Urząd
Zamówień
Publicznych

Dziś i jutro w zamówieniach publicznych

Redakcja:
Prof. UWM, dr hab. Mariola Lemonnier
Hubert Nowak, Prezes UZP

DZIŚ I JUTRO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

XII Konferencja Naukowa
7-8 października 2019 r.,
Olsztyn

Redakcja:
dr hab. Mariola Lemonnier, prof. UWM
Hubert Nowak, Prezes UZP

Warszawa, wrzesień 2019

Dziś i jutro zamówień publicznych

Redakcja:
dr hab. Mariola Lemonnier, prof. UWM
Hubert Nowak, Prezes UZP

Wydawca:
Urząd Zamówień Publicznych
www.uzp.gov.pl
e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISBN: 978-83-88686-77-1

© Urząd Zamówień Publicznych

Łamanie, druk i oprawa:
Agencja Reklamowa TOP, Włocławek

Warszawa 2019 r.

Spis treści

Wstęp. 5

Aktualna kondycja systemu zamówień publicznych 7

O spójności nowego prawa zamówień publicznych z przepisami Kodeksu cywilnego i ustaw odrębnych - *Ryszard Szostak* 9

Pojęcie związku podmiotów w kontekście obowiązku stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych przez stowarzyszenia – *Maciej Bendorf-Bundorf* 22

Reforma Pzp we Włoszech - analiza najważniejszych zmian – *Beata Nuzzo* 33

Cyrkularne zamówienia publiczne jako instrument realizacji celów środowiskowych – *Ambroży Mituś* 44

Zamówienia publiczne jako bariera w prowadzeniu działalności gospodarczej przez małe i średnie przedsiębiorstwa – *Edyta Jóźwiak* 55

Wyzwania związane z praktyką udzielania zamówień publicznych 67

Rola zamówień publicznych w kontekście geostrategii i wyzwań współczesności – *Michał Kania* 69

Problematyka wnoszenia niepieniężnych form wadium w świetle obowiązkowej komunikacji elektronicznej – *Maciej Sarnowski* 80

Węzłowe problemy nabywania w zamówieniach publicznych innych niż własność uprawnień do korzystania z rzeczy ruchomych – *Ewaryst Kowalczyk*. 95

Dialog techniczny – analiza obowiązujących i przyszłych rozwiązań prawnych – *Małgorzata Moras* 107

Oferta elektroniczna – forma czy sposób składania? Stan obecny i perspektywy nowych rozwiązań – *Małgorzata Stręciwilk* 119

Od projektu do odbioru inwestycji – rola Zamawiającego w optymalizacji procesu inwestycyjno-budowlanego – *Renata Tanajewska* 130

Przyszłość zamówień publicznych 141

Zamówienia publiczne w drugim wieku maszyny – *Paweł Nowicki* 143

Nowe Prawo zamówień publicznych a system prawa zamówień publicznych. Integracja systemu – *Henryk Nowicki* 156

Efektywność realizacji polityki środowiskowej państwa w ramach systemu zamówień publicznych - stan obecny i perspektywa zmian – *Rajmund Stapiński* 167

Środki ochrony prawnej w dobie przemian – *Anna Banaszewska* 177

Konkurencyjność zamówień publicznych 189

MŚP szansą na zwiększenie konkurencyjności na rynku zamówień publicznych – *Agnieszka Piwowarczyk* 191

Jak wspierać konkurencyjność na rynku lokalnym w ramach zamówień publicznych udzielanych przez gminę? – *Paweł Stokłosa* 201

Wpływ elektronizacji zamówień publicznych w Polsce na ich konkurencyjność – *Marcin Żurawski* 212

Mankamenty procedury selekcyjnej zamówień publicznych na polskim rynku budowlanym – *Andrzej Borowicz* 222

Profesjonalizacja zamówień publicznych 231

Kadry procesów zakupowych a kadry zamówień publicznych – *Mateusz Winiarz, Marcin Smaga* 233

Wstęp

Mijające właśnie ćwierć wieku funkcjonowania systemu zamówień publicznych, naznaczone dynamicznymi zmianami skorelowanymi z ewolucją uwarunkowań gospodarczych, społecznych czy prawnych, zaowocowało w bieżącym roku gruntowną przebudową przepisów prawa regulujących rynek zamówień. Powstał projekt nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, który aktualnie jest na finiszu procesu legislacyjnego. Projekt ten, będący rezultatem intensywnej pracy ekspertów, poprzedzony systemową analizą rynku zamówień publicznych oraz przeprowadzonymi na bezprecedensową skalę konsultacjami społecznymi, ma być nie tylko narzędziem efektywnego gospodarowania środkami publicznymi, ale też służyć pobudzaniu innowacyjnych, zrównoważonych, inteligentnych zamówień publicznych oraz kształtowaniu pożądanych procesów społecznych.

Rozpoczyna się nowy rozdział w historii zamówień publicznych w Polsce. W tej sytuacji naturalnym krokiem było podjęcie tematyki dotyczącej stanu aktualnego i przyszłości zamówień publicznych w ramach publikacji konferencyjnej przygotowywanej w związku z kolejną konferencją naukową organizowaną w dniach 7-8 października 2019 r. w Olsztynie przez Urząd Zamówień Publicznych we współpracy z Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego. Publikacja niniejsza jest zbiorem referatów konferencyjnych oraz artykułów specjalistów z zakresu zamówień publicznych, reprezentujących środowisko naukowe i praktyków z tej dziedziny. Szczegółowe zagadnienia skupione zostały wokół pięciu bloków tematycznych, obejmujących aktualną kondycję systemu zamówień publicznych, wyzwania związane z praktyką udzielania zamówień oraz przyszłość, konkurencyjność i profesjonalizację zamówień publicznych.

Mamy nadzieję, że będzie to cenny materiał w zakresie analizy aktualnego stanu systemu zamówień publicznych w Polsce oraz wyzwań związanych z jego przyszłością w kontekście kreowania konkurencyjnych, efektywnych i profesjonalnych zamówień publicznych.

dr hab. Mariola Lemonnier, prof. UWM
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski

Hubert Nowak
Prezes Urzędu
Zamówień Publicznych

Aktualna kondycja systemu zamówień publicznych

Dr hab. prof. UEK Ryszard Szostak

O spójności nowego prawa zamówień publicznych z przepisami Kodeksu cywilnego i ustaw odrębnych

Abstrakt

Zamówienia publiczne funkcjonują na zasadzie swobody kontraktowej, jednak znacznie ograniczonej, z uwagi na potrzebę zachowania daleko posuniętej specyfiki, uzasadnionej ochroną interesów publicznych. Dominują ustawowe ograniczenia autonomii woli stron, o charakterze bezpośrednim, działające ex lege, choć regulację wzbogacono także przepisami uprawniającymi do stosowania nielicznych instrumentów administracyjnych. Dlatego przestrzeganie wymogu spójności prawa, zarówno na poziomie legislacyjnym, jak i w ramach bieżącej wykładni trudniejszych przepisów, staje się wartością nadrzędną. Spójne stosowanie norm służy bowiem racjonalizacji, stabilności, bezpieczeństwu i przejrzystości prawa. Dotyczy to przede wszystkim regulacji procedur udzielania zamówień publicznych, a w szczególności konstrukcji prawnej oferty przetargowej, wymagań samego przetargu, znaczenia prawnego negocjacji oraz skutków prawnych wyboru oferty najkorzystniejszej w kontekście dwustronnego obowiązku zawarcia umowy finalnej. Nie bez znaczenia są też zasady wykonywania zobowiązań umownych, zwłaszcza zasada realnego wykonania zamówienia, wzmocniona obowiązkiem dochodzenia roszczeń przysługujących zamawiającemu.

Abstract

Public procurement operates on the basis of contractual freedom, whichis, however, considerably reduced due to the need to maintain a highlevel of specificity justified by the protection of public interests. Direct, ex lege, statutory limitations of the parties' autonomy of will prevail, although the regulation has also been extended with provisions authorising the use of a limited number of administrative instruments. Therefore, compliance with the requirement of legal consistency, both at the legislative level and in the current interpretation of the more difficult rules, becomes the overriding value. The consistent use of norms leads to rationalisation, stability, security and transparency of the law. This applies in particular to the regulation of public procurement procedures, and, in particular, to the legal structure of the tender offer, the requirements of the tender itself, the legal significance of the negotiations, and the legal consequences of the choice of the most advantageous bid in the context of a bilateral obligation to conclude an

agreement. The rules for the performance of contractual obligations are also significant, particularly the principle of actual performance of the contract, which is reinforced by the obligation to pursue claims to which the contracting authority is entitled.

I. Zamówienia publiczne to umowy majątkowe zapewniające świadczenie dostaw, usług lub robót budowlanych na zaspokojenie potrzeb zbiorowych. Z uwagi na dotkliwe zagrożenia godzące bezpośrednio w efektywność wydatkowania środków publicznych niezbędnych dla ciągłej i skutecznej realizacji zadań, a także zasadę równego dostępu do zamówień rządowych i samorządowych, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji, podlegają one licznym ograniczeniom ustawowym. Istota zamówień publicznych łączy się bowiem z wprowadzeniem optymalnych ograniczeń swobody kontraktowej, zarówno w odniesieniu do samych umów, jak i procedur poprzedzających ich zawarcie[1]. Nie przekreślają one jednak całkowicie swobody kontraktowej, lecz działają selektywnie, zgodnie z zasadą proporcjonalności, a mianowicie są dopuszczalne tylko o tyle, o ile jest to niezbędne dla celów zamówień publicznych. Najbardziej uciążliwe są – rzecz jasna – ograniczenia swobody wyboru kontrahenta oraz kształtowania treści umowy finalnej. Podstawą bowiem efektywności każdego zamówienia jest jego udzielenie wiarygodnemu wykonawcy (zdolnemu do należytego spełnienia zamawianych dostaw, usług lub robót), a także ukształtowanie ekwiwalentnej umowy, w zgodzie z regułami uczciwej konkurencji. Założenie to zapewniają odpowiednie procedury, reglamentowane ustawowo, także ze względu na potrzebę ich harmonizacji w wymiarze transgranicznym (europejskim). Powyższe sprzyja – niestety - rozwojowi rozmaitych formalności i różnych innych uciążliwości biurokratycznych. Dlatego istotne jest to, aby ingerencja ustawowa w sferze umownych ze swej natury zamówień publicznych była umiarkowana i niezbyt drobiazgowa. W demokratycznym państwie prawnym, w warunkach gospodarki rynkowej, z zasady wyklucza się zastosowanie instrumentów administracyjnych (władczych). Wyjątki dotyczą rozwiązań wewnątrz organizacyjnych, natomiast zewnętrzna bywa jedynie kontrola administracyjna i ewentualnie, tak jak w Polsce, odpowiedzialność karno – administracyjna za najbardziej dotkliwe uchybienia, nie licząc oczywiście instrumentów prawnofinansowych. Podstawowe znaczenie ma zatem bezpośrednie działanie ustawy, wymuszające pożądane zachowania albo uzupełniające wolę stron, w imię zasady, że czynności prawne wywołują nie tylko skutki w nich przewidziane, lecz także i te, które wynikają z ustawy lub dobrych obyczajów (art. 56 kc)[2].

[1] Por. zwłaszcza R. Szostak: Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2004, s. 27 i n. oraz A. Panasiuk: Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych, Bydgoszcz – Warszawa, 2007, s. 132 i n.

[2] Por. R. Szostak: Przetarg nieograniczony … op.cit., s. 32 oraz R. Regler: Das Vergaberecht zwischen offentlichen Und peivatem Recht, Berlin, 2007, s. 160 i n.

W ramach zamówień publicznych aktualna pozostaje nie tylko zasada swobody kontraktowej (doznająca ograniczeń), lecz przede wszystkim zasada równorzędności stron, wraz z poszanowaniem ich autonomicznej woli. W szczególności ustawa nie przesądza o tym, kiedy i jakie umowy zamawiający mogą zawierać, nie limituje też ich postanowień, w sposób wpływający na przyjętą powszechnie typologię kontraktów, zależnych niemal w całości od indywidualnych potrzeb zamawiającego. Ubieganie się o zamówienie publiczne przez zainteresowanych wykonawców jest w pełni dobrowolne, doniosłe są jednak ograniczenia proceduralne, w większym stopniu dotyczące zamawiającego, niż wykonawców, którzy muszą się dostosować do proponowanych przez niego (w zgodzie z ustawą) warunków. Mimo tego procedury udzielania zamówień mają charakter cywilnoprawny i obligacyjny, oparty na zasadzie równorzędności stron, a zamawiający – organizator postępowania czerpie swoje umocowanie do kierowania jego tokiem, nie tylko z ustawy, lecz przede wszystkim z akceptacji konkurentów, przystępujących do postępowania w trybie adhezyjnym. Zamawiający - organizator przetargu lub innej procedury, nie tylko nie sprawuje żadnego władztwa, lecz zajmuje pozycję właściwą dla kontrahenta[3]. W zakresie swoich przedkontraktowych uprawnień organizatorskich może co najwyżej wykluczyć niewiarygodnego wykonawcę z ubiegania się o zamówienie lub odrzucić ofertę uchybiającą prawu, dobrym obyczajom lub warunkom zamówienia, co na dodatek podlega kontroli jurysdykcyjnej w trybie odwoławczym.

Subsydiarne stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego, a także powszechnie obowiązujących przepisów odrębnych, jest rozwiązaniem naturalnym, stosowanym we wszystkich demokratycznych państwach europejskich, w imię prostoty i ochrony swobody kontraktowej, w sferze wolnej od wyjątkowej reglamentacji normatywnej. Samo prawo zamówień publicznych, nawet jeśli funkcjonuje w rozproszeniu, jak w niektórych krajach, stanowi *lex specialis* względem rozwiązań kodeksowych oraz unormowań zawartych w innych aktach powszechnie obowiązujących. Chodzi głównie o to, aby zamówienia publiczne możliwie jak najmniej różniły się od zamówień praktykowanych w obrocie powszechnym, aby konieczne zróżnicowanie dopuszczalne było tylko na zasadzie wyjątku, wyłącznie w wymiarze niezbędnym. Jest to założenie doniosłe przede wszystkim dla drobnych przedsiębiorców, którzy nie powinni być narażeni na zbędne różnice w regulacji. W szczególności zamówienia publiczne małej wartości powinny funkcjonować w sposób jak najbardziej zbliżony do zasad obrotu gospodarczego. W konsekwencji istotny jest wymóg zapewnienia pełnej spójno-

[3] R. Szostak: Przetarg nieograniczony … op. cit., s. 28 – 34, M. Wieloński: Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych, Warszawa 2012, s. 53, Z. Gordon: Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w:) Pięciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej, Warszawa 2013, s. 3 i n. oraz P. Granecki: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2016, s. 230 – 231, wraz z powołanym tam orzecznictwem.

ści pomiędzy rozwiązaniami szczególnymi prawa zamówień publicznych a dyspozycjami zawartymi w aktach ogólnych, właściwych dla obrotu gospodarczego. Obecnie wymóg spójności ulega znacznemu wzmocnieniu z uwagi na potrzebę większej harmonizacji prawa krajowego, wymuszoną jego dostosowaniem do rozwiązań i standardów europejskich[4].

II. Spójność systemowa prawa, a także spójność w wymiarze wycinkowym (branżowym), jest niekwestionowaną wartością. W odniesieniu do prawa zamówień publicznych liczy się podwójnie, skoro chodzi o zbiór norm stanowiących wynik syntezy ponadgałęziowej[5], przynależnych nie tylko do prawa cywilnego, lecz także (fragmentarycznie) do prawa administracyjnego, finansowego, prawa pracy i t.d. Ustalenie *in casu* charakteru stosunku prawnego i odpowiadających mu przepisów ma znaczenie fundamentalne w sferze prawidłowego stosowania prawa. W szczególności zachowanie dostatecznej spójności regulacji gwarantuje wyższy stopień przejrzystości (z uwzględnieniem intencji ustawodawcy), zapewniając niezbędną orientację w przestrzeganiu trudniejszych przepisów. Troska o zachowanie spójności w prawie zamówień publicznych powinna być aktualna przede wszystkim w fazie legislacyjnej (odstępstwa od rozwiązań ogólnych muszą być rzeczywiście usprawiedliwione), a następnie także w zakresie sądowej oraz urzędowej wykładni prawa, która nie może kolidować z powyższą wartością nadrzędną. Wykładnia powinna być zatem proeuropejska, a zarazem prosystemowa (spójna), uwzględniająca zasady właściwe dla obszaru, do którego interpretowany przepis przynależy.

III. Korzyści związane z zachowaniem spójności wraz z towarzyszącą wstrzemięźliwością w kreowaniu rozwiązań odrębnych są wielorakie. Po pierwsze, prowadzą do prostoty tekstu normatywnego (przy minimalizacji ryzyka rozmaitych sprzeczności i innych niedoskonałości) oraz znacznych oszczędności normatywnych. Unika się bowiem wybujałych regulacji oraz zbędnej kazuistyki. Towarzyszy temu powściągliwość w operowaniu przepisami deklaratywnymi i instrukcyjnymi, wystarczają stabilne idee uniwersalne rangi kodeksowej. Z tego punktu widzenia obecnie projektowana

[4] Wzorcowym przykładem są rozwiązania francuskiego prawa zamówień publicznych z 2016 r., w którym przy okazji implementacji nowych dyrektyw europejskich udało się nie tylko unowocześnić regulację (elektronizacja), lecz także usprawnić ją istotnie, zwiększając wydatnie jej spójność oraz przejrzystość, co doprowadziło do pomniejszenia o ok. 40% ogólnej liczby przepisów. Zob. więcej o tym M. Lemonnier: Wzmocnienie efektywności zamówień publicznych we Francji (w:) Potrzeby i kierunki zmian w prawie zamówień publicznych, red. M. Stręciwilk, A. Dobaczewska, Warszawa 2018, s. 147 i n.

[5] Por. R. Szostak: Zakres i struktura prawa zamówień publicznych, PZP 2013, Nr 4, s. 15 i n., K. Horubski: Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego, Warszawa 2017, s. 10 – 14 oraz M. Lubiszewski: Postulaty de lege ferenda w odniesieniu do kompleksowego charakteru prawa zamówień publicznych (w:) Potrzeby i kierunki zmian w prawie zamówień publicznych, red. M. Stręciwilk, A. Dobaczewska, Warszawa 2018, s. 38 - 40.

regulacja, jako zbyt obszerna, wymaga istotnej koncentracji, różnymi sposobami, także w drodze przesunięcia niektórych przepisów, jak np. o wyłączeniach, do załączników, przede wszystkim w celu zwiększenia przejrzystości. Po drugie, dopuszczenie zasad ogólnych sprzyja poszanowaniu tradycji, pewności prawa (uwzględnia się bagaż orzecznictwa powszechnego) oraz pozostaje w zgodzie z oczekiwaniami społecznymi. Jednocześnie fundamentalne znaczenie ma uwzględnienie tradycyjnej terminologii, stanowiącej żywe oparcie dla pewności prawa. Po trzecie, jak już wspomniano, zachowanie spójności stabilizuje wykładnię prawa, tym bardziej z uwzględnieniem zasad ogólnych (kodeksowych), a w ostatecznym rachunku sprzyja bezpieczeństwu transakcji, począwszy od fazy postępowania zmierzającego do jej zawarcia, aż do efektywnego wykonania objętych nią zobowiązań. Analiza wielu dotychczasowych trudności interpretacyjnych prowadzi do wniosku, że zbyt często wynikały one z nieuwzględnienia w dostatecznym stopniu konsekwencji płynących z potrzeby zachowania spójności, zwłaszcza pomiędzy ustawą o zamówieniach publicznych a Kodeksem cywilnym. Po czwarte, wyspecjalizowana ustawa o zamówieniach publicznych, choć najważniejsza, powinna być jednak w miarę oszczędna w swej treści, nie może nabierać znaczenia regulacji samodzielnej, ponieważ założenie takie prowadzi nieuchronnie do niepotrzebnego dublowania treści, powtórzeń i chwiejności interpretacyjnej. Jej podstawowa rola sprowadza się bowiem do stworzenia swoistego „zwornika", zapewniającego konieczną integrację regulacji prawnej, zawartej w wielu aktach, przede wszystkim w celu zapewnienia niezbędnych rozwiązań odrębnych, dopasowanych do rozwiązań (aktów) powszechnie obowiązujących, tak aby mogło swobodnie i bezkolizyjnie funkcjonować zjawisko „przeplatania się" instrumentów cywilnoprawnych, administracyjnoprawnych, finansowych itd.

Na tle powyższego nasuwa się postulat *de lege ferenda* wprowadzenia jak najbardziej „płaskiej" struktury nowego prawa zamówień publicznych, z zachowaniem tradycyjnej systematyki: od racjonalnego ujęcia zakresu reżimu ustawowego wraz z podstawowymi zasadami udzielania zamówień, poprzez regulację czynności przygotowawczych, unormowanie poszczególnych procedur, a następnie wymagań związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej i obowiązkiem zawarcia umowy finalnej, aż do problematyki ograniczeń w sferze umów o zamówienia publiczne oraz rozwiązań dotyczących rozpatrywania sporów przedumownych. W ramach zasad udzielania zamówień publicznych konieczne jest potwierdzenie zachowania swobody kontraktowej (w kwestiach nieobjętych unormowaniami imperatywnymi) wraz z odesłaniem do subsydiarnego stosowania przepisów Kodeksu cywilnego[6]. Pozwoli to na radykalne ograniczenie utrzymującej

[6] Z tego punktu widzenia na uznanie zasługuje awansowanie w projekcie nowego Pzp odesłania zawartego w obecnym art. 14 Pzp do przepisów ogólnych.

się od pewnego czasu tendencji do przerostu regulacji, zwłaszcza poprzez ciągłe jej wzbogacanie o rzekomo potrzebne przepisy dyspozytywne oraz o niewiele przydatne „pseudo normy" o charakterze instrukcyjnym, wskazujące np., że stronom coś wolno, podczas gdy dokładnie to samo im wolno w oparciu o zasady kodeksowe, zwłaszcza w ramach wszechobecnej swobody kontraktowej. W zakresie kwestii istotnych ustawa powinna, tak jak każda *lex specialis*, rozwijać jedynie (a nie przekształcać) normy ogólne, z niezbędnymi – rzecz jasna - odstępstwami odpowiednio zharmonizowanymi oraz ułatwiać pożądane kierunki interpretacyjne. Opozycyjne konstruowanie zbędnych rozwiązań zamiennych stanowi jedną z podstawowych przyczyn rozchwiania praktycznej wykładni prawa, jak np. co do pojęcia oferty przetargowej, możliwości jej skorygowania, stanu związania ofertą, roli wadium przetargowego, czy konstrukcji obowiązku zawarcia umowy finalnej.

Ponadto w imię poprawy spójności całej regulacji nasuwa się potrzeba dalszej racjonalizacji niektórych rozwiązań normatywnych, uzależnionych zwłaszcza od zachowania prawidłowych relacji z rozwiązaniami zawartymi w Kodeksie, ustawie o finansach publicznych, ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w licznych regulacjach administracyjnych. Pomimo poprawy wielu rozwiązań proceduralnych, w tym korzystnego ograniczenia liczby procedur w projektowanej ustawie, nadal możliwe są dalsze uproszczenia. W pierwszej kolejności ustawę trzeba oczyścić z resztek niepotrzebnych różnic pojęciowych i terminologicznych oraz zbędnych powtórzeń. Uciążliwości biurokratyczne zmuszają do poszukiwania coraz to nowych możliwości przywracania swobody kontraktowej, a jej nadużywanie przez zamawiającego – organizatora powinno być zwalczane w trybie odwoławczym. Względy związane z koniecznością zachowania dostatecznej przejrzystości regulacji wymuszają natomiast większą syntetykę i koncentrację przepisów w celu efektywnego zmniejszenia ich ogólnej liczby. Przykładowo dotychczasowe ujęcie sposobu unormowania procedur udzielania zamówień mniejszej wartości (tzw. podprogowych) było – jak się zdaje - lepsze od projektowanego. Aktualna propozycja regulacji w ramach art. 266 i n. nowego Pzp jest zbyt obszerna oraz nacechowana powtórzeniami, nie wspominając o chwiejności terminologicznej (vide: tryb podstawowy, zamiast przetarg uproszczony). Brak też dostatecznego usprawiedliwienia do wydłużenia maksymalnego terminu związania ofertą (czasu przetargu) do 90 dni, a nawet do 120 dni w odniesieniu do zamówień wielkiej wartości (proj. art. 220).

IV. Pod względem konstrukcyjnym oferta przetargowa to ta sama oferta, o której mowa w art. 66 § 1 kc, analogicznie jak w przetargu toczonym w trybie kodeksowym[7], a także podobnie jak w przetargach organizowanych w innych krajach UE[8]. Pojęcie „oferty przetargowej" wykracza daleko poza tryb podstawowy, zachowuje aktualność także w innych procedurach, kończących się wyborem oferty najkorzystniejszej[9]. Jak wiadomo oferta przetargowa charakteryzuje się jednostronnym związaniem oferenta co do proponowanych postanowień umowy, utrzymującym się w określonym czasie. Jest to konieczny warunek jej skuteczności prawnej. Dlatego po upływie terminu tego związania - ustaje skuteczność oferty. Termin związania ma znaczenie strategiczne, rzutuje bowiem na „czas przetargu", w którym zamawiający powinien zdołać uporać się z jego rozstrzygnięciem. Jest to okoliczność kluczowa dla przejrzystości postępowania oraz dla zasad równości i uczciwej konkurencji. Nie można zatem tolerować odstępstw. W szczególności na krytykę zasługują zdarzające się - niestety - w orzecznictwie przypadki dopuszczenia wyboru oferty już po jej upadku, w wyniku upływu terminu związania ofertą. Po pierwsze, po upływie okresu związania oferent staje się wolny. Wprawdzie może on przedłużyć ten okres, jednak wyłącznie na mocy własnego oświadczenia woli (ze swojej inicjatywy lub na wniosek zamawiającego) i to nie później niż pierwotny termin upłynie. W przeciwnym wypadku dochodzi do nieodwołalnego rozwiązania obligu. Organizator przetargu musi zatem panować nad tokiem przetargu i warunkami jego skutecznego rozstrzygnięcia w wielostronnym postępowaniu. Przedłużenie zaś związania ofertą, a *de facto* „czasu przetargu", stanowi wyjątek nadzwyczajny, prowadzący niekiedy do zakłócenia konkurencji, gdyż nie wszyscy konkurenci zgadzają się przecież na pozostawanie w przetargu z odroczonym terminem rozstrzygnięcia. Po drugie, dopuszczenie możności wyboru oferty „upadłej" prowadziłoby w istocie do przekształcenia procedury, w kierunku postępowania dwustronnego: dodatkowych negocjacji lub ponowienia propozycji ofertowej ze strony zainteresowanego konkurenta. Tymczasem dyrektywy europejskie nie przewidują takiego rozwiązania w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej. Dlatego trudno zgodzić się z dyspozycją proj. art. 252 ust. 2 nowego Pzp, zgodnie z którą jeżeli termin

[7] Por. zwłaszcza Z. Radwański: Zawarcie umowy (w:) System prawa prywatnego, t. 2, Prawo cywilne – część ogólna (suplement), Warszawa 2004, s. 67 – 68, A. Olejniczak (w:) Kodeks cywilny, t. I, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 484 – 485 oraz P. Machnikowski: Kodeks cywilny, Komentarz, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2014, s. 194 – 195, a także M. Krajewski: Zobowiązania powstające podczas zawierania umów (w:) System prawa prywatnego, t. 5, Prawo zobowiązań – część ogólna, red. E. Łętowska, Warszawa2006, s. 794- 796.

[8] Por. zwłaszcza . A. Całus: Prawo cywilne i handlowe państw obcych, Warszawa 1985, s. 283 i n., J. C. Smith: The Law of Contract, London 1989, s. 6 i n., Ch. Reise: Vergaberecht, Grundlagen – Verfahren – Rechtschutz, Berlin – Heidelberg 1998, s. 5 i n. oraz S. Arrowsmith: The Law of Public and Utiliies Procurement, London 1996, s. 28 I n.

[9] Por. A. Sołtysińska (w:) Europejskie prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2016, s. 301 i n., wraz z powołanym tam orzecznictwem TS UE.

związania upłynął przed wyborem oferty najkorzystniejszej, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty; w razie jej braku zamawiający zwraca się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego oferenta, o ile nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania. Dodatkowym obciążeniem jest sam tryb „wezwania" i to do „zgody na wybór oferty" (skądinąd wygasłej), a nie na jej reaktywację. Poza zastrzeżeniami natury jurydycznej rozwiązanie to nie jest dostatecznie „opłacalne", ponieważ zachęca do przewlekania postępowania przetargowego.

V. Zmiany w ofercie przetargowej po jej otwarciu powinny być wykluczone. Z punktu widzenia zasad przejrzystości, równości i uczciwej konkurencji wystarczyć powinny wyjaśnienia niezbyt zrozumiałych propozycji ofertowych, nie licząc korekty oczywistych omyłek. W projekcie nowego prawa rozszerza się jednak zakres dopuszczalnych zmian w ofercie (por. art. 223 ust. 2 pkt 3), pod hasłem korekty „innych nieistotnych omyłek" i to nie wskutek oświadczenia woli (zmieniającego), pochodzącego od oferenta, złożonego z inicjatywy zamawiającego, lecz jedynie za jego „zgodą". Dopuszczenie tego rozwiązania godzi w zasady przejrzystości, równości i uczciwej konkurencji (por. wyroki TS UE z 8 maja 1996 r., T 19/95, Adia Interim, ECR 1996, I- 00321 oraz z 25 kwietnia 1996 r., C 87/94, Komisja/Belgia, ECR 1996, I-02043). Jeśli już musi być taki wyjątek, konieczne są dwa warunki, a mianowicie: a) przypadek może dotyczyć co najwyżej wprowadzenia nieistotnych zmian w ofercie, pozostających bez wpływu na jej miejsce w rankingu ofert, b) do korekty może dojść tylko w wyniku złożenia wyraźnego oświadczenia woli przez oferenta, z wykluczeniem oświadczenia dorozumianego lub milczącego.

VI. W zakresie podstaw odrzucenia oferty złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji[10] na uznanie zasługuje zmiana dotychczasowej formuły w proj. art. 226 ust. 1 pkt. 7, choć w aktualnej sytuacji pożądane jest wskazanie kilku przykładów, dotyczących trudniejszych praktycznie przypadków, a zwłaszcza: zastrzeżenia rzekomej tajemnicy, naśladownictwa produktu, czy współpracy miedzy oferentami. Z drugiej strony należałoby rozważyć zachowanie większej syntetyki w ramach obszernego wyliczenia podstaw odrzucenia oferty, a przypadek „oferty niezgodnej z ustawą" powinien mieć znaczenie dopełniające, natomiast „oferta nieważna" w ogóle nie nadaje się do odrzucenia, lecz jedynie może być uznana za odrzuconą.

VII. Brak przepisu o skutkach wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby w postaci pojedynczego zdania, jest uciążliwy w praktyce. Wybór, będący tylko oświadczeniem wiedzy, przesądza jednak o przyjęciu oferty

[10] O koniecznosci przestrzegania reguł uczciwej konkurencji przy zawieraniu umów zob. zwłaszcza W. Fikentscher: O wspólnym rodowodzie konkurencji i umowy, KPP 1993, Nr 4, s. 490 i n. oraz M. Lemonnier: op. cit., s. 151 – 154.

najkorzystniejszej w formie stosownego oświadczenia woli. Prawo zamówień publicznych reguluje dokładnie sam wybór oferty, wraz z zawiadomieniem o nim wszystkich konkurentów, pomijając zupełnie losy prawne wybranej oferty. Tak samo załatwia się ten problem w nowym Pzp. W praktyce jednak nadal funkcjonuje – niestety – zbyt często chybiony pogląd, że oferta wybrana nadal utrzymuje się w przetargu (np. należy podtrzymywać wynikające z niej związanie), stanowiąc oparcie bezpośrednie dla umowy finalnej. W konsekwencji w razie upływu terminu związania rzekomo nie można już zawrzeć umowy z wybranym wykonawcą. Tymczasem zwycięskiemu oferentowi, obok zawiadomienia o wyborze oferty, należy się jeszcze dodatkowo oświadczenie woli o przyjęciu jego oferty przez zamawiającego, zresztą w zgodzie z art. 70^3 § 3 kc. Jest to jedna z fundamentalnych czynności zamawiającego, pominięta jednak w ustawie. W wyniku przyjęcia oferty najkorzystniejszej traci ona swój byt prawny, dochodzi bowiem do nawiązania umowy przedwstępnej (art. 389 – 390 kc)[11], w imię zasady: oferta i jej przyjęcie prowadzą do umowy dwustronnej, niezależnej od wielostronnego na ogół przetargu. Potwierdza to art. 70^2 § 3 kc, w świetle którego jeżeli ważność umowy finalnej zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno organizator przetargu, jak i wybrany oferent mogą dochodzić jej zawarcia. Nawiązanie od razu umowy finalnej nie jest możliwe, z uwagi na ustawowe zawieszenie (obecny art. 183 ust. 1 Pzp), natomiast konstrukcja umowy przedwstępnej zapewnia niezbędny oblig przejściowy w układzie dwustronnym, z obowiązkiem zawarcia umowy docelowej. W konsekwencji możność żądania zawarcia umowy finalnej z udziałem wybranego oferenta podlega przepisom art. 389 § 2 kc i utrzymuje się aż przez rok. Powyższy mechanizm nie zostaje wykreowany bynajmniej z mocy samego prawa, jak twierdzą niektórzy, lecz wynika z przyjęcia oferty najkorzystniejszej przez zamawiającego[12].

VIII. Wadium przetargowe tradycyjnie towarzyszy ofercie przetargowej, zwłaszcza w przetargu o skutkach pośrednich, którego rozstrzygnięcie nie prowadzi od razu do umowy docelowej, lecz jedynie przedwstępnej, z obowiązkiem zawarcia umowy przyrzeczonej. Zabezpiecza jej zawarcie, ponieważ przepada, gdy wybrany oferent uchyli się swojej powinności. Już samo jego zastrzeżenie wadium w warunkach zamówienia działa prewencyjnie. Wykonawca składający ofertę powinien gruntownie wyważyć swoją propozycję, nie kierować się tylko żądzą uzyskania zamówienia, musi bo-

[11] Por. zwłaszcza J. Rajski: Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego, PPH 2003, Nr 5, s. 8 – 10, R. Szostak: Przetarg nieograniczony .. op. cit., s. 163 – 165, Cz. Żuławska (w:) Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania, t. 1, Warszawa 2005, s. 166 oraz M. Krajewski: op. cit., s. 796 – 797.

[12] Więcej o tym R. Szostak: Przetarg nieograniczony … op. cit., s. 163 i n. Por. też W. Dzierżanowski (w:) Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2018, s. 773 – 775, wraz z powołanym tam orzecznictwem.

wiem liczyć się z konsekwencjami wyboru złożonej przez siebie oferty, a jeśli uchyli się od zawarcia umowy naraża się na przepadek wadium, w drodze samozaspokojenia roszczenia przez zamawiającego, bez ingerencji sądu. Wadium pełni bowiem rolę swoistego ryczałtu odszkodowawczego, chroniąc zamawiającego przed niedogodnościami odszkodowawczego trybu dochodzenia pretensji, zwłaszcza koniecznością ustalenia rozmiaru szkody. Wadium chroni też częściowo interesy wykonawcy lekkomyślnego, ponieważ nie grożą mu już żadne inne konsekwencje, niż utrata wadium, choćby szkoda przekroczyła wysokość wadium. Dlatego ponownego rozważenia wymaga proj. art. 97 nowego Pzp wprowadzający wadium fakultatywne, osłabiający wydatnie jego prewencyjną funkcję. Zamiast tego należałoby rozszerzyć krąg potencjalnych sposobów wywiązania się z powinności wadialnej, zmniejszając jej uciążliwości dla wykonawcy. Poza tym, skoro wadium ustanawia się pod rygorem odrzucenia oferty, przejściowy jego brak (gdy upadło) powinien uzasadniać w pierwszej kolejności jego odnowienie, a nie natychmiastowe rozwiązanie obligu.

IX. Projektowane w ramach nowego prawa przepisy o umowach wymagają dalszej racjonalizacji, co najmniej w kilku kwestiach.

Nasuwa się potrzeba wzmocnienia kodeksowej zasady realnego wykonania zamówienia, co najmniej poprzez zaostrzenie nadzoru administracyjnego ze strony kierownika zamawiającego oraz uszczegółowienie obowiązku dochodzenia roszczeń przysługujących zamawiającemu, zamiast wąsko ujętej kwestii współdziałania (proj. art. 431). Przy kształtowaniu zaś w ramach proj. art. 431 doniosłego w zamówieniach publicznych współdziałania stron, zabrakło koniecznego uwzględnienia dyspozycji z art. 354 kc, o zasadzie realnego wykonania zobowiązania. Według nich wykonawca powinien wykonać swoje zobowiązanie zgodnie z jego treścią wynikającą z umowy i w sposób odpowiadający celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeśli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu tego zobowiązania (niepieniężnego) zamawiający-wierzyciel. Oczywiście unormowanie to odnosi się także do spełnienia zobowiązania pieniężnego, z tym że role stron są wtedy odwrócone. Projektowany art. 431 nie wnosi zatem niczego nowego, tym bardziej że ogranicza się tylko do realizacji zobowiązania wykonawcy. Tymczasem w aktualnej praktyce zamówień publicznych brakuje efektywnego nadzoru ze strony zamawiającego nad wyegzekwowaniem należnego mu świadczenia niepieniężnego wraz z dopełnieniem kodeksowego obowiązku współdziałania z wykonawcą i to pod rygorem sankcji karno-administracyjnej. W rezultacie chodziłoby raczej o unormowanie obowiązków administracyjnych kierownika zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia, niekoniecznie w obrębie proj. art. 431. Na tym tle łatwiej byłoby także o *ratio*

legis dla powinności sporządzenia **specjalnego raportu z realizacji zamówienia**, o którym mowa w proj. art. 446. Sporządzenie samego raportu nie wystarcza, musi mu towarzyszyć uruchomienie dostatecznej sankcji z tytułu ewentualnych zaniedbań, najlepiej o charakterze karno-administracyjnym, co wymaga równoległej zmiany w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Rozwinięcie normatywne obowiązku dochodzenia roszczeń stanowi obecnie zagadnienie priorytetowe, który należałoby połączyć z nadzorem nad wyegzekwowaniem realnego wykonania zamówienia, najlepiej w obrębie jednego artykułu. Ogólny obowiązek dochodzenia roszczeń ma już swoje umocowanie ustrojowe[13], które jednak z punktu widzenia potrzeb praktyki nie jest wystarczające. Dlatego niedawno z tego właśnie powodu znowelizowano ustawę o finansach publicznych (por. art. 42 ust. 5r ufp). Tymczasem w zamówieniach publicznych roszczenia pieniężne przysługujące zamawiającemu schodzą na plan dalszy (kary umowne, nadpłaty, zwrot zaliczki i t.d.). Podstawowe znaczenie mają roszczenia dotyczące świadczenia niepieniężnego, stanowiącego główny cel zamówienia, które nie są jeszcze dostatecznie umocnione ustawowo. Obowiązek dochodzenia wszelkich roszczeń przysługujących zamawiającemu mógłby stanowić zatem drugi element rozwinięcia kodeksowej zasady realnego wykonania zamówienia, oczywiście w połączeniu z sankcją karno-administracyjną za zaniedbanie tego obowiązku. Trzecim elementem, łączącym się bezpośrednio z obowiązkiem współdziałania zamawiającego z wykonawcą, jest zaliczkowanie wykonawcy (zob. niżej). W szczególności zachodzi potrzeba co najmniej wzmocnienia praktycznej atrakcyjności zaliczki, której zastosowanie – niestety – zaskakująco spada sukcesywnie, i to z przyczyn po stronie zamawiającego.

