczenia sfer patologicznych[646].

Konkludując, prawidłowe stosowanie przez Prezesa UZP jednolitego i transparentnego, w naszej ocenie, systemu kontroli udzielania zamówień publicznych, zapewni skuteczną ochronę wydatkowania zarówno krajowych środków publicznych, jak również pochodzących z budżetu UE.

---

645 T. Czajkowski [w:] *Prawo zamówień publicznych Komentarz* …, s. 355.

646 Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw — www.sejm.gov.pl

ROZWÓJ I STAN OBECNY KONTROLI PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

dr Przemysław Szustakiewicz
Katedra Prawa Administracyjnego
WSHIP im. R. Łazarskiego w Warszawie

Działalność współczesnej administracji publicznej jest określona w obrębie dwóch podstawowych sfer funkcjonowania:

- reglamentacyjno-dystrybucyjnej nakierowanej na rozwiązywanie spraw w stosunku do pojedynczych podmiotów, wyrażającej się przede wszystkim w wydawaniu decyzji administracyjnych, wykonywaniu czynności materialno-technicznych (np. udzielaniu informacji publicznej, czy rejestrowaniu pojazdów) oraz wydawaniu innych aktów administracyjnych;
- działalności organizatorskiej zwanej także świadczącą, która jest powiązana „z szeroko rozumianym zaspokajaniem potrzeb społecznych w skali nie indywidualnych spraw, a grup obywateli. Są to zadania związane np. z rozwijaniem świadczeń społecznych, ochroną zdrowia, oświatą, kulturą, ochroną środowiska, budową dróg, ulic mostów”[647].

Płaszczyzna działania administracji publicznej związana z działalnością organizatorska wiąże się w oczywisty sposób z zamówieniami publicznymi. Administracja publiczna, aby realizować swoje zadania organizatorskie musi dokonywać zakupów. Dotyczy to zarówno sfery wynajmowania przedsiębiorców do świadczenia usług z zakresu pomocy społecznej (np. usługi opiekuńcze), kwestii z zakresu ochrony środowiska i gospodarki wodnej (np. budowa zbiorników retencyjnych, sprzętu badawczo-kontrolnego dla inspekcji ochrony środowiska), czy wreszcie budowy i modernizacji infrastruktury (np. modernizacja linii kolejowych, budowa dróg, metra, linii tramwajowych, zakup autobusów dla potrzeb komunikacji publicznej). Procedura dokonywania zakupów przez administrację publiczną jest uregulowana przez ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[648]. Wprowadzając regulacje dotyczące sposoby wydatkowania środków publicznych ustawodawca chciał zrealizować dwa cele:

- uporządkować system wydatkowania środków publicznych, czyli poprzez przepisy Prawa zamówień publicznych nałożono na wymienione w ustawie podmioty obowiązek stosowania procedury i trybów opisanych w ustawie i aktach wykonawczych do niej. Te przepisy regulują sposób podejmowania decyzji o wyborze najlepszej oferty, a więc w efekcie o zakupie określonych produktów. Działania te są ściśle i dokładnie opisane, charakteryzują się określoną kolejnością i są jednakowe dla wszystkich publicznych i sektorowych zamawiających. Nie ma tu takiej, sytuacji, gdy podmioty dysponujące tymi samymi środkami (zamawiający klasyczni) lub zobowiązani do stosowani procedur zamówieniowych (zamawiający sektorowi) dokonują zakupów wedle rożnych przepisów. Niezależnie od miejsca

---

647 E. Ura, E. Ura *Prawo administracyjne* Warszawa 2002 s. 24.

648 Tj. Dz.U. z roku 2007, Nr 223, poz. 1655 ze zm.

przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, czy podmiotu, który dokonuje zamówienia zawsze reguły postępowania są takie same. Nie ma tu sytuacji znanej z okresu przedwojennego, gdzie różne procedury postępowania obowiązywały w zależności od dzielnicy kraju, czy resortu. Tak, więc wykonawca z województwa mazowieckiego może być pewien, iż jeśli złoży ofertę w postępowaniu mającym miejsce w województwie śląskim lub małopolskim, to zawsze działania zamawiającego będą przebiegały wedle tych samych przepisów. Nie występują tutaj różne reguły postępowania. W efekcie czynności podejmowane przez obie strony postępowania są przewidywalne. Dotyczy to przede wszystkim czynności zamawiającego, który ma obowiązek przeprowadzić postępowanie tak samo niezależnie od swej właściwości miejscowej, czy rzeczowej. Ustawodawca nie rozróżnia tu, odnośnie trybu przeprowadzenia postępowania, administracji samorządowej i administracji rządowej. Każdy, kto wydaje publiczne pieniądze powyżej kwot określonych w ustawie ma obowiązek stosować jej przepisy. Także każdy przedsiębiorca, który uczestniczy w postępowaniu prowadzonym na postawie przepisów Prawa zamówień publicznych ma obowiązek podporządkować się jego regułom;