Doniosły problem klauzul abuzywnych zasługuje na unormowanie w nowym Pzp w duchu kodeksowym, a mianowicie najpierw należałoby je zdefiniować w powiązaniu z wyraźnym zakazem nadużywania, a następnie wskazać przykłady. Tymczasem projektowany art. 433 nowego Pzp zawiera jedynie krótki katalog klauzul krzywdzących, na dodatek zamknięty, co od razu wywoła niepotrzebny niepokój i dyskusję co do innych rodzajów postanowień zastrzeganych na niekorzyść wykonawców, zwłaszcza godzących w zdrowy rozsądek (poza katalogiem będą poczytywane za dozwolone) albo w rozmaite ograniczenia ustawowe. Już z samej istoty takich klauzul wynika, że katalog musi być otwarty. Tę trudną kwestię można ująć następująco: „Projektowane postanowienia umowy nieuzgodnione indywidualnie nie mogą kształtować obowiązków wykonawcy w sposób sprzeczny z ustawą, dobrymi obyczajami lub z naruszeniem zasad przejrzystości lub

[13] Por. zwłaszcza K. Horubski: op. cit., s. 507 i n., wraz z powołaną tam literaturą i orzecznictwem.

proporcjonalności, jeżeli rażąco naruszają jego interesy. Za rażąco krzywdzące mogą być uznane w szczególności postanowienia przewidujące:

- odpowiedzialność wykonawcy za **niezawinione opóźnienie**, chyba że jest to uzasadnione charakterem zobowiązania,
- kary umowne za zachowanie wykonawcy niezwiązane z przedmiotem umowy lub sposobem jej wykonania,
- rażąco wygórowane stawki kar umownych,
- odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które według zasad ogólnych odpowiedzialność wyłączną ponosi zamawiający,
- jednostronne ograniczenie zakresu zamówienia przez zamawiającego bez zastrzeżenia minimalnej wielkości lub wartości świadczenia wykonawcy,
- wyłączenie lub ograniczenie odpowiedzialności zamawiającego za uchylenie się od współdziałania z wykonawcą.

Wykaz „minimalnych" postanowień umowy o zamówienie publiczne (proj. art. 436 – 440) wymaga większej syntetyki oraz wyższego stopnia zgodności z Kodeksem, a przede wszystkim gruntownego przeglądu zasadności odstępstw o zasady swobody kontraktowej. Cała zaś problematyka obligatoryjnej zawartości umowy powinna dać się zamknąć, z uwagi na swoją jednorodność, w ramach pojedynczego artykułu. W szczególności skoro proj. art. 434 załatwia już problem umowy na czas oznaczony, a na sposób liczenia terminów wskazują jednoznacznie art. 110 – 114 kc, odpada potrzeba ponownej regulacji tych kwestii, jak np. w proj. art. 436 pkt 1. Poza tym niejasno przedstawia się „łączna maksymalna wysokość kar umownych", choć pożądany jest rozsądny wykaz tytułów obligatoryjnych kar umownych; natomiast zastrzeżenia o kontroli zatrudnienia z proj. art. 438 powinny trafić raczej do przepisów o kształtowaniu warunków zamówienia, podobnie jak i kwestie związane z prawem opcji, objęte proj. art. 441. Dotychczasowe, bardziej syntetyczne, unormowanie zaliczki było lepsze. To samo dotyczy jej zabezpieczenia. Cel zaliczki powinien wynikać choćby z określenia: „zaliczka na poczet kosztów wykonania zamówienia". Widoczny jest natomiast brak przepisu o sposobie rozliczenia zaliczki w normalnym trybie (w związku z częściowym odbiorem przedmiotu zamówienia), a także o podstawie żądania jej zwrotu na wypadek sprzeniewierzenia. Specjalny raport z realizacji zamówienia należałoby połączyć z kontrolą zarządczą (nadzorem kierownika) oraz z odpowiedzialnością karno-administracyjną za jej zaniedbanie, a także za niedochodzenie roszczeń związanych ze świadczeniem niepieniężnym.

X. Krajowa Izba Odwoławcza powinna mieć wyraźniejszy status jako wyjątkowy organ jurysdykcyjny. Aktualny projekt nowego Pzp nie realizuje w pełni tego założenia. Tymczasem KIO rozstrzyga doniosłe spory przedumowne z wyłączeniem drogi sądowej. Jej status szczególny, jako

organu jurysdykcyjnego, potwierdziło – jak wiadomo - orzecznictwo TS UE. Aktualna degradacja KIO, z podporządkowaniem jej ministrowi właściwemu ds. gospodarki, kierującemu dużym resortem, w którym udziela się wielu zamówień podległych właściwości Izby, osłabia poważnie jej pozycję i autorytet judykacyjny. Może to skończyć się zmianą tej korzystnej kwalifikacji na gruncie orzecznictwa europejskiego. Należy zatem nadać Izbie status w miarę zbliżony do sądu okręgowego, choć sama Izba jest organem administracyjnym, ponieważ gdyby nie wyłączenie drogi sądowej - właściwy w sprawach przedumownych byłby na ogół ten właśnie sąd. Należałoby KIO podporządkować Prezesowi Rady Ministrów, z arbitrami powoływanymi przez Prezydenta RP, działającego na wniosek Premiera[14]. Docelowo mogłaby uzyskać dodatkowe umocowanie konstytucyjne, o ile powierzone jej obecnie kategorie spraw nie trafiłyby ostatecznie na drogę sądową. Pozytywnie zaś ocenić trzeba propozycję licznych usprawnień w zakresie postępowania odwoławczego, choć skreślenie unormowania o odpowiednim stosowaniu przepisów o sądzie polubownym bardziej odsłania przykry fakt, że KIO jest aktualnie pozakonstytucyjnym organem wymiaru sprawiedliwości. Tym bardziej więc jest potrzebne wzmocnienie jej statusu, z zastrzeżeniem odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o procesie w sprawach odrębnie nie unormowanych. Ponadto postulaty te są zasadne w imię zachowania niezbędnej spójności konstytucyjnej i systemowej.

[14] Więcej R. Szostak: O potrzebie wzmocnienia statusu Krajowej Izby Odwoławczej, PZP 2017, Nr 1, s. 3 i n. oraz P. Nowicki, M. Wierzbowski: Kierunki zmian w prawie zamówień publicznych – uwagi de lege ferenda (w:) Potrzeby i kierunki zmian w prawie zamówień publicznych, red. M. Stręciwilk, A. Dobaczewska, Warszawa 2018, s. 51 – 53.

Dr Maciej Bendorf-Bundorf

Pojęcie związku podmiotów w kontekście obowiązku stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych przez stowarzyszenia

Abstrakt

Celem artykułu jest analiza art. 3 ust. 1 pkt 3a Prawa zamówień publicznych, który wprowadza pojęcie związku podmiotów, jako kategorii jednostek, na których spoczywa obowiązek przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z danym przepisem, status zamawiającego posiadają związki tworzone przez jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub podmioty prawa publicznego. Pojawiające się w literaturze przedmiotu poglądy wskazują na możliwość zastosowania danego przepisu do jednostek funkcjonujących w formie stowarzyszeń i na tej podstawie zobowiązania ich do dokonywania zakupów zgodnie z regulacjami Prawa zamówień publicznych. Analiza pojęcia związku podmiotów powinna jednak następować z uwzględnieniem art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 2014/24/UE, którego implementację na grunt krajowej ustawy stanowi omawiany przepis.

Abstract

The aim of this contribution is to analyze Article 3 para. 1 item 3a of the Public Procurement Law, which introduces the notion of "association of entities" as a category of contracting authorities. According to above mentioned provision, associations formed by the public finance sector units, other state organizational units not having legal personality or bodies governed by public law are obliged to follow public procurement procedures. Article 2 para. 1 item 1 of Directive 2014/24/EU states that given associations can be formed by one or more such entities, which is difficult to justify from the point of view of general functions of the public procurement system.

Wprowadzenie

Przejawy korelacji pomiędzy stowarzyszeniami a sektorem publicznym nie są stanem obojętnym z punktu widzenia obowiązku przestrzegania przepisów Prawa zamówień publicznych[1]. Występujący we współczesnych państwach demokratycznych system międzysektorowych relacji prowadzi do zatarcia granicy pomiędzy sektorem publicznym a pozarządowym, co wpływa na konieczność analogicznej oceny działalności obu kategorii podmiotów z punktu widzenia jej wpływu na interes publiczny. Tożsamość celów i zadań realizowanych przez oba sektory, wraz z ugruntowanymi w przepisach prawa podstawami wzajemnej współpracy, wpływają na ryzyko wykorzystywania podmiotów takich jak stowarzyszenia do realizacji zadań właściwych dla sektora publicznego.

Postulat zapewnienia szczelności systemu zamówień publicznych pozostaje w bezpośrednim związku z przesłankami powstania obowiązku przestrzegania procedur zamówieniowych przez stowarzyszenia. Najczęściej występującą w praktyce podstawę prawną uzyskania przez stowarzyszenia statusu zamawiającego w rozumieniu Pzp stanowi art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy, dotyczący podmiotów prawa publicznego. Zgodnie z tym przepisem, status zamawiającego posiadają inne niż jednostki sektora finansów publicznych osoby prawne, które utworzone zostały w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, pod warunkiem, że osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, a jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności. Powstanie obowiązku przestrzegania ustawy przez takie osoby prawne uzależnione jednak jest od stwierdzenia, że wykazują one odpowiedni stopień zależności od instytucji zamawiających. Prawo zamówień publicznych konkretyzuje tę przesłankę wskazując, że wobec takich podmiotów niezbędne jest ustalenie, że podmioty prawa publicznego, jednostki sektora finansów publicznych lub inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot finansują je w ponad 50 % lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego[2].

---

[1] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986), dalej: Pzp.

[2] Stowarzyszenia mogą również uzyskać status zamawiającego na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp. Wskazać jednak należy, że określone w danym przepisie przesłanki posiadają charakter wyłącznie przedmiotowy, bowiem określają cechy samego zamówienia publicznego, które będą implikować obowiązek przestrzegania ustawy. Bez znaczenia przy stosowaniu przepisu pozostają natomiast kwestie związane z właściwościami samego podmiotu, wobec którego następuje stwierdzenie statusu zamawiającego, poza ogólnym wskazaniem, że muszą być to

Celem artykułu jest analiza art. 3 ust. 1 pkt 3a Prawa zamówień publicznych, który wprowadza pojęcie związku podmiotów, jako kategorii jednostek, na których spoczywa obowiązek przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z danym przepisem, status zamawiającego posiadają związki tworzone przez jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej lub podmioty prawa publicznego. Pojawiające się w literaturze przedmiotu poglądy wskazują na możliwość zastosowania danego przepisu do jednostek funkcjonujących w formie stowarzyszeń i na tej podstawie zobowiązania ich do dokonywania zakupów zgodnie z regulacjami Prawa zamówień publicznych. Analiza pojęcia związku podmiotów powinna jednak następować z uwzględnieniem art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 2014/24/UE[3], zgodnie z którym instytucje zamawiające oznaczają państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego.

Pojęcie i rodzaje stowarzyszeń

Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy - Prawo o stowarzyszeniach[4], pod pojęciem stowarzyszenia należy rozumieć dobrowolne, samorządne oraz trwałe zrzeszenie o celach niezarobkowych. Zrzeszenie oznacza typ zbiorowości społecznej, grupę utworzoną dobrowolnie, tj. zakładającą dobrowolne członkostwo jednostek, cechującą się świadomym zamiarem jej członków osiągnięcia konkretnych celów[5]. Prawo o stowarzyszeniach wyróżnia trzy rodzaje stowarzyszeń: stowarzyszenia zarejestrowane, stowarzyszenia zwykłe[6] oraz związki stowarzyszeń[7].

Prawo zrzeszania się w stowarzyszeniach zarejestrowanych przysługuje przede wszystkim osobom fizycznym, w ograniczonym zakresie posiadają je również osoby prawne[8]. Zgodnie z art. 10 ust. 3 Prawa o stowarzyszeniach

podmioty inne niż: jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, podmioty prawa publicznego, związki podmiotów lub zamawiający sektorowi. Szerzej zob. M. Bendorf-Bundorf, *Obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia*, Olsztyn 2018, s. 205-222.

[3] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE L Nr 94, s. 65 ze zm.).

[4] Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. - Prawo o stowarzyszeniach (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 713).

[5] K. Olechnicki, P. Załęcki, *Słownik socjologiczny*, Toruń 2002, s. 261.

[6] Stowarzyszenia zwykłe uznawane są za uproszczoną formę stowarzyszeń. Podmioty takie nie posiadają osobowości prawnej, a prawo członkostwa przysługuje wyłącznie osobom fizycznym, dlatego też nie będą uwzględnianie w toku dalszych rozważań.

[7] E. Dzbeńska, M. Sztekier-Łabuszewska [w:] D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Janson, M. Sztekier-Łabuszewska, *Fundacje i stowarzyszenia. Prawo i praktyka*, Warszawa 2005, s. 419.

[8] Szerzej zob. M. Bendorf-Bundorf, *Członkostwo w stowarzyszeniu*, „Studia Prawnoustrojowe" 2015, nr 28, s. 35-49.

osoba prawna może być wyłącznie wspierającym członkiem stowarzyszenia. Ustawa nie definiuje jednak tego pojęcia i nie wskazuje różnic pomiędzy taką formą członkostwa a członkostwem zwykłym, pozostawiając tę kwestię do swobodnej regulacji postanowieniami statutu. Zdaniem A. Kidyby, dopuszczalne jest, aby uprawnienia członków zwykłych oraz członków wspierających uregulowane były w statucie w sposób analogiczny[9].

Sytuacja prawna związków stowarzyszeń uregulowana jest w art. 22 ustawy, zgodnie z którym, związek taki mogą założyć stowarzyszenia w liczbie co najmniej trzech. Założycielami i członkami związku mogą być także inne osoby prawne, przy czym osoby prawne mające cele zarobkowe mogą być wyłącznie członkami wspierającymi. Istotne jest, że wskazany przepis odnosi się generalnie do osób prawnych, nie wprowadzając rozróżnienia na publiczny lub prywatny charakter jednostki[10].

Związek podmiotów jako kategoria zamawiających – analiza poglądów doktryny

Rozszerzenie katalogu podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych o art. 3 ust. 1 pkt 3a Pzp nastąpiło na mocy nowelizacji przepisów dokonanej ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych[11]. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy, głównym celem dokonanej zmiany było dostosowanie krajowych przepisów do postanowień dyrektyw unijnych, które nakładają obowiązek dokonywania zakupów z zastosowaniem przepisów o zamówieniach publicznych przez związki złożone z jednej lub wielu jednostek państwa, samorządu terytorialnego lub podmiotów prawa publicznego. Z uwagi na konieczność zapewnienia pewności prawa za niezbędne uznano jasne i wyraźne wskazanie wszystkich podmiotów, na które nałożony jest obowiązek stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Miało to również zapobiec jakimkolwiek nadużyciom w systemie zamówień publicznych[12]. W kontekście wprowadzonej zmiany trudno jednak mówić o realizacji postulatu jasnego i precyzyjnego określenia kategorii podmiotów, które w polskim systemie zamówień publicznych posiadają status zamawiającego. Problematyczne bowiem jest jednoznaczne wskazanie podmiotów, które wypełniają znamiona „związku" wprowadzonego na mocy omawianego przepisu. Wątpliwości związane z tym fragmentem

[9] A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach. Prawo o stowarzyszeniach*, Warszawa 1997, s. 75-76.

[10] Członkiem związku stowarzyszeń mogą być np. jednostki samorządu terytorialnego.

[11] Dz. U. z 2006 r. Nr 79 poz. 551.

[12] Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych. Druk sejmowy nr 127 z dnia 19 października 2005, s. 2.

ustawy zauważalne są w doktrynie prawa zamówień publicznych, której przedstawiciele nie wypracowali jednorodnego stanowiska odnośnie do danego zagadnienia lub pozostawiają je na marginesie swoich rozważań, stwierdzając jedynie, że taka kategoria zamawiających jak związki podmiotów istnieje, nie kusząc się jednak o wskazanie, jakie rodzaje podmiotów w praktyce mogą zostać za takie związki uznane.

Zdaniem P. Graneckiego, przykładem związku podmiotów są związki komunalne[13]. Analogiczne stanowisko zajmuje I. Skubiszak-Kalinowska, która uznaje, że do kategorii związków zaliczyć można m. in. związki międzygminne[14]. Niewątpliwie związki komunalne czy międzygminne mogą być objęte zakresem danego przepisu, jednak w zamiarze nałożenia na takie związki obowiązku stosowania ustawy nie możemy doszukiwać się *ratio legis* wprowadzenia nowej kategorii zamawiających. Należy bowiem wskazać, iż związki tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego są zobowiązane do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie bowiem z art. 9 pkt 2 ustawy o finansach publicznych[15] zaliczane są do kategorii jednostek sektora finansów publicznych.

Według Z. Czarnika regulację dotyczącą związków podmiotów jako zamawiających należy uznać za poważny błąd legislacyjny. Autor wskazuje, że przepis art. 3 ust. 1 pkt 3a Pzp reguluje kwestię oczywistą, która z uwagi na zasady wykładni prawa nie powinna budzić wątpliwości. Podnosi przy tym, że za logiczne należy uznać, iż w przypadku, gdy poszczególni uczestnicy związku podlegają pewnym regulacjom, to związek jako całość również będzie podlegał analogicznym regułom, chyba że przepis prawa wprost wskazywałby na odstępstwo od ogólnej zasady[16]. Wydaje się jednak, że Autor nie zauważa problemu związanego z dopuszczalnym składem takiego związku, a który się pojawia w sytuacji, gdy uwzględnimy w naszej analizie odpowiednie przepisy dyrektyw. Omawiany art. 3 ust. 1 pkt 3a Pzp stanowi implementację art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 2014/24/UE, z którego wprost wynika, że związek jako całość zobowiązany jest do stosowania procedur zamówieniowych również w sytuacji, gdy w jego skład wchodzi wyłącznie jeden samodzielny zamawiający.

W zakresie analizy podmiotowego zakresu zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 3a Pzp, komentarza wymaga również pogląd wyrażony przez E. Norka. Zdaniem Autora, pojęcie związku podmiotów odnosi się bezpośrednio

[13] P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* Warszawa 2016, s. 85.

[14] I. Skubiszak-Kalinowska [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* Warszawa 2017, s. 68.

[15] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 869).

[16] Z. Czarnik [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* Warszawa 2013, s. 73.

do przypadków wykorzystywania przez zamawiających uprawnienia do wspólnego udzielania zamówień publicznych, uregulowanego w art. 16 ust. 1 Pzp. Przy czym forma prawna, w jakiej występują podmioty w toku prowadzonego postępowania pozostaje bez znaczenia dla przewidzianego w art. 3 ust. 1 obowiązku stosowania ustawy. Konieczne jest, aby jednym z członków takiej grupy był podmiot objęty zakresem art. 3 ust. 1 pkt 1, 2 lub 3, obok którego członkami mogą być podmioty samodzielnie nieposiadające statusu zamawiającego[17].

Należy jednak wskazać, że uprawnienie wynikające z art. 16 ust. 1 Pzp ma charakter wtórny w stosunku do posiadania statusu zamawiającego. Praktyczne wykorzystanie tego przepisu występuje w przypadkach, gdy co najmniej dwa podmioty, samodzielnie zobowiązane do stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych, wykazują określone zapotrzebowanie, którego zaspokojenie, z uwagi na tożsamość przedmiotu zamówienia, może nastąpić w drodze wspólnie przeprowadzonego postępowania. W braku decyzji o zawarciu porozumienia o wspólnym przeprowadzeniu procedury zamówieniowej, każdy z tych podmiotów samodzielnie prowadzi postępowanie, z uwagi na zindywidualizowany obowiązek przestrzegania przepisów Pzp.

Dodatkowo należy podnieść, że na mocy porozumienia lub umowy zawartej na podstawie art. 16 ust. 1 nie powstaje odrębny podmiot prawa, wyposażony w uprawnienie do nabywania praw i zaciągania zobowiązań. Dochodzi jedynie do powstania stosunku zobowiązaniowego pomiędzy zamawiającymi w przedmiocie wspólnego przeprowadzenia postępowania zamówieniowego. Należy zgodzić się z poglądem, iż kwestia posiadania odrębnej osobowości prawnej przez związek powstały w wyniku porozumienia zamawiających[18] stanowi czynnik rozgraniczający zastosowanie art. 3 ust. 1 pkt 3a i art. 16 ust. 1 Pzp[19].

Stowarzyszenie jako związek podmiotów

Na szczególną uwagę zasługuje stanowisko, jakie odnośnie do zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 3a Pzp zajmuje M. Stachowiak. Autorka prawidłowo wskazuje, iż występujące w danym przepisie sformułowanie „związek" należy utożsamiać z kategoriami podmiotów, których organizacja zakłada udział o charakterze członkowskim[20]. Wymagane jest przy tym, aby podmiot

[17] E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* Warszawa 2009, s. 40-41.

[18] Wydaje się jednak, że za wystarczające należy uznać powstanie odrębnego podmiotu wyposażonego w zdolność prawną.

[19] Tak: J. Baehr, T. Kwieciński, A. Stawicki [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* red. T. Czajkowski, Warszawa 2007, s. 45.

[20] Pogląd uzyskał aprobatę I. Skubiszak-Kalinowskiej (zob. I. Skubiszak-Kalinowska [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo…* op. cit., s. 68).

taki cechował się odrębnością organizacyjną i posiadał osobowość prawną. Jako przykład takich jednostek podawane są m.in. stowarzyszenia[21].

Wątpliwości może jednak budzić uzależnienie obowiązku stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przez powstały związek od wyposażenia go w osobowość prawną. Wydaje się, iż wystarczające w takim przypadku jest stwierdzenie, że w wyniku zawartego porozumienia powstaje odrębny podmiot prawa, który dysponuje zdolnością prawną. Do takiego wniosku należy dojść na podstawie analizy ustawowej definicji zamawiającego z art. 2 pkt 12 Pzp. Ustawodawca *expressis verbis* wskazuje, że zakres podmiotowy definicji nie ogranicza się wyłącznie do osób fizycznych i osób prawnych, lecz obejmuje również jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. W związku z tym, że pojęcie związku podmiotów nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane i jego zakres podmiotowy może budzić w praktyce wątpliwości, doktrynalne ograniczanie zakresu tego pojęcia wyłącznie do osób prawnych wydaje się nieuzasadnione.

Szczególnie istotna jest kwestia składu członkowskiego stowarzyszenia i jego wpływu na kwalifikację jako związek podmiotów w rozumieniu Pzp. Z uwagi na użycie w treści art. 3 ust. 1 pkt 3a spójnika „lub" przyjąć należy, że związki takie mogą być tworzone przez dowolną konfigurację zamawiających wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3[22]. Należy jednak postawić pytanie, czy aby aktywował się ustawowy obowiązek stosowania Prawa zamówień publicznych przez związek (stowarzyszenie), w jego skład muszą wchodzić wyłącznie podmioty, które samodzielnie są zamawiającymi na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1, 2 lub 3 Pzp, czy też wystarczy członkostwo chociażby jednego samodzielnego zamawiającego, aby cały związek został zobowiązany do dokonywania wydatków zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 2014/24/UE, instytucje zamawiające oznaczają państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego. Jak widać dyrektywa wskazuje wprost, że dla uzyskania statusu zamawiającego wystarczające jest członkostwo w związku tylko jednego podmiotu zobowiązanego do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych.

Trudno jednak nie podjąć polemiki z takim rozumieniem pojęcia „związek podmiotów", którego akceptacja może poddawać w wątpliwość potrzebę istnienia takiej kategorii zamawiających jak podmioty prawa publicznego. Jako przykład przyjmijmy sytuację, w której fundacja, będąca zamawiającym na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, uzyskuje status członka wspierającego w stowarzyszeniu, w którym wszyscy pozostali członkowie są osoba-

[21] M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* Warszawa 2012, s. 57.

[22] J. Baehr, T. Kwieciński, A. Stawicki [w:] *Prawo*…op. cit., s. 45.

mi fizycznymi. Czy w takim przypadku obowiązek stosowania ustawy Pzp dotyczy automatycznie całego stowarzyszenia? Przy założeniu prawidłowości przedstawionego powyżej rozumienia pojęcia „związek" należałoby na to pytanie odpowiedzieć twierdząco. Wydaje się jednak, że zobowiązanie podmiotu z przedstawionego przykładu do stosowania regulacji zamówieniowych należy uznać za zbyt daleko idące i z uwagi na funkcje i cele systemu zamówień publicznych trudno jest znaleźć dla niego uzasadnienie. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wielokrotnie wskazywał, iż konieczna jest funkcjonalna wykładania definicji zamawiającego zawartej w dyrektywach[23].

Wyraz funkcjonalnego rozumienia pojęcia zamawiającego można znaleźć w orzeczeniu Trybunału w sprawach powiązanych C-353/96 i C-306/97[24]. Sprawa dotyczyła Zarządu Lasów Irlandzkich, które funkcjonują jako podmiot prawa prywatnego, wyposażony w osobowość prawną oraz zarząd niezależny od administracji publicznej. Z uwagi na fakt, iż podmiot ten udziela zamówień we własnym imieniu i na własny rachunek, nie był on przez prawo krajowe objęty obowiązkiem stosowania przepisów o zamówieniach publicznych. Trybunał stanął jednak na stanowisku, iż pomimo braku bezpośredniej kontroli nad działalnością zarządu ze strony państwa irlandzkiego, to jednak ma ono możliwość wywierania pośredniego wpływu na funkcjonowanie danego podmiotu, ponieważ organy państwowe mają wpływ na skład jego organu zarządzającego. Trybunał uznał, że Zarząd Lasów Irlandzkich posiada status zamawiającego w rozumieniu dyrektyw unijnych[25].

Zgodnie zatem z funkcjonalną wykładnią podmiotowego zakresu obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych prawidłowe wydaje się przyjęcie jako czynnik rozstrzygający fakt występowania chociażby pośredniego wpływu ze strony podmiotów publicznych na działalność danego podmiotu. Zatem w przypadku stowarzyszeń, posługując się wyłącznie argumentem jego składu członkowskiego, obejmującego jednego samodzielnego zamawiającego, nie jesteśmy w stanie jednoznacznie rozstrzygnąć o posiadaniu przez taki podmiot obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych. Niezbędna jest każdorazowa analiza jego wewnętrznej organizacji, składu organów, zasad funkcjonowania, w kontekście potencjalnego uzależnienia procesów decyzyjnych od instytucji zamawiających.

[23] Zob. np. orzeczenia w sprawach: C-31/87, C-44/96, C-323/96, C-237/99.

[24] Orzeczenie TSUE z dnia 17 grudnia 1998 r. w sprawach C-353/96 i C-306/97.

[25] Z. Raczkiewicz, *Zamówienia publiczne w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Wrocław 2008, s. 19-20.

Stowarzyszenie - związek podmiotów czy podmiot prawa publicznego?

W kontekście określenia podstaw prawnych nałożenia na stowarzyszenia obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych konieczne jest ustalenie granicy pomiędzy zakresem zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 3a a pkt 3 Pzp. Prawidłowe wydaje się być stanowisko wyrażone przez G. Wicika i P. Wiśniewskiego. Według Autorów jako decydujące kryterium należy przyjąć status prawny członków stowarzyszenia. Mianowicie, w sytuacji gdy w skład stowarzyszenia wchodzą wyłącznie podmioty samodzielnie posiadające status zamawiającego na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1, 2 lub 3 Pzp, jako podstawę prawną stosowania procedur zamówień publicznych wskazać należy pkt 3a, mówiący o związkach podmiotów. Natomiast, gdy chociażby jeden z członków stowarzyszenia samodzielnie nie jest objęty zakresem zastosowania pkt. 1, 2 lub 3, ustalenie obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych przez stowarzyszenie wymaga stwierdzenia spełnienia przez taką jednostkę organizacyjną przesłanek wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp. Oznacza to, że w sytuacji gdy stowarzyszenie obejmuje członków, którzy samodzielnie nie są zamawiającymi, należy oceniać je w kategorii podmiotu prawa publicznego oraz poddać analizie spełnianie określonych w ustawie przesłanek odpowiedniej zależności od jednostek sektora finansów publicznych, innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej lub podmiotów prawa publicznego[26].

Przykładem stowarzyszeń, które należy uznać za związki podmiotów określone w art. 3 ust. 1 pkt 3a Pzp są stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego[27]. Taka teza jest dodatkowo uzasadniona faktem, iż w odróżnieniu od związków komunalnych, stowarzyszenia JST nie są zaliczane do kategorii jednostek sektora finansów publicznych[28], a więc zamawiających określonych w punkcie 1 danego przepisu. W związku z tym, objęcie takich stowarzyszeń zakresem punktu 3a nie stanowi błędu legislacyjnego, polegającego na nałożeniu na tę sama kategorię podmiotów obowiązku stosowania ustawy w oparciu o dwa różne przepisy. W kontekście rozważań na temat składu związku jako czynnika uzasadniającego uznanie go za podmiot podlegający pod regulację punktu 3a, warty podkreślenia jest fakt szczególnie wąsko uregulowanego zakresu podmiotowego prawa członkostwa w stowarzyszeniach jednostek samorządu terytorialnego. Takie stowarzyszenia mogą tworzyć wyłącznie gminy, powiaty oraz województwa, które

[26] G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny,* Warszawa 2007, s. 69.

[27] Zob. art. 84 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 506); art. 75 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 511); art. 8b ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 512).

[28] A. Mierzwa [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz,* red. P. Smoleń, Warszawa 2012, s. 161.

bezwzględnie objęte są obowiązkiem stosowania Prawa zamówień publicznych. Ustawodawca wykluczył możliwość zrzeszania się w takich jednostkach osób fizycznych czy też innych osób prawnych.

Ponadto jako związki podmiotów występować mogą związki stowarzyszeń, w których skład wchodzą wyłącznie osoby prawne, które samodzielnie posiadają status zamawiającego, w szczególności jako podmioty prawa publicznego. Zakwalifikowanie związku stowarzyszeń do kategorii zamawiających - związków podmiotów potwierdza fakt, iż ustawodawca wprowadził ograniczenia w zakresie dopuszczalnego składu takich związków, wyłączając prawo członkostwa wobec osób fizycznych. Założycielami i członkami związku mogą bowiem być jedynie stowarzyszenia lub inne osoby prawne. Warto również wskazać, że osoby prawne mające cele zarobkowe, tym samym wyłączone spod zakresu pojęcia podmiotu prawa publicznego, mogą być wyłącznie członkami wspierającymi związku stowarzyszeń.

Zakończenie

Przepis art. 3 ust. 1 pkt 3a Prawa zamówień publicznych, wprowadzający pojęcie związku podmiotów jako kategorii zamawiających, może znajdować zastosowanie do jednostek funkcjonujących w organizacyjno-prawnej formie stowarzyszeń. Z uwagi jednak na funkcje i cele systemu zamówień publicznych uzasadniona jest teza, że uznanie stowarzyszenia za związek podmiotów w rozumieniu Pzp uzależnione powinno być od stwierdzenia, że w jego skład wchodzą wyłącznie podmioty samodzielnie zobowiązane do stosowania ustawy, na podstawie art. 3 ust. 1 pkt. 1,2 lub 3 Pzp. W sytuacji natomiast, gdy chociażby jeden z członków stowarzyszenia sam nie jest zamawiającym, zobowiązanie stowarzyszenia do stosowania ustawy należy oceniać w kategoriach podmiotu prawa publicznego. Wiąże się to z wymogiem każdorazowego ustalenia czy stowarzyszenie wypełnia przesłanki zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Określony w dyrektywach warunek aktywizacji obowiązku udzielania zamówień przez związek podmiotów, w postaci członkostwa w nim chociażby jednej instytucji zamawiającej, stanowi źródło uzasadnionych wątpliwości. Problem oceny statusu zamawiającego w przypadku stowarzyszeń, w których jednym z członków jest samodzielny zamawiający, powinien zostać zauważony w praktyce oraz doktrynie zamówień publicznych. Wskazane wydaje się ponadto legislacyjne określenie granicy zastosowania art. 3 ust. 1 pkt 3 i pkt 3a Pzp odnośnie do podmiotów, których sytuacja prawna pozwala na jednoczesne zakwalifikowanie ich do obu kategorii zamawiających. Z uwagi jednak na wymóg zapewnienia spójności pomiędzy krajowymi przepisami a zakresem podmiotowym określonym w dyrektywach,

trudno jest w tym przedmiocie kierować wnioski *de lege ferenda* do polskiego ustawodawcy. Z drugiej strony, prawodawca europejski nie dokonał zmian w tym zakresie w ramach najnowszego pakietu dyrektyw. Wydaje się, że należy zaakceptować aktualny stan braku precyzji przepisów odnoszących się do związków podmiotów jako kategorii zamawiających, mając jednocześnie nadzieję, że wskazany problem zostanie rozstrzygnięty w jednym z orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Dr Beata Nuzzo

Reforma Pzp we Włoszech – analiza najważniejszych zmian

Abstrakt

Kodeksowa regulacja zamówień publicznych we Włoszech z 2016 roku miała na celu redukcję przepisów regulujących zamówienia publiczne; miała ona też za zadanie implementacje dyrektyw unijnych, zwłaszcza w zakresie elektronizacji procedur. Kodeks wprowadził nowy system centralizacji i kwalifikacji instytucji zamawiających, którego celem jest dopuszczenie do samodzielnego udzielania zamówień publicznych tylko te, które spełniają kryteria jakości ustalone przez Krajowy Urząd Antykorupcyjny. Po trzech latach jego obowiązywania postanowiono dokonać reformy, która ma do zrealizowania dwa podstawowe zadania: ożywienie sektora inwestycji publicznych we Włoszech oraz wyeliminowanie wad i braków regulacji zamówień publicznych. Reforma jest potrzebna również dlatego, że dotychczasowy, nieproporcjonalnie duży nacisk na stworzenie rozwiniętego systemu kontroli, nie przyczynił się do poprawy jakości działań publicznych.

Abstract

Introduction of new Code regulations of public procurement in Italy in 2016 was aimed at reducing the number of rules governing public procurement and implementing relevant EU directives, especially in the field of the electronization of procedures. The Code has introduced a new system of centralisation and qualification of contracting authorities which gave the right to independently award public procurement only to those contacting authorities which meet the quality criteria set by the National Anti-Corruption Bureau. After three years of its operation, it was decided to introduce a reform directed at two basic tasks: revitalising the public investment sector in Italy and eliminating the defects and deficiencies in the regulations of public procurement. The reform is also needed because the previous, disproportionately large emphasis on creating an extensive control system has not lead to improving the quality of public procurement.

Uwagi ogólne

Konieczność implementacji dyrektyw Unijnych 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE stała się we Włoszech okazją do uporządkowania materii zamówień publicznych, która w kontekście tamtejszego prawa stanowi szczególnie skomplikowany obszar normatywny[1]. Nowe rozwiązania, zawarte w Kodeksie zamówień publicznych, uchwalonym dnia 18 kwietnia 2016 r. (*Decreto legislativo* 18 aprile 2016, n. 50) [2], wdrażającym dyrektywy unijne 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE, zgodnie z zamiarem ustawodawcy miały „łączyć elastyczność i rygoryzm oraz prostotę i skuteczność". Kodeks zapewnić miał redukcję i racjonalizację przepisów regulujących zamówienia publiczne, a w konsekwencji podniesienie poziomu pewności prawa; miał on też za zadanie wprowadzić regulacje, w tym zwłaszcza związane z elektronizacją procedur, przewidziane przez dyrektywy unijne. W ciągu trzech lat obowiązywania Kodeksu wyszło jednak na jaw sporo jego niedostatków. Znaczenie regulacji kodeksowej zostało osłabione przez pozostawienie mocy wiążącej bardzo licznych przepisów poza kodeksowych, które w sposób nieskoordynowany regulują rozmaite kwestie z zakresu zamówień publicznych. Dołączają się do tego regulacje sektorowe w zakresie ochrony i bezpieczeństwa pracy, walki z korupcją, czy też rozmaite przepisy anty-mafijne, a z drugiej strony problemy z ustawodawstwem regionalnym, które niejednokrotnie wykracza poza swoje kompetencje wzbudzając wątpliwości co do swojej kompatybilności z krajowym systemem normatywnym a nawet z samą konstytucją[3]. Kolejny problem to nakładanie się rozma-

[1] W systemie prawa włoskiego regulacje zamówień publicznych z jednej strony niejednokrotnie przeplatają się, czy też częściowo nakładają, na skodyfikowane, inne obszary prawa administracyjnego, z drugiej natomiast na regulacje z zakresu prawa cywilnego, karnego czy też prawa pracy, co powoduje konieczność dokonania harmonizacji wspomnianego kodeksu z pozostałymi instytucjami prawnymi oraz ujednolicenia terminów, jakimi się on posługuje.

[2] Por. Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 Codice dei contratti pubblici. (*Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 - Codice dei contratti pubblici. (GU n.91 del 19-4-2016 – s.o. n.10)- Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.*) *Decretazione legislativa* to przewidziana we Włoskiej Konstytucji (art. 76) forma regulacji prawnej pewnych materii (niezastrzeżonych do wyłącznego uregulowania ustawowego). Dzięki niej Izby Parlamentu mogą zadecydować, że z powodu braku odpowiednich kompetencji technicznych czy też braku czasu nie będą dokonywać szczegółowego unormowania określonej materii lecz przekażą ją do uregulowania Rządowi, ustalając jednak zasady i kryteria w ramach których będzie on dokonywał wspomnianej regulacji. Realizując takie upoważnienie do wydania rozporządzenia, które nigdy nie może nigdy być dane mu *in blanc*, Rząd działa w ściśle określonych przez Parlament granicach. Formę rozporządzeń przybierają zazwyczaj teksty normatywne szczególnie obszerne, takie jak teksty jednolite czy też kodeksy.

[3] O stopniu skomplikowania włoskiego systemu prawnego zamówień publicznych świadczy też obszerność poprzedniej regulacji kodeksowej (z 2006 roku), która wraz z tzw. regulacją ogólną liczyła 630 artykułów i 37 załączników. Należy też dodać, iż nie wyczerpywała ona całego obszaru zamówień, gdyż niektóre sektory państwowe, takie jak np. sektor obronny, sektory związane z bezpieczeństwem, zarządzaniem informacją czy dobrami kultury, pozostawały poza wspomnianą regulacją kodeksową. Dochodziło do tego ustawodawstwo regionalne Regionów o statucie specjalnym, do których wyłącznej kompetencji należy wspomnia-

itych uregulowań przejściowych oraz niejednolitość wykładni, co prowadzi do zwiększenia się ilości sporów oraz wydatków administracyjnych, czego koszty bardzo często ponoszą zwłaszcza małe i średnie przedsiębiorstwa. Również sądownictwo administracyjne oraz organy nadzorcze bardzo często angażowane są do rozstrzygania wspomnianych problemów i konfliktów.

Kodeks zamówień publicznych – podstawowe założenia

W zamyśle legislatora, nowy Kodeks zamówień publicznych miał spełnić, między innymi, następujące postulaty:

- zwięzłości – miał zostać objętościowo „zredukowany" w stosunku do poprzedniego[4], pozostawiając szerokie miejsce dla skoordynowanych regulacji wykonawczych, pozwalających szybko reagować na zachodzące zmiany społeczno-gospodarcze;
- zwiększenia uznaniowości instytucji zamawiających oraz zmniejszenia ich liczby, poprzez centralizację zamawiających, rygorystyczny system ich kwalifikacji, zapewnienie wydajności i skuteczności systemów monitorowania i kontroli zamówień;
- zwiększenia elastyczności regulacji dotyczących zamówień poniżej progów unijnych przy równoczesnej absolutnej rygorystyczności ich kontroli i przejrzystości prowadzonego postępowania oraz zapewnieniu sądowej ochrony interesów stron biorących w nim udział;
- zapewnienia skuteczniejszej ochrony wartości społecznych oraz ochrony środowiska.

Innowacją w stosunku do poprzednich regulacji było wprowadzenie rozwiązań, takich jak: ustanowienie specjalnego rejestru członków komisji przetargowych przy Krajowym Urzędzie Antykorupcyjnym (ANAC)[5],

ne materia, ustawodawstwo autonomicznych prowincji Bolzano i Trento oraz w pewnym zakresie również i innych regionów, co spowodowało równoczesne obowiązywanie 7 odrębnych ustaw regulujących to zagadnienie z ramienia Państwa, Regionów o statusie specjalnym oraz Autonomicznych prowincji, a także szereg aktów normatywnych uchwalanych poprzez 15 pozostałych Regionów, których regulacje niejednokrotnie wkraczały w kompetencje Państwa, co owocowało licznymi sporami, w których interweniował Trybunał Konstytucyjny

[4] Kodeks Zamówień Publicznych, z dnia 12 kwietnia 2006 r. nr 163 ogłoszony w załączniku nr 107 / 1 Dziennika Ustaw nr 100 z dnia 2 maja 2006 r (*Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*)

[5] ANAC (*Autorita' Nazionale Anticorruzione*) jest włoskim, niezależnym podmiotem administracyjnym, którego zadaniem jest zapobieganie i zwalczanie korupcji w strukturach administracji publicznej oraz w spółkach od niej zależnych. Realizuje on to m.in. poprzez zapewnianie maksymalnej przejrzystości we wszystkich obszarach i aspektach działania administracji publicznej, a także poprzez działania nadzorcze w ramach zamówień publicznych, starając się wyeliminować sytuacje, w których potencjalnie mogłyby się rozwijać zjawiska korupcji. Prowadzi on często działania prewencyjne o charakterze doradczym, mające ukierunkować odpowiednie postawy funkcjonariuszy państwowych. Podejmuje też działania regulacyjne posługując się często środkami określanymi mianem soft law.

do którego mają obowiązek odwoływać się instytucje zamawiające w razie tworzenia komisji przetargowych; wprowadzenie obligatoryjnej centralizacji instytucji zamawiających, w celu zredukowania ich liczby (istnieje ponad 32.000 instytucji zamawiających) przy jednoczesnym zapewnieniu ochrony małym i średnim przedsiębiorstwom konfrontującym się z wielkimi centralami utworzonymi przy okazji zamówień publicznych; wprowadzenie obowiązku upublicznienia informacji o udzielonych koncesjach oraz zapewnienia publicznego dostępu do informacji o zamiarze udzielenia koncesji; odseparowanie fazy projektowej zamówień publicznych od fazy realizacyjnej, wprowadzenie instytucji i narzędzi mających zapewnić wysoką jakość i prawidłową weryfikację projektową oraz przeprowadzenie szczegółowych badań co do możliwości realizacji projektu, które umożliwią uczynienie przedmiotem przetargu tylko tych projektów, na których realizację istnieje odpowiednie pokrycie finansowe; wprowadzenie szczególnych regulacji co do niektórych typów zamówień publicznych z powodu: konieczności zapewnienia ochrony wyjątkowości dziedzictwa kulturowego Włoch oraz wysokiego zaangażowania czynnika ludzkiego (np. usługi szpitalne, oświatowe, usługi socjalne). W ramach walki z korupcją wzmocniona została kontrola publiczna nad zamówieniami, wprowadzono też *rating legalności*, sporządzany m.in. na podstawie tzw. „kryteriów reputacji", a także rozbudowany system penalizacji i premiowania wykonawców. Celem wspomnianej normatywy jest też propagowanie otwartej dyskusji z udziałem społeczności lokalnych na temat planowanych wielkich robót publicznych, w aspekcie ich wpływu na środowisko oraz na lokalne struktury społeczno-ekonomiczne.

Regulacje kodeksowe – wybrane zagadnienia

Kodeks wprowadził nowy system centralizacji i kwalifikacji instytucji zamawiających, którego celem jest zmniejszenie ich ilości oraz dopuszczenie do samodzielnego udzielania zamówień publicznych tylko te, które spełniają kryteria jakości, sprawności i profesjonalizmu ustalone przez Krajowy Urząd Antykorupcyjny. Obowiązkowa centralizacja zamawiającego polega na stworzeniu jednolitego rejestru instytucji zamawiających, do którego mogą być wpisani jedynie ci zamawiający, którzy uzyskali wspomnianą powyżej kwalifikację i pozostawieniu tym którzy jej nie posiadają, możliwości udzielenia zamówienia jedynie w ramach bardzo ograniczonych kwot. Jak chodzi o zamówienia wyższej wartości (przekraczające 40 tys. euro co do usług i dostaw oraz 150 tys. euro jak chodzi o roboty budowlane) instytucje nie posiadające kwalifikacji mają też możliwość zwrócić się do centrali bądź porozumieć z instytucjami zamawiającymi, które uzyskały wymagane prawem kwalifikacje. Pojawiają się jednak trudności w zdefiniowaniu cha-

rakteru prawnego oraz w szczegółowym określeniu zakresu kompetencji i odpowiedzialności wspomnianych podmiotów w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamówienia mają być udzielane zgodnie z zasadami: oszczędności, skuteczności, szybkości, a także konkurencyjności, niedyskryminowania, przejrzystości, proporcjonalności i jawności w zakresie ustalonym w kodeksie oraz innych ustawach. W niektórych sytuacjach zasada oszczędności może być podporządkowana kryteriom wynikającym z konieczności chronienia innych, poza ekonomicznymi, wartości takich jak: potrzeba ochrony zdrowia, środowiska, dziedzictwa kulturowego oraz zrównoważonego rozwoju również z punktu widzenia energetycznego.

Udzielenie zamówienia odbywa się w oparciu o uregulowane w Kodeksie procedury: otwarte, ograniczone, negocjacyjne z pierwiastkiem konkurencyjności, negocjacyjne bez upublicznienia zamiaru udzielenia zamówienia oraz dialog konkurencyjny. Dążąc do uproszczania i zwiększenia skuteczności procedur stosowanych w ramach zamówień, których wartość jest niższa od europejskich progów kwotowych, wprowadzono rozwiązania mające zapewnić prostotę i zarazem szybkość postępowania przy równoczesnym zachowaniu zasad przejrzystości i bezstronności[6]. Zgodnie z regulacją Kodeksu, instytucje zamawiające udzielają zamówień na roboty budowlane, usługi i dostawy, których wartość jest niższa od progów określonych w art. 35[7], w oparciu o uproszczone procedury ustanowione w art. 36 Kodeksu. W wypadku zamówień poniżej progu 40 tys. euro przewidziana została możliwość tzw. bezpośredniego udzielenia zamówienia; w zamówieniach na usługi lub dostawy, których wartość zawiera się w kwocie od 40 tys. do 144 tys. euro (do 150 tys. euro dla robót budowlanych) stosowana jest procedura negocjacyjna po uprzednich konsultacjach z co najmniej 5-cioma (10-cioma w wypadku robót budowlanych) wykonawcami, wybranymi w ramach sondażu rynku lub z odpowiednich list, z zachowaniem zasady rotacji podmiotów zapraszanych do negocjacji. W wypadku robót budowlanych, przy zamówieniach od 150 tys. do 1 mln euro, stosowana jest procedura negocjacyjna, przy czym do negocjacji zapraszanych ma być co najmniej 15-tu wykonawców[8]. Zgodnie z zasadą jawności, ogłoszenie informujące o wyniku powyższych procedur powinno zawierać informacje odnośnie

[6] Por. M. F. Mattei, *I contratti pubblici sotto soglia*, Roma 2017 s. 11-12

[7] Od dnia 01 stycznia 2018 roku progi te wynoszą odpowiednio: 144.000 € przy zamówieniach na dostawy lub usługi oraz 5.548.000 € przy zamówieniach na roboty budowlane (dotyczy zamawiających z pionu centralnej administracji rządowej); 221.000 € przy zamówieniach na dostawy lub usługi oraz 5.548.000 € przy zamówieniu na roboty budowlane (dotyczy zamawiających z poza pionu centralnej administracji rządowej); natomiast w odniesieniu do zamawiających sektorowych próg dla dostaw lub usług wynosi 443.000 €, a dla robót budowlanych 5.548.000 €.

[8] Zmiany wprowadzone przez *Decreto legislativo 19 Aprile 2017, N. 56 Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50* (G.U. n. 103 del 05 maggio 2017)

podmiotów zaproszonych do negocjacji. Dla robót powyżej 1 mln euro zastosowanie mają natomiast zwykłe („unijne") procedury.

Selekcja wykonawców, odbywa się w oparciu o trzy kategorie kryteriów oceny zdolności wykonawcy do zrealizowania danego zamówienia, przewidzianych w Kodeksie, takie jak: uprawnienia wykonawcy, jego zdolność ekonomiczna i finansowa oraz zdolność techniczna i zawodowa. Kodeks wprowadza też przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku skazania go prawomocnym wyrokiem za dokonanie lub usiłowanie popełnienia przestępstwa, takiego jak m.in.: oszustwa na szkodę interesów finansowych Wspólnot Europejskich w rozumieniu art. 1 Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich; działań o charakterze terrorystycznym oraz zmierzających do obalenia porządku konstytucyjnego państwa; „prania pieniędzy" pochodzących z działalności przestępczej, handlu ludźmi; przestępstw przeciw prawom nieletnich wykonujących pracę zarobkową oraz każdego innego przestępstwa, za które orzeczono karę dodatkową zakazu ubiegania się o zamówienia (jeżeli nie został określony czas trwania kary dodatkowej to wynosi on 5 lat chyba że kara główna została wymierzona na okres krótszy niż 5 lat, w takim przypadku kara dodatkowa trwa tyle co kara główna)[9].

Wykluczeniu podlegają także wykonawcy, którzy zalegają z uiszczaniem podatków lub składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne[10]. Ponadto zamawiający wyklucza z uczestnictwa w przetargu: wykonawcę i podwykonawcę, któremu zostanie udowodnione poważne naruszenie przepisów dotyczących bezpieczeństwa i higieny pracy; wykonawcę, który znajduje się w stanie upadłości czy też likwidacji; wykonawcę, któremu udowodniono poważne uchybienia zawodowe skutkujące utratą wiarygodności - np. w związku niewłaściwym wykonaniem poprzedniego zamówienia publicznego powodującym rozwiązanie umowy albo zobowiązanie do zapłaty odszkodowania w drodze wyroku sądowego; wykonawcę usiłującego uzyskać od zamawiającego poufnych informacji dla własnych korzyści; wykonawcę, który złożył fałszywe oświadczenia albo fałszywą dokumentację lub zataił informacje ważne dla prawidłowego przebiegu przetargu.

---

[9] Przytoczne powyżej przesłanki odnoszą się do prawomocnych wyroków skazujących, orzeczonych w stosunku do: przedsiębiorcy albo dyrektora technicznego w razie prowadzenia indywidualnej działalności gospodarczej, wspólnika w spółce jawnej, komplementariusza w spółce komandytowej albo dyrektora technicznego; wspólnika większościowego w przypadku innych spółek lub konsorcjów. Wykluczenia dotyczą także tych osób, które na rok przed ogłoszeniem przetargu zaprzestały pełnienia ww. funkcji, chyba że wykażą, że całkowicie zaprzestały działalności podlegającej karze.

[10] Od wykluczenia można odstąpić jeżeli wykonawca uiścił zaległe podatki lub składki na ubezpieczenia społeczne, przy czym zapłata zaległości musi nastąpić przed upływem terminu do składania ofert.

W kwestii wyboru oferty oraz kryteriów oceny ofert, Kodeks przewiduje zarówno kryterium najniższej ceny jak i oferty najkorzystniejszej ekonomicznie czyli takiej, która przedstawia najkorzystniejszy bilans jakości i ceny bądź też kosztów związanych z cyklem życia produktu, przy czym w przypadku niektórych rodzajów zamówień dopuszczona została wyłącznie możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Realizując obowiązki wynikające z implementacji dyrektyw europejskich z 2014 ustanowiono w Kodeksie, iż komunikacja oraz wymiana informacji między zamawiającym a wykonawcami – na poziomie centrali zamawiających - odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (tak jak przewiduje to również tzw. Kodeks administracji cyfrowej); analogicznie (obligatoryjnie od 18.10.2018) na poziomie kwalifikowanych jednostek zamawiających. W przepisach wykonawczych doprecyzowano natomiast sposób, w jaki będzie się ona odbywać oraz zasady, na jakich podmioty uczestniczące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będą mogły korzystać z baz danych będących w posiadaniu organów administracji publicznej. W ramach przejrzystości działań administracji publicznej Kodeks przewiduje też darmowy dostęp do zgromadzonej w formie elektronicznej dokumentacji.

Reforma kodeksu zamówień publicznych

W ciągu trzech lat obowiązywania Kodeksu zamówień publicznych wprowadzono do niego wiele zmian, z których najbardziej istotne zostały zawarte w ustawie zatytułowanej „Przekształcenie w ustawę, wraz z odpowiednimi zmianami, dekretu z mocą ustawy nr 32 z dnia 18 kwietnia 2019 r., wydanego w celu „ożywienia sektora zamówień publicznych, przyspieszenia prac infrastrukturalnych, rewitalizacji i odbudowy miast po trzęsieniach ziemi"[11]. Jest to pierwsza część, zawierająca zmiany uznane za najpilniejsze, z zaplanowanej przez włoski Rząd dogłębnej, dwufazowej reformy prawa zamówień publicznych[12]. Faza druga zapoczątkowana została przyjęciem wytycznych co do treści nowego aktu normatywnego, całościowo regulującego zamówienia publiczne[13]. Obejmują one kwestie takie jak: przywrócenie prostoty i jasności przepisów; zapewnienie szybkości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz terminowości ich realizacji, a także sprawnego zarządzania nimi, w celu skrócenia czasu ich realizacji, m.in. poprzez ograniczenie poziomów regulacji do minimum wymaganego

[11] Ustawa n. 55 z dnia 14 czerwca 2019 (G.U. nr 140 z dnia 17. 06 2019 r).

[12] https://www.lavoripubblici.it/news/2018/12/LAVORI-PUBBLICI/21270/Codice-dei-contratti-Il-Governo-chiede-una-delega-quasi-in-bianco [dostęp: 10.07.2019]

[13] https://www.infoappalti.com/sezioni/notizie/appalti/2019-03-05-codice-appalti-via-libera-alla-legge-delega.htm [dostęp: 10.07.2019]

przez dyrektywy europejskie; zredukowanie, do absolutnie niezbędnych, odesłań do źródeł pozaustawowych; zapewnienie odpowiednio zróżnicowanych poziomów regulacji w zależności do wartości przedmiotu zamówienia, wprowadzając maksymalne uproszczenie i szybkość postępowania dla zamówień poniżej kwot progowych unijnych; promowanie większej swobody decyzyjnej, a zarazem większej odpowiedzialności instytucji zamawiających; zapewnienie niezbędnej elastyczności w dokonywaniu wyboru wykonawców, poprzez udostępnienie zamawiającym środków i narzędzi wsparcia na drodze współpracy z organami administracji publicznej; racjonalizacja metod rozwiązywania sporów, w tym alternatywnych dla sądowych środków odwoławczych; zwiększenie pewności stosowania norm poprzez niewiążące akty interpretacyjne ANAC mających na celu wyjaśnienie zakresu i skutków organizacyjnych wymogów określonych w kodeksie; wzmocnienie nadzoru opartego na współpracy i działalności doradczej na wniosek poszczególnych instytucji zamawiających lub wykonawców[14].

Pilną potrzebę reformy prawa zamówień publicznych potwierdzają m.in. statystyki prowadzone przez Ministerstwo Infrastruktury i Transportu, z których wynika, iż w ciągu ostatnich 10 lat poziom wydatków publicznych na prace infrastrukturalne związane z siecią drogową spadł aż o 21%. Z badań prowadzonych przez ośrodki badawcze wynika, iż w 2018 r. poziom inwestycji realizowanych przy użyciu robót publicznych był nadal bardzo odległy od poziomu sprzed kryzysu ekonomicznego z 2008 r. i kształtował się na poziomie około 13 mld euro. Prawie dokładnie taką kwotę państwo włoskie wydawało na wspomniane cele w pierwszych latach XXI wieku[15], co czyni Włochy jednym z uprzemysłowionych krajów europejskich o najniższym wskaźniku inwestycji w infrastrukturę transportową. Polityka stałego redukowania długu publicznego oraz realny brak środków finansowych na nowe inwestycje nie jest jednak jedyną przyczyną wspomnianego stanu rzeczy, zauważyć można bowiem, że nawet w wypadku istnienia pewnych zasobów finansowych, nie są one wydatkowane. Ministerstwo Infrastruktury i Transportu poinformowało też, że obecnie na terenie Włoch istnieje ponad 600 dużych niedokończonych robót publicznych o wartości prawie 4 mld euro. Dochodzą do tego liczne roboty publiczne o mniejszych rozmiarach rozsiane po obszarze całego kraju, które zostały zablokowane - najczęściej z powodu toczącego się sporu sądowego lub z powodu oczekiwania na wydanie przez administrację publiczną wymaganego przez prawo ze-

[14] Por. Disegno di legge recante delega al governo per la semplificazione, la razionalizzazione,il riordino,il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici. Assegnato alla 8ª Commissione permanente (Lavori pubblici, comunicazioni) in sede referente il 15 aprile 2019. Annuncio nella seduta n. 108 del 16 aprile 2019. http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/51508.htm# [dostęp: 10.07.2019]

[15] https://www.lavoripubblici.it/news/2019/07/LAVORI-PUBBLICI/22362/Sblocca-Cantieri-per-gli-Ingegneri-CNI-solo-un-palliativo-per-i-problemi-del-Paese [dostęp: 10.07.2019]

zwolenia.[16] Sumaryczna wartość robót publicznych tego typu to około 36 miliardów euro[17]. Dążąc do ich odblokowania wprowadzono więc, w trybie pilnym, zmiany w przepisach regulujących zamówienia publiczne, uchwalając ustawę znaną pod nazwą ustawy „odblokowującej roboty publiczne" (*Legge Sblocca Cantieri*)[18].

Artykuł 1 ust. 1 wspomnianej ustawy stanowi, że do dnia 31 grudnia 2020 r. zawiesza się, „tytułem próby", stosowanie normy przewidzianej w art. 59 ust. 1 zdanie czwarte Kodeksu, która wprowadziła zakaz udzielania „zamówień zintegrowanych", tj. zamówień obejmujących jednocześnie zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Zawieszono też stosowanie art. 37 ust. 4 Kodeksu, który wyłączał możliwość samodzielnego udzielania zamówienia przez gminy niebędące stolicami prowincji nakładając na nie obowiązek korzystania przy tym z pośrednictwa centralnych jednostek zakupujących bądź też związków gmin.

Zmieniono art. 86 Kodeksu poprzez dodanie ust. 2-bis. W szczególności stanowi się, że dokumenty oraz certyfikaty służące do wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy i podwykonawców są ważne przez okres sześciu miesięcy od daty ich wydania. Natomiast w przypadku zaświadczeń i dokumentów uprzednio złożonych i wygasłych, jednak nie później niż od sześćdziesięciu dni, o ile procedura udzielenia zamówienia jest w toku, instytucja zamawiająca może przystąpić do weryfikacji ewentualnych powodów wykluczenia, zwracając się do jednostek certyfikujących o potwierdzenie treści wydanego uprzednio zaświadczenia.

W celu zapobiegania ewentualnym sporom, które mogłyby powstać w trakcie wykonywania umowy, umożliwia się stronom powołanie, przed rozpoczęciem realizacji zamówienia, a w każdym razie nie później niż dziewięćdziesiąt dni od daty jego rozpoczęcia, tzw. zespołu doradztwa technicznego. Zespół ten, udzielając doradztwa technicznego ma służyć im pomocą w szybkim rozstrzyganiu ewentualnych sporów, które mogłyby wyniknąć w trakcie realizacji umowy.

Zmiany dotyczą też tzw. Rady ds. Robót Publicznych. W okresie do dnia 31 grudnia 2020 r. podniesiona zostaje z 50 mln EUR do 75 mln EUR wartość zamówienia, powyżej której istnieje obowiązek uzyskania opinii wspomnianej Rady co do udzielanego zamówienia. Skrócony też został czas na jej wyrażenie – wynosi on 45 dni od momentu zgłoszenia przez instytucję zamawiającą zamiaru udzielenia zamówienia. Przy tej okazji Rada dokonu-

[16] https://www.ilfoglio.it/economia/2019/03/21/news/la-mappa-dell-italia-bloccata-244496/ [dostęp: 10.07.2019]

[17] https://www.teleborsa.it/News/2019/03/11/opere-bloccate-valgono-36-miliardi-salvini-in-arrivo-dl-sblocca-cantieri-25.html [dostęp: 10.07.2019]

[18] Por. Decreto c.d. Sblocca Cantieri (D.L. 32 del 18 aprile 2019) Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 92 del 18 aprile 2019, convertito con L. n. 55 del 14 giugno 2019 (entrata in vigore il 18 giugno 2019) Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n.140 del 17-06-2019.

je również oceny adekwatności planowanych kosztów zamówienia Ponadto instytucje zamawiające, niezależnie od wartości przedmiotu zamówienia, mogą na etapie zatwierdzenia końcowego projektu umowy o udzielenie zamówienia lub przyznania na nie środków finansowych, wystąpić do Rady o ocenę adekwatności kosztów zamówienia. Jeżeli wspomniana opinia nie zostanie wyrażona w ciągu 30 dni, instytucja zamawiająca może przystąpić do udzielenia zamówienia.

Zmieniono art. 35 pkt 18 Kodeksu, przewidując rozciągnięcie 20% zaliczki na wszystkie rodzaje zamówień, a więc również na usługi i dostawy, podczas gdy poprzednio stosowana ona była tylko w wypadku robót budowlanych.

Jedna z ważniejszych modyfikacji dotyczy reguł udzielania zamówień o wartości poniżej progów kwotowych unijnych[19]. W szczególności nowe przepisy przewidują, iż:

- w przypadku zamówień o wartości równej lub wyższej niż 40.000 euro i niższej niż 150.000 euro na roboty budowlane, lub na poziomie progów określonych w art. 35 kodeksu dla dostaw i usług, możliwe jest tzw. bezpośrednie udzielenie zamówienia, po uprzednim dokonaniu oceny co najmniej trzech kosztorysów, w przypadku robót budowlanych oraz co najmniej pięciu w przypadku usług i dostaw, sporządzonych przez wykonawców zindywidualizowanych na podstawie sondażu rynku lub na podstawie wykazów podmiotów gospodarczych, zgodnie z kryterium rotacji zaproszeń;
- w przypadku zamówień na roboty budowlane o wartości równej lub wyższej niż 150.000 euro i niższej niż 350.000 euro, stosowana jest procedura negocjacyjna po uprzednich konsultacjach z co najmniej 10-cioma wykonawcami, wybranymi w ramach sondażu rynku lub z odpowiednich list, z zachowaniem zasady rotacji podmiotów zapraszanych do negocjacji;
- w przypadku zamówień na roboty budowlane o wartości 350.000 euro lub większej, ale mniejszej niż 1.000.000 euro i usług, stosowana jest procedura negocjacyjna po uprzednich konsultacjach z co najmniej 15-cioma wykonawcami, wybranymi w ramach sondażu rynku lub z odpowiednich list, z zachowaniem zasady rotacji podmiotów zapraszanych do negocjacji;
- w odniesieniu do udzielania zamówień na roboty budowlane o wartości 1.000.000 euro lub więcej i do wysokości progów określonych w art. 35, stosowane są procedury określone w art. 60 Kodeksu, z zachowaniem przepisów zawartych w art. 97 ust. 8.

[19] https://www.altalex.com/documents/leggi/2019/07/02/sblocca-cantieri#modifiche%20generali [dostęp: 10.07.2019]

Podsumowanie

Zapoczątkowana obecnie reforma zamówień publicznych ma do zrealizowania dwa podstawowe zadania: ożywienie sektora inwestycji publicznych we Włoszech oraz wyeliminowanie wad i braków regulacji Kodeksu zamówień publicznych, które wyszły na jaw podczas jego trzechletniego obowiązywania. W ciągu ostatnich 10 lat podejmowano rozmaite próby ożywienia sektora robót publicznych kładąc nieproporcjonalnie duży nacisk na stworzenie rozwiniętego systemu kontroli, co jak się okazało, nie przyczyniło się bynajmniej do poprawy jakości działań publicznych. Stąd też decyzja o wyeliminowaniu lub zawieszeniu w trybie pilnym szczególnie krytykowanych przez zamawiających i wykonawców przepisów. Wiodącą ideą reformy jest wprowadzenie prostej i jasnej regulacji zamówień, a także ograniczenie jej rozmiaru oraz występujących w niej odesłań do innych źródeł prawa. Ma ona też na celu zmniejszenie obciążeń, zarówno biurokratycznych jak i regulacyjnych, spoczywających na podmiotach gospodarczych oraz na instytucjach zamawiających, związanych z przestrzeganiem przepisów prawa zamówień publicznych.

Ambroży Mituś

Cyrkularne zamówienia publiczne jako instrument realizacji celów środowiskowych

Abstrakt

Problematyka cyrkularnych zamówień publicznych wiąże się z tzw. gospodarką obiegu zamkniętego (GOZ), według której produkty itp. powinny być wielokrotnie wykorzystywane oraz powinny utrzymywać swą wartość tak długo, jak to możliwe. Stąd przyjmuję, że przedmiotem zamówień cyrkularnych są produkty, które są wytwarzane zgodnie z koncepcją GOZ i będą dalej po ich użyciu przetwarzane, a więc produkty o tzw. zamkniętym (kołowym) obiegu materiałowym, utrzymujące jak najdłużej swoją wartość i użyteczność.
Cyrkularne zamówienia publiczne są oparte na koncepcji gospodarki o obiegu zamkniętym (kołowym) i zamkniętym łańcuchu wartości. Są częścią zrównoważonych zamówień publicznych; w pewnej części są oparte na idei *Green Public Procurement*.

Abstract

The issues of the circular public procurement are related to the so-called economy of the closed cycle (Circular Economy, CE), according to which products etc. should be repeatedly used and should maintain their value for as long as possible. Therefore I recognize that the subject of circular public procurement are products that are manufactured in accordance with the CE concept and will be further processed after they are used, so products with the so-called closed (circular) material circulation, maintain their value and usefulness as long as possible.
Circular public procurement are based on the concept of a economy of the closed cycle and a closed value chain. They are part of sustainable public procurement; in some part they are based on the idea of Green Public Procurement.

Wprowadzenie

Choć problematyka cyrkularnych zamówień publicznych (*circular public procurement*) pojawiła się kilka lat temu to wciąż w polskiej debacie publicznej i akademickiej ma ona charakter marginalny. Stąd w niniejszym opra-

cowaniu zwracam uwagę na ich istotę oraz wskazuję, że cyrkularne zamówienia publiczne mogą być instrumentem realizacji wielu celów, a przede wszystkim celów środowiskowych. W tym zakresie przybliżam rozwiązania i instytucje prawne, dzięki którym zamówienie publiczne może mieć charakter zamówienia cyrkularnego. Już na wstępie zakładam, że obecny stan prawny jest wystarczający dla realizacji zamówień cyrkularnych, co nie oznacza, że nie można postulować wprowadzenia „nowych" rozwiązań usprawniających.

Gospodarka obiegu zamkniętego i cyrkularne zamówienia publiczne

Problematyka cyrkularnych zamówień publicznych wiąże się z tzw. gospodarką obiegu zamkniętego (*circular economy*), według której[1]:

- produkty, materiały i surowce powinny być wielokrotnie wykorzystywane oraz powinny być w ciągłym przepływie i utrzymywać swą wartość tak długo, jak to możliwe;
- wytwarzanie odpadów jest ograniczone do minimum, gdyż produkt wykorzystany z powrotem wraca do gospodarki jako surowiec.

W założeniu gospodarka obiegu zamkniętego (GOZ) ma istotnie przyczynić się do „stworzenia zrównoważonej, niskoemisyjnej, zasobooszczędnej i konkurencyjnej gospodarki"[2]. W ramach GOZ wyróżnia się wiele modeli biznesowych, wśród których zasadnicze znaczenie mają: a) zamknięte łańcuchy dostaw (dotyczy produktów / materiałów, które są całkowicie odnawialne, nadają się do recyklingu lub są biodegradowalne); b) odzyskiwanie i recykling (dotyczy produktów / materiałów, które dotychczas były uznawane za odpady, a które mogą być ponownie użyte lub mogą mieć nowe zastosowanie); c) wydłużanie życia produktu (dotyczy produktów, które można naprawiać, ulepszać, dokonywać renowacji i odsprzedać dalej); d) platformy współdzielenia (dotyczy produktów, które są rzadko używane przez jednego nabywcę, a mogą być wynajmowane, wypożyczane itp.); e) produkt jako usługa (dotyczy produktów, których całkowity koszt posiadania ponoszą wytwórcy i sprzedawcy; w takim modelu wytwórcy i sprzedawcy koncentrują się na wydajności, trwałości, niezawodności i ponow-

[1] Komisja Europejska, *Zamknięcie obiegu – plan działania UE dotyczący gospodarki o obiegu zamkniętym. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów*, COM(2015) 614 final, Bruksela 2015, s. 2; Schuttelaar & Partners en ABN AMRO, *Circular Economy Guide. Wegwijzer circulair ondernemen*, ABN AMRO, januari 2016, s. 7-8.

[2] Komisja Europejska, *Zamknięcie obiegu …*, s. 2; zob. także: *Growth within: a circular economy vision for a competitive Europe*, raport opracowany przez Ellen MacArthur Foundation, McKinsey Centre for Business and Environment oraz Stiftungsfonds für Umweltökonomie und Nachhaltigkeit (SUN), June 2015.

nym użyciu produktu)[3]. Niektóre z propozycji rozwiązań mają nawet swoje nazwy lub akronimy, jak np. ReSOLVE, który składa się z sześciu modeli biznesowych: regeneracji (*Regenerate*), współdzielenia (*Share*), optymalizacji (*Optimise*), zapętlania (*Loop*), wirtualizacji (*Virtualise*) i wymiany (*Exchange*)[4].

Cyrkularne zamówienia publiczne to zamówienia wpisujące się w problematykę zrównoważonego rozwoju[5], zrównoważonych zamówień publicznych i oparte w pewnej części na idei zielonych zamówień publicznych (*Green Public Procurement*)[6]. Przy czym nie można postawić znaku równości między zielonymi[7] a cyrkularnymi zamówieniami publicznymi, gdyż zielone zamówienia publiczne są oparte na koncepcji gospodarki linearnej (nabyć – użyć – wyrzucić) i otwartym łańcuchu dostaw. Natomiast cyrkularne zamówienia publiczne są oparte na koncepcji gospodarki o obiegu zamkniętym (kołowym) i zamkniętym łańcuchu dostaw / wartości.

Zamówienia cyrkularne wpisując się w zrównoważone, zielone zamówienia publiczne mają oparcie w dokumentach i regulacjach unijnych i krajowych[8]. W zakresie zamówień publicznych należy tu przede wszystkim wskazać Dyrektywę o zamówieniach publicznych (2014/24/UE)[9], która daje zamawiającym możliwość nabycia różnych innowacyjnych rozwiązań; która stymuluje współpracę między różnymi podmiotami w procesie udzielania zamówień, a także umożliwia lub wręcz promuje kalkulację kosztów cyklu życia produktu (zob.: art. 67 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE).

Aby dane zamówienie było zamówieniem cyrkularnym to jego przedmiotem powinny być[10]:

- produkty o jak najwyższej, a zarazem adekwatnej do potrzeb jakości, które wpisują się w koncepcję GOZ (tj. produkty dające się regenerować, naprawiać, ulepszać lub wielokrotnie zastosować, a więc takie, które zasadniczo nie generują odpadów; to także produkty, które stymulują oszczędność energii i surowców), oraz

[3] *Od odpadów do bogactwa*, Streszczenie: P. Lacy, J. Rutqvist, *Waste to Wealth. The Circular Economy Advantage*, Palgrave Macmillan, [w:] M. Karwacka (red.), P. Łuba (red.), *W kierunku gospodarki obiegu zamkniętego. Wyzwania i szanse*, Koalicja na rzecz Gospodarki Obiegu Zamkniętego Reconomy, Warszawa 2016, s. 7-8.

[4] *Growth within: a circular economy …*, s. 25-26.

[5] Zob.: art. 5 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.); art. 3 pkt 50 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2018 r., poz. 799 z późn. zm.).

[6] Por.: K. Alhola, H. Salmenperä, S.-O. Ryding, N. J. Busch, *Circular Public Procurement in the Nordic Countries*, Nordic Council of Ministers 2017, TemaNord 2017:512, http://dx.doi.org/10.6027/TN2017-512, s. 5.

[7] Zob. m.in.: *Ekologiczne zakupy!, Podręcznik dotyczący zielonych zamówień publicznych*, Urząd Publikacji Unii Europejskiej, Luksemburg 2016, doi: 10.2779/837689.

[8] Zob.: https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/zrownowazone-zamowienia-publiczne (13.07.2019 r.).

[9] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE L Nr 94, poz. 65 z późn. zm.).

[10] Por.: K. Alhola, H. Salmenperä, S.-O. Ryding, N. J. Busch, *Circular Public Procurement …*, s. 9, 11-12.

- produkty, które wprawdzie nie dają się regenerować, naprawiać, ulepszać czy wielokrotnie stosować, lecz mogą zostać wykorzystane jak surowiec do wytworzenia nowych produktów w ramach określonego zamkniętego (eko)systemu.

Tak więc przyjmuję, że przedmiotem zamówień cyrkularnych są produkty, które są wytwarzane zgodnie z koncepcją GOZ i będą dalej po ich użyciu przetwarzane, a więc produkty o tzw. zamkniętym (kołowym) obiegu materiałowym, utrzymujące jak najdłużej swoją wartość i użyteczność.

Można wyróżnić trzy typy / poziomy realizacji zamówień cyrkularnych: 1) poziom systemu / zamawiającego – to zamawiający tworzy u siebie określone rozwiązania (np. korzystając z produktu na podstawie umowy najmu, dzierżawy albo nabywając produkt, który można ulepszać, poddać demontażowi, recyklingowi itp.; 2) poziom dostawców – to dostawcy mogą tworzyć u siebie określone rozwiązania spełniające założenia zamówień cyrkularnych (np. poprzez szerszy zakres prac serwisowych, obsługę produktu podczas świadczenia usługi, a po okresie życia produktu – regeneracja i ponowne użycie); 3) poziom produktu – skupiamy się wyłącznie na produkcie (np. tworzenie produktu, który po użyciu można poddać recyklingowi, zdemontować, zregenerować i ponownie użyć; to produkt wydajny i trwały)[11].

W praktyce realizację cyrkularnych zamówień publicznych wesprzeć mogą różnego rodzaju programy publiczne stymulujące wdrażanie koncepcji GOZ, stawiające sobie za cel choćby tylko szersze wykorzystanie recyklingu oraz ograniczenie liczby odpadów.

Cel w realizacji zamówień publicznych

Realizując różnego rodzaju zadania publiczne nie sposób nie zetknąć się z zamówieniami publicznymi, w praktyce postrzeganymi przez zamawiających jako sformalizowana, a zarazem niezbędna do przeprowadzenia procedura. Niejednokrotnie można mieć wrażenie, że sukcesem dla zamawiającego jest prawidłowo przeprowadzone postępowanie, a czasami dodatkowo – terminowe wydatkowanie środków pieniężnych. Natomiast na dalszy plan schodzi kwestia, w jakim zakresie zamówienie – rozumiane jako nabywanie dóbr i usług niezależnie od ich wartości, sposobu czy podstawy prawnej nabycia – zaspokaja określone potrzeby[12].

Jednym z głównych celów każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór wykonawcy, który daje gwarancję należytego wykonania zamówienia, a którego oferta jest ofertą najkorzystniejszą.

[11] European Commission, *Public procurement for a circular economy. Good practice and guidance*, European Union, 2017, s. 6.