- przeciwdziałanie korupcji i defraudacji. Ustawodawca przez uporządkowane, jednolite zasady dokonywania zakupów towarów lub ustawodawca dąży do tego, aby osoby, które chcą wydatkować środki publiczne w sposób nieuczciwy miały znaczne trudności z ukryciem swojego postępowania. Zamówienia publiczne są dokonywane w sposób jawny i zachowaniem zasady pisemności. Oznacza to, że każdy ma dostęp do informacji o zamówieniu oraz na zamawiających spoczywa obowiązek dokumentowania czynności dokonywanych w trakcie postępowania. Trudniej jest zatem ukryć już nie tylko sam fakt zakupu określonych towarów lub usług, ale także czynności zamawiającego (i w pewnym zakresie także wykonawcy), a dzięki pisemności są możliwe do skontrolowania. Kontroli w tym wypadku dokonują odpowiednie organy ochrony prawnej np. prokuratura. Nadto samo Prawo zamówień publicznych przewiduje dwa systemy kontroli decyzji zamawiającego: kontrolę w ramach postępowania odwoławczego oraz kontrolę Prezesa UZP. Te dwa systemy kontroli mają duże znaczenie dla prawidłowości wydatkowania środków publicznych poprze procedury zamówień publicznych.

Kontrola jest, zatem niezbędnym elementem zamówień publicznych. Kontrola ta jest częścią kontroli administracji, która „towarzyszy administracji od dawna, właściwie od samego początku procesu kształtowania się administracji publicznej […] Ten trwały związek administracji i kontroli wynika w dużej mierze z przesłanek obiektywnych. Kontrola jest wszakże nieodłącznym elementem każdego zorganizowanego działania niezależnie od tego, jaki podmiot (państwowy, społeczny, prywatny itd.) to działanie prowadzi”[649]. Związek pomiędzy kontrolą administracji, a kontrolą zamówień publicznych jest oczywisty. Działalność organów administracji publicznej lub innych podmiotów zobowiązanych do stosowania Prawa zamówień publicznych polega na wykonywaniu szeregu działań o charakterze publicznym realizowanych m.in. poprzez wydatkowanie środków pochodzących z kieszeni podatników. Ten rodzaj działalności zamawiających musi być

649 J. Jagielski *Kontrola administracji publicznej* Warszawa 2006, s. 7.

poddany kontroli. W innym wypadku istnieje niebezpieczeństwo, że procedury opisane w Prawie zamówień publicznych będą miały charakter fasadowy, a więc nie zostaną zrealizowane cele, jakie sobie postawił ustawodawca uchwalając omawianą regulację.

Obserwując funkcjonowanie sytemu zamówień publicznych wydaje się, iż kontrolę zamówień publicznych można podzielić na dwa rodzaje: kontrole zewnętrzną i kontrole systemową[650].

Pierwszy rodzaj kontroli jest dokonywany przez podmioty, które nie są bezpośrednio związane z system zamówień publicznych, a podstawa prawna, zakres i procedury takiej kontroli uregulowane są w aktach prawnych niezwiązanych z zamówieniami publicznymi. Takie kontrole dokonuje przede wszystkim Najwyższa Izba Kontroli. Kontrolerzy Najwyższej Izby Kontroli badając sposób dysponowania publicznymi środkami od lat oceniają także funkcjonowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych. W połowie lat dziewięćdziesiątych Izba w kolejnych sprawozdaniach z wykonania budżetu szczególnie mocno kładła nacisk na prawidłowe, zgodne w wówczas obowiązującą ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych[651] wydatkowanie publicznych pieniędzy. W owym czasie przepisy o zamówieniach publicznych były przez NIK traktowane, jako jedno z podstawowych narzędzi prawnych ograniczających korupcję. Także obecnie dwa najważniejsze dokumenty powstające corocznie w Izbie tj. analiza wykonania budżetu państwa i roczne sprawozdanie z działalności NIK w dużej mierze zajmują się oceną wykonywania zamówień publicznych przez podmioty poddane kontroli NIK[652]. Ważnym organem kontroli w zakresie sposobu dokonywania zamówień publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego są Regionalne Izby Obrachunkowe, które należą do instytucji „o istotnych kompetencjach w sferze zamówień publicznych, silnie wspomagające umacnianie systemu zamówień publicznych"[653]. Widać to wyraźnie w przepisach określających zakres przedmiotowy kontroli RIO. Treść w art. 1 ust. 2 ustawy z dnia z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych[654] wskazuje, że kontrole RIO obejmują gospodarkę finansową jednostek samorządu terytorialnego oraz dokonywanie przez te jednostki zamówień publicznych. Kontrola obejmuje, zatem dwa aspekty funkcjonowania samorządu terytorialnego: gospodarkę finansową, a więc przede wszystkim wykonanie budżetu i kontrolę przestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych. Innym organem kontroli zewnętrznej jest Centralne Biuro Antykorupcyjne. Przepis art. 2. ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym[655] wskazuje, iż przedmiotem kontroli CBA jest także ujawnianie przypadków nieprzestrzegania określonych przepisami prawa procedur podejmowania i realizacji decyzji w przedmiocie zamówień publicznych. Podane organy są jedynie naj-

---

650 Taki podział jest zaproponowany w jedynym podręczniku zamówień publicznych jaki ukazał się ostatnio na rynku *Zamówienia publiczne. Podręcznik* red. M. Chmaja Warszawa 2008.