[12] Zob.: M. Gnela, A. Mituś, *Ekspertyza. Propozycje usprawnień w zakresie zamówień publicznych udzielanych przez jednostki samorządu terytorialnego*, MSAP UEK, Kraków 2015, s. 3.

Osiągnięciu tego celu służą w szczególności opis przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert, a także stawiane wykonawcom warunki udziału w postępowaniu oraz warunki realizacji zamówienia. Przy czym nie ulega wątpliwości, że to nie jedyny cel zamówień publicznych, na które należy spojrzeć jak na instrument / narzędzie realizacji różnego rodzaju celów społeczno-gospodarczych, w tym celów z zakresu zrównoważonego rozwoju. Dlatego zamawiający przygotowując postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oprócz skupienia się na osiągnięciu pierwszoplanowych celów i korzyści jakie mogą zostać osiągnięte poprzez realizację konkretnego zamówienia powinien zwrócić także uwagę na możliwość osiągnięcia innych, dodatkowych celów (np. celów środowiskowych)[13]. W ten sposób oprócz osiągania celów głównych, zaspokajających podstawowe potrzeby (np. transport miejski, budowa drogi) osiągane będą cele dodatkowe (np. społeczne, środowiskowe, rozwojowe itp.).

Możliwość realizacji różnych celów polityk publicznych – dzięki czemu może nastąpić zwiększenie efektu wydatkowanych środków publicznych – przewiduje przede wszystkim przywołana już Dyrektywa 2014/24/UE, która w pkt 123 swej preambuły expressis verbis stwierdza, że „aby w pełni wykorzystać potencjał zamówień publicznych w realizacji celów strategii „Europa 2020" na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, zamówienia środowiskowe, społeczne i innowacyjne także będą musiały odegrać swoją rolę"; podobnie pkt 47, w którym czytamy, że „organy publiczne powinny optymalnie pod względem strategicznym wykorzystać zamówienia publiczne w celu wspierania innowacji".

Niewątpliwie szczególną możność realizacji różnych celów, w tym celów środowiskowych mają jednostki samorządu terytorialnego, a przede wszystkim samorząd gminny wykonujący wiele zadań publicznych. W szczególności taki zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przygotowując opis przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert, czy też warunki udziału w postępowaniu powinien zadać sobie pytanie: jakie potrzeby i oczekiwania mieszkańców zaspokoi lub przyczyni się do zaspokojenia realizacja konkretnego zamówienia[14]. Wyznaczanie celów w realizacji zamówień publicznych ma jeszcze tę właściwość, że pozwala określić, w jakim stopniu osiągnięto postawiony cel; w jakim stopniu zaspokojono zidentyfikowaną potrzebę. Jest to możliwe dzięki temu, że realizację celów i zadań można monitorować w ramach funkcjonującej u zamawiających kontroli zarządczej. Dzięki jej rozwiązaniom można także korygować podejmowane działania, tak aby jak najpeł-

[13] Zob.: Ibidem, s. 12.

[14] Zob.: M. Gnela, A. Mituś, *Ekspertyza. Propozycje usprawnień …*, s. 12.

niej osiągać wyznaczane cele[15]. Dlatego w tym kontekście należy szczególnie podkreślić, że zamawiający realizując zadania publiczne powinien myśleć celami (np. w zakresie planowania przestrzennego, w zakresie infrastruktury transportu publicznego itd.), a jednymi z tych celów powinny być cele wpisujące się w istotę zrównoważonych zamówień publicznych / istotę zamówień cyrkularnych. *Notabene* znana od dawna reguła „*Good procurement is sustainable procurement*" w odniesieniu do cyrkularnych zamówień publicznych nabiera szczególnego znaczenia.

Tak więc, aby w pełni wykorzystać potencjał zamówień publicznych, w tym zamówień cyrkularnych należy przed przygotowaniem postępowania zidentyfikować potrzeby, a następnie określić, czy można je zaspokoić, a jeśli tak to jak? Należy również postawić określone cele i wytyczyć drogę prowadzącą do ich osiągnięcia. Odpowiednio wcześniej (przed zamiarem uruchomienia postępowania) zamawiający powinien zakomunikować swoje potrzeby i cele, aby rynek / wykonawcy mieli odpowiedni czas na przygotowanie się do zamówienia i złożenia oferty. Temu służyć powinny m.in. plany zamówień publicznych, rozeznanie rynku, dialog i partnerstwo innowacyjne.

Opis przedmiotu zamówienia i kryteria oceny ofert

Niewątpliwie nabywany produkt lub usługa powinny być adekwatne do potrzeb, bo tylko wtedy zaspokoją określone potrzeby, a poniesiony wydatek będzie celowy[16]. Jednak aby tak było nabywany produkt lub usługa, a więc przedmiot zamówienia musi być odpowiednio opisany. Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych[17] przedmiot zamówienia musi odpowiadać określonym wymogom formalnym / techniczno-prawnym (tzn. powinien być opisany jednoznacznie, wyczerpująco itd.) oraz wymogom materialnym (tzn. opis nie może być sporządzony w taki sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję). Wymogi te doprecyzowuje ust. 3, który stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów

[15] Na temat celów i kontroli zarządczej zob. m.in.: A. Mituś, *Cel w administracji publicznej i prawie administracyjnym. Studium teoretycznoprawne*, wyd. I, Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warszawa 2018; A. Mituś, *Wybrane zagadnienia z zakresu kontroli zarządczej w jednostkach samorządu terytorialnego*, Zarządzanie Publiczne Nr 3(41)/2017, s. 70-82, doi: https://doi.org/10.15678/ZP.2017.41.3.05.

[16] Zob.: art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 869 z późn. zm.).

[17] Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), dalej jako u.p.z.p.

(…). Te wymogi i zasady, co oczywiste, odnoszą się także do cyrkularnych zamówień publicznych. Niemniej jednak należy mieć na uwadze, że nie każdy przedmiot zamówienia jest możliwy do realizacji w tym samym stopniu w duchu koncepcji GOZ. Raczej właściwszym jest mówić o pewnych obszarach, w których zastosowanie tej koncepcji jest bardziej lub mniej możliwe. Przykładowo, w budownictwie zastosowane materiały mogą pochodzić z recyklingu i być ponownie użyte; w zamówienia cyrkularne wpisuje się także budowa obiektów samowystarczalnych, np. w zakresie energii elektrycznej. Z kolei w sektorze energetycznym, czy też transportowym realizacja zamówień cyrkularnych wpisuje się np. w systemy produkcji bioenergii, które zasadniczo opierają się na współpracy między różnymi podmiotami w zamkniętych łańcuchach dostaw. Zamówienia cyrkularne są możliwe do realizacji także w sektorze meblarskim, sprzętu komputerowego itd.

W literaturze wyróżnia się co najmniej cztery podejścia do realizacji cyrkularnych zamówień publicznych: 1) przedmiot zamówienia obejmuje stosowanie kryteriów z zakresu recyklingu, np. ilość materiałów możliwych do ponownego użycia, czy też nabywanie dóbr wytworzonych z materiałów pochodzących z recyklingu (I poziom – produkty lepszej jakości); 2) przedmiot zamówienia obejmuje innowacyjne produkty, które jeszcze bardziej niż dotychczas wykorzystują możliwości recyklingu i cechują się dłuższą żywotnością (II poziom – nowe produkty); 3) przedmiot zamówienia jest oparty na założeniu – „kupuj usługę, nie produkt", np. na podstawie umowy leasingu, wspólnego użytkowania (III poziom – nowe koncepcje biznesowe); 4) przedmiot zamówienia promuje ekosystemy / ekosieci oparte na partnerstwie podmiotów, gdzie odpad u jednego staje się surowcem u innego (IV poziom – zamknięty ekosystemy)[18].

Mając na uwadze przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jako przepisy, które bezpośrednio odnoszą się do zielonych zamówień publicznych, a nawet zamówień cyrkularnych można wskazać art. 30 ust. 8 pkt 2 u.p.z.p. Stanowi on, że w przypadku zamówień na roboty budowlane zamawiający może wymagać: określonych poziomów oddziaływania na środowisko i klimat; określonej wydajności; bezpieczeństwa lub wymiarów, w tym procedur dotyczących zapewnienia jakości; określonego opakowania i oznakowania; procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia[19]

[18] K. Alhola, H. Salmenperä, S.-O. Ryding, N. J. Busch, *Circular Public Procurement …*, s. 13-14.

[19] Cykl to „szereg czynności, procesów lub zjawisk tworzących zamkniętą całość rozwojową, przypadającą na pewien odcinek czasu i powtarzającą się okresowo" (Wielki słownik języka polskiego ze słownikiem wyrazów bliskoznacznych PWN, Wydawnictwo Naukowe PWN SA 2018). W robotach budowlanych cykl życia to: projektowanie - budowa - użytkowanie - rozbiórka - ponowne użycie materiałów itd.

obiektów budowlanych itd. W odniesieniu do zamówień na dostawy lub usługi podobnie stanowi art. 30 ust. 9 pkt 2 u.p.z.p.[20]

Jeśli chodzi o kryteria oceny ofert to zgodnie z art. 91 ust. 2 u.p.z.p. mogą to być tylko kryteria przedmiotowe, a w szczególności dotyczące: jakości, aspektów społecznych, aspektów środowiskowych i innowacyjnych, serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej itp. W cyrkularnych zamówieniach publicznych cena raczej nie będzie jedynym kryterium oceny ofert. Bo aby tak było, przedmiot zamówienia musiałby być zestandaryzowany, a takie przypadki w zamówieniach cyrkularnych wydają się być rzadkością. Ponieważ w pewnej części zamówienia cyrkularne wpisują się w zielone zamówienia publiczne, to do ich realizacji można także stosować kryteria wypracowane już w tym obszarze. Jako przykładowe kryteria oceny ofert można wskazać: wykorzystanie materiałów pochodzących z recyklingu (np. papier z recyklingu, materiał z przetworzonego plastiku itp.); wskazanie minimalnej ilości surowca z recyklingu użytego do wytworzenia produktu; trwałości materiałów; dostępności części zamiennych i usług naprawczych; wydłużonej żywotności produktów; nietoksyczności; wielkość zużycia energii elektrycznej lub paliwa w fazie użytkowania, dostawa w opakowaniach wielokrotnego użytku, możliwość łatwego demontażu produktów[21] itp. Należy w tym kontekście zauważyć, że na poziomie UE opracowano kryteria dotyczące ekologicznych zamówień publicznych dla ponad dwudziestu grup produktów, aby ułatwić zamawiającym przygotowanie dokumentów przetargowych.

W odniesieniu do zamówień cyrkularnych można stosować przede wszystkim kryteria oparte na kalkulacji kosztów cyklu życia produktu[22], całkowitego kosztu posiadania lub całkowitego kosztu użytkowania, a także kryterium całkowitego kosztu usługi[23]. Oczywiście wymaga to ze strony zamawiającego skupienia się nie tylko na cenie zakupu, lecz spojrzeniu także na koszt zamawiania, używania i przetworzenia zużytego produktu (gospodarowanie odpadami)[24].

Do kryterium kosztu odnosi się wiele przepisów zawartych w art. 91 u.p.z.p. *Expressis verbis* do kosztu cyklu życia odnosi się m.in. art. 91 ust. 2c

[20] Podobne postanowienia zawiera art. 102 ust. 1 i 2 rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624.

[21] Por.: Mervyn Jones (Sustainable Global Resources Ltd), Iben Kinch Sohn, Anne-Mette Lysemose Bendsen (Danish EPA), *Circular Procurement. Best Practice Report*, ICLEI – Local Governments for Sustainability, European Secretariat, May 2017, s. 7.

[22] Definicja ustawa cyklu życia zawarta w art. 2 pkt 1a) u.p.z.p. definiuje go jako „wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcję, transport, używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, logistykę, szkolenie, zużycie, wyburzenie, wycofanie i usuwanie".

[23] Schuttelaar & Partners en ABN AMRO, *Circular Economy Guide …*, s. 63.

[24] Zob.: A. Borowicz, *Rachunek kosztu finalnego w zamówieniach publicznych*, WACETOB-OKRB, Zeszyt 1/2016.

u.p.z.p. stanowiący, że kryteria oceny ofert można zastosować do wszystkich aspektów przedmiotu zamówienia oraz „do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia" [25].

Zgodnie z art. 91 ust. 3b u.p.z.p. kryterium kosztu można określić z wykorzystaniem rachunku kosztów cyklu życia, który może obejmować w szczególności koszty (art. 91 ust. 3c u.p.z.p.): 1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z: nabyciem, użytkowaniem (w szczególności zużycie energii i innych zasobów), utrzymaniem, wycofaniem z eksploatacji (w szczególności koszty zbierania i recyklingu); 2) przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym związane z cyklem życia produktu, usługi lub robót budowlanych dotyczące emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne związane z łagodzeniem zmian klimatu (…)[26].

Tak więc, zważywszy na powyższe można wskazać wiele wymogów / kryteriów mogących mieć zastosowanie w zamówieniach cyrkularnych. Zaliczymy do nich: trwałość (np. wymaganie minimalnej gwarancji i dostępności części zamiennych), efektywność zasobów (np. ustalanie kryteriów wykorzystywania energii elektrycznej w fazie użytkowania; ustalanie kryteriów zużycia paliwa), ponowne użycie (np. wymóg dostawy produktów w opakowaniach wielokrotnego użytku), remont / modernizacja (np. remont mebli), recykling (np. żądanie użycia materiałów lub produktów o niskiej szkodliwości; wymaganie, aby produkty można było zdemontować do recyklingu) oraz kupuj z recyklingu (np. papier z recyklingu, wymóg minimum materiału z recyklingu w opakowaniu). Kryteria te powodują, że w zamówieniach cyrkularnych wykonawca jeszcze bardziej będzie zobowiązany m.in. do: wykazania zastosowania materiałów z recyklingu, materiałów nietoksycznych lub do dostarczenia produktów modułowych, wielofunkcyjnych itp.

Zakończenie

Przeprowadzona analiza pozwala stwierdzić, że realizacja zamówień cyrkularnych w obowiązujących ramach prawnych jest możliwa. Stąd barierą w ich realizacji zasadniczo nie jest brak rozwiązań prawnych, lecz raczej brak wiedzy lub przekonania zamawiających do tej koncepcji, co można wyeliminować przez edukację, która powinna zwracać uwagę na konieczność przewartościowania opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert czy warunków stawianych wykonawcom. Zamawiający muszą mieć

[25] Zob. także art. 242 rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624.

[26] Zob. także art. 245 ust. 1-3 rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624.

przekonanie, że produkty z recyklingu są tak samo funkcjonalne i dobrej jakości, jak produkty i rozwiązania tworzone w sposób konwencjonalny. Ponadto konieczna jest zmiana modelu prowadzenia działalności i modelu konsumpcji (np. nabywanie produktów tworzonych zgodnie z zasadami gospodarki o obiegu zamkniętym). Niebagatelną rolę odgrywają tutaj nawyki i przekonania osób biorących udział w tym procesie.

Aby realizować zamówienia cyrkularne przede wszystkim należy podjąć decyzję o ukierunkowaniu zamówień publicznych na gospodarkę o obiegu zamkniętym i skoncentrować się na[27]:

1. wydajności i usługach zamiast na produktach, tzn. należy nabywać usługi zamiast produkty[28]; zamiast zawierać umowę sprzedaży należy rozważyć zawarcie np. umowy najmu, dzierżawy lub leasingu. Przykładowo, zamiast kupować sprzęt komputerowy można go wziąć w użytkowanie na czas określony. Korzyści zamawiającego to tylko płatność za usługę, której potrzebuje. Wydaje się to lepsze dla zamawiającego, choćby dlatego, że producent lub dostawca będzie wówczas bardziej zainteresowany dostarczeniem takiego produktu, którego jakość zapewni realizację usługi na jak najwyższym poziomie;
2. projekcie produktu, fazie jego użytkowania i końcu życia. Produkty powinny być projektowane pod kątem jak najdłuższej trwałości, możliwości ponownego użycia, wydajności jego użytkowania oraz całkowitym koszcie zakupu i jego użytkowania;
3. dialogu i dynamicznej współpracy między partnerami publicznymi i prywatnymi w całym zamkniętym łańcuchu produktowym[29].

Oczywiście realizacja zamówienia publicznego, które uwzględnia np. użycie produktów o dłuższej żywotności, regenerację i recykling czy też wykorzystanie produktów z odzysku – to tylko pewien aspekt realizacji idei GOZ, koncentrującej się na zamknięciu cyklu życia produktu.

Dla realizacji idei GOZ, np. na poziomie danej jednostki samorządu terytorialnego należy opracować rozwiązania łączące co najmniej dwie kwestie: aspekt technologiczny (innowacje) z aspektem rozwiązań organizacyjno-prawnych. Istotna jest zmiana paradygmatu i przejście z własności produktu na rzecz jego użytkownika oraz przyjęcie reguły: produkcja – użytkowanie – wykorzystanie zużytego produktu (odpadu) w kolejnym procesie. Czynniki te łącznie muszą przyczyniać się do sprawnej i efektyw-

[27] Mervyn Jones (Sustainable Global Resources Ltd), Iben Kinch Sohn, Anne-Mette Lysemose Bendsen (Danish EPA), *Circular Procurement …*, s. 3-4; European Commission, *Public procurement …*, s. 8.

[28] Zob.: K. Alhola, H. Salmenperä, S.-O. Ryding, N. J. Busch, *Circular Public Procurement …*, s. 7.

[29] Zob.: J. Watt, *Market Engagement. Best Practice Report*, ICLEI – Local Governments for Sustainability, European Secretariat, March 2018.

nej realizacji określonych celów, zaspokajających potrzeby społeczności lokalnej.

Zasadniczo nabywanie produktów i usług powinno być poprzedzone analizą potrzeb i sposobów efektywnego i ekonomicznego ich zaspokojenia. Takie podejście wymusi, że tradycyjna umowa sprzedaży, dostawy będzie coraz częściej zastępowana umową najmu, leasingu, czy też współużytkowaniem lub kupowaniem i odsprzedawaniem[30]. Pozostaje tylko kwestia, czy ta wybrana forma zaspokojenia potrzeb będzie korzystna ekonomicznie. Chodzi o to, że mając do wyboru dwa różne sposoby zaspokojenia potrzeby, tj. np. zakup sprzętu komputerowego albo jego najem – czy najem jest najkorzystniejszy ekonomicznie?

[30] Zob.: Schuttelaar & Partners en ABN AMRO, *Circular Economy Guide …*, s. 62.

Edyta Jóźwiak

Zamówienia publiczne jako bariera w prowadzeniu działalności gospodarczej przez małe i średnie przedsiębiorstwa

Abstrakt:

Biorąc pod uwagę kluczową rolę małych i średnich przedsiębiorstw w rozwoju gospodarczym, zasadne jest ukazanie uwarunkowań ich istnienia i rozwoju w kontekście barier i zagrożeń rynkowych. Rozwój sektora MSP determinowany jest wieloma czynnikami, pomiędzy którymi zachodzą różnego rodzaju współzależności. Niewątpliwie kluczową rolę w stworzeniu jak najlepszych warunków dla wspierania trwałego rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw (MSP) i ich pozycji konkurencyjnej, odgrywa państwo. W tym także poprzez zamówienia publiczne, a właściwie regulacje prawne ułatwiające MSP dostęp do uzyskania zamówienia. Środki uzyskane w ten sposób nie mogą wprawdzie stanowić jedynego czynnika poprawy ich sytuacji ekonomicznej, ale pełniejsza ich absorpcja stanowi ważny czynnik poprawy konkurencyjności i innowacyjności małych i średnich firm, co z kolei odniesie pozytywny wpływ na gospodarkę. W niniejszym artykule autorka starała się wskazać, jakie są główne bariery ograniczające rozwój MSP, ze szczególnym uwzględnieniem właśnie tych, które dotyczą zamówień publicznych. Artykuł ten ma na celu wskazanie barier hamujących rozwój małych i średnich przedsiębiorców związanych z rynkiem zamówień publicznych.

Słowa kluczowe: małe i średnie przedsiębiorstwa, MSP, mały biznes, zamówienia publiczne, prawo krajowe, rynek,

Abstract:

Considering the role of small and medium-sized enterprises in economic development, it is appropriate to demonstrate the specificities of their existence and growth in the context of market barriers and risks. The development of the SME sector is determined by a number of factors, with different types of interdependencies. Undoubtedly, State plays a key role in creating the best conditions for fostering the sustainable development of small and medium-sized enterprises (SMEs) and their competitive position, inter alia through public procurement - legal regulations facilitating SMEs' access to procurement. While the measures obtained in this way cannot be the only factor in improving their economic situation, the more complete absorption is an important factor in improving

the competitiveness and innovation of small and medium-sized companies, which in turn will have a positive impact on the economy. In this article author sought to identify the main barriers limiting the development of SMEs, with particular emphasis on those relating to public procurement. This article aims to identify which barriers to the development of entrepreneurs relate to the public procurement market.

Keywords: small and medium enterprises, SME, small business, public procurement, domestic law, market,

Wstęp

Po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej polscy przedsiębiorcy uzyskali możliwość wyjścia poza granice kraju i skorzystania ze swobody prowadzenia działalności gospodarczej na terenie Wspólnoty, we wszystkich sektorach gospodarczych. Ponadto przedsiębiorcy otrzymali wsparcie prawne ze strony UE, w postaci przepisów nakładających na polskiego ustawodawcę obowiązek dostosowywania prawa do standardów unijnych. Z punktu widzenia niniejszego artykułu istotne znaczenie mają działania polegające na wdrażeniu do polskiego systemu dwóch dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady - dyrektywy 2014/24/UE[1] oraz 2014/25/UE[2], które w swej treści odnoszą się do zamówień publicznych.

W ramach wstępu warto zaznaczyć, że z zamówień na towary, usługi i roboty budowlane korzysta w Polsce prawie 34 tys. podmiotów. Wartość zamówień udzielanych w procedurach przewidzianych w PZP to ok. 163,2 mld zł w 2017 r., co stanowi ok. 8,23% PKB (w 2016 r. 107 mld zł, 5,8% PKB). Przybliżona wartość rynku zamówień publicznych, uwzględniająca również zamówienia udzielane poza ustawą, wyniosła 234,6 mld zł w 2017 r. (174,3 mld zł w 2016 r.)[3]. Pomimo jednak wielu starań, nowatorskich rozwiązań oraz zmiany polityki, postęp w osiąganiu zwiększenia uczestnictwa w zamówieniach MSP pozostaje nieuchwytny tak w Polsce jak i w całej Europie[4].

Jak wynika z doświadczeń wielu krajów rozwiniętych, zwiększenie udziału małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych ukierunkowane na politykę wsparcia jest często obarczone wyzwaniami

[1] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.).

[2] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 243, z późn. zm.)

[3] Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2018 r., s. 122-123.

[4] M. V. Kidalov and Keith F. Snider, US and European Public Procurement Policies for Small and Medium-Sized Enterprises (SME): A Comparative Perspective w: Business and Politics, Volume 13, Issue 4 2011 Article 2.

organizacyjnymi i instytucjonalnymi[5]. Wprowadzenie skutecznych instrumentów zmierzających do uzyskania tego celu wymaga współpracy państw oraz podjęcia jednolitych działań.

Głównym problemem w pozostającym do rozwiązania są liczne bariery prawne oraz praktyczne, stanowiące przeszkodę w prowadzeniu oraz rozpoczynaniu działalności gospodarczej. Małe i średnie przedsiębiorstwa częstokroć nie mają wystarczających środków ani doświadczenia, by skutecznie zwalczać niedogodności, dlatego wiele z nich upada zanim jeszcze zacznie dobrze funkcjonować na rynku[6].

Celem niniejszego artykułu jest wskazanie aktualnych barier stanowiących przeszkodę w prowadzeniu działalności gospodarczej dla mikro, małych i średnich przedsiębiorców, przy jednoczesnym skupieniu szczególnej uwagi na te z nich, które dotyczą kwestii związanych z procesem udzielania zamówień publicznych. Autorka zdecydowała się na omawianie tylko tych trzech rodzajów przedsiębiorstw, bowiem to one napotykają największe problemy na swojej drodze, a co istotne mają bardzo duże znaczenie dla gospodarki, o czym świadczy przede wszystkim fakt, że generują aż 50,1% PKB w Polsce[7]. Według statystyk w 2017 r. w USA sektor MSP odpowiadał za około 50% PKB kraju, we Francji – 55% , we Włoszech – 58 %, w Chinach – 59% , w Niemczech – 55%, Szwajcaria - 54%, z kolei w Rosji, przy ponad sześciu milionach małych i średnich przedsiębiorstw generowana przez nie wielkość PKB wyniosła 25% PKB[8].

Główne bariery prowadzenia działalności gospodarczej dla małych i średnich przedsiębiorstw oraz instrumenty ich zwalczania

Coraz częstsze kryzysy finansowe, które obserwujemy w gospodarce światowej oraz różnorodne bariery rozwojowe zwiększyły ilość firm stabilnych, usytuowanych w niszy, gdzie postawa właścicieli ukierunkowana jest na stabilność oraz przetrwanie, a nie rozwój i generowanie większych zysków. Brak rozwoju firm, oznacza także brak rozwoju gospodarki. Dlatego też to zjawisko powinno być zwalczane. Zdaniem autorki ważne jest, by w tym celu znaleźć główne bariery stanowiące przeszkodę rozwoju przedsiębiorstw i skutecznie je eliminować.

---

[5] K. Patil, Public procurement policy for small and medium enterprises in developing countries. International Journal of Public Sector Management. 2017, Vol. 30 Issue 4, s. 391.

[6] J. Kulawik, B. Jankowski, „Świadczenie usług w Unii Europejskiej", Warszawa 2014, s. 5 – 7.

[7] W. Danielak, D. Mierzwa, K. Bartczak, Małe i Średnie przedsiębiorstwa w Polsce, Szanse i Zagrożenia rynkowe, Wrocław, 2017, s. 121.

[8] Д. В. Кашин, Е. В. Шадрина, *Эффективность Механизма Поддержки Малого И Среднего Бизнеса В Системе Государственных Закупок Российской Федерации,* Государственное И Муниципальное Управление, Менеджмент 18 (1) 2019, s. 94

W literaturze spotykamy się ze stanowiskiem, że bariery rozwoju przedsiębiorstw można podzielić na zewnętrzne oraz wewnętrzne. Te ostatnie są identyfikowane, jako słabe strony firmy, mają charakter indywidualny (zwane również wewnątrzorganizacyjnymi). Odnoszą się zazwyczaj do jej wielkości, strategii, struktury (organizacyjnej czy też struktury kosztów), technologii i możliwości wytwórczych, kompetencji właścicieli i kierownictwa oraz kwalifikacji pracowników[9]. M. Ołówko wskazuje, iż bariery wewnętrzne wynikają w szczególności ze słabych stron podmiotów, słabej struktury organizacyjnej i nieprzemyślanej strategii działania[10]. Znaczącą barierą wewnętrzną, która uniemożliwia rozwój jest także słabe finansowanie[11], gdzie przeważa korzystanie ze środków własnych[12].

Z kolei bariery zewnętrzne są związane z otoczeniem przedsiębiorstwa i ryzykiem zmienności czynników wpływających na warunki jego funkcjonowania. Mogą być rozpatrywane w skali makroekonomicznej i mikroekonomicznej. Do uwarunkowań mikro, inaczej sektorowych zalicza się, spadek popytu na usługi, wzrost konkurencji w sektorze, zatory płatnicze oraz napływ silnych zagranicznych firm[13]. Natomiast uwarunkowania makro to m.in. stopień rozwoju gospodarki krajowej, tendencje wzrostu gospodarczego oraz jego dynamika, a także poziom inflacji, stabilność waluty i regulacje prawne w tym w szczególności administracyjne, finansowe oraz podatkowe[14].

Mając na uwadze przytoczone powyżej główne utrudnienia w prowadzeniu działalności gospodarczej w sektorze MSP, kolejnym krokiem będzie wskazanie kluczowych instrumentów ich wspierania. Według doktryny można je ogólnie podzielić na następujące cztery grupy:

- Instrumenty finansowe tj. instrumenty pomocy bezpośredniej, m.in. dotacje i subwencje, środki z funduszy pomocowych, w tym z UE, ulgi podatkowe, korzystniejsze warunki amortyzacji itp.; instrumenty ułatwiające przedsiębiorstwom dostęp do kredytów bankowych, pożyczek i innych produktów finansowych (kredyty na preferencyjnych warunkach, specjalne linie kredytowe, dopłaty do kredytów bankowych, gwarancje kredytowe i poręczenia pożyczek).

[9] M. Matejun, Wewnętrzne bariery rozwoju firm sektora MSP [w:] Lachiewicz S. (red.), Zarządzanie rozwojem organizacji, Tom II, Wydawnictwo Politechniki Łódzkiej, Łódź 2007, s. 122.

[10] N. Ołówko, *Polityka podatkowa państwa a funkcjonowanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw* [w:] K. Pujer (red.), Zarządzanie organizacją w turbulentnym otoczeniu, Exante, Wrocław 2016, s. 204.

[11] Przy finansowaniu działalności prawie 60% firm korzystało z własnych środków, 23% z dotacji, 20% z finansowania „aniołów biznesu", 18% z finansowania venture capital, a tylko 8% z kredytów bankowych

[12] A. Skala, E. Kruczkowska, M. Olczak, *Polskie Startupy. Raport* 2015, s. 24.

[13] S. Lachiewicz, Formy i uwarunkowania sukcesu w małym biznesie, s. 157. dostęp 15.07.2019r. online http://zif.wzr.pl/pim/2013_4_1_12.pdf

[14] W. Danielak, D. Mierzwa, K. Bartczak, Małe i Średnie przedsiębiorstwa… *op.cit.* s. 11-12.

- Instrumenty kapitałowe, m.in. fundusze inwestycyjne o podwyższonym ryzyku (venture i private capital), ułatwienia dla joint ventures oraz specjalne segmenty rynku giełdowego, przeznaczone dla MSP (w Polsce rynek New Connect czy Catalyst).
- Instrumenty formalno-prawne i administracyjne – uproszczenia procedur administracyjnych i prawnych, np. specjalne zasady rachunkowości dla MSP, czy też przepisy prawa podatkowego dla małych i średnich przedsiębiorstw, a także przepisy dotyczące udzielania zamówień publicznych, które dla niniejszego artykułu są najbardziej istotne.
- Instrumenty instytucjonalne – instytucje promujące i wspierające rozwój MSP (np. PARP, PAIZ), ułatwiające kontakty pomiędzy przedsiębiorstwami i organizujące bezpośrednie spotkania przedsiębiorców[15] .

Jak wynika z powyższego, zamówienia publiczne mogą stanowić dla MSP zarówno barierę jak i sposób poprawy kondycji finansowej. Wszystko oczywiście zależy od tego, w jaki sposób zostaną wykorzystane przez przedsiębiorców i jakie warunki dla rozwoju na tym polu stworzy przedsiębiorcom państwo. Z punktu widzenia niniejszego artykułu kluczowe znaczenie ma wprowadzenie zmian w prawie zamówień publicznych.

Utrudnienia w prowadzeniu działalności gospodarczej przez MSP związane z udzielaniem zamówień publicznych

Warto zacząć od historii. Pierwsze próby wspierania MSP w Polsce podjęto już w połowie lat 90. XX wieku. Jednakże jak już wspomniano najbardziej systemowe podejście do wspierania tego sektora zauważamy dopiero od momentu, w którym Polska przystąpiła do Unii Europejskiej. Od tego też czasu polskie MSP zaczęły konkurować z przedsiębiorstwami z innych krajów UE, z których duża część korzystała już od dłuższego czasu z różnych form pomocy na jednolitym rynku europejskim[16].

Obecnie coraz częściej zwraca się uwagę na to, że zamówienia publiczne pełnią strategiczną funkcję w rozwoju sektora MSP. Powodem tego jest ogromna kwota zasobów, które konsumują, jak i promowane cele polityki. Rynek zamówień publicznych bez małych i średnich przedsiębiorstw byłby skazany na niezmiernie ograniczoną konkurencję. Jednak by skutecznie wykorzystywać możliwości, które daje nam przynależność do wspólnoty europejskiej, kluczowe jest stosowanie rozwiązań mających na celu wdrąże-

[15] M. Matejun, Wewnętrzne bariery rozwoju firm… *op.cit.* s. 122-125.

[16] M. Kulczycki, Polityka banków w zakresie wsparcia finansowego konkurencyjności małych i średnich przedsiębiorstw, Akademia Finansów i Biznesu Vistula – Warszawa, ZNUV 2016;51(6), s. 48.

nie innowacyjności, usprawnienie monitorowania i mechanizmów raportowania, a przede wszystkim wskazanie, a następnie wyeliminowanie barier rozwojowych na poziomie krajowym. Z uwagi na zakres niniejszego artykułu, w tym podrozdziale zostaną przedstawione tylko te związane z dostępem MSP do zamówień publicznych.

Można uznać, że jeśli chodzi o tego typu bariery to mogą być one rozpatrywane w ujęciu szerokim (ogólnym), w sytuacji kiedy dotyczą ogółu sektora MSP oraz w ujęciu wąskim (konkretnym), z którymi mamy do czynienia w przypadku poszczególnych zamówień.

Szczególne znaczenie w szerokim ujęciu barier stojących przez MSP w dostępie do zamówień publicznych, mają zawarte w celach polityki UE dwie przeciwstawne sobie wartości. Pierwsza z nich to wsparcie i pomoc w rozwoju dla małych i średnich przedsiębiorstw, a druga równie ważna to obowiązek kierowania się zamawiającego zasadą równej konkurencji. Ponadto duży problemem w ujęciu ogólnym stanowią także kwestie konsolidacji kontraktów lub tzw. „sprzedaży pakietowej". Praktyka łączenia kilku małych zamówień w jedną dużą umowę jest powszechnie uzasadniona jako umożliwiająca oszczędności dzięki zakupom zbiorowym, a także dzięki niższym kosztom administracyjnym. Zwykle jednak sprzedaż pakietowa stawia poszczególne MSP w niekorzystnej sytuacji, ponieważ tylko duże firmy lub zespoły firm mogą z powodzeniem licytować duże kontrakty[17].

W węższym znaczeniu, sama treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) może stanowić znaczącą przeszkodę w dostępie do zamówienia dla małych firm. Przykładem takiej przeszkody jest np. wprowadzenie wadium[18]. Wprawdzie z punktu widzenia zamawiającego takie rozwiązanie zabezpiecza jego słuszne interesy, to jednak jego wysokość może być nie do zrealizowania dla mniejszych przedsiębiorców, co z kolei naturalnie spowoduje ich wykluczenie z przetargu. W takiej sytuacji zasadne byłoby zaniechanie stosowania stawki wadium wyższej niż 1,5%[19].

Podobnie ma się rzecz, jeśli chodzi o możliwość zmiany umowy, w czasie jej obowiązywania, w sytuacji zmiany warunków, w których należy ją wykonać. Obecne przepisy prawa nie zawierają regulacji pozwalających na taką zmianę[20]. Małe firmy, które podejmują się wykonania zamówienia, a następnie w wyniku jakiejkolwiek niestabilności rynkowej mają proble-

[17] M. V. Kidalov and Keith F. Snider *US and European Public Procurement Policies... op.cit.*

[18] Mowa o sytuacji gdy żądanie wadium w zamówieniach o wartości niższej niż progi UE (wartość określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp) jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego.

[19] W. Dzierżanowski, *Zwiększenie udziału MSP w rynku zamówień publicznych*. Publikacja została opracowana w ramach projektu „Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji", Warszawa 2018, s. 37.

[20] klauzula *sic stantibus* zawarta w art. 357 [1] k.c. zapewnia zmianę warunków umowy wyłącznie wtedy, gdy ziści się ryzyko rażącej straty.

my z jej wykonaniem upadają ponieważ nie ma przepisu pozwalającego na zmianę warunków wykonania zamówienia. Rozwiązaniem w tej sytuacji mogłaby być oczywiście nowelizacja przepisów prawa ale doraźnie wystarczyć powinno już samo tylko zamieszczenie takiej możliwości w SIWZ.

Dużym problemem dla MSP są także wyjątkowo rozbudowane żądania licznych dokumentów, np. jeśli chodzi o udział w zamówieniu podwykonawców: uzyskiwanie zaświadczeń potwierdzających opłacanie składek, podatków, czy też zaświadczenia o niekaralność bądź żądanie złożenia dokumentów w formie uwierzytelnionych notarialnie kopii itp. Powyższe stanowi barierę w dostępie do rynku zamówień, szczególnie dla firm w mniejszych miejscowościach, gdzie nie można uzyskać wymaganych dokumentów „od ręki" z uwagi na co, załatwienie wszystkich formalności staje się dla małego przedsiębiorcy zbyt kłopotliwe[21].

Nie można też zapomnieć, że część małych i średnich przedsiębiorców, choć biegła w swojej dziedzinie, często ma problem ze zrozumieniem treści SIWZ, dlatego tak ważne jest by przy formułowaniu jej treści używać języka jak najmniej skomplikowanego, unikać nadmiernej agregacji i stosowania wielości niezrozumiałych przesłanek fakultatywnych. Sposób sporządzenia SIWZ powinien być jasny, zrozumiały i możliwie jak najmniej skomplikowany, a w sytuacji gdy którykolwiek z jej zapisów powoduje uzasadnione wątpliwości, ich nie wyjaśnienie nie powinno być argumentowane wyłącznie faktem przekroczenia terminu na zgłoszenie pytania[22].

Przedstawione powyżej bariery to oczywiście tylko te główne i najważniejsze. Ale zdaniem autorki doskonale ukazują, że problem w dostępie do zamówień publicznych dla małych i średnich przedsiębiorstw stanowią nie tylko przepisy prawne ale także częstokroć brak świadomości zamawiającego, przy formułowaniu warunków zamówienia. Zatem zwiększenie dostępu MSP do zamówień publicznych zamawiający może zrealizować poprzez świadome korzystanie z instrumentów prawnych i narzędzi przewidzianych w Prawie zamówień publicznych.

Nowe przepisy mające zminimalizować dostęp MŚP do zamówień publicznych

Jak wynika z powyższej części artykułu, dla lepszego przeciwdziałania wykluczeniu MSP z procesu udzielania zamówień publicznych, potrzeba zarówno nowych regulacji prawnych oraz poprawy jakości sporządzanych SIWZ. Dla uzyskania tego efektu niezbędna jest współpraca wszystkich państw członkowskich w celu stworzenia jednolitego systemu. Unia Euro-

[21] W. Dzierżanowski, Zwiększenie udziału MSP w rynku zamówień publicznych… *op.cit*, s. 37.