651 Tj. Dz.U. z roku 1998, Nr 119, poz. 773 ze zm.

652 Szerzej na ten temat P. Szustakiewicz *Zamówienia publiczne w świetle kontroli NIK* Zamówienia Publiczne — Doradca Nr 10/2008.

653 I. Bendorf-Bundorf *Zadania regionalnych izb obrachunkowych w procesie umacniania polskiego sytemu zamówień* [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych* red. H. Nowicki, J. Sadowy Toruń–Warszawa 2009, s. 8.

654 Tj. Dz.U. z roku 2001, Nr 55, poz. 577 ze zm.

655 Dz.U. Nr 104, poz. 708 ze zm.

ważniejszymi organami kontroli, w które kontrolują zamówienia publiczne. Poza nimi istniej szereg innych podmiotów, które w ramach swoich działań kontrolują procedury zamówieniowe.

Kontrola systemowa to kontrola wykonywana na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych. Wpisana jest ona w system zamówień publicznych i jest ona jego częścią. Tą kontrolą będzie kontrola w ramach środków ochrony prawnej, czyli poprzez możliwość składania odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej i skargi do sądu powszechnego. Ten rodzaj kontroli jest niekiedy nazywany nieprawidłowo „kontrolą wzajemną". Jednak skoro odwołanie przysługuje tylko wykonawcy, a zamawiający ma jedynie uprawnienia strony w postępowaniu odwoławczym i przed sądem, to trudno jest w takiej sytuacji mówić o „wzajemności" kontroli. Taką kontrolą jest również kontrola dokonywana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych opisana w przepisach rozdziału 3 Działu V Prawa zamówień publicznych.

Kontrola Prezesa UZP istnieje od początku funkcjonowania nowoczesnego systemu zamówień publicznych w Polsce. Już bowiem ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych[656] wprowadziła wśród swoich rozwiązań także uprawnienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do dokonywania kontroli przebiegu postępowania. To narzędzie prawne było używane niezależnie od instrumentu kontroli przysługującego dostawcom lub wykonawcom poprzez wnoszenie protestów i odwołań.

Prezes UZP jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych — na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 2 w/w ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. był uprawniony do żądania informacji o przebiegu procesu udzielania zamówień publicznych oraz udostępniania dokumentacji dotyczącej zamówienia publicznego. Uprawnienie to nie podlegało żadnym ograniczeniom. Dotyczyło więc również tych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których zarówno wyczerpana została droga postępowania odwoławczego, zakończona ostatecznym rozstrzygnięciem Zespołu Arbitrów, jak i tych, których wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia lub udział środków publicznych w finansowaniu zamówienia była poniżej kwoty 30 000 euro. Ustawa nie wprowadziła także żadnych ograniczeń, co do czasu, w jakim Prezes UZP mógł żądać dokumentacji z postępowania. Była to, więc kontrola prowadzona w siedzibie kontrolującego, prowadzona na podstawie dokumentów, ograniczona do jednego kryterium-legalności działań zamawiającego. W praktyce Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podejmował kontrole na skutek skarg wykonawców. Podejmowano kontrole przede wszystkim w tych postępowaniach, które nie mogły być przedmiotem postępowania protestacyjno-odwoławczego (czyli tych, w których wartość zamówienia nie przekraczała kwoty 30 000 euro) lub tych gdzie, co prawda uczestnik postępowania mógł złożyć protest lub odwołanie, ale w sposób niezawiniony tego nie uczynił. Tak, więc kontrola stanowiła swego rodzaju uzupełnienie systemu samokontroli systemu zamówień publicznych. Stąd nawet w dokumentach Urzędu zaczęto mówić o „kontroli wzajemnej", czyli kontroli uczestników postępowania poprzez składnie środków ochrony prawnej i „kontroli zewnętrznej" sprawowanej przez Prezesa UZP[657]. Rocznie przeprowadzano

---

656 Tj. Dz.U. z roku 2002, Nr 72, poz. 664 ze zm.

657 Por. Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2002 r.

około 400 postępowań kontrolnych, przy czym połowa z nich przypadała na kontrole zamówień publicznych przeprowadzanych przez samorząd terytorialny. Około 10% kontroli kończyło się zawiadomieniami do rzeczników dyscypliny finansów publicznych.