[22] *Ibidem* s. 26- 36.

pejska już w 2010 r. zauważyła konieczność współpracy Wspólnot w celu lepszego wykonywania polityki spójności i rozwoju. Ustalając wytyczne strategii „Europa 2020" położono szczególny nacisk na inteligentny, trwały i sprzyjający włączeniu społecznemu wzrost gospodarczy, jako sposób na przezwyciężenie słabości strukturalnych w gospodarce europejskiej, poprawę jej konkurencyjności i wydajności, a także wzmocnienie zrównoważonej społecznej gospodarki rynkowej[23]. W treści projektu przewodniego „Polityka przemysłowa w erze globalizacji" wskazano, że *„państwa członkowskie będą musiały poprawić otoczenie biznesu, szczególnie w odniesieniu do innowacyjnych MŚP, między innymi z wykorzystaniem zamówień publicznych mających na celu wspieranie inwestycji"*[24].

Istotnym dokumentem, stworzonym w oparciu o strategię „Europa 2020" w zakresie modernizacji polityki, w tym także poprawy dostępności sektora MSP do zamówień publicznych jest „Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień publicznych" z dnia 27 stycznia 2011 r., w której wskazano m.in, iż zamówienia publiczne, które stanowią jedno z narzędzi rynkowych służących do spełnienia celów strategii „Europa 2020" powinny służyć poprawie otoczenia biznesu, szczególnie w odniesieniu do MSP[25].

Jak więc wskazuje powyższe, już na etapie tworzenia strategii „Europa 2020" Komisja Europejska zauważyła, jak istotną rolę w rozwoju MSP odgrywają zamówienia publiczne i w tym celu nałożyła na państwa członkowskie obowiązek poprawy tej sytuacji. W przypadku Polski wiązało się to z istotną nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych, która miała miejsce w 2017 r.

Obecnie dostrzeżono jednak, że wprowadzone zmiany nie są wystarczające. Wspomniany powyżej akt dotyczący zamówień publicznych obowiązujący od 2004 r. był nowelizowany kilkadziesiąt razy, przez co stał się mało czytelny, a w konsekwencji nie ułatwiał zrozumienia przepisów i dostępu do zamówień potencjalnym wykonawcom. Ponadto, jak wskazała minister Jadwiga Emilewicz, *„Obecne przepisy skupione są przede wszystkim na procedurze wyboru wykonawcy, zapomina się w nich natomiast o pozostałych etapach zamówienia"*. Jako jeden z głównych problemów, który ma zostać roz-

[23] Strategia „Europa 2020" dostęp online 15.07.2019 https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_pl s. 5

[24] *Ibidem* s. 20

[25] Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień publicznych, Bruksela COM(2011) 15, s. 3

wiązany przez nową ustawę wskazano nieproporcjonalny do potencjału udział przedsiębiorców z sektora MSP w rynku zamówień publicznych[26].

Z uwagi na powyższe w dniu 24 stycznia 2019 r. przekazano do uzgodnień, opiniowania i konsultacji publicznych projekt nowej ustawy prawo zamówień publicznych, który w dniu 12 lipca 2019 r. trafił po konsultacjach do I czytania na posiedzeniu Sejmu[27]. Projekt nowej ustawy został opracowany wspólnie przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii oraz Urząd Zamówień Publicznych. Jak wskazano „celem opracowania nowej ustawy jest wprowadzenie spójnych i przejrzystych regulacji zawierających rozwiązania oparte na efektywności i transparentności udzielanych zamówień publicznych, uwzględniających jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa na rzecz wspierania innowacyjności i nowych technologii w zamówieniach publicznych, a także rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw"[28]. Zgodnie z założeniami oczekuje się, że nowa ustawa umożliwi większy udział sektora MSP w ich realizacji zamówień publicznych, a także zwiększy ogólne zainteresowanie potencjalnych wykonawców ubieganiem się o nie[29].

Podsumowanie

Czynnikiem z powodu, którego zamówienia publiczne mogą stanowić istną rolę w rozwoju MSP jest ogromna kwota zasobów, którą operuje ten sektor. Zauważył to także europejski ustawodawca, który wskazał państwom członkowskim drogę, którą mają się kierować by wykorzystać potencjał MSP, także w dziedzinie zamówień publicznych. Mowa tu o takich programach jak wynikające z „Europa 2020", gdzie wprost zwrócono uwagę na wagę modernizacji zamówień publicznych i poprawy otoczenia biznesu dla rozwoju sektora MSP, a przez to całej gospodarki. Jako pozytywny aspekt działań Wspólnoty Europejskiej w tym zakresie należy także ocenić kierunek dotychczasowych działań realizowanych w ramach strategii „Europa 2020" oraz zapowiadanych celów i planów strategii „Europa 2030", które według zapowiedzi w dalszym ciągu odnosić się mają do zrównoważonego rozwoju oraz wsparcia MSP.

Ponadto istotne znaczenie dla minimalizowania barier stojących na drodze MSP ze strony zamówień publicznych ma nie tylko zmiana przepi-

[26] Projekt nowego prawa zamówień publicznych idzie do konsultacji, dostęp online 15.07.2019 r. pod adresem https://www.gov.pl/web/przedsiebiorczosc-technologia/projekt-nowego-prawa-zamowien-publicznych-idzie-do-konsultacji.

[27] Rządowy projekt ustawy - Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, dostęp online 15.07.2019 r. pod adresem http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3624

[28] Projekt nowej ustawy Prawo zamówień publicznych skierowany do uzgodnień, dostęp online 15.07.2019r. https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/projekt-nowej-ustawy-pzp-skierowany-do-uzgodnien.

[29] Krajowy program reform, Europa 2020, aktualizacja 2019/2020, 24 kwiecień 2019 r., s. 22.

sów prawa ale także poprawa świadomości wykonawców i zamawiających. Z jednej strony mamy zamawiającego, który często nieświadomie utrudnia dostęp małych przedsiębiorców do zamówień publicznych, a z drugiej wykonawcę, który chodź ma możliwości nie korzysta z możliwości pomocy, np. kredytów i dotacji.

Jak zatem wynika z powyższego zamówienia publiczne mogą stanowić zarówno barierę w rozwoju MSP, jak i być kluczem do poprawy ich kondycji finansowej, wszystko zależy jednak od tego, w jaki sposób zostaną wykorzystane. Obecne bariery są po części związane z niedoskonałością regulacji prawnych oraz zbyt rozbudowaną i skomplikowaną treścią SIWZ, co utrudnia dostęp i zniechęca do udziału w zamówieniach publicznych przedsiębiorców działających jako MSP. Kluczem do rozwiązania tego problemu jest znalezienie złotego środka pomiędzy dwoma wartościami: pomocą dla MSP oraz zasadą równej konkurencji.

Na zakończenie omawiania kwestii dotyczących sektora MSP warto wskazać, że definicje mikro-, małego i średniego przedsiębiorcy[30], które zostały przepisane go polskiego systemu prawnego wprost z regulacji Unijnych[31], choć pomocne na etapie ich wdrążania w dzisiejszych czasach przestają spełniać swoją rolę. W dniu 6 lutego 2018 r. Komisja Europejska uruchomiła zapowiadany proces konsultacji koncepcji zmiany definicji SME (*small and medium-sized enterprises*) Komisja przyznała, iż szczególnie ujęte w treści definicji progi finansowe, które zostały określone jeszcze w 2003 r., po 15 latach przemian gospodarczych powinny zostać dostosowane do sytuacji współczesnych przedsiębiorców[32].

Pierwszym wyrazem tego, iż sposób kwalifikacji przedsiębiorstw powinien ulec zmianie był wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 kwietnia 2004 r., w którym ETS rozpoznał sprawę, Republiki Włoskiej przeciwko Komisji Europejskiej. W wydanym w tej sprawie wyroku Trybunał stwierdził, iż kryteria kwalifikacji przedsiębiorcy jako małego lub średniego należy stosować z uwzględnieniem celu, dla którego małe i średnie przedsiębiorstwa objęte są korzystniejszymi zasadami traktowania. Celem tym jest przede wszystkim udzielenie wsparcia przedsiębiorstwom, dla których rozmiar działalności jest przyczyną szeregu trudności w dostępie do czynników rynku. W rezultacie przedsiębiorcy, którzy spełniają formalne przesłanki uznania za małe lub średnie przedsiębiorstwo, lecz działają w ramach grupy kapitałowej, zależnej od dużego przedsiębiorcy lub osią-

[30] Art. 7 Ustawy z 6 maja 2018 r. Prawo Przedsiębiorców tj. Dz.U.2018.646.

[31] Konkretnie z COMMISSION RECOMMENDATION of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (notified under document number C(2003) 1422) (Text with EEA relevance) (2003/361/EC) L 124/36 Official Journal of the European Union.

[32] M.Stępniak i P. Tracz. Art. 7. w: Prawo przedsiębiorców. Komentarz. A. Pietrzak (red.), Wolters Kluwer, 2019.

gającej łącznie parametry przekraczające definicję MSP, nie będą uznani za małego/średniego przedsiębiorcę[33].

Wobec powyższego można uznać, że ostatnie działania Unii Europejskiej w dużej mierze zmierzają do poprawy sytuacji małych i średnich przedsiębiorców i to nie tylko w dziedzinie zamówień publicznych.

Bibliografia:

Literatura:

1. Danielak W., Mierzwa D., Bartczak K., *Małe i Średnie przedsiębiorstwa w Polsce, Szanse i Zagrożenia rynkowe*, Wrocław, 2017.
2. Kidalov Max V. Keith F. Snider, *US and European Public Procurement Policies for Small and Medium-Sized Enterprises (SME): A Comparative Perspective* w: Business and Politics, Volume 13, Issue 4 2011 Article 2
3. Kulawik J., Jankowski B., *Świadczenie usług w Unii Europejskiej*, Warszawa 2014.
4. Kulczycki M., *Polityka banków w zakresie wsparcia finansowego konkurencyjności małych i średnich przedsiębiorstw,* Akademia Finansów i Biznesu Vistula – Warszawa, ZNUV 2016;51(6).
5. Lachiewicz S., *Formy i uwarunkowania sukcesu w małym biznesie*.
6. Matejun M., *Wewnętrzne bariery rozwoju firm sektora MSP* [w:] Lachiewicz S. (red.), Zarządzanie rozwojem organizacji, Tom II, Wydawnictwo Politechniki Łódzkiej, Łódź 2007.
7. Max V. Kidalov and Keith F. Snider US and European Public Procurement Policies for Small and Medium-Sized Enterprises (SME): A Comparative Perspective, Business and Politics, Volume 13, Issue 4 2011 Article 2.
8. Ołówko N., *Polityka podatkowa państwa a funkcjonowanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw* [w:] K. Pujer (red.), *Zarządzanie organizacją w turbulentnym otoczeniu*, Exante, Wrocław 2016.
9. Patil K., *Public procurement policy for small and medium enterprises in developing countries,* International Journal of Public Sector Management. 2017, Vol. 30 Issue 4.
10. Skala A., Kruczkowska E., Olczak M., *Polskie Startupy. Raport* 2015.
11. Stępniak M., Tracz P., Art. 7. w: *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*. A. Pietrzak (red.), Wolters Kluwer, 2019.
12. W. Dzierżanowski, *Zwiększenie udziału MSP w rynku zamówień publicznych*. Publikacja została opracowana w ramach projektu *Efektywne zamówienia publiczne – wzmocnienie potencjału administracji*, Warszawa 2018.
13. Кашин Д. В., Шадрина Е. В., *Эффективность Механизма Поддержки Малого И Среднего Бизнеса В Системе Государственных Закупок Российской Федерации*, Государственное И Муниципальное Управление, Менеджмент 18 (1) 2019.
14. Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień publicznych, Bruksela COM(2011) 15.
15. Krajowy program reform, Europa 2020, aktualizacja 2019/2020, 24 kwiecień 2019 r.,

[33] Wyrok Trybunału (piąta izba) z dnia 29 kwietnia 2004 r. Republika Włoska przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. Pomoc państwa. Sprawa C-91/01. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2004:244, dostęp 12.07.2019 online pod adresem: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:-62001CJ0091.

16. Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (notified under document number C(2003) 1422) (Text with EEA relevance) (2003/361/EC) L 124/36 Official Journal of the European Union.
17. Akty Prawne:
18. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.)
19. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 243, z późn. zm.)
20. Ustawa z 6 maja 2018 r. Prawo Przedsiębiorców tj. Dz.U.2018.646.
21. Strony internetowe:
22. Strategia „Europa 2020" dostęp online 15.07.2019 https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_pl
23. Projekt nowego prawa zamówień publicznych idzie do konsultacji, dostęp online 15.07.2019 r. pod adresem https://www.gov.pl/web/przedsiebiorczosc-technologia/projekt-nowego-prawa-zamowien-publicznych-idzie-do-konsultacji.
24. Rządowy projekt ustawy - Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, dostęp online 15.07.2019 r. http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3624
25. Projekt nowej ustawy Prawo zamówień publicznych skierowany do uzgodnień, dostęp online 15.07.2019r. https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/projekt-nowej-ustawy-pzp-skierowany-do-uzgodnien.
26. Wyrok Trybunału (piąta izba) z dnia 29 kwietnia 2004 r. Republika Włoska przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. Pomoc państwa. Sprawa C-91/01. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2004:244, dostęp 12.07.2019 online pod adresem: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:62001CJ0091.

Wyzwania związanez praktyką udzielania zamówień publicznych

Dr hab. prof US, Michał Kania,

Rola zamówień publicznych w kontekście geostrategii i wyzwań współczesności

Abstrakt

Artykuł dotyczy roli zamówień publicznych w kontekście geostrategii i wyzwań współczesności. Kontekst geostrategiczny zakłada, iż krajowy model zamówień publicznych będzie posiadał decydujące znaczenie dla kwestii tego, jakie cele oraz we współpracy z jakimi wykonawcami będą realizowali polscy zamawiający. Strategiczne cele powinny uwzględniać wyzwania, jakie stoją przed współczesną cywilizacją. Kluczowa rola zamówień publicznych determinowana jest wysokością środków, corocznie wydatkowanych przez krajowych zamawiających, jak również potencjalnym wpływem zamówień publicznych na realizację strategicznych celów społeczno-gospodarczych. Pożądany model regulacji w sprawie zamówień publicznych opierać powinien się o jasne wskazanie celów strategicznych, podniesienie atrakcyjności rynku zamówień publicznych, wzmocnienie współpracy z sektorem prywatnym, zwiększenie wpływu zamawiających na etapie wykonania umowy oraz dalsze wzmacnianie systemu środków ochrony prawnej.

Abstract

In this paper the role of the public procurement in the context of geostrategy and the global challenges has been discussed. The geostrategy's context assumes that the national public procurement model will play the crucial role for the goals, which will be realized by Polish contracting authorities and the contractors with whom these goals could be achieved. The goals of the Polish public procurement model shall encompass challenges of modern civilization. The crucial role of the public procurement regulation considers the expenditures and the potential impact on the implementation of socio-economic goals. The required public procurement model shall provide clear aims of the system, the market attractiveness, the enhancement of the public-private cooperation, the enhancement of the contracting authority's role in the enforcement phase and the further sustaining of the remedies system.

Wprowadzenie

W niniejszym opracowaniu zasygnalizowana zostanie rola zamówień publicznych (w tym również rola partnerstwa publiczno-prywatnego[1]) w kontekście geostrategii i wyzwań współczesności. Wyzwania współczesności rysuje przy tym horyzont 2050 roku. Większość bowiem dostępnych raportów np. Organizacji Narodów Zjednoczonych kreśli wizję gospodarczo-polityczną świata właśnie do tego momentu[2]. Geostrategia, wyzwania współczesności oraz realizacja zadań publicznych przy wykorzystaniu zamówień publicznych są ze sobą silnie sprzężone. Współzależności pomiędzy wskazanymi obszarami uzasadniają celowość podjęcia analizy dotyczącej roli, jaką zamówienia publiczne odgrywać będą w globalnych zdarzeniach społeczno-polityczno-gospodarczych w ciągu kolejnych lat.

Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie o to, jaki *de lege ferenda* kształt powinien posiadać rodzimy model zamówień publicznych oraz z czego wskazany model powinien wynikać. Podstawą odpowiedzi na powyższe pytania staje się dla autora umiejscowienie Polski w kontekście wyzwań cywilizacyjnych oraz zmieniających się warunków polityki światowej. W pierwszej kolejności wskazane zostanie rozumienie geostrategii, które opiera się o dorobek profesora Zbigniewa Brzezińskiego i jego aktywność naukową prowadzoną głównie w ramach Centrum Studiów Strategicznych i Międzynarodowych z siedzibą w Waszyngtonie. W dalszej kolejności zarysowane zostaną główne wyzwania stojące przed współczesną cywilizacją mające bezpośrednie oddziaływanie na zakres regulacji dotyczącej zamówień publicznych. Następnie wskazane zostaną, kluczowe zdaniem autora konstrukcje prawne w ramach regulacji poświęconej zamówieniom publicznym mające znaczenie dla realizacji polityki geostrategicznej oraz realizacji wyzwań współczesności. Całość zakończy zwięzłe podsumowanie.

Pojęcie geostrategii i jej rola w kształtowaniu obrazu współczesności

Przez geostrategię rozumie się interakcje pomiędzy państwami (oraz instytucjami kreowanymi przez umowy międzynarodowe), które to interakcje uwzględniają aspekty geograficzne, historyczne oraz przede wszystkim strategiczne[3]. Co istotne w kontekście przedmiotowego opracowania, geostrategia powinna uwzględniać aspekty aktualnego rozwoju technologicznego, jak również kwestie szeroko rozumianego bezpieczeństwa naro-

[1] Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym partnerstwo publiczno-prywatne polega na wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartej na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.

[2] Wyzwania jakie stoją przed globalną cywilizacją opisuje również m.in. J. N. Harari: *21 Lessons for 21 Century*, New York, 2018

[3] Szerzej na temat Geostrategii zob.: Brzezinski Institute on Geostrategy w ramach Center for Strategic & International Studies z siedzibą w Waszyngtonie.

dowego i organizacji pozostających we wzajemnych sojuszach. Geostrategia dotyczy przy tym przede wszystkim relacji pomiędzy kluczowymi graczami życia polityczno-gospodarczego i jest zwykle przez nich kreowana. Pozostałe podmioty stają się częścią strategicznego, długookresowego planu gry kreślonego przez mocarstwa światowe[4]. Przyjęcie odpowiednich regulacji prawnych oraz ich implementacja w praktyce decyduje o tym, w jakim kręgu wpływów znajduje się konkretny podmiot. W kontekście globalnej geostrategii na pierwszym planie umiejscowić należy relacje pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Chinami oraz ich współpracę, sojusze jak również rywalizację z innymi krajami[5]. Wskazuje się, iż blisko stuletnia dominacja gospodarczo-polityczna USA zastępowana jest obecnie poprzez rosnącą siłę Państwa Środka. ONZ szacuje, iż do 2050 roku globalny dochód narodowy Chin osiągnie pułap -54.4 triliony dolarów, podczas gdy dochód narodowy USA wynosić będzie 32 triliony dolarów.[6] Na tym tle rodzi się kluczowe pytanie o to, w jaki sposób dojdzie do ewentualnego przebiegunowania liderów gospodarczych świata oraz w jakiej sferze wpływów znajdą się pozostałe kraje i organizacje.

Jednym z kluczowych graczy w ramach polityki geostrategicznej światowych mocarstw pozostaje Unia Europejska. Oba kraje tj.: Chiny i USA w swoich strategiach polityczno-gospodarczych przewidują współpracę gospodarczą z Unią Europejską. Kooperacja ta obejmuje wiele wątków związanych z zamówieniami publicznymi. Dotyczą one m.in. budowy, bądź rozbudowy istniejącej infrastruktury publicznej. Zasadnicze znaczenie dla ekspansji chińskiej posiada inicjatywa Pasa i Szlaku (ang. *Belt and Road Inistiative*). Koncepcja ta, nazywana również Nowym Jedwabnym Szlakiem przedstawiona została przez przewodniczącego Chińskiej Republiki Ludowej - Xi Jinpinga w 2013 roku. Do tej pory udział w chińskim projekcie potwierdziło około 70 państw i regionów, które razem stanowią ⅓ światowego GDP i 60% światowej populacji. Docelowo chińska inicjatywa objąć ma swoim zasięgiem 2/3 populacji światowej. Nowy Jedwabny Szlak koncentruje się na budowie oraz modernizacji infrastruktury, przede wszystkim zaś połączeń morskich, lądowych, powietrznych oraz cybernetycznych. Zdaniem chińskich władz ekspansja powinna obejmować wszystkie kluczowe regiony świata[7]. Inicjatywa Nowego Jedwabnego Szlaku może doprowadzić

[4] Zob. np. Z. Brzeziński: *The Grand Chessboard. American Primacy and its geostrategic imperatives*. Waszyngton 1997

[5] Zob. np. A. H. Cordesman, A. A. Burke: *China's Global Engagement: China vs. U.S. Trade Chinese Grand Strategy – A Net Assessment: Cooperation (w) Chinese Grand Strategy – A Net Assessment: Cooperation, Competition and/or Conflict, Competition and/or Conflict,* Center for Strategic & International Studies, Waszyngton 2018, s. 62 i nast.

[6] Zob. "Real GDP long-term forecast," Office of Economic Cooperation and Development

[7] Zob. J. Hillman: *China's Belt and Road Is Full of Holes*, Center for Strategic & International Studies, Waszyngton 2018, s. 2

do zmiany współczesnego gospodarczego porządku międzynarodowego. Wyraźnie widoczne staje się również zaangażowanie Chin we współpracę bezpośrednią z konkretnymi regionami świata. Ekspansja gospodarcza obejmuje przede wszystkim Afrykę oraz Amerykę Łacińską[8]. Widoczne są jednak również wyraźne ruchy na terenie Unii Europejskiej[9].

Amerykańska inicjatywa współpracy z Unią Europejską obejmowała z kolei Transatlantyckie Partnerstwo w dziedzinie Handlu i Inwestycji (ang. *Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP). Porozumienie to negocjowane było od 2013 roku. Jego głównym celem było utworzenie strefy wolnego handlu pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Unią Europejską, obejmującej również wzajemny dostęp do rynków zamówień publicznych. Po objęciu urzędu prezydenta przez Donalda Trumpa negocjacje pomiędzy Unią Europejską a USA zostały faktycznie zawieszone. Obecne zawieszenie negocjacji nie wyklucza jednak ich potencjalnego podjęcia, bądź w sytuacji zmiany na stanowisku prezydenta USA, bądź też na skutek zmiany strategii polityki międzynarodowej Białego Domu.

Z punktu widzenia krajowego istotnym staje się kwestia tego, w jakim kręgu współpracy gospodarczo-politycznej w kontekście geostrategicznym znajdzie się Polska. Na tym tle pojawia się wątek przyjętego modelu systemu zamówień publicznych. System ten, rozumiany na potrzeby niniejszego opracowania jako regulacja prawna oraz możliwości implementacyjne przepisów prawnych w praktyce, determinuje bowiem dwie zasadnicze kwestie: otwarcie się na współpracę z konkretnymi wykonawcami oraz możliwość realizowania przyjętych celów polityki publicznej. Innymi słowy w zależności od kształtu przyjętego systemu zamówień publicznych Polska promować może wykonawców z określonego kręgu państw, jak również realizować może zakładane cele strategiczne. W tym kontekście pojawia się pytanie o to, jakie cele realizować mają rodzime zamówienia publiczne przy założeniu wydatkowania rocznie ok. 160 mld złotych[10], jakie normy prawne powinny znaleźć zastosowanie do wyboru wykonawców, jakich standardów etycznych oraz standardów zagwarantowania bezpieczeństwa wobec Polski oczekiwać należy od potencjalnych kontrahentów rodzimych zamawiających, jaki wpływ wybrani wykonawcy będą posiadali na ochronę środowiska, promocję zatrudnienia oraz realizację innych zadań publicznych?

Na powyższe zagadnienie spojrzeć należy przy uwzględnieniu dwóch kluczowych czynników. Po pierwsze warto wziąć pod uwagę aspekty aksjologiczne, po drugie zaś kwestie bezpieczeństwa narodowego (w tym bezpie-

[8] Zob. R. E. Ellis: *The Future of Latin America and the Caribbean in the Context of the Rise of China*, Center for Strategic & International Studies, Waszyngton 2018, s. 2 i nast.

[9] Zob. np. relacje dotyczące współpracy chińsko-włoskiej https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/swiat/1787158,1,wlochy-dogaduja-sie-z-chinami-co-to-znaczy-dla-europy.read

[10] Zob. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 roku, Warszawa 2018 r., s. 9

czeństwa cybernetycznego). Aspekty aksjologiczne obejmują problematykę wartości, jakie mają być promowane przez przyjęty model zamówień publicznych. Pojawiają się zatem pytania dotyczące tego z jakimi wykonawcami współpracować będą krajowi zamawiający, w jakim łańcuchu dostaw działać będą polscy przedsiębiorcy, w jakiej procedurze będą wybierani kontrahenci polskich zamawiających oraz tego jakie cele będą przez owych wykonawców realizowane. Przyjęty model zamówień publicznych decydować będzie również o modelu prowadzenia działalności gospodarczej przez prywatnych przedsiębiorców, ich zaangażowaniu w kwestie ochrony klimatu, realizowania celów społecznie odpowiedzialnego biznesu etc. Aspekty bezpieczeństwa narodowego dotyczą zaś przede wszystkim tego, czy model zamówień publicznych doprowadzi do współpracy z tymi wykonawcami, którzy pozostawać będą częścią szerszego planu i wizji strategicznej Polski. W tym kontekście szczególnego znaczenia nabiera dążenie do zagwarantowania spójności przyjętej strategii. Niebezpieczeństwo może pojawić się w momencie zawierania kontraktów na budowę kluczowych elementów infrastruktury publicznej, np. sieci 5G z wykonawcami pozostającymi w konflikcie z sojusznikami militarnymi.

Wyzwania współczesności w kontekście geostrategicznym

Geostrategia uwzględniać powinna identyfikację oraz realizację wyzwań, jakie stoją obecnie przed globalną cywilizacją. Zmiany te mają dzisiaj charakter niezwykle głęboki oraz dynamiczny. Dotyczą one przede wszystkim demografii, postępu technicznego oraz zmian w kształcie infrastruktury publicznej. W kontekście roli zamówień publicznych wskazać należy przede wszystkim na konieczność tworzenia nowoczesnej bazy infrastrukturalnej. ONZ szacuje, iż do roku 2050 2/3 ludności na świecie będzie żyło na obszarach zurbanizowanych[11]. Powstanie co najmniej 50 megamiast liczących co najmniej 10 milionów ludzi[12]. Oznacza to rapidalny wzrost zapotrzebowania na nowoczesną infrastrukturę publiczną również w krajach dotychczas wysoko rozwiniętych. Infrastruktura ta obejmuje drogi, porty morskie oraz lotnicze, budownictwo mieszkaniowe, szpitale etc. Kluczową rolę odgrywać będzie również bezpieczeństwo energetyczne[13].

Przyszłość cywilizacji związana jest nie tylko z rozbudową infrastruktury ale również z innymi wyzwaniami, jakie rodzą się obecnie przed glo-

[11] Zob. United Nations, May 16, 2018, https://www.un.org/development/ desa/en/news/population/2018-revision-of-world-urbanization-prospects. html.

[12] Zob. D. Hoornweg and K. Pope, *Socioeconomic Pathways and Regional Distribution of the World's 101 Largest Cities, Toronto*: Global Cities Institute, University of Toronto, January 2014

[13] Zob. A. Dasewicz, T. Moss, D. Runde, K. Steel: *America's Global Infrastructure Opportunity Three Recommendations to the New U.S. Development Finance Corporation*, Center for Strategic & International Studies, Waszyngton 2019, s. 2

balnym społeczeństwem. Wyzwania te związane są zwłaszcza z implementacją rozwiązań IV Rewolucji Przemysłowej. Pod tym pojęciem rozumie się rozwój nowych technologii informatycznych takich jak: sztuczna inteligencja, automatyzacja, robotyka, które to technologie posiadają wpływ na konwencjonalne modele ekonomiczne[14]. W kontekście zamówień publicznych rodzi się m.in. pytanie dotyczące tego, w jaki sposób wykorzystane zostaną dobrodziejstwa płynące z automatyzacji oraz robotyzacji pracy, jak również w jaki sposób przeciwdziałać będziemy negatywnym jej skutkom tzw. bezrobociu technologicznemu[15]. Szacuje się, iż w wyniku automatyzacji ok. 7,5 mln stanowisk pracy zastąpionych zostanie w wyniku automatyzacji[16]. Duża część z nich objęta jest zakresem regulacji Prawa zamówień publicznych. Szczególne znaczenie w najbliższej przyszłości odgrywać będą zatem wątki społeczno-ekonomiczne. Przewidzieć i uwzględnić w modelu regulacji prawa zamówień publicznych należy wobec tego zagospodarowanie osób, które stracą zatrudnienie w wyniku pojawiających się nowych rozwiązań technologicznych. Poszukiwać również należy nowych obszarów możliwego zatrudnienia takowych osób przy realizacji nowych zamówień publicznych.

3. Kardynalnym wątkiem dotyczącym IV Rewolucji Przemysłowej staje się kwestia budowy sieci 5G, tzw. technologii mobilnej 5 generacji[17]. Zgodnie z założeniami sieć ta umożliwić ma znaczne zwiększenie przekazu danych, jak również prowadzić ma do zwiększenia wydajności i zdolności funkcjonowania tzw. Internetu rzeczy. W sferze zarządzania publicznego chodzi m.in. o: technologie *smart building*, system naprowadzania na miejsca parkingowe, innowacyjny system oświetlenia, lokalne aplikacje wspierające mieszkańców, Elektroniczny System Sterowania Ruchem, mapę jakości powietrza w czasie rzeczywistym i wiele innych rozwiązań podnoszących jakość funkcjonowania administracji publicznej. Stworzenie wymaganej infrastruktury dla implementacji rozwiązań sieci 5G bezpośrednio związane jest również z bezpieczeństwem narodowym. Nie bez znaczenia pozostaje w tym kontekście pytanie, którzy wykonawcy będą tworzyli i utrzymywali wspomnianą sieć w Polsce. Wybór tych wykonawców determinować będzie

[14] Zob. np. D. F. Runde, D. S. Spiro Jeffrey M. A. Sara E. Lawrence S. R. Ramanujam, E. K. Yayboke: *Rebooting the Innovation Agenda. The Need for Resilient Institutions*, Center for Strategic & International Studies, Waszyngton 2019, s. 2

[15] Na temat zagrożeń związanych z IV Rewolucją Przemysłową zob. np. A. Milner Erol, D. F. Runde, S. Zausner: *Evolution of Revolutions — The Human Element of Technological Change* (w) *Beyond Technology. The Fourth Industrial Revolution in the Developing World*, Center for Strategic & International Studies, Waszyngton 2019, s. 6 i nast.

[16] Zob. *Shoulder to shoulder with robots. Tapping the potential of automation in Poland*. McKinsey&-Company. Warsaw 2018, s. 20

[17] Zob. J. A. Lewis: *How 5G Will Shape Innovation and Security*, Center for Strategic & International Studies, Waszyngton 2019, s. 1

poziom bezpieczeństwa narodowego, jak również poziom rozwoju ekonomicznego kraju na kolejne dekady[18].

4. Kolejnym zagadnieniem związanym z IV Rewolucją Przemysłową jest wątek wykorzystania *Blockchainu* w sferze administracji publicznej[19]. Pojawiają się w tym obszarze nowe możliwości będące np. podstawą tworzenia rozwiązań związanych z budową tzw. *Smart Cities*. Infrastruktura konieczna do realizacji projektu *Smart City* skutkować będzie wdrożeniem bardziej demokratycznych zasad zarządzania miastem. Pozwoli ona bowiem na implementację podejścia określanego mianem *Demand-Driven Development*[20]. Oznacza ono, iż to mieszkańcy wskazywać będą w większym aniżeli obecnie stopniu na potrzeby społeczności lokalnych za pomocą między innymi rozwiązań bazujących na rozwiązaniach *Blockchainu*. Wprowadzenie rozwiązań właściwych dla modelu *Smart City* związana jest bezpośrednio z wykorzystaniem partnerstwa publiczno-prywatnego.

Następnym wielkim, cywilizacyjnym wyzwaniem jest kwestia zapobiegania niekorzystnym zmianom klimatu. W raporcie Międzyrządowego Zespołu ds. Zmiany Klimatu przy ONZ (ang. *Intergovernmental Panel on Climate Change*, IPCC) z 2013 roku stwierdza się, iż globalne ocieplenie zachodzi i jest powodowane przez emisje gazów cieplarnianych, głównie dwutlenku węgla ze spalania paliw kopalnych, oraz że spowoduje ono katastroficzne skutki dla ziemi. W 2015 roku w Paryżu zawarte zostało porozumienie, które wejdzie w życie w 2020 roku. Jego celem jest ustabilizowanie wzrostu temperatury atmosfery do 2 stopni Celsjusza w stosunku do okresu przedprzemysłowego. Wykorzystywanie rozwiązań proekologicznych jest jednym z głównych wątków tzw. zamówień strategicznych. W tym zakresie pojawiają się ogromne możliwości dla zamawiających, którzy w swojej działalności nie tylko mogą ale i powinni uwzględniać rozwiązania prośrodowiskowe.

Innym wyzwaniem cywilizacyjnym staje się ciągły rozwój i adaptacja rozwiązań innowacyjnych, również we wzmiankowanej sferze ekologicznej. Innowacje pozwalają utrzymywać poziom rozwoju gospodarczego dostosowany do potrzeb cywilizacyjnych. Jest to zadanie wspólne, zarówno dla sektora publicznego, jak i prywatnego. Szczególne znaczenie odgrywać mogą w tym zakresie regulacje poświęcone zamówieniom publicznym oraz partnerstwu publiczno-prywatnemu. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu to właśnie na sektorze publicznym ciąży w praktyce zadanie poszu-

[18] Tamże

[19] Zob. K. Suominen, A. Chatzky, W. Reinsch, J. Robison: *Harnessing Blockchain for American Business and Prosperity*, Center for Strategic & International Studies, Waszyngton 2019, s.5.

[20] Zob. D. F. Runde, R. Bandura MacKenzie Hammond: *A Demand-Driven Approach to Development* Center for Strategic & International Studies, Waszyngton 2019, s. 2 i nast.

kiwania rozwiązań innowacyjnych i następnie ich implementacja z pomocą sektora prywatnego[21].

Kluczowe konstrukcje prawne zamówień publicznych w kontekście realizacji wyzwań współczesności

Jak wzmiankowano powyżej, przyjęty model zamówień publicznych będzie posiadał decydujące znaczenie w dwóch węzłowych aspektach. Po pierwsze w aspekcie tego, z kim współpracować będą polscy zamawiający oraz w jakim systemie łańcucha dostaw funkcjonować będą krajowi wykonawcy, po drugie zaś w aspekcie tego, czy Polska będzie w stanie skutecznie odpowiedzieć na wyzwania współczesności oraz realizować skutecznie politykę bezpieczeństwa narodowego. Realizacja powyższych celów zależeć będzie od przyjętego modelu Prawa zamówień publicznych. W tym miejscu podkreślić należy, iż nie chodzi wyłącznie o przyjęcie określonych rozwiązań prawnych. Równie ważna staje się kwestia ich implementacji w praktyce. Ta zaś zależeć będzie od utworzenia odpowiednio wyspecjalizowanych podmiotów centralnych, jak również profesjonalizacji pozostałych zamawiających.

Trudno jednoznacznie wskazać na wzorcowy model regulacji prawnych w sferze zamówień publicznych. Pewną wskazówką mogą być modele międzynarodowych organizacji takich jak OECD[22], czy też Bank Światowy[23]. Zdaniem autora pokusić się można o wyłuskanie z obowiązujących norm prawnych (rodzimych jak i zagranicznych) konstrukcji decydujących o tym, czy regulacja zamówień publicznych pozwala osiągnąć postulowane cele, a w konsekwencji, czy umożliwia realizowanie wartości, które powinny leżeć u podłoża systemu zamówień publicznych. Do konstrukcji tych zaliczyć należy w pierwszej kolejności normy wskazujące na cele, jakie mają być osiągane poprzez regulację zamówień publicznych. Koniecznym staje się zatem *de lege ferenda* wyraźne wskazanie, iż stosowanie przepisów Prawa zamówień publicznych realizować ma cele proekologiczne, proinnowacyjne, prospołeczne jak również gwarantować ma zapewnienie bezpieczeństwa narodowego.

Wyeksponować należy również znaczenie zasad, jakie rządzą procedurą udzielania zamówień publicznych. Zasady te powinny być traktowane jako środek do osiągania wyżej wskazanych celów, nie zaś jako cel sam w sobie. Wśród zasad szczególne znaczenie zajmują ciągle: zasada konku-

[21] Zob. M. Mazzucato: *The Entrepreneutrial State. Debunking Public vs. Private Sector Myths*. New York, 2015

[22] Zob. OECD *Methodology for assessing procurement systems* (MAPS), Paris, 2015

[23] Zob. Ch. Yukins, S. Williams-Elegbe: *The World Bank's Procurement Framework: An Assessment of Aid Effectiveness*, GW Law School Public Law and Legal Theory Paper No. 2018-37

rencyjności[24] oraz zasada transparentności. Wskazane zasady leżą u podstaw większości regulacji prawnych oplatających współpracę międzynarodową w dziedzinie zamówień publicznych. Znacznie gorzej w tym aspekcie wygląda natomiast ekspansywna współpraca realizowana przez Chiny w oparciu o wspomnianą inicjatywę Pasa i Drogi. Kontrakty zawierane w ramach wskazanej współpracy nie przewidują zwykle konkurencyjnych procedur wyboru najkorzystniejszej oferty. Przewiduje się natomiast wskazanie przez Chiny konkretnych wykonawców (zwykle powiązanych z państwem) gotowych do realizacji danej inwestycji. Częstokroć wykorzystuje się w tym zakresie umowy PPP umożliwiające Chinom m.in. kontrolowanie zasobów naturalnych w okresie kilkunastu, bądź kilkudziesięciu lat.

Aby osiągnąć wskazane powyżej cele strategiczne należy zmierzać *de lege ferenda* do podniesienia znaczenia i implementacji konstrukcji umożliwiających rozeznanie dostępnych na rynku sposobów realizacji zamierzeń zamawiających[25]. W tym aspekcie warto kierować się w stronę rozwiązań typowych dla sektora prywatnego. Rozeznanie rynku pozwala bowiem na ustalenie stanu wiedzy w określonej dziedzinie jeszcze przed podjęciem decyzji o wszczęciu konkretnego postępowania. Dynamika zmian technologicznych czyni takie podejście wręcz niezbędnym w praktyce. Wskazane działanie wpłynie również pozytywnie na dostęp do rozwiązań innowacyjnych[26]. Wykorzystywać należy zatem w jak najszerszym zakresie normy umożliwiające penetrację rynku w tym: dialog techniczny (badanie rynku), czy też formy spotkań z przedstawicielami rynku tzw. *Industry days.*

Fundamentalne znaczenie dla realizacji wyżej wymienionych celów posiada również kwestia kwalifikacji wykonawców. Przyjęte konstrukcje zapewniać powinny taki ich dobór, który pozwoli minimalizować ryzyko reputacyjne po stronie zamawiających. Z tego powodu warto zastanowić się nad implementacją rozwiązań typowych dla amerykańskiego systemu federalnych zamówień publicznych opierającego się m.in. o konieczność posiadania przez wykonawców odpowiednich polityk *Compliance* jeszcze

[24] Zgodnie ze sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 roku w zamówieniach o wartości poniżej progów unijnych, średnia liczba ofert składanych podczas jednego postępowania wyniosła 2,38. W przypadku zamówień o wartościach powyżej progów unijnych średnia ta wyniosła 2,23. Zob. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 roku, Warszawa 2018 r., s. 9

[25] Zgodnie ze sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 roku w 2017 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych opublikowano 429 ogłoszeń dotyczących zastosowania dialogu technicznego, co stanowiło 0,35% ogółu postępowań poniżej progów unijnych. Zob. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 roku, Warszawa 2018 r., s. 51

[26] Zgodnie ze sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 roku partnerstwo innowacyjne wykorzystane zostało w 0,01 procencie wartości udzielonych zamówień publicznych. Zob. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 roku, Warszawa 2018 r., s. 34

przed przystąpieniem do procedury udzielenia zamówienia publicznego[27]. Przyjęty *lege iuris* w Unii Europejskiej model zakłada posiadanie takich rozwiązań jako formy *self cleaning*, już po zaistnieniu zdarzenia mogącego skutkować wykluczeniem z postępowania. Nowoczesny model regulacji zamówień publicznych sprzyjać powinien współpracy z kontrahentami promującymi określone wartości od samego zamierzenia współpracy z sektorem publicznym.

Kolejną kluczową kwestią dla realizacji wyżej wzmiankowanych celów staje się relacja pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Dążyć warto w tej relacji do znalezienia balansu pomiędzy wzmocnieniem pozycji wykonawców a należytą realizacją zamówienia w interesie publicznym. Rynek zamówień publicznych powinien być rynkiem atrakcyjnym dla wykonawców, chroniącym ich interesy ale jednocześnie gwarantującym zamawiającym możliwość zarządzania realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z tego powodu *de lege ferenda* większą uwagę skupić należy na etapie wykonania umowy. Wyposażyć warto również zamawiających w elektroniczne instrumenty wsparcia, umożliwiające lepszą współpracę z wykonawcami oraz kontrolę nad ich zachowaniami. Rozwiązania takie są kluczowe przede wszystkim w ramach długookresowej współpracy opartej o partnerstwo publiczno-prywatne.

Na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty w zdecydowanie większym stopniu wykorzystywać należy również tryby negocjacyjne[28]. Pozwalają one bowiem w znacznie większym stopniu ukształtować stosunek pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, tak aby w należyty sposób realizować zawartą umowę. Dobór wykorzystania określonych trybów wyboru najkorzystniejszej oferty następować powinien w ramach obowiązujących regulacji prawnych oraz konstrukcji znanych sektorowi prywatnemu, np. Macierzy Krajlica. Takie podejście zwiększa w wydatny sposób szanse na realizację zakładanych celów zamówień publicznych.

Warto również wyeksponować konieczność dalszego wzmacniania efektywności środków ochrony prawnej. W tym obszarze kierować należy się w stronę dalszej profesjonalizacji organów orzekających, ich niezależności oraz właściwego docenienia realizowanych przez nich zadań.

---

[27] Szerzej zob. np. Ch. Yukins, M. Kania: *Suspension and Debarment in the U.S. Government*: *Comparative Lessons for EU's Next Steps in Procurement*, Procurement Law Journal, No. 2 2019, Kate M. Manuel: *Debarment and Suspension of Government Contractors: An Overview of the Law Including Recently Enacted and Proposed Amendments*, Congressional Research Service, Waszyngton 2011

[28] Zgodnie ze sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 roku w 2017 roku w 86% zamówień udzielono w trybie przetargu nieograniczonego. Tryb zamówienia z wolnej ręki zastosowano w 9,67% postępowań. Tryby negocjacyjne wykorzystano w mniej niż 1% prowadzonych postępowań. Zob. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 roku, Warszawa 2018 r., s. 9 oraz s.34

Pytania o model zamówień publicznych w kontekście geostrategii i wyzwań współczesności

Zmiany obserwowane obecnie na światowej scenie polityczno-gospodarczej prowadzą do przebiegunowania sił globalnych, będącego przede wszystkim wynikiem ekspansji Chin oraz rywalizacji Państwa Środka ze Stanami Zjednoczonymi Ameryki Północnej. Jednocześnie jesteśmy świadkami pojawiania się nowych wyzwań cywilizacyjnych, związanych przede wszystkim z IV Rewolucją Przemysłową oraz zmianami klimatycznymi. Potencjał zamówień publicznych mierzony zarówno wydatkami, jak i możliwością wpływu na realizację konkretnych polityk nakazuje zadać pytanie o to, jaki model zamówień publicznych powinien zostać przyjęty w kontekście geostrategii oraz wyzwań współczesności.

Kształt modelu krajowych zamówień publicznych posiada dzisiaj zdecydowanie większe znaczenie aniżeli bywało w przeszłości. Jeżeli Polska ma odgrywać aktywną i istotną rolę w globalnej geostrategii, uwzględniając realizację wartości oraz celów współczesnej cywilizacji koniecznym staje się oparcie systemu zamówień publicznych o następujące konstrukcje prawne: promowanie celów proekologicznych, proinnowacyjnych, prospołecznych jak również gwarantujących bezpieczeństwo narodowe, dalsze promowanie konkurencyjności i transparentności w procedurach zmierzających do udzielenia zamówienia publicznego, należyty dobór kontrahentów sektora publicznego poprzez stawianie wysokich wymogów kwalifikacyjnych, uwzględniających minimalizację ryzyka reputacyjnego zamawiających, wyraźne wzmocnienie współpracy z sektorem prywatnym poprzez: dokonywanie rozeznania rynku, promowanie innowacji, zdecydowanie szersze wykorzystywanie trybów negocjacyjnych oraz wzmocnienie pozycji wykonawców w stosunkach z zamawiającymi, dalsze wzmacnianie skuteczności środków ochrony prawnej wykonawców.

Podkreślić również należy zasadność implementacji przyjmowanych rozwiązań prawnych w praktyce. Ta zaś nastąpi jedynie w wyniku profesjonalizacji kadr zobowiązanych do stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych. W tym celu rozważyć należy agregację dokonywanych zakupów i powierzenie kompetencji w powyższym zakresie profesjonalnym, scentralizowanym jednostkom, jak również szybką profesjonalizację pozostałych zamawiających.

Maciej Sarnowski

Problematyka wnoszenia niepieniężnych form wadium w świetle obowiązkowej komunikacji elektronicznej

Abstrakt

Niniejszy artykuł poświęcony został problematyce wnoszenia niepieniężnych form wadium w świetle obowiązkowej komunikacji elektronicznej. W trakcie rozważań wskazanej w tytule problematyki ustalono cel wadium, znaczenie pojęcia niepieniężnej formy wadium oraz rodzaje niepieniężnych form zabezpieczeń wadialnych dopuszczonych przez ustawodawcę na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Następnie dokonana została krótka charakterystyka każdej z niepieniężnych form wadium. W artykule odniesiono się również do zagadnienia wniesienia wadium oraz informatyzacji procedur udzielania zamówień publicznych i wpływu tego procesu na sposób przekazywania dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium w formie niepieniężnej. Zakończenie zawiera wnioski płynące z przeprowadzonych rozważań, wskazujące na konieczność doprecyzowania regulacji prawnych w zakresie zasady pisemności postępowania oraz obowiązku przedłożenia oryginału dokumentu poręczenia lub gwarancji wadialnej przez wykonawcę, w postaci elektronicznej.

Abstract

This article is devoted to the issue of paying non-cash forms of bid bond in the light of obligatory electronic communication. During the considerations indicated in the title of the problem, the purpose of the bid bond, the meaning of the concept of non-cash form of the bid bond and types of non-cash forms of bid bond allowed by the legislator on the basis of the Public Procurement Law were established. Then, a short description of each of the non-cash forms of the bid bond was made. The article also refers to the issue of payment of bid bond and informatization of public procurement procedures and the impact of this process on the manner of submitting a document confirming the payment of a bid bond in a non-cash form. The conclusion of the article contains conclusions resulting from the considerations made, indicating the necessity to clarify the legal regulations with regard to the principle of the written procedure and the obligation to submit the original surety or guarantee by the economic operator in electronic form.

Pojęcie niepieniężnej formy wadium

Podejmując wysiłki zmierzające ku zdefiniowaniu pojęcia niepieniężnej formy wadium należy w pierwszej kolejności ustalić znaczenie terminu nieco ogólniejszego, czyli wadium. Instytucja ta bowiem choć występująca już w ustawie z dnia 10 czerwca 1994 r.[1] do dnia dzisiejszego nie doczekała się definicji legalnej określonej w przepisach regulujących problematykę zamówień publicznych. Stąd też istnieje potrzeba sięgnięcia do przepisów Kodeksu cywilnego[2] oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i poglądów doktryny w zakresie zabezpieczeń wadialnych ustanawianych i wnoszonych przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Kierując się zatem odesłaniem zawartym w art. 14 ust. 1 ustawy Pzp[3] z dnia 29 stycznia 2014 r. przypadku wadium uwzględnić trzeba rozumienie tego pojęcia na gruncie cywilistycznym. Ustawodawca kodeksowy zdecydował w treści art. 70[4] § 1 Kc, iż w warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, co utożsamiać należy z wymaganiem wadium. Jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, której ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie Pzp, organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia[4]. W polskiej kulturze prawnej wadium stanowi więc zabezpieczenie interesów majątkowych strony, w sytuacji gdy druga strona odmówi nawiązania stosunku umownego, w celu którego zorganizowany został przetarg bądź aukcja[5]. W doktrynie prawa cywilnego podkreśla się przy tym, iż wadium jest integralną częścią stosunku przetargowego i aukcyjnego[6].

Z kolei w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej kwestia wadium stanowi jedno z kluczowych zagadnień, w których podejmowane są rozstrzygnięcia. Wśród wielu wyroków odnoszących się do kwestii wadium, uwagę warto zwrócić na orzeczenie, w którym to wskazano, że *clou* zabezpieczenia wadialnego sprowadza się do tego, iż zamawiający nie jest zobo-

---

[1] Dz.U. 1994 Nr 76 poz. 344.

[2] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny Dz.U. 1964 Nr 16, poz. 93; t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1145), dalej zwana: Kc.

[3] Dz.U. 2004 Nr 19, poz. 177 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986), dalej zwana: Pzp.

[4] Art. 704 § 2 KC.

[5] Por. R. Szostak, Dochodzenie zwrotu wadium od zamawiającego – glosa – V CSK 456/09, Prawo Zamówień Publicznych 2010, Nr 2, s. 73.

[6] A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1–44910, Wyd. 9, Legalis 2019.

wiązany do wskazania rozmiaru szkody, gdyż w tym przypadku wysokość straty ma charakter zryczałtowany i stanowi równowartość wniesionego wadium[7]. Celem wadium będzie więc naprawienie szkody zaistniałej po stronie zamawiającego, w efekcie uchylenia się od zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza[8]. Przy czym w doktrynie i orzecznictwie postrzega się zabezpieczenie wadialne generalnie jako umowną sankcję majątkową[9]. Trafnie wobec tego Izba w jednym ze swych orzeczeń wskazała, iż wadium to nic innego jak pewna suma pieniędzy lub stosowne zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od którego wniesienia uwarunkowane jest dopuszczenie wykonawcy do uczestnictwa w postępowaniu[10]. Przy czym rozróżnia się terminy wniesienia wadium i jego ustanowienia, argumentując to, iż „wniesienie" wadium trzeba rozumieć na gruncie przepisów ustawy Pzp z uwzględnieniem jego celów, jak i obowiązków ciążących na wykonawcy, co nie jest tożsame z pojęciem „ustanowienia"[11].

Wadium ma charakter obligatoryjny w przypadku postępowań powyżej tzw. progów unijnych, natomiast w odniesieniu do pozostałych postępowań od decyzji zamawiającego uzależnione jest jego żądanie. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przed wykonawcami został postawiony warunek wniesienia wadium, podmioty chcące złożyć swoje oferty są zobligowane do wniesienia zabezpieczenia wadialnego przed upływem terminu składania ofert. Przy czym zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia[12]. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach, określa kwotę wadium dla każdej z części. W przypadku gdy zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, kwotę wadium określa się dla wartości zamówienia podstawowego[13]. Wadium

[7] Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2011 r., o sygn. akt: KIO 1142/11, Legalis nr 357395.

[8] Przy czym w doktrynie wskazuje się, że przesłankę uchylenia się o zawarcia umowy należy interpretować możliwie szeroko, gdyż art. 46 ust. 5 Pzp stanowi rozwinięcie reguł określonych w Kodeksie Cywilnym. Por. R. Szostak, Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2005, s. 190.

[9] Zob. M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Legalis 2015.

[10] Zob. wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2012 r., o sygn. akt: KIO 52/12, Legalis nr 458407.

[11] Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2016 r., o sygn. akt: KIO 2873/15, Legalis nr 1428843.

[12] Warto zauważyć, iż początkowo ustawodawca określił ustawowo minimalną wartość wadium na poziomie 0,5% wartości zamówienia, jednakże wskutek nowelizacji z 2008 r. dolny próg wysokości wadium został zniesiony, co należy uznać za rozwiązanie wspierające otwartość zamówień publicznych na wykonawców z sektora MŚP. Zob. art. 1 pkt. 15) ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058.).

[13] W intencji ustawodawcy wprowadzenie tego rozwiązania miało przyczynić się do zmniejszenia kosztów uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji zwiększyć zainteresowanie przedsiębiorców zamówieniami publicznymi, dzięki czemu postępowania miały stać się bardziej konkurencyjne. Zob. uzasadnienie projektu ustawy - o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 471), s. 6.

może być wnoszone w następujących formach: 1) pieniądzu; 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; 3) gwarancjach bankowych; 4) gwarancjach ubezpieczeniowych; 5) 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[14].

Mając na uwadze powyższe sformułować można wniosek, iż niepieniężna forma wadium to odpowiednie zabezpieczenie środków pieniężnych stanowiące równowartość sumy, którą wymaga zamawiający jako zabezpieczenie wadialne od uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym funkcja niepieniężnej formy wadium jest analogiczna jak w przypadku wadium wniesionego w pieniądzu, a więc sprowadza się do przede wszystkim do pełnej ochrony interesów zamawiającego, w sytuacji wystąpienia zdarzeń, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp[15]. W piśmiennictwie podkreśla się także drugą z funkcji wadium, a mianowicie warunku uczestnictwa w postępowaniu[16]. Bowiem termin do wniesienia wadium ma charakter bezwzględny, w związku z czym nie powinien być on przekroczony przez wykonawcę z uwagi na to, że zabezpieczenie wadialne wnoszone w postępowaniu winno obowiązywać przez cały okres związania ofertą, który rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert[17]. Wszak niedotrzymanie terminu wniesienia wadium skutkuje odrzuceniem oferty złożonej przez danego wykonawcę, co pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia. Brak ten nie może być również w żaden sposób sanowany[18].

Rodzaje niepieniężnych form wadium

Jak już zostało to wyżej wspomniane katalog form niepieniężnych wadium został określony w art. 45 ust. 6 Pzp i ma on charakter zamknięty. Ustawodawca jednakowoż dopuścił możliwość ustanowienia wniesienia wadium w kilku formach naraz. Wykluczone jest przy tym potrącenie przez

[14] (Dz.U. z 2018 r. poz. 110, 650, 1000 i 1669). Ustanowienie tej nowej formy wadium w 2004 r. motywowano tym, iż poręczenia te są tańsze niż gwarancja bankowa czy wadialna i stąd też powinna być ona bardziej preferowana przez małe i średnie przedsiębiorstwa. Por. projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych (nr druku 2218), s. 26.

[15] Por. Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2015 r., o sygn. akt: KIO 2287/15, Legalis nr 1405177.

[16] J. Pieróg wprost wskazuje, że wadium należy traktować jako jedną z barier finansowych, która ma na celu zapobieżenie składania ofert przez wykonawców, którzy w istocie nie są zainteresowani realizacją przedmiotu zamówienia. Zob. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019, komentarz do art. 45.

[17] Wyrok KIO z dnia 2 października 2013 r., o sygn. akt: KIO 2279/13, Legalis nr 762496.

[18] Por. Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2015 r., o sygn. akt: KIO 1110/15, Legalis nr 1378523; wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2015 r., sygn. akt: KIO 1125/15, Legalis nr 1351654; wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2015 r., o sygn. akt: KIO 552/15, Legalis nr 1242389.

zamawiającego wadium, z należności przypadających na rzecz wykonawcy z tytułu realizacji innej umowy[19]. W orzecznictwie Izby wyrażono również zapatrywanie, iż nie ulega wątpliwości, że celowym zabiegiem ustawodawcy było ograniczenie zbioru niepieniężnych form wadium, wskutek czego za niedopuszczalne zakwalifikować należy wnoszenie wadium w formie przewłaszczenia na zabezpieczenie, hipoteki, zastawu, w tym rejestrowego, weksla czy czeku[20].

Przechodząc do krótkiej charakterystyki poszczególnych niepieniężnych form wadium wskazać należy przede wszystkim na poręczenie bankowe, które to jest jedną z czynności bankowych wymienionych w treści art. 5 Prawa bankowego[21]. Przy czym udzielenie poręczenia następuje zawsze na piśmie i musi ono przybrać postać umowy, w której to poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał. Jest to więc umowa nazwana o charakterze akcesoryjnym[22]. Specyfika zamówień publicznych sprawia, iż zawarcie umowy poręczenia następuje w momencie przyjęcia oferty przez zamawiającego (wierzyciela) oraz otrzymaniu stosownego oświadczenia ze strony banku (dłużnika). Jest to więc umowa zobowiązująca jednostronna zawierana na okres związania ofertą[23]. Co do zasady poręczyciel jest odpowiedzialny jak współdłużnik solidarny. W odniesieniu do realiów przetargowych sprowadza się to do tego, iż w przypadku wystąpienia podstaw do zatrzymania wadium zamawiający ma prawo żądać zapłaty jego równowartości, zarówno od wykonawcy, który dane zabezpieczenie wadialne wniósł, jak i banku, który za niego poręczył. Roszczenie to wygasa dopiero z chwilą pełnego zaspokojenia zamawiającego, tj. uiszczenia wadium w pełnej wysokości.

Poręczeń udzielać mogą również spółdzielcze kasy oszczędnościowo -kredytowe. Możliwość ta została ustanowiona w drodze noweli z 2006 r. Niemniej jednak warto przypomnieć, że poprawka przyznająca uprawnienie spółdzielczym kasom oszczędnościowo-kredytowym do udzielania poręczeń pieniężnych została wprowadzona dopiero na etapie prac sejmowych i była zarazem dość mocno kwestionowana[24]. Ustanowienie poręczenia przez spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową zawsze jest zobowią-

[19] Zob. wyrok KIO z dnia 17 października 2013 r., o sygn. akt: KIO 2362/13, Legalis nr 775640.

[20] Por. wyrok KIO z dnia 21 listopada 2013 r., o sygn. akt: KIO 2591/13, Legalis nr 776534.

[21] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. 1997 Nr 140, poz. 939; t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2187), dalej zwana: Prawo bankowe.

[22] L. Ogiegło, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. T II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające, Wyd. 9, Warszawa 2018.

[23] T. Antoszek, [w:] M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627–1088. Wyd. 2, Warszawa 2019, komentarz do art. 876 KC.

[24] Zob. Opinia prawna dotycząca poprawności zawartych w Sprawozdaniu Podkomisji poprawek do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (druki 127 i 127-A) dotyczących udzielania poręczeń przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, do-

zaniem pieniężnym, stąd też w doktrynie wysuwa się uzasadnione wątpliwości, co do poprawności legislacyjnej przepisu art. 45 ust. 6 pkt. 2) Pzp[25].

Kolejna z form niepieniężnych wadium to gwarancja bankowa, stanowiąca – analogiczne do poręczenia bankowego – czynność bankową. Gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku[26]. Na tle tej definicji w doktrynie wyróżniono trzy stosunki prawne[27]. Pierwszy z nich ma charakter podstawowy i powstaje pomiędzy zamawiającym a beneficjentem gwarancji. Drugi to zlecenie udzielenia gwarancji występujące między zamawiającym a bankiem, który ma udzielić gwarancji beneficjentowi. Natomiast trzeci to tzw. właściwa gwarancja zachodząca między bankiem udzielającym gwarancji a beneficjentem gwarancji. Przyjmując więc wadium w formie gwarancji bankowej zamawiający staje się beneficjentem gwarancji uprawnionym do żądania zapłaty wadium w przypadku zajścia stosownych przesłanek. Niezmiernie ważna jest przy tym treść gwarancji, która powinna jasno wskazywać cel ustanowionego zabezpieczenia, czyli zdarzenia, które ona zabezpiecza[28]. Treść gwarancji nie została uregulowana przepisami ustawy Pzp, niemniej powinna ona obejmować wszystkie przesłanki, które uprawniają zamawiającego do zatrzymania wadium[29]. Nie należy utożsamiać tego jednak z obowiązkiem wymienienia wprost art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt. 1-3 Pzp[30]. Co ważne, w prawie bankowym *ad solemnitatem* zastrzeżono także formę pisemną gwarancji bankowej[31]. Należy również pamiętać, iż banki spółdzielcze mogą przyznać gwarancję tylko osobom fizycznym zamieszkującym lub prowadzącym przedsiębiorstwo na terenie działania tego banku lub osobom prawnym i jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, a posiadającym zdolność

stępna pod adresem: http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk5.nsf/Opwsdr?OpenForm&127, dostęp 3.07.2019 r.

[25] M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII. WKP 2018, komentarz do art. 45.

[26] Art. 81 Prawa bankowego.

[27] Zob. S. Babiarz, [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III., LexisNexis 2013.

[28] L. Mazur, Prawo bankowe. Komentarz. Wyd. 2. Warszawa 2008, komentarz do art. 81.

[29] Wyrok KIO z dnia 1 października 2013 r., o sygn. akt: KIO 2227/13, Legalis nr 761190.

[30] Por. wyrok KIO z dnia z dnia 14 października 2014 r., o sygn. akt: KIO 2016/14, Legalis nr 1163662.

[31] Zob. Art. 81 ust. 2 Prawa bankowego.

prawną, mającym siedzibę lub jednostki organizacyjne na terenie działania banku spółdzielczego[32].

Czwartą z niepieniężnych form wadium stanowi gwarancja ubezpieczeniowa, która to jest specyficzną i niestypizowaną czynnością ubezpieczeniową[33].Wykreowana została ona głównie przez praktykę, a jej źródła należy upatrywać w swobodzie umów. Przy czym część doktryny zwraca uwagę, że konstrukcję gwarancji ubezpieczeniowej należy oprzeć o art. 805 § 1 Kc, zgodnie z którym przez umowę ubezpieczenia ubezpieczyciel zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku, a ubezpieczający zobowiązuje się zapłacić składkę, i art. 808 § 1 Kc, w myśl którego ubezpieczający może zawrzeć umowę ubezpieczenia na cudzy rachunek[34]. Pogląd ten w istocie stanowi polemikę względem wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2004 r., w którym to orzeczono, iż gwarancja ma odrębny reżym prawny i nie ma podstaw dla analogicznego stosowania do jej oceny przepisów odnoszących się do umowy ubezpieczenia[35]. Niemniej jednak wyjaśnić trzeba, że do udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej dochodzi wówczas, gdy gwarant (ubezpieczyciel) zobowiąże się wobec beneficjenta gwarancji (zamawiającego), że jeżeli ten spełni określone warunki zapłaty to gwarant zrealizuje na jego rzecz umówione świadczenie pieniężne (zapłaci wadium)[36]. Tym samym to zakład ubezpieczeniowy gwarantuje zapłatę w przypadku niewywiązania się ze swojego zobowiązania przez wykonawcę[37].

Najmniej popularną i zarazem ostatnią formą niepieniężną wadium jest poręczenie udzielane 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. Aktualnie będzie to więc fundusz poręczeniowy, z którego pomocy skorzystać mogą m.in.: przedsiębiorcy, pracownicy przedsię-

[32] Wymaga to jednak uzgodnienia trybu i zakresu z bankiem zrzeszającym. Zob. art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 7 grudnia 2000 r. o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających (Dz.U. 2000 Nr 119, poz. 1252; t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 613). Szerzej na ten temat w: Z. Ofiarski, Ustawa o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających. Komentarz, [w:] Z. Ofiarski, Prawo bankowe. LexisNexis 2002; K. Pałka, [w:] Funkcjonowanie banków spółdzielczych, ich zrzeszanie się i banki zrzeszające. Komentarz., M. Spyra (red.), Lex 2011.

[33] Wyrok SA w Poznaniu z dnia 11 stycznia 2006 r., o sygn. akt: I ACa 761/05, LEX nr 186159.

[34] Za takim stanowiskiem optuje W. Dzierżanowski, J. Pieróg czy też S. Babiarz. Por. W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień *op. cit.*; J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. *op. cit.* i S. Babiarz, [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień *op. cit.*

[35] Sygn. akt: II CK 308/04, Legalis nr 242608. Zobacz również uwagi poczynione przez J. Pokrzywniaka w: J. Pokrzywniak, [w:] M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny *op. cit.*, komentarz do art. 805 KC.

[36] I. Skubiszak-Kalinowska, [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2019.

[37] P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016, komentarz do art. 45 Pzp.

biorców i osoby zamierzające podjąć działalność gospodarczą, podmioty działające na rzecz rozwoju gospodarczego, a także podmioty działające na rzecz zatrudnienia, rozwoju kapitału ludzkiego lub potencjału adaptacyjnego przedsiębiorców[38]. W piśmiennictwie przyjmuje się przy tym, że do tego typu poręczeń stosowany będzie art. 876 Kc[39].

Skuteczność wniesienia wadium w kontekście środków komunikacji elektronicznej

Skuteczność wniesienia wadium jest przedmiotem wielu rozstrzygnięć podejmowanych przez KIO. W jednym z nich Izba orzekła, że o prawidłowo i skutecznie wniesionym wadium można mówić wówczas, gdy: 1) zostało wniesione w wymaganej kwocie i przed upływem wyznaczonego terminu składania ofert, 2) w formach dopuszczonych w ustawie Pzp, na wyznaczony okres związania ofertą, 3) spełnia wymogi uregulowane odrębnymi przepisami, w tym ustawy Prawo bankowe i ustawy o działalności ubezpieczeniowej, w przypadku, gdy nie jest wnoszone w formie pieniężnej, 4) określa zgodnie ze stanem rzeczywistym podmiot (wykonawcę), który złożył ofertę w postępowaniu, i którego działania w całości (a nie w odniesieniu do poszczególnych uczestników konsorcjum) wadium ma zabezpieczać[40]. W innym z wyroków KIO podkreślono, że w przypadku ustanowienia wadium w formie gwarancji skuteczność jego wniesienia uwarunkowana jest również dodatkowo terminowym doręczeniem dokumentu gwarancyjnego zamawiającemu[41]. W doktrynie został też wyrażony pogląd, iż wniesienie wadium jest równoznaczne z zapłatą odpowiedniej sumy zamawiającemu, bądź przekazanie dokumentu wadialnego w sposób, formie i terminie wskazanym przez niego[42].

Informatyzacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przejawia się obecnie przede wszystkim w obowiązku posługiwania się środkami komunikacji elektronicznej w trakcie jego trwania[43]. Polski ustawodawca póki co cechuje się podejściem minimalistycznym w procesie informatyzacji, gdyż obecnie obowiązkowa komunikacja elektroniczna dotyczy postępowań organizowanych przez centralnych zamawiających, a w przypadku pozostałych zamawiających jedynie, gdy wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne. Pierwszy z etapów informatyzacji prze-

[38] Art. 6b ust. 1 pkt. 3) ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. 2000 Nr 109, poz. 1158; t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 310)

[39] J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. *op. cit.*

[40] Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2015 r., o sygn. akt: KIO 2287/15, Legalis nr 1405177.

[41] Zob. wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2010, o sygn. akt: KIO/UZP 1655/10, Lex nr 621728.

[42] Zob. M. Sieradzka, Instytucja wadium *op. cit*.

[43] Zob. R. Szostak, [w:] Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych, R. Szostak (red.), Warszawa 2018, 33-34.

widzianej przez dyrektywę 2014/24/UE[44] rozpoczął się w dniu 18 kwietnia 2017 r. i dotyczył obowiązku stosowania środków komunikacji elektronicznej przez centralne jednostki zakupujące[45]. Drugi etap przypadł na dzień 18 października 2018 r., w którym to obligatoryjną komunikację elektroniczną wprowadzono w odniesieniu do postępowań o równowartości lub przekraczających progi unijne[46]. Trzecia faza informatyzacji została zaplanowana na początek 2020 r. i dotyczyć ma postępowań podprogowych, w których to również komunikacja pomiędzy zamawiającym a wykonawcami odbywać się będzie wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej[47]. Aktualne bowiem brzmienie art. 10a Pzp wprost wskazuje, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przepisy wykonawcze w tym zakresie zostały zawarte w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych[48].

Powyższe zmiany mają bardzo istotne znaczenie zarówno dla zamawiających jak i wykonawców, w związku z tym Urząd Zamówień Publicznych zdecydował się na wydanie opinii dotyczącej zasad wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r. W opinii tej wskazano m.in., iż art. 10a Pzp dotyczy wszelkiej dokumentacji występującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym dokumentu stanowiącego potwierdzenie uiszczenia wadium. Posługując się przy tym argumentem z przeciwieństwa wyjaśniono, iż brak

[44] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (DzUrz UE L nr 94), zwana dalej: dyrektywą 2014/24/UE.

[45] Por. W. Hartung, [w:] W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, komentarz do art. 90 dyrektywy 2014/24/UE.

[46] Na temat środków komunikacji elektronicznej zobacz także w: M. Sarnowski, Z problematyki stosowania środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Prawo Zamówień Publicznych 2018, Nr 3, s. 45-59; B. Nuzzo, Konsekwencje organizacyjne informatyzacji postępowania przetargowego, Prawo Zamówień Publicznych 2018, Nr 2, s. 19-36; M. Rogalski, e-Zamówienia – nowa mitręga czy udogodnienie?, Prawo Zamówień Publicznych 2018, Nr 2, s. 37-47.

[47] Por. art. 2 pkt. 3) ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz. 1603).

[48] (Dz.U. z 2017 r. poz. 1320). Przy czym należy pamiętać o zmianach wynikających z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 października 2018 r. zmieniającego rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1991).

wymienienia w treści art. 10c ust. 1 pkt. 4) Pzp dokumentu potwierdzającego wniesienie zabezpieczenia wadialnego, potwierdza zapatrywanie jakoby przekazanie tego dokumentu nie stanowiło wyjątku od zasady stosowania środków komunikacji elektronicznej. Skonstatowano także, iż wadium jako jeden dokumentów niezbędnych do złożenia skutecznej i ważnej oferty również powinno być wniesione w postaci elektronicznej. Zaznaczono zarazem, że wadium powinno być wniesione w oryginale. Podkreślono też kluczową rolę sprecyzowania wymagań dotyczących wnoszenia wadium przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, którą to powinien dokonać w treści SIWZ zamawiający.

Wskazana wyżej opinia UZP składnia do poczynienia kilku uwag. Przede wszystkim w odniesieniu do gwarancji bankowej, będącej czynnością bankową, ustawodawca dopuścił w Prawie bankowym złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej[49]. Sama umowa gwarancji bankowej jest zaś oparta na konstrukcji przekazu uregulowanego w art. 921^1 - art. 921^5 Kc[50]. Będziemy mieć tu do czynienia zatem z swoistą trójstronną umową, gdzie bank – działając na zlecenie wykonawcy – składa stosowne oświadczenie woli przed zamawiającym[51]. W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej z uwagi na przyjęcie, iż kształtowana jest ona w ramach swobody stosunków zobowiązaniowych, przy jednoczesnym ograniczeniu tej zasady na gruncie prawa zamówień publicznych przyjąć należy, że powinna ona przybrać formę pisemną. Podobnie jak wspomniane wcześniej poręczenie bankowe. Oświadczenie złożone w imieniu spółdzielczej kasy oszczędnościowo-rachunkowej również może przybrać postać elektroniczną[52]. Wszystkie zatem z niepieniężnych form wadium określone w art. 45 ust. 6 pkt. 1-5) Pzp mogą mieć formę elektroniczną. W aktualnym ustawodawstwie brak jest przy tym przepisów, które by *expressis verbis* obligowały wystawcę dokumentów gwarancyjnych czy też poręczyciela do sporządzenia w tej właśnie formie oświadczenia o ustanowieniu zabezpieczenia wadialnego. Ograniczenie to nie wynika również wprost z przepisów ustawy Pzp. Kwestia ta sprowadza się więc do tego, czy za uprawnioną można uznać interpretację, jakoby treść art. 10a ust. 1 obejmowała swym zakresem również dokument potwierdzający wniesienie wadium. Z jednej strony bowiem potwierdzenie wniesienia wadium jest bez wątpienia dokumentem składanym w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże istnieje możliwość, w której to dokument ten będzie przesyłany do zamawiającego bezpośrednio przez gwaranta lub poręczyciela. Wówczas wydaje się, że objęcie

[49] Art. 7 Prawa bankowego.

[50] Zob. wyrok SN z dnia 15 września 2016 r., o sygn. akt: I CSK 524/15, Legalis nr 1533500.

[51] Zob. wyrok SO w Sieradzu z dnia 22 marca 2018, o sygn. akt: I C 24/15, Lex nr 2473029.

[52] Art. 3a ust. 1 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz.U. z 2012 r. poz. 855; t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2386).

podmiotu trzeciego, jakim jest gwarant lub poręczyciel obowiązkiem komunikowania się z zamawiającym przy użyciu środków komunikacji elektronicznej nie ma aktualnie podstawy prawnej, skoro treść art. 10a ust. 1 Pzp wprost odnosi się jedynie do komunikacji zamawiającego z wykonawcami.

W obecnym stanie prawnym również sprecyzowanie obowiązków dotyczących sposobu wniesienia wadium w treści SIWZ polegające na zobowiązaniu do przekazania potwierdzenia wniesienia zabezpieczenia wadialnego w postaci elektronicznej, budzić może uzasadnione wątpliwości co do ewentualnego naruszenia zasad proporcjonalności[53]. W wyroku z dnia 5 grudnia 2016 r., o sygn. akt: KIO 2129/16, Izba uwypukliła, że ustawodawca określając w art. 45 ust. 6 Pzp formy wniesienia wadium, nie wprowadził żadnych szczególnych negatywnych konsekwencji dla wykonawców związanych z dokonanym przez nich wyborem określonej formy wadium. Stąd zamawiający narzucając w SIWZ na wykonawcę obowiązek specyficznego wniesienia wadium w przypadku, gdy jest ono wnoszone w formie niepieniężnej, należy uznać za pozbawione podstaw prawnych[54]. Z drugiej jednak strony wcześniejsze wyroki Izby wskazywały, iż prawem zamawiającego jest określenie w treści SIWZ sposobu wniesienia wadium w formie niepieniężnej[55]. Rozstrzygnięcia KIO wskazują również, że dokument potwierdzający wniesienie wadium nie stanowi części oferty[56]. Niemniej jednak w przypadku wadium w formie gwarancji bankowej utrwalone poglądy doktryny i orzecznictwa wskazują jednoznacznie, że warunkiem skutecznego wniesienia zabezpieczenia wadialnego jest przekazanie zamawiającemu oryginału listu gwarancyjnego[57]. Dostarczenie więc zamawiającemu skanu listu gwarancyjnego sporządzonego pierwotnie w formie pisemnej, opatrzonego następnie kwalifikowanym podpisem elektronicznym gwaranta jest w istocie wytworzeniem elektronicznej kopii tego dokumentu[58].

W świetle przedstawionych tu poglądów wyrażonych w orzecznictwie nie sposób jednoznacznie przesądzić, iż art. 10a ust. 1 Pzp ma zastosowanie względem dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium. Brak również podstaw do kategorycznego uznania, iż niezachowanie sposobu przekaza-

[53] Więcej o zasadzie proporcjonalności w: wyroku TSUE z dnia 23 grudnia 2009 r., o sygn. akt: C-376/08; wyroku TSUE z dnia 22 października 2015 r., o sygn. akt: C-425/14; wyroku TSUE z dnia 19 maja 2009 r., o sygn. akt: C 538/07. Dostępne pod adresem: https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/orzecznictwo/orzecznictwo-tsue, dostęp: 3.07.2019 r.

[54] Zobacz też: postanowienie KIO z dnia 5 kwietnia 2017 r., o sygn. akt: KIO 589/17, Legalis nr 1604319.

[55] Por. wyrok KIO z dnia 22 listopada 2010 r., o sygn. akt: KIO 2440/10, Legalis nr 378560 oraz wyrok KIO z dnia 23 listopada 2012 r., o sygn. akt: KIO 2478/12, Legalis nr 664633.

[56] Zobacz m. in.: wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2012 r., o sygn. akt KIO 63/12, Legalis nr 458443 oraz wyrok KIO z dnia 13 października 2017 r., o sygn. akt: KIO 2023/17, Legalis nr 1705391.

[57] Por. M. Makowski, Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium – kontrowersje interpretacyjne, Prawo Zamówień Publicznych 2008, Nr 2, s. 10.

[58] Por. wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2018 r., o sygn. akt: KIO 2426/18, Legalis nr 1870555.

nia dokumentu potwierdzającego wniesienie niepieniężnej formy wadium skutkować powinno odrzuceniem oferty danego wykonawcy.