Przepisy Prawa zamówień publicznych w pierwotnym brzmieniu[658] przewidywały niezwykle rozbudowany system kontroli Prezesa UZP. Ustawa przewidywała dwa rodzaje kontroli: kontrolę następczą i uprzednią. Kontrola następcza przypominała swoją konstrukcją kontrolę z art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy z 1994 roku. Jednak w stosunku do poprzedniego stanu prawnego przepisy jej dotyczące uległy sprecyzowaniu. Natomiast kontrola uprzednia miała charakter prewencyjny była ona, bowiem wszczynana przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jej celem było zidentyfikowanie ewentualnych naruszeń jeszcze przed zaciągnięciem zobowiązań. Ustawa przewidywała dwa rodzaje takiej kontroli: fakultatywną i obligatoryjną. Pierwsza dotyczyła wszystkich postępowań. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczynał kontrolę uprzednią fakultatywną nie później niż w terminie 7 dni od dnia przekazania mu przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Informację taką zamawiający zobowiązany był przekazać zgodnie z art. 92 PZP Prezesowi UZP wówczas, gdy wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro. Wszczęcie postępowania kontrolnego następowało w wyniku przekazania kierownikowi zamawiającego żądania przekazania dokumentacji postępowania. Do czasu zakończenia kontroli zamawiający nie mógł zawrzeć umowy, a zawieszeniu ulegał bieg terminów dotyczących związania ofertą wykonawcy i wadium. Kontrola Prezesa UZP przeprowadzana była w bardzo krótkim terminie dwóch tygodni od dnia doręczenia mu żądanych dokumentów. Z postępowania sporządzało się protokół będący dokumentem wewnętrznym Urzędu Zamówień Publicznych, a następnie zamawiającemu doręczało się „informację o wyniku kontroli uprzedniej". Z chwilą doręczenia informacji kończyło się postępowanie. Informacja zawierała: określenie postępowania będącego przedmiotem kontroli, informacje o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku oraz zalecenia pokontrolne, w których Prezes UZP wskazywał na powinność dokonania określonej czynności lub powtórzenia czynności, która została dokonana z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadzał obligatoryjną kontrolę uprzednią w przypadku postępowań, dla których wartość zamówienia przekracza kwotę 10 mln euro dla robót budowlanych i 5 mln euro dla dostaw i usług. W przypadku takich postępowań ustawodawca nałożył na kierownika zamawiającego obowiązek niezwłocznego przekazania Prezesowi UZP dokumentacji z postępowania po wyborze najkorzystniejszej oferty, a jeśli wniesiono protest to po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Działania kontrolne były tu jednak nieco łatwiejsze niż w przypadku fakultatywnej kontroli uprzedniej. Już, bowiem w pracach komisji przetargowej brał udział delegowany przez Prezesa Urzędu obserwator, którym był arbiter wyznaczany z przez Prezesa UZP do uczestnictwa w pracach komisji przetargowej. Z przepisów rozdziału 5 działu V Prawa zamówień publicznych oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 kwietnia 2004 r. w sprawie trybu wyznaczania obserwatora, wykonywania czynności obserwatora oraz wysokości wynagrodzenia za czynności obserwatora[659] wynikało, że udział w pracach komisji obserwatora był bierny. Obserwator nie miał prawa do żądania wyjaśnień od

---

658 Dz.U. z roku 2004, Nr 19, poz. 177.

659 Dz.U. 75 poz. 703.

kierownika jednostki, czy też członków komisji przetargowej. Przysługiwało mu tylko uprawnienie do uczestniczenia w pracach komisji i wglądu do wszystkich materiałów związanych z postępowaniem. Celem działania obserwatora była ocena prawidłowości prac komisji. Po raz pierwszy w historii zamówień pojawił się w pracach komisji przetargowej, przy największych zamówieniach zewnętrzny, niezależny świadek. Udział obserwatora miał zmobilizować komisję przetargową do działań z jak największą starannością. Obserwator sporządzał po zakończeniu prac komisji informację, która była przekazywana Prezesowi Urzędu oraz kierownikowi zamawiającego. Informacja poza danymi dotyczącymi samego postępowania oraz pracy obserwatora zawierała zgodnie z § 6 ust. 2 pkt 5 i pkt 6 rozporządzenia, opis prac komisji ze szczególnym uwzględnieniem sposobu oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz opis nieprawidłowości, jeśli te zostały stwierdzone. W ten sposób kontrolujący pracownicy UZP już na początku postępowania dysponowali dokumentem, który mógł ich od razu nakierować na ewentualne nieprawidłowości. System kontroli przewidziany w pierwotnej wersji ustawy był bardzo rozbudowany. *Ratio legis* takich rozwiązań wiązało się z próbą zapobieżenia defraudacji i korupcji związanej z zamówieniami publicznymi. Obawy te były wynikiem atmosfery, jaka zapanowała w Polsce po wykryciu tzw. „afery Rywina". W tym czasie zaczęto obawiać się, że skala korupcji w kraju może spowodować, że Polska nie będzie w stanie skutecznie absorbować i wydatkować środków, które w związku z akcesją do Unii Europejskiej spodziewano się inwestować w infrastrukturę. Stąd wyposażono Prezesa UZP w nowe, surowe uprawnienia kontrolne. Pierwsze doświadczenia wynikające z funkcjonowania nowego systemu kontroli były dość zachęcające. Na pierwszych pięć zakończonych do końca lipca 2004 r. kontroli dużych postępowań we wszystkich stwierdzono nieprawidłowości. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził w trakcie kontroli, że regulaminy komisji przetargowych oparto na przepisach uchylonej ustawy z 1994 r., w jednym z postępowań podano różne terminy związania ofertą, niezgodnie z prawem ograniczono czas na odebranie specyfikacji, specyfikację istotnych warunków zamówienia zatwierdziła osoba nieposiadająca do tego pełnomocnictwa. W jednym przypadku Prezes UZP zalecił unieważnienie postępowania, ponieważ zamawiający zapomniał zażądać od wykonawców wszystkich wymaganych dokumentów[660]. Jednak instytucja rozbudowanej kontroli uprzedniej spotkała się z krytyką. Zamawiający uważali, że udział obserwatora krępuje prace komisji i nadmiernie biurokratyzuje postępowanie. Nadto wydaje się, że sam Urząd Zamówień Publicznych nie do końca był przygotowany do realizacji nowych zadań. UZP bowiem miał niewiele więcej niż 100 pracowników merytorycznych, z których tylko część mogła prowadzić kontrole. Powodowało to wydłużenie czasu kontroli, a także niekiedy jej powierzchowność.

Stąd pierwsza poważna nowelizacja Prawa zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 7 kwietnia 2005 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych[661] zlikwidowała instytucję obserwatora i ograniczyła kontrolę Prezesa UZP. Ustawodawca nałożył na zmawiających obowiązek zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu postępowań o znacznej wartości. Prezes UZP miał prawo do wszczęcia kontroli doraźnej, w stosunku, do której nie zmieniły się zasady postępowania oraz fakultatywną bądź obligatoryjną kontrolę uprzednią. Zmieniono zakres przedmiotowy kontroli obligatoryjnej podwyższając progi

660 Szerzej S. Wikariak *Nieprawidłowości w każdym przetargu,* Rzeczpospolita Nr 169 (6852) 21 lipca 2004 r.

661 Dz.U. Nr 79 poz. 551.

wartości zamówienia, których taka kontrola dotyczy. W nowym brzmieniu Prawa zamówień publicznych Prezes UZP miał obowiązek przeprowadzić postępowanie kontrole przed zawarciem umowy przypadku tych postępowań, dla których wartość zamówienia była równa lub przekraczała kwotę 20 mln euro dla robót budowlanych i 10 mln euro dla dostaw i usług.

Z postępowania sporządzano protokół, a następnie zamawiającemu doręczało się zalecenia lub informację o wyniku kontroli uprzedniej. Oba te dokumenty mogły wskazywać na: obowiązek unieważnienie postępowania, obowiązek usunięcia stwierdzonych naruszeń albo brak naruszeń lub stwierdzenie naruszeń, które nie miały wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie nowela z 7 kwietnia 2006 r. wprowadziła do polskiego systemu zamówień publicznych zwiększenie uprawnienia kontrolowanego. Oto, bowiem wprowadzono środek odwoławczy od zaleceń pokontrolnych — umotywowane zastrzeżenia. Dotychczas nie było takiego środka w polskiej regulacji zamówieniowej. Termin do zgłoszenia zastrzeżeń określono na 7 dni od dnia otrzymania zaleceń pokontrolnych. Prezes UZP rozpatrywał zastrzeżenia w terminie 7 dni od daty ich otrzymania, w przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń. W przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń, Prezes UZP przekazywał zastrzeżenia do zaopiniowania Radzie Zamówień Publicznych, która wyrażała o zastrzeżeniach opinię w formie uchwały. Opinia Rady była dla Prezesa Urzędu wiążąca. Ten tryb postępowania spotkał się z krytyką. W trakcie dyskusji nad ustawą podnoszono, że Rada Zamówień Publicznych została powołana jako organ o charakterze konsultacyjnym. Teraz nagle, z woli ustawodawcy członkowie Rady zaczęli niespodziewanie pełnić funkcje orzecznicze, tymczasem kryteria doboru do Rady postały takie jakby nadal był to organ konsultacyjny. Analizując tę część noweli widać było wyraźnie, iż autorzy noweli wymyślili swego rodzaju prowizorkę, która jak się wydaje nie mogła dobrze funkcjonować.