Wnioski

Powyższa analiza pozwala na sformułowanie następujących wniosków. Pierwszy z nich dotyczy celu ustanowienia wadium, które to ma przede wszystkim zabezpieczać interesy majątkowe zamawiającego, a więc w istocie interes publiczny[59]. Wadium będzie więc swego rodzaju zryczałtowanym odszkodowaniem za szkodę, którą poniósł zamawiający w wyniku uchylenia się przez wykonawcę od zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Po wtóre, wadium postrzega się jako zabezpieczenie składanej przez wykonawcę oferty. Drugą z funkcji wadium jest określenie jego wysokości jako jednego z warunków uczestnictwa w postępowaniu. Można zatem stwierdzić, iż niepieniężna forma wadium to odpowiednie zabezpieczenie środków pieniężnych stanowiące równowartość sumy, którą wymaga zamawiający jako zabezpieczenie wadialne od uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Po trzecie, wyłącznie od woli wykonawcy zależy, czy skorzysta on z możliwości wniesienia wadium w formie niepieniężnej. Przy czym możliwość wyboru została ograniczona do zamkniętego katalogu form zawartego w art. 45 ust. 6 Pzp. Wnosząc wadium w formie niepieniężnej wykonawca powinien zarazem uwzględnić treść SIWZ określoną przez zamawiającego. Wybierając zabezpieczenie wadialne w postaci gwarancji bankowej konieczne jest przekazanie zamawiającemu jej oryginału. Stąd wykonawca, który zdecyduje się wnieść zabezpieczenie wadialne w formie elektronicznej powinien mieć świadomość, iż takie oświadczenie woli banku powinno być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym[60]. Po myśli bowiem art. 78^1 § 1 Kc, do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Po czwarte, obecne brzmienie art. 10a ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt. 8 Pzp nie pozwala na kategoryczne przesądzenie, iż w postępowaniach, w których prowadzona jest komunikacja między zamawiającym a wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, niepieniężne zabezpieczenie wadialne zawsze musi mieć formę elektroniczną. Co prawda w piśmiennictwie trafnie wskazuje się, że forma elektroniczna sukcesywnie wy-

[59] Więcej na temat interesu publicznego w: Państwo a gospodarka. Interes publiczny w prawie gospodarczym., H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski (red.), Toruń 2018.

[60] Por. M. Jaworska, [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Legalis 2019, komentarz do art. 45 Pzp.

piera formę pisemną[61], niemniej jednak kwestia informatyzacji w obszarze niepieniężnych form wadium wymaga doprecyzowania. Aktualnie wszak treść art. 9 ust. 1 Pzp konstytuuje zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z której to wywodzi się obowiązek przedstawiania zabezpieczenia wadialnego w formie gwarancji lub poręczenia na piśmie[62]. Wysoce wskazanym jest więc zdefiniowanie przez ustawodawcę na gruncie ustawy Pzp rozumienia pojęcia pisemności oraz jednoznaczne sprecyzowanie obowiązków wykonawcy w przypadku wniesienia wadium w formie niepieniężnej w postępowaniach prowadzonych wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznych[63].

Z aprobatą przyjąć zatem należy propozycję znajdującą się w projekcie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych[64] zawartą w art. 7 pkt. 16), w którym to projektodawca zdecydował się wyjaśnić, iż pisemność należy rozumieć jako użycie słów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Obecnie pojawiające się wątpliwości w znacznej mierze wyjaśniać powinien także projektowany art. 97 ust. 10 Pzp, w którym to wskazano, iż w przypadku gdy wadium wnoszone będzie w formie gwarancji lub poręczenia, wykonawca będzie zobowiązany do przekazania zamawiającemu oryginału gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej. Unormowania te jeśli rzeczywiście wejdą w życie stanowić będą kolejny krok ku kompleksowej informatyzacji zamówień publicznych[65].

---

[61] T. Filipowicz, Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych, Warszawa 2015, s. 17. O wyeliminowaniu procedur opartych na papierze pisał także P. Nowicki w: P. Nowicki, Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat nowego podejścia do zamówień publicznych, Warszawa 2013, s. 71.

[62] Zob. wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2011 r., o sygn. akt: KIO 619/11, Legalis nr 361380. W doktrynie wskazuje się przy tym, iż powszechną praktyką jest składanie oświadczenia ubezpieczyciela o udzieleniu gwarancji ubezpieczeniowej w formie dokumentu pisemnego. Zob. M. Krajewski, Umowa ubezpieczenia. Art. 805-834 KC. Komentarz, Warszawa 2016, komentarz do art. 805 KC.

[63] Co ważne, R. Szostak dokonując przeglądu zasad udzielania zamówień publicznych podnosił także m.in, że trzeba nadać nowy sens zasadzie pisemności. Zob. R. Szostak, Uwagi *de lege ferenda* na temat zasad udzielania zamówień publicznych, [w:] Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian, H. Nowicki, P. Nowicki (red.), Wrocław 2015, s. 122. Na temat relacji zasad i celów zamówień publicznych interesujące i wartościowe ustalenia poczynił również H. Nowicki w: H. Nowicki, Cele systemu zamówień publicznych, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, Nr 497, Wrocław 2017, s. 53-63. Więcej o zasadach zamówień publicznych również w: H. Nowicki, Zasady udzielania zamówień w ustawie Prawo zamówień publicznych [w:] System prawa zamówień publicznych, J. Sadowy (red.), Warszawa 2013, s. 101-102.

[64] Projekt ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 21 czerwca 2019 r. (UD472).

[65] Na konieczność całościowego podejścia do procesu informatyzacji zamówień publicznych wskazuje m. in. R. Szostak w: R. Szostak, O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych, [w:] red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań, Białystok 2017, s. 167.

Bibliografia

1. Antoszek T., [w:] M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627–1088. Wyd. 2, Warszawa 2019.
2. Babiarz, [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III., LexisNexis 2013.
3. Brzozowski A., [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. T. I. Komentarz. Art. 1–44910, Wyd. 9, Legalis 2019.
4. Filipowicz T., Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych, Warszawa 2015.
5. Granecki P., Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016.
6. Hartung W., [w:] W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015.
7. Jaworska M., [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Legalis 2019.
8. Krajewski M., Umowa ubezpieczenia. Art. 805-834 KC. Komentarz, Warszawa 2016.
9. Makowski M., Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium – kontrowersje interpretacyjne, Prawo Zamówień Publicznych 2008, Nr 2.
10. Mazur L., Prawo bankowe. Komentarz. Wyd. 2. Warszawa 2008.
11. Nowicki H., Cele systemu zamówień publicznych, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, Nr 497, Wrocław 2017.
12. Nowicki H., Zasady udzielania zamówień w ustawie Prawo zamówień publicznych [w:] System prawa zamówień publicznych, J. Sadowy (red.), Warszawa 2013.
13. Nowicki P., Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat nowego podejścia do zamówień publicznych, Warszawa 2013.
14. Nuzzo B., Konsekwencje organizacyjne informatyzacji postępowania przetargowego, Prawo Zamówień Publicznych 2018, Nr 2.
15. Ofiarski Z., Ustawa o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających. Komentarz, [w:] Z. Ofiarski, Prawo bankowe. LexisNexis 2002.
16. Ogiegło L., [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. T II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające, Wyd. 9, Warszawa 2018.
17. Pałka K., [w:] Funkcjonowanie banków spółdzielczych, ich zrzeszanie się i banki zrzeszające. Komentarz., M. Spyra (red.), Lex 2011.
18. Państwo a gospodarka. Interes publiczny w prawie gospodarczym., H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski (red.), Toruń 2018.
19. Pieróg J., Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019.
20. Pokrzywniak J., [w:] M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Tom III. Komentarz. Art. 627–1088. Wyd. 2, Warszawa 2019.
21. Rogalski M., e-Zamówienia – nowa mitręga czy udogodnienie?, Prawo Zamówień Publicznych 2018, Nr 2.
22. Sarnowski M., Z problematyki stosowania środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Prawo Zamówień Publicznych 2018, Nr 3.
23. Sieradzka M., Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Legalis 2015.
24. Skubiszak-Kalinowska I., [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2019.

25. Stachowiak M., [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII. WKP 2018.
26. Szostak R., Dochodzenie zwrotu wadium od zamawiającego – glosa – V CSK 456/09, Prawo Zamówień Publicznych 2010, Nr 2.
27. Szostak, [w:] Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych, R. Szostak (red.), Warszawa 2018.
28. Szostak R., O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych, [w:] red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań, Białystok 2017.
29. Szostak R., Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2005.
30. Szostak R., Uwagi de lege ferenda na temat zasad udzielania zamówień publicznych, [w:] Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian, H. Nowicki, P. Nowicki (red.), Wrocław 2015.

Dr Ewaryst Kowalczyk

Węzłowe problemy nabywania w zamówieniach publicznych innych niż własność uprawnień do korzystania z rzeczy ruchomych

Abstrakt

Wybór pomiędzy możliwością korzystania z rzeczy jako właściciel albo niewłaściciel sięga początków obrotu gospodarczego. Aktualnie nabiera on jednak po raz kolejny dodatkowego wymiaru, podyktowanego m. in. postępem informatyzacji czy wzrostem znaczenia ekologii oraz towarzyszącym im określonym zjawiskom ekonomicznym[1]. Przykładem mogą tu być fenomeny opisywane w literaturze jako „ekonomia dostępu" lub „ekonomia oparta na dostępie" (ang. *access economy, access based economy)*, a w odniesieniu głównie do konsumpcji indywidualnej jako „gospodarka współdzielna", „ekonomia współpracy" czy „ekonomia subskrypcji" itp. (ang. *sharing economy, collaborative economy, collaborative consumption, gig economy, on-demand economy, peer economy, subscription economy*) [2].

Abstract

The dilemma in public procurement between the possibility of using things as the owner or non-owner is currently gaining an additional dimension, dictated by, i.a. the technological progress, the increase in the importance of ecology and public debt

---

[1] N. Stępnicka, P. Wiączek, *„Sharing economy" vs. „access economy" – wybrane aspekty terminologiczne i metodologiczne*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, 530, 2018, s. 15.

[2] Zob. np. N. Stępnicka, P. Wiączek, *op.cit.*, s. 18-23; S. Kauf, *Ekonomia współdzielęnia („sharing economy") jako narzędzie kreowania „smart city"*, Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej, seria Organizacja i Zarządzanie, 2018, z. 120, s. 142; B. Sztokfisz, *Gospodarka współdzielenia- pojęcie, źródła, potencjał*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, 2017, 6(966), s. 90-96; E. Jastrzębska, P. Legutko-Kobus, *Ekonomia współpracy- definicje, klasyfikacje i dobre praktyki*, Zarządzanie Publiczne, 4/2017, s. 444-448; R. Belk, *Possessions and the Extended Self*, „Journal of Consumer Research", vol. 15, nr 2, s. 139-168, https://doi.org/10.1086/209154, dostęp: 24.7.2019 r. ; H. Heinrisch, *Sharing Economy: A Potential New Pathway to Sustainability*, „GAIA – Ecological Perspectives for Science and Society", vol. 22, nr 4, s. 228-21, https://doi.org/10.14512/gaia.22.4.5, dostęp: 24.7.2019 r.

problems. The subject of this study are issues concerning the form of contracts, by means of which the contracting authorities may acquire rights of access to movable things as non- owners and its affiliation to a specific type of public procurement. In order to analyze the subject, it was suggested to indicate the difference between contracts for services financing the acquisition of rights to use movable things transferred by third parties and contracts under which the contractor makes the things available for the contracting authorities. In addition, under this second group of orders, another dividing line was carried out between deliveries made under rent, tenancy or leasing agreements and service contracts related to the sharing of the right to use things.

Z prawniczego punktu widzenia zachodzące zmiany stanowią niwę wielu interesujących problemów, w tym związanych chociażby z zobowiązaniami podatkowymi wynikającymi z określonego transferu dóbr czy formami prawnymi, w jakich ma się odbywać dostęp do nich[3]. Nie ulega przy tym wątpliwości, iż instytucje zamawiające dzielą w coraz większym stopniu prawne dylematy związane nabywaniem praw do korzystania z rzeczy z innymi uczestnikami obrotu gospodarczego. Niebagatelne znaczenie ma tu także znaczący wzrost zainteresowania jednostek sektora finansów publicznych pozyskiwaniem dostępu do dóbr w inny niż kupno sposób, a także zastosowaniem innowacyjnych instrumentów finansowych unikających ograniczenia możliwości zaciągania zobowiązań dłużnych w ramach długu publicznego[4]. Na przykład w ramach leasingu w drodze zamówień publicznych nabywane są nierzadko takie dobra, jak urządzenia górnicze, pojazdy silnikowe, tabor kolejowy, urządzenia medyczne czy komputery[5].

Przedmiotem niniejszego opracowania jest jedynie wycinek zarysowanej problematyki, związany z nabywaniem w ramach zamówień publicznych innych niż wynikających z własności uprawnień do korzystania z rzeczy ruchomych. Obszar ten obejmuje pewną siatkę problemowych zagadnień, wśród których jako węzłowe wskazać można powiązane ze sobą kwestie dotyczące postaci umów, przy zastosowaniu których zamawiający mogą uzyskiwać takie uprawnienia oraz ich przynależności do określonego rodzaju zamówień publicznych. Konsekwencją rozstrzygnięć dokonywanych w tej materii jest obowiązek stosowania przez zamawiających szeregu

[3] A. Kochel, *Podatkowe aspekty ekonomii współdzielenia w Polsce*, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, 2018, 530, s. 89-94, K. Kimla, *Fiskalizacja „sharing economy"- dylematy regulacji*, [w:] M. Poniatowska-Jaksch, R. Sobiecki (red.), *„Sharing economy" (gospodarka współdzielenia)*, Warszawa 2016 s. 138-147, B. Sztokfisz, *Gospodarka współdzielenia- pojęcie, źródła, potencjał*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, 2017, 6(966), s. 93.

[4] D. A. Hałaburda, *Dylematy stosowania leasingu zwrotnego jako formy finansowanie jednostek samorządu terytorialnego*, Ekonomiczne Problemy Usług 4/2018 (133), t. 1,,s. 139; K. Kluza, *Innowacje finansowe w jednostkach samorządu terytorialnego na skutek wejścia w życie art. 243 ustawy o finansach publicznych*, Studia Ekonomiczne 2015 nr 238, s. 54.

[5] *Leasing w systemie zamówień publicznych w Polsce – uwarunkowania i ocena*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska" sectio H (Oeconomia), vol. XLVIII, 4, 2014 r., s. 242.

różnych regulacji ustawy Pzp, w tym np. dotyczących szacowania wartości zamówień.

Umowy o zamówienie publiczne służące nabywaniu inne niż własność uprawnień do korzystania z rzeczy

Podmioty udzielające zamówień publicznych mają w istocie do dyspozycji cały katalog umów nazwanych regulowanych w Kodeksie cywilnym oraz swobodę zwierania umów nienazwanych w zakresie służącym odpłatnemu nabywaniu dostaw, usług i robót budowlanych. Wskazując jednak kontrakty służące uzyskiwaniu innych niż wynikające z własności praw do rzeczy ruchomych należy w pierwszym rzędzie wykluczyć umowy kupna -sprzedaży oraz umowy, których treścią są świadczenia niematerialne oraz nieruchomości. Poza zakresem naszego zainteresowania powinny również pozostawać takie umowy, w ramach których zamawiający może wprawdzie nabyć prawo do rzeczy ruchomej, ale nie związane z możliwością korzystania z niej. Trzeba również przyjąć, iż prawo do korzystania rzeczy może przybrać postać prawa rzeczowego albo być wyłącznie treścią zobowiązania w stosunkach kontraktowych.

Powyższe wskazuje więc, że zamawiający mogą nabywać uprawnienia do korzystania z rzeczy ruchomych jako niewłaściciele zawierając umowy ustanawiające użytkowanie indywidualnie oznaczonych rzeczy ruchomych albo przyznające uprawnienia do używania rzeczy związane z prawami względnymi wynikającymi z takich umów, jak umowa najmu, dzierżawy, leasingu lub podobnymi. Użytkowanie będąc prawem rzeczowym ograniczonym stanowi w swej naturze obciążenie rzeczy właściciela na rzecz uprawionego w zakresie uprawnienia do używania skuteczne *erga omnes*[6]. Natomiast uprawnienie do używania rzeczy wynikające z umów najmu, dzierżawy lub leasingu jest skuteczne jedynie w stosunkach między zamawiającym a wykonawcą[7].

Z kolei podobieństwo sytuacji prawnej zamawiającego kształtowanej wskazanymi tytułami dotyczy uprawnienia do używania rzeczy, a w przypadku użytkowania, dzierżawy i niekiedy leasingu także uprawnienia do pobierania pożytków z rzeczy. Przy czym pojęcie „używania" należy rozumieć szeroko i adekwatnie, jako obejmujące różne postaci korzystania z rzeczy odpowiadające treści zobowiązania umownego, na której składa się przynajmniej posiadanie i korzystanie z rzeczy zgodnie z jej społeczno-gospodarczym przeznaczeniem.

---

[6] Art. 252 KC.

[7] Art. 659; art. 693; art. 709^1 KC. Oczywiście, niezależnie od ochrony praw przysługujących zamawiającego, może on korzystać w trakcie realizacji umowy z ochrony jako posiadacz rzeczy ruchomej przekazanej mu przez wykonawcę (art. 344 KC).

Należy również dodać, że postanowienia umowy o zamówienie publiczne mogą co prawda przewidywać w ramach tzw. prawa opcji możliwość wykupu używanej rzeczy[8] (sytuacja taka jest w szczególności charakterystyczna dla umowy leasingu[9]). Jednak do czasu wykupu zamawiający dysponuje rzeczą jako niewłaściciel posiadający jedynie uprawnienie do używania rzeczy i ewentualnie pobierania z niej pożytków.

Problem przynależności umów służących nabywaniu inne niż własność uprawnień do korzystania z rzeczy ruchomych do określonego rodzaju zamówień publicznych

Możliwość zastosowania określonych umów w zamówieniach publicznych powiązana jest ściśle z problematyką rodzajowości zamówień. Warto przy tym przypomnieć, że ustawa Pzp posługuje się pojęciem rodzaju zamówienia przede wszystkim w odniesieniu do przedmiotu zamówień tj. dostaw, usług i robót budowlanych[10]. Natomiast z odmiennością rodzajów przedmiotu zamówień publicznych związane są pewne odrębności regulacyjne, w tym dotyczące np. wielkości progów wartościowych, od których zastosowanie mają poszczególne rygory ustawy Pzp.

Najistotniejsze różnice występują pomiędzy zamówieniami publicznymi na roboty budowlane, a zamówieniami na dostawy lub usługi. Nie brak jednak w ustawie Pzp przepisów swoistych dla dostaw albo usług. Przykładem mogą tu być niektóre uregulowania dotyczące przesłanek wyłączenia obowiązku stosowania ustawy Pzp[11], szacowania wartości zamówień[12], zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki[13] czy regulacje związane z zamówieniami na usługi społeczne i inne szczególne usługi[14].

Problematykę dotyczącą uprawnień związanych z używaniem rzeczy ruchomych należałoby w pierwszej kolejności ulokować w obszarze zamówień na dostawy. Zgodnie bowiem z definicją zawartą w słowniczku ustawy Pzp pojęcie dostaw obejmuje nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację[15]. Warto przy tym dostrzec, że ustawodawca konstruując pojęcie dostaw nie poprzestał na sformułowaniu, że związane

[8] Art. 2 pkt. 2); art. 34 ust. 5. ustawy Pzp.
[9] Art. 709^{16} KC.
[10] Zob. np. art. 13a ust. 1 ustawy Pzp.
[11] Zob. np. art. 4b ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp.
[12] Zob. np. art. 34 ust. 3 i 3a ustawy Pzp.
[13] Zob. np. art. 67 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp.
[14] Art. 138g i nast. ustawy Pzp.
[15] Art. 2 pkt. 2) ustawy Pzp.

jest ono z nabywaniem rzeczy i innych dóbr, lecz odwołał się do różnych rodzajów umów, w ramach których uprawiony nabywa własność ale także inne uprawnienia związane z używaniem rzeczy. Tym samym, pojęcie „nabywanie" na gruncie ustawy Pzp obejmuje zarówno skutki rzeczowe w postaci uprawnień bezwzględnych, skutecznych *erga omnes*, jak prawo własności czy użytkowanie, ale także uprawnienia względne, skuteczne wyłącznie w ramach stosunków zobowiązaniowych.

Pojęcie dostaw w polskim Prawie zamówień publicznych harmonizuje z definicją zamówień publicznych na dostawy zawartą w Dyrektywie klasycznej[16] oraz definicją zamówień na dostawy z tzw. Dyrektywy sektorowej i Dyrektywy obronnościowej[17]. Definicje unijne nie posługują się jednak zwrotem „nabywanie" lub podobnym dla opisu generalnej postaci dostaw. Dostawy ujmowane są jako zamówienia, których przedmiotem jest zakup, dzierżawa, najem lub leasing, z opcją lub bez opcji zakupu, produktów[18].

Dodać też należy, że pojęcie „nabywania" (ang. *acquisition,* niem. *der Erwerb,* fran. *l'acquisition*) zarówno w polskich regulacjach, jaki i na gruncie Dyrektyw zamówieniowych odnoszone jest też wspólnie do dostaw, usług i robót budowlanych[19]. Zgodnie z definicją unijną zamówienie stanowi nabycie – w drodze zamówienia publicznego – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców wybranych przez te instytucje zamawiające, niezależnie od tego, czy roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone są do celów publicznych[20]. Jednocześnie w motywie 4. Dyrektywy klasycznej wyjaśnia się, że termin „nabycie" należy rozumieć szeroko, jako uzyskiwanie korzyści (ang. *benefits,* niem. *die Nutzen,* fran.: *jouissance*) z tytułu określonych robót budowlanych, dostaw lub usług - przy czym przeniesienie własności na instytucje zamawiające nie jest konieczne. Dalej doprecyzowuje się, że takie przypadki nabycia robót budowlanych, dostaw lub usług powinny podlegać dyrektywie bez względu na to, czy są one realizowane w drodze zakupu, dzierżawy czy za pomocą innych form umownych.

Powyższe wskazuje, że regulacje unijne oraz polskie dotyczące zamówień publicznych przyjmują właściwe dla nich, autonomiczne na gruncie systemu zamówień publicznych rozumienie „dostaw". Dodatkowo, w ramach ustawy Pzp stosowane jest określenie „nabywania", które wprawdzie odpowiadać ma terminom obcojęzycznym używanym w regulacjach unij-

[16] Art. 2 pkt. 8).

[17] Art. 2 pkt. 4).

[18] W wersjach obcojęzycznych Dyrektywy klasycznej, np. ang.: 'public supply contracts' means public contracts having as their object the purchase, lease, …, niem.:öffentliche Lieferaufträge" öffentliche Aufträge mit dem Ziel des Kaufs, des Leasings,…, fran.: «marchés publics de fournitures», des marchés publics ayant pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, …

[19] Np. art. 4 pkt. 11) ustawy Pzp.

[20] Art. 1 ust. 2 Dyrektywy klasycznej.

nych, ale jednocześnie nabiera znaczenia szerszego niż w powszednim języku polskim. Określenie „dostawa" w ustawie Pzp nie w pełni bowiem koresponduje chociażby z intuicyjnym pojmowaniem tego słowa, które w potocznym rozumieniu kojarzone jest z pewnym trwałym stanem rzeczy, zdobyciem, zapatrzeniem, odpłatnym uzyskaniem na własność[21].

Dodatkowo, pod pojęciem „zamówień na dostawy" należy niekiedy rozumieć stosunki umowne, które nie tylko z perspektywy powszechnej, ale także prawnej - na gruncie innych regulacji - mogą być traktowane jako odpowiadające usługom. Jako przykład wskazać można przepisy dotyczące VAT, które również objęte są harmonizacją w ramach Unii Europejskiej. Polska ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług[22] przeprowadzając linię demarkacyjną między pojęciem odpłatnych dostaw towarów a odpłatnym świadczeniem usług określa, że przez dostawę towarów rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel, w tym również wydanie towarów na podstawie umowy dzierżawy, najmu, leasingu lub innej umowy o podobnym charakterze zawartej na czas określony lub umowy sprzedaży na warunkach odroczonej płatności, jeżeli umowa przewiduje, że w następstwie normalnych zdarzeń przewidzianych tą umową lub z chwilą zapłaty ostatniej raty prawo własności zostanie przeniesione[23]. Oznacza to, że np. warunkiem uznania umowy najmu lub leasingu rzeczy ruchomych za dostawę towaru jest, by wynikał z niej co najmniej skutek przeniesiona prawa własności[24].

W tym obszarze jako szczególnie interesująca jawi się kwestia umów leasingu operacyjnego pośredniego lub bezpośredniego. Istotą leasingu operacyjnego pośredniego jest świadczenie przez podmiot finansujący usługi nabycia dobra od podmiotu trzeciego, a w efekcie zapewnienie używania i ewentualnie pobierania pożytków z rzeczy. Taka postać leasingu nie zakła-

[21] P. Żmigrodzki (red.), *Wielki słownik języka polskiego,* Instytut Języka Polskiego PAN, www.wspi.pl, dostęp 15.7.2019 r.

[22] tj. z dnia 9 listopada 2018 r., Dz. U. z 2018 r. poz. 2174.

[23] Art. 7 ust. 1 pkt. 2.

[24] W myśl art. 14 ust. 2 lit. b dyrektywy 2006/112 za dostawę towarów uznaje się faktyczne przekazanie towaru zgodnie z umową najmu towarów na czas określony lub sprzedaży towaru na warunkach odroczonej płatności, która zawiera klauzulę o przeniesieniu własności w następstwie normalnych zdarzeń nie później niż z chwilą zapłaty ostatniej raty. Zob. też orzeczenie ETS z dnia 4 października 2017 r. w sprawie C-164/16 Mercedes-Benz Financial Services UK Ltd., w którym Trybunał uznał, że wyrażenie „umow[a] najmu […], która zawiera klauzulę o przeniesieniu własności w następstwie normalnych zdarzeń nie później niż z chwilą zapłaty ostatniej raty", użyte w art. 14 ust. 2 lit. b) dyrektywy Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, należy interpretować w ten sposób, że znajduje ono zastosowanie do umowy wzorcowej najmu z opcją wykupu, jeżeli z warunków finansowych umowy można wywnioskować, że skorzystanie z opcji jawi się jako jedyny gospodarczo racjonalny wybór, którego leasingobiorca może dokonać w odpowiednim czasie, jeżeli umowa została do końca wykonana, czego zbadanie należy do sądu krajowego.

da konieczności przewidywania możliwości nabycia rzeczy na własność[25]. Należy także odnotować, że na gruncie zamówień publicznych istnieje również możliwość udzielenia zamówienia leasingodawcy, który jedynie finansuje możliwość korzystania przez zamawiającego z rzeczy nabytych od podmiotu trzeciego[26]. W tym ostatnim przypadku obowiązki finansującego przypominają w istocie kredytowanie.

Obowiązek nabycia rzeczy na własność nie musi być również przewidziany w ramach leasingu bezpośredniego, w którym strona zobowiązuje się oddać rzecz stanowiącą jej własność do używania albo do używania i pobierania pożytków drugiej stronie, a druga strona zobowiązuje się zapłacić właścicielowi rzeczy w umówionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej wartości rzeczy w chwili zawarcia tej umowy[27]. W związku z tym, w obrocie gospodarczym, a także ramach praktyki bankowej leasing – określany w związku z tym jako operacyjny - traktowany jest zazwyczaj jako usługa[28].

Warto także uwzględnić perspektywę finansów publicznych, gdzie dostrzega się w niektórych postaciach leasingu umowę rodzajowo zbliżoną do usługi finansowej kredytu lub pożyczki. Na gruncie ustawy o finansach publicznych[29], a także rozporządzeń wykonawczych kategoria tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego obejmuje m. in. *kredyty i pożyczki, przy czym* [od 1.1.2012 r. przyp. aut.] *do tej kategorii zalicza się również (...) umowy leasingu zawarte z producentem lub finansującym, w których ryzyko i korzyści z tytułu własności są przeniesione na korzystającego z rzeczy,*

---

[25] Zgodnie z brzmieniem art. 709[1] Kc przez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego. L. Piechnik, *Umowa tzw. leasingu operacyjnego wykształcone w krajowej praktyce obrodu gospodarczego,* Palestra 3-4/2014, s. 127, 131-135.

[26] Na częstą praktykę stosowania takiego rozwiązania w praktyce wskazuje W. Starzyński *(Leasing i kredyt w systemie zamówień publicznych w Polsce na tle innych krajów UE,* Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska" sectio H (Oeconomia), vol. L, 4, 2016 r., s. 458).

[27] Art. 709[18] KC. Z. Konieczny, *Leasing jako alternatywa kredytu w finansowaniu inwestycji,* Acta Universitatis Lodziensis, Folia Oeconomica 161, 2002, s. 209.

[28] Na marginesie warto dodać, że w dokumencie międzynarodowym jakim jest Układ Ogólny w sprawie Handlu Usługami, (ang. *General Agreement on Trade in Services - GATS)* będący częścią porozumienia powołującego Światową Organizacje Handlu (WTO) leasing traktowany jest jako przykład usługi finansowej. (Porozumienie ustanawiające Światową Organizację Handlu. Załącznik w sprawie usług finansowych, Dz.U. L 336 z 23.12.1994). Podobne ujęcie usług znajduje się w Dyrektywie 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego I Rady z dnia 20 marca 2000 r. odnosząca się do podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (Załącznik1 Wykaz rodzajów działalności podlegających wzajemnemu uznawaniu, Dz.U. L 126 z 26.5.2000). Więcej zob. D. Leśniak, *Usługi bankowe i ubezpieczeniowe w świetle prawa międzynarodowego, wspólnotowego i polskiego,* Kwartalnik Prawa Bankowego 6/4 2006, s. 16, 28.

[29] Art. 72 ust. 1a w zw. z ust. 1 pkt. 2); art. 243 ust 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 549/2013 z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych w Unii Europejskiej (Rozdział15. *Umowy, umowy leasingu i licencje,* , OJ L 174, 26.6.2013).

a także umowy nienazwane o terminie zapłaty dłuższym niż rok, związane z finansowaniem usług, dostaw, robót budowlanych, które wywołują skutki ekonomiczne podobne do umowy pożyczki lub kredytu[30] .

Biorąc powyższe pod uwagę należałoby uznać, że w obszarze zamówień publicznych punktem wyjścia dla rozstrzygnięcia o przynależności rodzajowej zamówienia powinien być w istocie przedmiot konkretnego, planowanego postępowania. Oznacza to, że w niektórych przypadkach opis przedmiotu zamówienia związany z możliwością korzystania z rzeczy ruchomych dokonywany przez zamawiającego odnosić się może do czynności będących rodzajowo usługami[31], a nawet robotami budowlanymi[32], a niekiedy dostawą[33].

---

[30] § 3 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 grudnia 2011 r.w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego, Dz. U. Nr 298, poz. 1767.

[31] Przykłady zamówień, w których zamawiający zakwalifikował **leasing** jako **usługę**: Leasing finansowy sprzętu medycznego dla SP ZOZ MSWiA, Ogłoszenie nr 577504-N-2019 z dnia 2019-07-23 r. ; Usługa finansowania w formie leasingu dla nowej ładowarki kołowej na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarowania Odpadami w Płocku Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ogłoszenie nr 572836-N-2019 z dnia 2019-07-19 r.; Usługa leasingu zwrotnego operacyjnego z opcją wykupu używanej ładowarki kołowej Waryński Liugong 856111 Tier 3 na rzecz Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Wołominie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ogłoszenie nr 574945-N-2019 z dnia 2019-07-17 r. Przykłady zamówień, w których zamawiający zakwalifikował **najem** jako **usługę**:Wynajem 2 sztuk ambulansów TYP C wraz z wyposażeniem dla Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego w Rzeszowie, Ogłoszenie nr 577076-N-2019 z dnia 2019-07-22 r. ; Usługa najmu odzieży specjalistycznej – bezpyłowej i szafki na odzież oraz świadczenie przez Wykonawcę usług prania i serwisu odzieży specjalistycznej dla pracowników pracujących w pomieszczeniach laboratoryjnych clean-room w strefach czystości D, C, B i A na potrzeby Katedry i Zakładu Podstaw Nauk Medycznych Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu, Ogłoszenie nr 510147892-N-2019 z dnia 17-07-2019 r.; Najem długoterminowy samochodów przez Instytut Pamięci Narodowej - Komisje Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Ogłoszenie nr 574344-N-2019 z dnia 2019-07-16 r. Przykłady zamówień, w których zamawiający zakwalifikował **dzierżawę** jako **usługę**: Dzierżawa przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie tomografu laserowego w technologii spektralnej koherentnej tomografii optycznej, Ogłoszenie nr 510143542-N-2019 z dnia 12-07-2019 r.; Dzierżawa przez Metro Warszawskie Sp. z o.o. 27 nowych kolorowych urządzeń wielofunkcyjnych w tym jedno z finisherem oraz opcją na dzierżawę 3 nowych kolorowych urządzeń wielofunkcyjnych, Ogłoszenie nr 571606-N-2019 z dnia 2019-07-11 r.; Dzierżawa automatycznego bezwkładowego wstrzykiwacza kontrastu CT Motion dla Pracowni Tomografii Komputerowej w Poznaniu , Ogłoszenie nr 510139681-N-2019 z dnia 09-07-2019 r.

[32] Przykłady zamówień, w których zamawiający zakwalifikował **najem** jako **robotę budowlaną:** Wynajem przez Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu sprzętu budowlanego wraz z obsługą operatorską, związane z bieżącym utrzymaniem dróg w zakresie transportu technologicznego i załadunku materiałów na terenie działania Obwodu Drogowego w Biskupicach, Ogłoszenie nr 510068761-N-2019 z dnia 09-04-2019 r. ; Wynajem maszyn z obsługą operatorską do prowadzenia robót w związku z codzienną eksploatacją Zakładu Utylizacji Odpadów w Elblągu, Ogłoszenie nr 510066964-N-2019 z dnia 05-04-2019 r.; Wynajem sprzętu budowlanego wraz z obsługą operatorską na potrzeby Rejonowego Przedsiębiorstwa Zieleni i Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Kielcach, Ogłoszenie nr 510066352-N-2019 z dnia 04-04-2019 r.

[33] Przykłady zamówień, w których zamawiający zakwalifikował **leasing** jako **dostawę**: Dostawa w formie leasingu operacyjnego spycharki komunalnej dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o.: Ogłoszenie nr 510152729-N-2019 z dnia 23-07-2019 r.; Dostawa w formie leasingu operacyjnego kompaktora walcowego dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej sp. z o.o. we Włoszczowie, Ogłoszenie nr 577755-N-2019 z dnia 2019-07-24 r. ; Dostawa – leasing operacyjny samochodu z zabudową hakową dla Międzygminnego Kompleksu Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o., Ogłoszenie nr 574851-N-2019 z dnia 2019-07-17 r. Przykłady zamówień, w których zamawiający zakwalifikował **najem** jako **dostawę**: Najem

Przykładem takich zamówień mogą być umowy przewidujące wykonywanie przez personel wykonawcy stałych czynności obsługowych urządzenia umiejscowionego u zamawiającego, albo nawet umowy dotyczące zdalnego, ciągłego i kompleksowego sterowania zainstalowanym u zamawiającego sprzętem przez zautomatyzowane i autonomiczne systemy informatyczne wykonawcy. Innym przykładem takiego zamówienia może być umowa najmu sprzętu medycznego wraz z profesjonalną obsługą czy najmu sprzętu budowlanego lub rozbiórkowego wraz z obsługą operatorską. Ten ostatni przykład znajduje wyraźne potwierdzenie w Dyrektywach, gdzie wskazuje się go jako rodzaj zamówienia na roboty budowlane[34].

Trzeba zatem stwierdzić, że nie każde zamówienie związane z dostępem przez zamawiającego do określonych rzeczy na podstawie umowy najmu, dzierżawy czy leasingu należy traktować na gruncie ustawy Pzp jako dostawę. Z pewnością dostawą nie będzie nabycie uprawnienia do korzystania z rzeczy, ale pozbawione samodzielności zamawiającego w operowaniu nią. Wyposażenie zamawiającego w określone składniki majątkowe służące wykonywaniu przypisanych mu zadań lub realizacji jakiegoś przedsięwzięcia, ale których używanie wymaga stałej obsługi przez wykonawcę należy oceniać przez pryzmat tych czynności usługowych.

Podobnie, za usługę, a nie dostawę należałoby traktować stosunki zobowiązaniowe, których treścią jest pozyskiwanie środków pieniężnych na finansowanie używania i ewentualnie pobierania pożytków z rzeczy, które jednak nabywana jest od podmiotu trzeciego.

Przykładowe konsekwencje przynależności umów służących nabywaniu inne niż własność uprawnień do korzystania z rzeczy ruchomych do określonego rodzaju zamówień publicznych

Przynależność projektowanej przez zamawiającego umowy służącej nabywaniu inne niż własność uprawnień do korzystania z rzeczy ruchomych

przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Targówek długoterminowy trzech fabrycznie nowych samochodów osobowych hybrydowych, Ogłoszenie nr 510151874-N-2019 z dnia 23-07-2019 r. ; Najem urządzeń – samoobsługowych terminali płatniczych przez Sąd Okręgowy w Poznaniu oraz Sądy Rejonowe, Ogłoszenie nr 510150862-N-2019 z dnia 22-07-2019 r.; Najem motocykla przez Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Łodzi, Ogłoszenie nr 510147267-N-2019 z dnia 17-07-2019 r. Przykłady zamówień, w których zamawiający zakwalifikował **dzierżawę** jako **dostawę**: Dzierżawa urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą i wdrożeniem systemu monitorowania i zarządzania wydrukami w Instytucie Kolejnictwa oraz usługą serwisu, Ogłoszenie nr 510153955-N-2019 z dnia 25-07-2019 r.; Dzierżawa przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Powiatowy w Piszu: analizatorów laboratoryjnych wraz z zapewnieniem odczynników oraz innych materiałów eksploatacyjnych, Ogłoszenie nr 510153420-N-2019 z dnia 24-07-2019 r.; Dzierżawa przez Specjalistyczny Szpital im. Edwarda Szczeklika automatycznego analizatora do oznaczania OB wraz z dostawami elementów zamkniętego systemu pobierania krwi metodą próżniową oraz zestawów do pobierania krwi tętniczej na gazometrię, Ogłoszenie nr 510150863-N-2019 z dnia 22-07-2019 r.

[34] Załącznik II Wykaz rodzajów działalności, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt. 6 lit. a).

do określonego rodzaju zamówień publicznych rodzi szereg konsekwencji. Omówienie wszystkich z nich wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Jednak tytułem przykładu wskazać można skutki związane z zastosowaniem reguł szacowania wartości zamówień, trybu zamówienia z wolnej ręki albo wyłączenia obowiązku stosowania ustawy Pzp.