Kolejna poważna przebudowa systemu zamówień publicznych została dokonana ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw[662]. Ta nowela w art. 1 pkt 43 wprowadziła obecną konstrukcję kontroli zamówień publicznych dokonywanych przez Prezesa UZP. Rozdział 3 działu V Prawa zamówień publicznych podzielony jest na 3 oddziały, które szczegółowo określają reguły przeprowadzonej kontroli. Ustawa dzieli kontrolę na:

- doraźną
- kontrolę uprzednią zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej

Odział 1 rozdziału 3 działu V Prawa zamówień publicznych jest częścią wspólną dla obu rodzajów kontroli. Przepis art. 161 PZP ust. 1 wskazuje, że organem który dokonuje kontroli jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie z art. 161 ust. 2 PZP kontrola jest przeprowadzona tylko na podstawie jednego kryterium — legalności, a więc zgodności z prawem. To kryterium jest jednak jeszcze zawężone do kontroli zgodności działań zamawiającego z przepisami Prawa zamówień publicznych. Tak więc, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie może w trakcie przeprowadzania kontroli dokonywać oceny, czy kontrolowane postępowanie jest zgodne z innymi przepisami np. przepisami dot.

662 Dz.U. Nr 171, poz. 1058.

ochrony środowiska, czy o ochronie zabytków oraz co oczywiste Prezes UZP nie może dokonywać oceny gospodarności, celowości, czy rzetelności jego działań. Jednak gdyby w trakcie postępowania organ kontroli zauważył, że doszło do naruszeń innych przepisów powinien on zawiadomić właściwe organy. Dotyczy to szczególnie obowiązku zapisanego w art. 304 § 2 Kodeksu postępowania karnego. Przepis ten nakazuje, bowiem instytucjom państwowym i samorządowym zawsze składać zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, o którym dowiedziały się w ramach swojej działalności. Zaniechanie spełnienia tego obowiązku może rodzić odpowiedzialność karną z art. 231 Kodeksu karnego.

Kontrola jest przeprowadzana w siedzibie UZP. Jest to inne rozwiązanie niż przewidziane w większości ustaw regulujących postępowania kontrolne. Oznacza to, że pracownicy Urzędu Zamówień Publicznych nie mają prawa wstępu do siedziby zamawiającego, nie mogą także swobodnie poruszać się po terenie jednostki, która przygotowała postępowanie. Zamawiający nie musi się więc obawiać, że po przeprowadzonym postępowaniu o zamówienie publiczne w jego siedzibie pojawi się ekipa kontrolerska z UZP. Rozwiązanie takie przyjęto w związku z założeniem, iż kontrola dotyczy prawidłowości procedur, które można sprawdzić badając przede wszystkim dokumenty z postępowania. Wedle treści art. 161 ust. 4 PZP wszczęcie kontroli może być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym mającym na celu ustalenie, czy nie zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Jednak przepisy ustawy nie wskazują, na czym ma polegać postępowanie wyjaśniające oraz jakie uprawnienia w tym zakresie ma Prezes UZP. Wydaje się, że Prezes UZP nie może w tym zakresie żądać dokumentacji od zmawiającego, bowiem takie żądanie wszczyna już postępowanie kontrolne. Postępowanie wyjaśniające raczej będzie polegało na badaniu dokumentów, które już znajdują się w Urzędzie Zamówień Publicznych np. akta KIO, czy też dokumentacja z innych już przeprowadzonych kontroli.

Postępowanie kontrolne prowadzone jest przez pracowników UZP z upoważnienia Prezesa UZP. Według statutu Urzędu Zamówień Publicznych obecnie są dwie komórki przeprowadzające kontrole: Departament Kontroli Doraźnych i Department Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków Unii Europejskiej[663], a zatem do tych jednostek organizacyjnych UZP należy wykonywanie zadań umożliwiających Prezesowi UZP dokonanie kontroli.

Osoby biorące udział w kontroli powinny dawać gwarancje bezstronności i obiektywizmu. Dlatego też omawiana regulacja precyzuje w art. 162 ust. 1PZP, że od udziału w kontroli wyłączony jest pracownik Urzędu, który:

- uczestniczył w kontrolowanym postępowaniu lub czynnościach bezpośrednio związanych z jego przygotowaniem po stronie zamawiającego lub wykonawcy;
- pozostaje w związku małżeńskim, faktycznym pożyciu albo w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia albo jest związany z tytułu przysposobienia,

663 Dane z http://www.uzp.gov.pl/urzad/o-urzedzie/organizacja/

opieki lub kurateli z osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia;

- przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia kontrolowanego postępowania pozostawał w stosunku pracy lub zlecenia z zamawiającym lub wykonawcą albo był członkiem władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia;
- pozostaje z osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawcy w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości, co do jego bezstronności.

O przyczynach powodujących wyłączenie pracownik Urzędu informuje Prezesa UZP, który rozstrzyga o wyłączeniu w drodze postanowienia.

W trakcie kontroli dokonywana jest przed wszystkim ocena zebranej dokumentacji. Przepis art. 163 ust. 3 wskazuje, że stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów. W toku postępowania Prezes UZP ma uprawnienie do posługiwania się wszelkimi środkami dowodowymi, które będą służyły do wyjaśnienia sprawy. Dowodami, jakie mogą być przeprowadzone w toku kontroli są: dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pisemne wyjaśnienia kierownika zamawiającego lub jego pracowników oraz innych podmiotów np. wykonawców oraz opinie biegłych. Katalog środków dowodowych nie jest zamknięty, a więc każdy inny dowód może być przeprowadzony jeżeli służy ustaleniu stanu faktycznego.

Z czynności kontrolnych sporządza się protokół, który wedle treści art. 164 ust. 2 PZP zawiera w szczególności: nazwę (firmę) i adres zamawiającego, datę rozpoczęcia i zakończenia kontroli, imiona i nazwiska kontrolujących, oznaczenie postępowania o udzielenie zamówienia, które było przedmiotem kontroli, informację o stwierdzeniu naruszeń. Protokół jest, więc opisem stanu faktycznego ustalonego na podstawie dowodów przeprowadzonych podczas kontroli. W przeciwieństwie do protokółów kontroli znanych w innych procedurach kontrolnych, protokół kontroli sporządzony na podstawie art. 164 ust. 2 PZP jest dokumentem wewnętrznym Urzędu Zamówień Publicznych i nie musi być podpisany przez zamawiającego[664].

Kontrola doraźna dotyczy wszystkich postępowań może mieć ona charakter następczy lub uprzedni. Kontrolę doraźna następczą można wszcząć nie później niż w terminie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Ten termin wynika z faktu, że przepis art. 97 ust. 1 PZP nakłada na zamawiającego obowiązek przechowywania protokołu wraz z załącznikami przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność. Gdy zamawiający

---

664 Inne zdanie ma E. Norek, zobacz E. Norek *Komentarz do Prawa zamówień publicznych* zamieszczony w LexPolonica.

otrzyma żądanie Prezesa UZP dostarczenia kopii dokumentacji postępowania nie może się zasłaniać tym, że ją zniszczył lub że przepisy nie wskazują wyraźnie jak i do kiedy ma być przechowywana dokumentacja. Przepis art. 97 ust. 1 PZP jest w tym zakresie jednoznaczny. W przypadku wszczęcia kontroli doraźnej uprzedniej wszczęcie postępowania powoduje, że zawieszony zostaje bieg terminów związania ofertą.

Kontrola doraźna może być przeprowadzana z urzędu lub na wniosek. Prezes UZP przeprowadza kontrolę wtedy, gdy spełnione są dwie przesłanki:

- istnieje przypuszczenie, a więc subiektywne przeświadczenie kontrolującego o tym, że w toku postępowania zostały naruszone przepisy Prawa zamówień publicznych,
- przypuszczenie to jest uzasadnione, a zatem istnieją obiektywne okoliczności np. dokładne informacje o nieprawidłowościach, akta z postępowania odwoławczego wskazujące na błędy, czy zaniedbania popełnione przez zamawiającego.

Niezależnie od ww. przesłanek Prezes Urzędu ma obowiązek na podstawie art. 165 ust. 4 PZP podjąć kontrolę wówczas, gdy wniosek złoży instytucja zarządzającej, o której mowa w przepisach o Narodowym Planie Rozwoju oraz w przepisach o zasadach prowadzenia polityki rozwoju lub w przepisach o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich, jeżeli z uzasadnienia wniosku instytucji wynika, że zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Prezes UZP, jeśli otrzyma taki wniosek od instytucji wskazanej w treści art. 165 ust. 4 PZP ma obowiązek ocenić, czy jest on uzasadniony, jeśli tak to wszczyna postępowanie kontrolne.

Wszczęcie kontroli następuje przez doręczenie zamawiającemu żądania przekazania kopii dokumentacji z postępowania. Natomiast kontrola doraźna kończy się zgodnie z treścią art. 166 ust. 1 PZP z chwilą doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli zawierającej w szczególności:

- określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli,
- informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

W przypadku wniesienia zastrzeżeń, o których będzie mowa poniżej, zakończeniem kontroli jest doręczenie zamawiającemu informacji o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń. Wynik kontroli jest więc dokumentem, który w innych procedurach kontrolnych jest nazywany wystąpieniem pokontrolnym. Tym dokumentem jest tutaj ocena działań zamawiającego. Od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń. Zastrzeżenia jak sama nazwa wskazuje muszą być umotywowane. Tak więc pismo procesowe, w którym kierownik wskazuje, że jest ogólnie niezadowolony z wyników kontroli nie wydaje się, aby mogło być potraktowane jako umotywowane zastrzeżenia. Raczej w tym wypadku Prezes UZP mógłby je uznać za zwykłą skargę rozpatrywaną w trybie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego. Motywując zastrzeżenia kierownik zamawiającego powinien wskazać konkretne zarzuty, jakie ma pod adresem zaleceń lub informacji pokontrolnej i wskazać na przepisy

prawa, które jego zdaniem treść przedstawionych mu dokumentów narusza. Zastrzeżenia składa się w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Prezes UZP rozpatruje zastrzeżenia w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. W przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń Prezes UZP ma obowiązek przekazania zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w składzie trzyosobowym wyraża, w formie uchwały, opinię w sprawie zastrzeżeń w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. Opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa UZP, który ma obowiązek niezwłocznego zawiadomienia kierownika zamawiającego o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń. Jeżeli w wyniku zastosowania kontroli następczej doszło do ujawnienia naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, Prezes UZP może:

- zawiadomić właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych lub wystąpić z wnioskiem o ukaranie za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do właściwej komisji orzekającej;
- nałożyć karę pieniężną, o której mowa w dziale VII ustawy;
- wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub w części.

Kontrolę uprzednią zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej Prezes UZP ma obowiązek wszcząć, gdy spełnione są łącznie trzy przesłanki:

- zamówienie jest współfinansowane przez struktury Unii Europejskiej,
- wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwotę 20 mln euro dla robót budowlanych i 10 mln euro dla dostaw i usług,
- instytucja zarządzająca nie wystąpiła z wnioskiem o odstąpienie od kontroli. Wniosek taki powinien wskazywać, że ocenie tej instytucji postępowanie zostało przeprowadzone w sposób zgodny z przepisami ustawy.

W przypadku takich postępowań ustawodawca nałożył na kierownika zamawiającego obowiązek niezwłocznego przekazania Prezesowi UZP kopii dokumentacji potwierdzonej za zgodność z oryginałem z postępowania niezwłocznie po wydaniu przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty, albo po upływie terminu do wniesienia odwołania, a przed zawarciem umowy, przez kierownika zamawiającego, w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej. To na kierowniku zamawiającego spoczywa obowiązek przekazania kopii dokumentacji z postępowania. Uchybienie temu obowiązkowi jest poważnym naruszeniem Prawa zamówień publicznych i dyscypliny finansów publicznych. Moment doręczenia kopii dokumentacji Prezesowi UZP jest tym, który wszczyna postępowanie kontrolne. Po przekazaniu dokumentacji do kontroli uprzedniej zamawiający niezwłocznie informuje Prezesa Urzędu o wniesieniu odwołania lub skargi po przekazaniu dokumentacji do kontroli uprzedniej. Prezes Urzędu wstrzymuje wtedy wykonanie kontroli uprzedniej do czasu wydania przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. W przypadku udzielania zamówień w częściach, jeżeli wartość poszczególnych części zamówienia jest mniejsza niż kwoty, od których dokonywana jest kontrola uprzednia, Prezes Urzędu może odstąpić od przeprowadzenia kontroli, informując o tym zamawiającego niezwłocznie po otrzymaniu kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

Zakończeniem kontroli uprzedniej jest doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli zawierającej w szczególności:

- określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli;
- informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku;
- zalecenia pokontrolne , jeżeli w toku kontroli stwierdzono, że jest zasadne unieważnienie postępowania lub usunięcie stwierdzonych naruszeń.

W przypadku wniesienia zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej zakończeniem kontroli jest doręczenie zamawiającemu informacji o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń.

Prezes UZP ma bardzo krótki okres na przeprowadzenie kontroli, zgodnie bowiem z treścią art. 171 ust. 3 PZP doręczenie informacji o wyniku kontroli następuje nie później niż w terminie 14 dni, a w przypadku kontroli szczególnie skomplikowanej — nie później niż w terminie 30 dni od dnia doręczenia kopii dokumentów, pisemnych wyjaśnień czy opinii biegłych. Terminy są, zatem bardzo krótkie, a to oznacza, że pracownicy UZP muszą wykazać się duża pracowitością, aby podołać nałożonym na nich obowiązkom.

Oceniając kontrolę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wskazać należy, że mamy do czynienia z pewnym rozchwianiem ustawodawcy, który z jednej strony pozbawia Prezesa UZP możliwości kontroli czynności zamawiającego poprzez wydawanie decyzji administracyjnych, ale z drugie strony ogranicza także jego możliwości kontroli. Ustawodawca dąży w ostatnich latach do maksymalnego uproszczenia procedur związanych z wydatkowaniem publicznych środków poprzez system zamówień publicznych. Dotyczy to także kwestii kontroli Prezesa UZP. Przykładem jest kontrola obligatoryjna uprzednia, która w tej chwili dotyczy tylko największych zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Istnieje jednak obawa, że takie uproszczenie może w konsekwencji doprowadzić do tego, że kontrola stanie się fasadowa i podobnie jak miało to miejsce w przypadku kontroli dokonywanej na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych jej wpływ na prawidłowość funkcjonowania zamawiających będzie niewielki. To z kolei może doprowadzić do tego, że procedury zamówieniowe nie będą skutecznie zapobiegać defraudacji publicznych środków.

ISBN: 978-83-88686-13-9

Warszawa 2010