Otóż zgodnie z ustawą Pzp wartość szacunkowa zamówienia na dostawy udzielane na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu ustalana jest zasadniczo w oparciu o kwotę jednostkową, czyli tzw. wartość miesięczną – która podlega odpowiedniemu zwielokrotnieniu w zależności od czasu obowiązywania umowy. Kwotą tą może być miesięczny czynsz dzierżawny lub czynsz najmu, albo miesięczna opłata leasingowa[35].

Dodatkowo, w przypadku dostaw nabywanych na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu zawieranych na czas oznaczony dłuższy niż 12 miesięcy szacunkowa wartość zamówienia musi uwzględniać wartość końcową przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego[36]. W tym przypadku ustawodawca uzależnił powstanie obowiązku wliczania wartości końcowej przedmiotu umowy, czyli tzw. „wartości rezydualnej" od czasu obowiązywania umowy, a nie od faktu, czy przewiduje ona tzw. opcję wykupu. Zdaje się, że *ratio legis* tego uregulowania opiera się na przeświadczeniu, że odpowiednio długie używanie rzeczy ruchomej oznacza w istocie dostęp zamawiającego do świadczenia związanego z wartością samej rzeczy używanej. Stąd, zdaniem ustawodawcy, przy szacowaniu wartości zamówienia nie należy pomijać tej wielkości. Przy czym znajduje ona swój wyraz w postaci wartości końcowej przedmiotu umowy jako swoistego dopełnienia wielkości szacowanego wynagrodzenia wykonawcy[37].

Z perspektywy obrotu gospodarczego oraz zasad zamówień publicznych obowiązek „doliczania" do szacunkowej wartości zamówienia wartości końcowej przedmiotu umowy jawi się jako nadmierny wymóg realizacji

[35] Zgodnie z brzmieniem art. 34 ust. 3 ustawy Pzp wartość szacunkową zamówienia na dostawy udzielane na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub leasingu ustala się według reguł zależnych od sposobu oznaczenia czas obowiązywania projektowanej umowy. W przypadku umów na czas nieoznaczony lub których okres obowiązywania nie może być oznaczony wartość szacunkową zamówienia ustala się na podstawie iloczynu wartości miesięcznej i 48. Z kolei w przypadku umów zawieranych na czas oznaczony, ale nie dłuższy niż 12 miesięcy wartość ustalana jest z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia. Natomiast w sytuacji umów zawieranych na czas oznaczony dłuższy niż 12 miesięcy, wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, która jednak jest powiększana o wartości końcową przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

[36] Art. 34 ust. 3 pkt. 2 lit. b) ustawy Pzp.

[37] Należy przyjąć, że obowiązek uwzględnienia wartości końcowej przedmiotu umowy przewidziany w art. 34 ust. 3 ustawy Pzp nie jest uzależniony od tego, czy przewiduje ona opcje jego wykupu, czy nie. Tak kwestia bowiem znajduje swoje odniesienie w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp nakazującym ustalanie wartości zamówienia w sposób uwzględniający największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Tym samym wartość opcji wykupu będzie zawsze uwzględniania w szacunkach, o ile jest przewidziana jako postanowienie umowne, nawet w przypadku umów zawieranych na czas krótszy niż 12 miesięcy lub na czas oznaczony.

zasady maksymalizacji wartości zamówienia. Należałoby postulować, by w przypadku „praw dostępowych" szacunek wartości zamówienia opierać na rzeczywistej konstrukcji wynagrodzenia wykonawcy, tj. jako iloczyn opłat z wartością opcji wykupu przedmiotu umowy, o ile jest przewidziana.

Odmiennie nieco przedstawia się kwestia szacowania wartości zamówieni na usługi bankowe i inne usługi finansowe. W tym przypadku ustalanie wartości zamówienia dokonuje się poprzez obliczenie wartości opłaty, prowizji, odsetek i innych podobnych świadczeń. Na przykład, w przypadku usługi leasingu składnikiem szacunkowej wartości zamówienia nie jest wartość finansowej rzeczy, ale jedynie wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej wartości rzeczy w chwili zawarcia tej umowy.

W związku z przynależnością zamówień służących nabywaniu uprawnień do korzystania rzeczy do określonego rodzaju zamówień pozostaje także możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Np. jedynie w zakresie dostaw przewidziana jest możliwość udzielania dotychczasowemu wykonawcy zamówień dodatkowych, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji[38]. Natomiast tylko z usługami i robotami budowlanymi związana jest możliwość udzielenia w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówień polegających na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych[39].

Kolejnym przykładem odrębności może być wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych zamówień na usługi finansowe związane z zamówieniami w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa[40].

Podsumowanie

Należy spodziewać się dalszego wzrostu znaczenia w zamówieniach publicznych innych niż kupno sposobów dostępu do dóbr. Jednak możliwość nabywania przez zamawiających praw do korzystania z rzeczy ruchomych związana jest szeregiem wyzwań wynikających ze specyfiki systemu zamówień publicznych. Wśród nich wskazać można rozstrzygający o stosowaniu odpowiednich regulacji problem przynależności zamawianych świadczeń do określonego rodzaju zamówień publicznych.

W celu jego rozwiązania należałoby więc w pierwszym rzędzie wskazać na różnicę między zamówieniami na usługi finansowania nabywania praw do używania rzeczy ruchomych przekazywanych przez podmioty trzecie a zamówieniami, w ramach których wykonawca rzecz udostępnia. Jednak w ramach tej drugiej grupy zamówień konieczne jest przeprowadzenie ko-

[38] Art. 67 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp.
[39] Art. 67 ust. 1 pkt. 6) ustawy Pzp.
[40] Art. 4b ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp.

lejnej linii podziału między dostawami dokonywanymi w ramach umów najmu, dzierżawy czy leasingu a zamówieniami na usługi, w ramach których lub w związku z którymi następuje nabycie uprawnień do korzystania czy używania rzeczy na podstawie najmu, dzierżawy czy leasingu. Linia ta – związana z aspektami ekonomicznymi kontraktu - musiałaby przebiegać w miejscu odpowiedzi na pytanie, czy w związku z danym zamówieniem zamawiający uzyskuje samodzielny dostęp do rzeczy związany z ryzykami i korzyściami jego bezpośredniego używania, a w tym w szczególności (choć niekoniecznie) z możliwością nabycia jej na własność w przyszłości. Czy korzystanie z udostępnianej rzeczy ma charakter jedynie pośredni i obligatoryjnie czasowy, a w tym w szczególności zakładający ponoszenie przez wykonawcę odpowiedzialności za ryzyka związane z jej dostępnością?

Dr Małgorzata Moras

Dialog techniczny – analiza obowiązujących i przyszłych rozwiązań prawnych

Abstrakt

Dialog techniczny stanowi instrument przygotowawczy o charakterze fakultatywnym. Jego przeprowadzenie umożliwia optymalne przygotowanie się do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W artykule poddano analizie i ocenie aktualnie obowiązujące regulacje prawne oraz te ujęte w projekcie nowego prawa zamówień publicznych. Omówiono też zalecenia odnoszące się do efektywnego przeprowadzenia dialogu, oraz instrumenty alternatywne, ich dopuszczalność i zasady zastosowania.

Abstract

Technical dialogue is an optional preparatory instrument. Its use allows optimal preparation to handle public procurement procedure. The article analyzes and evaluates the currently applicable legal regulations and the one included in the bill of new public procurement law. Recommendations related to the effective use of the dialogue as well as alternative instruments, their admissibility and rules for their application, were also discussed.

Wprowadzenie

Dialog techniczny pełni w zamówieniach publicznych funkcję oficjalnego instrumentu przygotowawczego o charakterze fakultatywnym (art. 31a-31d ustawy Prawo zamówień publicznych z 29.1.2004r.[1]). Zamawiający może bowiem przygotować postępowanie przetargowe także w oparciu o informacje zgromadzone w inny sposób np. wskutek wcześniej udzielonego zamówienia publicznego lub przeprowadzonego sondażu rynkowe-

[1] Tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm. – zwana dalej ustawa Pzp.

go. W projekcie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych[2] w ślad za przepisami dyrektywy 2014/24/UE[3] zmieniono nomenklaturę i określono dialog jako wstępne konsultacje rynkowe (art. 84 projektu ustawy). Planowana zmiana wymaga głębszej analizy, co też poniżej zostanie uczynione. Omówione zostaną także zalecenia odnoszące się do efektywnego przeprowadzenia dialogu, oraz instrumenty alternatywne.

Fakultatywność dialogu technicznego

Dialog techniczny, jak już wspomniano, stanowi narzędzie nieobowiązkowe. Jednakże jego stosowanie zapewnia przejrzyste, konkurencyjne rozeznanie rynku, a tym samym optymalne przygotowanie się do procedury o udzielenie zamówienia publicznego[4]. Pomimo tego dane statystyczne świadczą o jego znikomym użyciu w praktyce. Z treści ogłoszeń zamieszczonych w Biuletynie Zamówień Publicznych w roku 2017 wynika, że dialog wykorzystano jedynie w 429 postępowaniach, co oznacza 0,35% wszystkich tam ogłoszonych postępowań[5]. W ramach projektu nowej ustawy Prawo zamówień publicznych instrument ten nie zmienił swojego charakteru. Jednakże może być on częściej wykorzystywany z uwagi na obowiązek dokonania w postępowaniach unijnych analizy potrzeb i wymagań (art. 83 ust. 1 projektu)[6]. Ma ona obejmować w szczególności badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych lub zewnętrznych, a także możliwych wariantów realizacji zamówienia, jeżeli występuje więcej niż jeden. Wstępne konsultacje rynkowe stanowią odpowiednie narzędzie w tym zakresie.

---

[2] http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20111851092/T/D20111092L.pdf – dostęp: 10.7.2019 r., zwana dalej projektem ustawy.

[3] W myśl art. 40 dyrektywy 2014/24/UE zamawiający, planując przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przetargowego, może przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe, stanowiące odpowiednik dialogu technicznego przewidzianego w motywie 8 preambuły do uprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/WE.

[4] Dialog techniczny można określić jako oficjalne konsultacje rynkowe.

[5] W ubiegłych latach instrument ten stosowany był jeszcze rzadziej. W 2016 r. dialog techniczny zastosowano w 193 postępowaniach, co wynosi 0,18 % ogółu ogłoszonych w BZP postępowań, w 2015 r. w 240, co stanowi 0,21 % ogółu, a w 2014 r. i w 2013 r. w 275, co z kolei stanowi 0,19% ogółu. Za: Uzasadnienie do projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, s. 29, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624 – dostęp: 7.7.2019 r.

[6] Obowiązek ten został wyłączony w odniesieniu do postępowań poniżej progów unijnych w myśl art. 266 projektu. W przypadku postępowań unijnych analizy zostały wyłączone także w przypadku, gdy zamawiający stosuje tryb negocjacji z ogłoszeniem, gdy ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem albo w przypadku, gdy zamawiający stosuje zamówienie z wolnej ręki, gdy 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.

Cele dialogu technicznego

Wskutek zastosowania dialogu technicznego zamawiający zdobywa wiedzę o potencjalnych sposobach i możliwościach zrealizowania zamówienia publicznego, a w szczególności o najkorzystniejszych dla niego rozwiązaniach z uwzględnieniem innowacyjnych technologii. Ponadto, zamawiający uzyskuje dane o podmiotach potencjalnie zainteresowanych wykonaniem zamówienia publicznego, a zatem również o stopniu konkurencyjności na danym rynku[7]. Dopuszczalne w myśl art. 31a ustawy Pzp poinformowanie przez zamawiającego wykonawców o planach i oczekiwaniach dotyczących zamówienia może nastąpić w drodze dialogu technicznego. W ten sposób wykonawcy są w stanie przekazać informacje dotyczące dostępnych rozwiązań technologicznych, prawnych, wykonawczych, organizacyjnych, handlowych, ekonomicznych czy logistycznych[8]. To z kolei umożliwia podjęcie przez zamawiających odpowiednich decyzji związanych z procesem zakupowym. Wskazane narzędzie pozwala osiągnąć optymalizację decyzji ekonomicznych. Przeprowadzone konsultacje pozwalają w szczególności na:

- dokonanie właściwych analiz kosztowych, których wynikiem może być też decyzja o wykonaniu zamówienia własnymi zasobami;
- sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia[9], jego warunków, zwłaszcza warunków umowy, a w szczególności w zakresie typu umowy, praw autorskich, zakresu odpowiedzialności, uwzględnienie różnych aspektów (innowacyjnych, społecznych, środowiskowych) dotyczących realizacji zamówienia, ukształtowanie optymalnych kryteriów oceny ofert (np. kryteriów związanych z kosztami cyklu życia zamówienia[10]);
- wybór odpowiedniego trybu udzielenia zamówienia publicznego[11];

[7] *H. Talago-Sławoj*, w: *A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj*, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex/el. 2016, komentarz do art. 40 dyrektywy 2014/24/UE. Tak też wyr. KIO z 18.7.2014 r., KIO 1320/14, KIO 1324/12, KIO 1331/14, Legalis.

[8] *M. Stachowiak*, w: *W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex/el. 2018, komentarz do art. 31a ustawy Pzp.

[9] Zastosowanie dialogu technicznego umożliwia m.in. elastyczne ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych (art. 30 ustawy Pzp).

[10] Zob. więcej na temat kryteriów kosztowych: *M. Moras*, Kryteria kosztowe, Prawo Zamówień Publicznych : kwartalnik, 2/2015, s. 40-51.

[11] W ramach zamówienia publicznego na ekonomiczne i niskoemisyjne rozwiązania mające na celu zapewnienie komfortu cieplnego personelowi oraz pacjentom Szpitala Zespołu Opieki Zdrowotnej w Suchej Beskidzkiej, którego przedmiot stanowiło zaprojektowanie i budowa instalacji fotowoltanicznej dla tej placówki po przeprowadzeniu dialogu technicznego zdecydowano się na podstawowy tryb udzielenia zamówienia publicznego, tj. przetarg nieograniczony. Za: M. Kardas, Zamówienia publiczne jako instrument polityki innowacyjnej, Zarządzanie Publiczne 2016, Nr 1, s. 43. Analogiczny przypadek miał miejsce po przeprowadzeniu dialogu technicznego na dostawę szaf sterowniczych rakowych wraz z akcesoriami (DT/UJ/1/2013, http://przetargi.adm.uj.edu.pl/pliki_z_formularza/zalacznik3258.pdf – dostęp: 7.7.2019 r.). Wykorzystanie dialogu technicznego umożliwiło doprecyzowanie opisu przed-

- ustalenie szacunkowej wartości zamówienia[12], co może skutkować brakiem konieczności stosowania analizowanej ustawy lub dopuszczalnym przez przepisy podziałem planowanego zamówienia na części, co jest szczególnie pożądane, gdy prowadzi do zwiększenia konkurencji i otwarcia rynku zamówień publicznych na podmioty z sektora mikro i małych przedsiębiorstw;
- poinformowanie wykonawców o planach zamawiającego i wymaganiach dotyczących zamówienia.

Pomimo że ustawodawca wyraźnie wskazał, że dialog ma na celu doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy (art. 31a ust. 1 ustawy Pzp), stosując ten instrument, zamawiający mogą poddać konsultacjom wszelkie okoliczności związane z planowanym zamówieniem (por. wyliczenie). Dlatego też w projekcie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych zrezygnowano z tego dookreślenia, zaznaczając jedynie ogólne założenia dialogu (art. 84 ust. 1 projektu ustawy)[13].

Podmioty uczestniczące w dialogu

W myśl art. 31a ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może uzyskać doradztwo lub informacje od ekspertów, organów władzy publicznej lub wykonawców. Grono podmiotów, z którymi może być prowadzony dialog techniczny jest zatem ustalone w sposób ścisły. Zauważa się, że niektórzy zamawiający, literalnie interpretujący ten przepis, nie zapraszali do rozmów „potencjalnych podwykonawców czy producentów, ani np. producentów, którzy zgodnie ze stosowaną przez nich polityką rynkową nie składali ofert bezpośrednio – czyli w ustawowym rozumieniu nigdy nie byli wykonawcami."[14] W projekcie nowej ustawy wyliczenie podmiotów ma charakter otwarty. Dopuszczalne jest zatem korzystanie z doradztwa niezależnych ekspertów, będących specjalistami w danej branży, organów administracji publicznej, które mogą dostarczyć potrzebnych informacji, oraz uczestników rynku, w tym izb branżowych i potencjalnych wykonawców. Konsultacje mogą być prowadzone z każdym podmiotem posiadającym odpowiednią wiedzę i infor-

miotu zamówienia w takim zakresie, że zamawiający zdecydowała się na dokonanie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (nr: CRZP/UJ/397/2013) - http://przetargi.adm.uj.edu.pl/tresc.php?Id=3457 – dostęp: 7.7.2019 r.

[12] Urząd Zamówień Publicznych. Komentarz do regulaminu dialogu technicznego, s. 2 i 5, https://www.uzp.gov.pl/ data/assets/pdf file/0018/24246/Komentarz do Regulaminu dialogu technicznego.pdf (dostęp: 3.6.2018 r.).

[13] W projekcie ustawy ograniczono się do wskazania ogólnych założeń stosowania wstępnych konsultacji rynkowych jakimi są: przygotowanie postępowania i poinformowanie wykonawców o planach i wymaganiach zamawiającego dotyczących zamówienia.

[14] Koncepcja warta poparcia, ZPDORADCA 2018, Nr 7.

macje. Jednocześnie należy wskazać, że trudno w praktyce odnaleźć eksperta w danej branży, uczestniczącego w dialogu na zasadach wolontariatu. Nieodpłatne konsultacje mogą zaś wiązać się m.in. z lobbowaniem zakupu określonych produktów[15]. Zamawiający, jak się zdaje, powinien wówczas powołać biegłego, doradzającego, co do zasady, odpłatnie i obiektywnie (por. art. 21 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 55 ust. 4 projektu ustawy). Bezpłatnym i rzetelnym źródłem informacji w praktyce mogą być inni zamawiający, dzielący się zdobytym doświadczeniem. Zwykle jednak następuje to poza dialogiem technicznym, np. na forach elektronicznych. Optymalną wiedzą dysponują podmioty działające w danej branży, znając najlepiej własne produkty, procesy, technologie, a także te oferowane przez konkurentów.

Procedura dialogu technicznego

Dialog techniczny prowadzony jest w fazie przygotowania się do udzielenia zamówienia publicznego i w zasadzie nie wywołuje wiążących skutków prawnych. Nie zobowiązuje zatem zamawiającego do następczego wszczęcia postępowania przetargowego[16]. Jest narzędziem odformalizowanym. Został on bowiem uregulowany przez ustawodawcę jedynie ramowo. W szczególności nie podlega obowiązkowej elektronizacji (art. 10a i n. ustawy Pzp) i może być prowadzony w dowolnej formie z tym zastrzeżeniem, że ogłoszenie o dialogu zamieszczane jest na stronie internetowej zamawiającego[17]. Informacja o dialogu może być też przekazana zainteresowanym w inny, dodatkowy sposób (np. ogłoszenie na portalach branżowych, w prasie), zaś zamawiający korzystający z platform komercyjnych zamieszczają tam odpowiednie ogłoszenie[18]. Jednocześnie nie przewidziano takiej możliwości w Biuletynie Zamówień Publicznych[19]. Pozostałe kwestie formalne dotyczą sytuacji, gdy następczo zostało wszczęte postępowanie przetargowe. Powyższe nie uległo zmianie w projekcie nowej ustawy, choć dopuszczono też doradztwo na innych etapach postępowania przetargowego[20].

[15] Tak też *D. Koba*, Warto negocjować, ZPDORADCA 2018, Nr 7, Legalis 2018.

[16] Zainicjowanie dialogu technicznego nie wiąże się z koniecznością dysponowania środkami finansowymi na realizację zamówienia. Por. *J. Pieróg*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2019, komentarz do art. 31a ustawy Pzp.

[17] Powinna być to strona Biuletynu Informacji Publicznej lub z nią powiązana.

[18] Zgłoszenie się do dialogu jest możliwe przy użyciu interaktywnych formularzy.

[19] Prawdopodobnie w przyszłości, gdy powstanie bezpłatna, państwowa platforma stworzona zostanie nowa funkcjonalność pozwalająca na dokonanie ogłoszenia o dialogu technicznym (wstępnych konsultacjach rynkowych). Takie rozwiązanie spowodowałoby, że informacja zostałaby szeroko rozpowszechniona. Niewykluczone jest stworzenie dodatkowej funkcjonalności w ramach ogólnodostępnego miniPortalu, pozwalającej na zamieszczanie informacji o potrzebach zamawiających w oczekiwaniu na propozycje ze strony uczestników rynku (wykonawców, innych zamawiających). Za: *M. Moras* w: *R. Szostak* [red.], Informatyzacja procedur o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2018, s. 175, 178 i 179.

[20] W ramach regulacji dotyczącej wstępnych konsultacji rynkowych, które mają się odbyć przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia w celu przygotowania postępowania

W myśl obowiązujących i projektowanych przepisów prawnych uruchamiając dialog techniczny (wstępne konsultacje rynkowe), należy przestrzegać zasad: uczciwej konkurencji, równego traktowania uczestników dialogu[21], a także przejrzystości postępowania. Jako dobrą praktykę należy uznać stworzenie zwięzłego regulaminu[22]. W ogłoszeniu lub regulaminie można wskazać, że do rozmów zaproszone zostaną jedynie podmioty spełniające z góry ustalone warunki uczestnictwa. Z ustaleń proceduralnych powinny wynikać: odpowiedni termin na zgłoszenie uczestnictwa w konsultacjach, sposób prowadzenia dialogu[23]. Kwestie te nie zostały bowiem unormowane w ustawie. Dominującym sposobem prowadzenia konsultacji jest dyskusja ustna, mająca miejsce podczas osobistych spotkań. W ich trakcie mogą być przedstawiane prezentacje, dokumentacja produktów, wyniki ich testów lub też przeprowadzane wizyty w terenie. Niewykluczony jest też dialog przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (np. telekonferencje lub przez komunikatory internetowe). Nowoczesne technologie powodują zmniejszenie kosztów udziału w dialogu technicznym po stronie jego uczestników (np. następuje redukcja kosztów delegacji pracowników), co wpływa *ex ante* na pozytywną decyzję o uczestnictwie. W tym zakresie dopuszczalne są ustalenia pomiędzy uczestnikiem a zamawiającym odnośnie do formy kontaktów, np. z uwagi na odległość od siedziby zamawiającego uczestnik może preferować wyłącznie dialog przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W toku dialogu należy zarezerwować taki sam wymiar czasu dla każdego z uczestników oraz z takim samym wyprzedzeniem przekazywać wszelkie informacje odnoszące się do przebiegu dialogu, np. jego harmonogram. Zasadą powinna być elektroniczna postać komunikacji w odniesieniu do przesyłania różnego rodzaju informacji o charakterze organizatorskim. Zalecane jest też, by dialog prowadzony był odrębnie z każdym z uczestników. Urząd Zamówień Publicznych we wzorcowym regulaminie dialogu technicznego wskazuje, że dialog techniczny powinien być prowadzony przy zachowaniu zasady jawności, a zamawiający nie może ujawnić jedynie tych informacji przekazanych w toku dialogu, w odniesieniu do których

i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia (art. 84 ust. 1 projektu ustawy) ustawodawca *expressis verbis* dopuścił możliwość korzystania przez zamawiających z doradztwa przy planowaniu, przygotowaniu lub przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem nie tylko na etapie przygotowania postępowania przetargowego, co jak wydaje się należy wiązać z możliwością powołania biegłego (*vide* dalsze uwagi).

[21] W aktualnie obowiązujących przepisach jest wskazane, że równe traktowanie wykonawców dotyczy także oferowanych przez nich rozwiązań. Wydaje się to zbędne, ponieważ jest to skonsumowane przez zasadę uczciwej konkurencji.

[22] Na stronie UZP zamieszczono wzorcowe dokumenty dotyczące dialogu technicznego, a wśród nich także regulamin, zob.: https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/wzorcowe-dokumenty/wzorcowe-dokumenty-dotyczace-dialogu-technicznego [dostęp: 7.7.2019 r.]

[23] Dopuszczalne jest prowadzenie dialogu w języku obcym, co powinno być wskazane w ogłoszeniu lub regulaminie.

uczestnik wskazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 16.4.1993 r.[24] pod warunkiem, że zostało to zastrzeżone nie później niż wraz z przekazaniem tych informacji zamawiającemu[25]. W przypadku, gdy informacje te udostępniane są przy użyciu środków komunikacji elektronicznej należy także zastosować odpowiednie zabezpieczenia przed nieuprawnionym dostępem. Dopuszczalne, jak się zdaje, jest też zastrzeżenie w regulaminie dialogu poufności przekazywanych w jego toku informacji na wzór poufności zastrzeżonej *ex lege* w trybach przetargowych z elementami negocjacji (np. dialog konkurencyjny, negocjacje z ogłoszeniem)[26].

Uczestnictwo potencjalnych podmiotów w dialogu technicznym w świetle obowiązujących i przyszłych rozwiązań prawnych jest co do zasady nieodpłatne. Ustawa Prawo zamówień publicznych (także projekt nowej ustawy) pozostawia jednak w tym zakresie dowolność. We wzorcowym regulaminie dialogu technicznego UZP wskazano, że wszelkie koszty powstałe w związku z przygotowaniem do udziału i uczestnictwem w dialogu ponoszone są przez uczestników, którzy nie mogą kierować żadnych roszczeń w tym zakresie w stosunku do zamawiających. Dopuszczalne jest też postanowienie odmienne. Zamawiający może przykładowo przewidzieć, że dokona zwrotu kosztów zakwaterowania związanych z osobistym uczestnictwem w dialogu, lecz jednocześnie wskaże maksymalną wysokość zwrotu, żądając odpowiedniego udokumentowania poniesionych kosztów. Trudno natomiast przewidzieć wynagrodzenie dla np. uczestników rynku (przedsiębiorców), z którymi prowadzone są wstępne konsultacje. Wynika to z trudności w określeniu „według jakiego czynnika i w oparciu o jakie kryteria wynagrodzenie w tym zakresie miałoby być przewidywane."[27] Podnosi się natomiast, że wynagrodzenie może zostać przewidziane dla niezależnych ekspertów, za np. sporządzoną ekspertyzę, opinię[28]. W takim przypadku najlepszym rozwiązaniem jest nawiązanie odpowiedniego stosunku cywilnoprawnego i świadczenie przez niezależny podmiot usług doradczych.

---

[24] T.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 ze zm.

[25] https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/word_doc/0024/39480/Regulamin-dialogu-technicznego.docx [dostęp: 10.7.2019 r.]

[26] Wskazuje się, że dialog techniczny musi być zgodny z zasadami poufności informacji wyrażonymi w art. 21 dyrektywy 2014/24/UE, co następuje w szczególności poprzez nieujawnianie innym uczestnikom rozwiązań lub innych informacji poufnych przekazanych przez danego uczestnika w toku dialogu bez jego zgody – za: W. Hartung [w:] W. Hartung, M. Bagłaj, T . Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015, kom. do art. 40 dyrektywy 2014/24/UE.

[27] *J. Pawelec*, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Komentarz, Legalis 2017, komentarz do art. 40 dyrektywy 2014/24/UE.

[28] Ibidem.

Dokumentowanie dialogu technicznego

Ze względów pragmatycznych i proceduralnych zaleca się utrwalanie treści dialogu. Może to nastąpić na piśmie lub elektronicznie. Dopuszczalne są nagrania dźwiękowe bądź audiowizualne, stanowiące dokument elektroniczny (por. art. 3 pkt 35 eIDAS)[29]. Prowadzone rozmowy powinny umożliwić zamawiającemu wielostronne rozpoznanie sytuacji, uwzględniając okoliczności towarzyszące, dotyczące potencjalnych kosztów realizacji zamówienia (porównanie różnych sposobów realizacji, w tym własnymi zasobami), warunków kontraktowych, w szczególności związanych z prawami autorskimi oraz ryzykiem kontraktowym, a także innych aspektów mogących mieć wpływ na optymalną z punktu widzenia interesu publicznego realizację zamówienia.

Jak już zostało wspomniane dokumentowanie przebiegu dialogu technicznego ma szczególnie istotne znaczenie w przypadku, gdy w następstwie jego przeprowadzenia zostanie wszczęte postępowanie przetargowe. Obok wzmianki o korzystaniu z tego instrumentu w ogłoszeniu o zamówieniu[30] – który to wymóg został podtrzymany w art. 84 ust. 4 projektu ustawy – należy zawrzeć odpowiednie dane w protokole postępowania przetargowego. W myśl art. 96 ust. 2a ustawy Pzp są to: informacje o przeprowadzeniu dialogu, o podmiotach, które w nim uczestniczyły oraz o jego wpływie na opis przedmiotu zamówienia, specyfikację istotnych warunków zamówienia lub warunki umowy. Wskazany zakres informacji jest nieco odmienny w projektowanych przepisach. Zgodnie z nimi zamawiający podaje w protokole informację o przeprowadzeniu wstępnych konsultacji rynkowych, o podmiotach, które w nich uczestniczyły, a także o środkach, jakie podjął, by zapobiec zakłóceniu konkurencji w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[31] (art. 74 ust. 2 oraz art. 85 ust. 1 projektu ustawy). Przedmiotowy wymóg ma zapewnić zachowanie przejrzystości działania zamawiającego i uczciwą konkurencję. Należy podkreślić, że zarówno zgodnie z obowiązującymi jak i projektowanymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, to na zamawiającym, jako organizatorze postępowania przetargowego, spoczywa obowiązek podjęcia odpowiednich środków zapobiegających zakłóceniu konkurencji (art. 31d ustawy Pzp oraz art. 85 ust. 1 projektu usta-

[29] Dokumentem elektronicznym jest każda treść przechowywana w postaci elektronicznej, a w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne, jak i każdy inny wyraz (nośnik) informacji elektronicznej.

[30] Wymóg dotyczący zawarcia informacji o przeprowadzeniu dialogu technicznego (wstępnych konsultacji rynkowych) w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczy z oczywistych względów wyłącznie tych trybów, gdzie ogłoszenie to występuje.

[31] T.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 369 ze zm.

wy)[32]. Należą do nich przykładowo: odpowiednio długi termin składania ofert, publikacja protokołu dialogu technicznego (wstępnych konsultacji rynkowych) uwzględniającego informacje przekazywane przez zamawiającego jego uczestnikom i odwrotnie[33]. *Legis latae* zamawiający podejmuje odpowiednie działania zaradcze, jeżeli istnieje możliwość, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegał się podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia. Analogicznie zostało to uregulowane w projektowanych przepisach. Wspomniane środki zaradcze należy podjąć, by udział w postępowaniu przetargowym wykonawcy lub podmiotu należącego, jak wykonawca, do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, który doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie tego postępowania nie zakłócił konkurencji (art. 85 ust. 1 projektu ustawy). Ostatecznym środkiem zapobiegającym naruszeniu uczciwej konkurencji jest wykluczenie wykonawcy z postępowania przetargowego[34]. Wcześniej jednak należy zapewnić wykonawcy możliwość wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji (art. 24 ust. 10 ustawy Pzp oraz art. 85 ust. 2 projektu ustawy)[35]. Zamawiający powinien każdorazowo dokonać oceny okoliczności faktycznych. W myśl aktualnie obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Interpretacja tej przesłanki powoduje rozbieżności w orzecznictwie. W jednym z orzeczeń KIO uznała, że udział wykonawcy lub osób z nim powiązanych w przygotowaniu postępowania jest przez ustawodawcę traktowany każdorazowo

[32] O prawidłowym udokumentowaniu przebiegu dialogu technicznego wspomniano także w art. 41 dyrektywy 2014/24/UE, w świetle którego, jeżeli występuje doradztwo w postaci wstępnych konsultacji rynkowych, należy podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóca konkurencji.

[33] Może być to dokument elektroniczny sporządzony przy zachowaniu wymogów formy elektronicznej, tj. opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub też elektroniczna kopia dokumentu sporządzonego w tradycyjnej postaci papierowej opatrzonej własnoręcznym podpisem (co do zasady jest to skan podpisanego przez upoważnioną osobę dokumentu).

[34] Wprowadzając dialog techniczny do ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie określono, że wykluczeniu z postępowania przetargowego podlegali wyłącznie wykonawcy, którzy wykonywali w sposób bezpośredni czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji (ówczesny art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Za: A. *Matusiak*, w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz (red. *M. Jaworska)*, Legalis 2019, komentarz do art. 31a ustawy Pzp

[35] Zob. np. wyr. KIO z 6.6.2018 r., KIO 992/18, Legalis.

jako zakłócenie konkurencji. W związku z tym konieczne jest, niezależnie od podjętych przez zamawiającego środków zaradczych, wezwanie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w celu wykazania, że jego udział w postępowaniu nie zakłóca konkurencji[36]. Z kolei w innej sprawie KIO uznała, jak się wydaje słusznie, że konieczność zapewnienia wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji ma miejsce wyłącznie w sytuacji zaistnienia przesłanki uzasadniającej wykluczenie wykonawcy z postępowania przetargowego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. W przypadku natomiast, gdy zamawiający wyeliminował zakłócenie konkurencji spowodowane udziałem wykonawcy w przygotowaniu postępowania zbędne jest wzywanie wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp[37]. W projekcie ustawy (art. 85 ust. 1 i ust. 2) wskazano natomiast *expressis verbis*, że wykluczenie[38] może nastąpić jedynie, gdy zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób, czyli przez podjęcie odpowiednich środków zaradczych przez zamawiającego[39]. Konstrukcja tego przepisu wyeliminuje powyższy dwugłos w orzecznictwie, a co więcej wpłynie pozytywnie na zwiększenie liczby uczestników w konsultacjach rynkowych, którzy w mniejszym stopniu powinni się obawiać wykluczenia z postępowania przetargowego spowodowanego udziałem w dialogu lub konieczności udowadniania, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji.

Właściwe udokumentowanie dialogu technicznego może pełnić także istotną rolę dowodową. Chodzi tu o przypadki kiedy zostanie wniesione odwołanie do KIO na efekty zastosowania tego instrumentu (np. opis przedmiotu zamówienia)[40]. Należy jednak podkreślić, że od czynności podjętych w ramach dialogu technicznego lub, zgodnie z nomenklaturą projektu ustawy, wstępnych konsultacji rynkowych nie przysługują ustawowe środki ochrony prawnej.

---

[36] Izba podkreśliła jednak, że wykonawca ma ograniczone możliwości dowodowe: „brak jest co do zasady możliwości wykazania okoliczności negatywnych przez wykonawcę w kontekście art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, gdyż tego rodzaju dowody mogą być przedstawione jedynie w przypadku określonych pozytywnych działań wykonawcy zmierzających do zniwelowania następstw zakłócenia konkurencji." Środki zaradcze natomiast co do zasady podejmuje zamawiający. Wykonawcy pozostaje więc złożenie odpowiedniego oświadczenia i powołanie się na środki zastosowane przez zamawiającego. Zob. wyr. KIO z 25.10.2018 r., KIO 1974/18.

[37] Wyr. KIO z 22.10.2018 r., KIO 2038/18, Legalis.

[38] Por. art. 108 ust. 1 pkt 5 projektu ustawy.

[39] Za uzasadnieniem do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/4735A24782F36B5DC12584350055ABB1/%24File/3624-uzas.docx, [dostęp: 15.7.2019 r.]

[40] *P. Granecki*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2016, komentarz do art. 31c ustawy Pzp.

Dialog techniczny a rozwiązania alternatywne

Dopuszczenie dialogu technicznego nie łączy się bynajmniej z zakazem stosowania innych, alternatywnych rozwiązań, tj. sondażu rynkowego, konsultacji na forach internetowych, udziału w konferencjach, sympozjach, dniach branżowych[41] lub rozmów z zaproszonymi uczestnikami rynku, ekspertami. Jednakże wprowadzenie do ustawy Prawo zamówień publicznych dialogu technicznego spowodowało, że pojawiły się wątpliwości w zakresie możliwości kontaktowania się uczestnikami rynku w inny sposób, w celu uzyskania informacji związanych z procesem zakupowym zamawiającego. Jak już wskazano jest to dozwolone pod warunkiem, że nastąpi to według ustalonych standardów. Można w tym zakresie wykorzystać zalecenia zawarte w dokumencie przygotowanym przez CBA pod nazwą: „Rekomendacje postępowań antykorupcyjnych przy udzielaniu zamówień publicznych". W świetle tego opracowania niedopuszczalne są spotkania wykonawców z członkami komisji przetargowych „poza siedzibą zamawiającego, po godzinach urzędowania, częste rozmowy telefoniczne członków komisji z wykonawcami w celu uzgodnienia zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub treści oferty."[42] Natomiast oficjalne spotkania: w siedzibie zamawiającego, na konferencjach, sympozjach, zapytania mailowe, sondaże rynkowe należy uznać za dozwolone, byleby nie prowadziły do bezpośredniego wpływu wykonawców na ukształtowanie warunków zamówienia w sposób ograniczający konkurencję[43]. Zaleca się także, by w fazie przygotowania postępowania przetargowego zamawiający podejmowali działania w sposób przejrzysty, zapewniający uczciwą konkurencję, eliminowali sytuacje powodujące podejrzenie o zaistnienie konfliktu interesów i in. Przykładowo należy wskazać, że spotkania z uczestnikami rynku powinny się odbywać przy uczestnictwie co najmniej dwóch osób oraz należy je odpowiednio udokumentować, np. przez sporządzenie notatki służbowej. Ponadto kierownik zamawiającego powinien żądać od osób przygotowujących opis przedmiotu zamówienia oświadczenia odnoszącego się

[41] Dni branżowe (*Industry Boot Camps lub Industry Days)*, to rozwiązanie stosowane w Wielkiej Brytanii, dzięki któremu możliwe jest pozyskiwanie informacji przez zamawiających, a dodatkowo nawiązywanie współpracy pomiędzy samymi wykonawcami w celu uzyskania lub realizacji zamówienia publicznego (np. udostępnienie potencjału, zawiązanie konsorcjum lub zawarcie umowy o podwykonawstwo). Wytyczne rządu Wielkiej Brytanii z 9.5.2012 r. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment data/file/62097/PPN-Procurement-Supporting-Growth.pdf (dostęp: 20.6.2018 r.), s. 9 [za: *T. Zalewski*, Dialog techniczny: co można, a czego nie – na przykładzie doświadczeń brytyjskich, http://www.eurozamowienia.pl/wpis,75,Dialog techniczny co mozna a czego nie 8211 na przykladzie doswiadczen brytyjskich.html (dostęp: 15.7.2019 r.)].

[42] CBA, Rekomendacje postępowań antykorupcyjnych przy udzielaniu zamówień publicznych, s. 11, https://cba.gov.pl/ftp/filmy/Rekomendacje_FINALNA_13112015_v3.pdf [dostęp: 15.7.19 r.]

[43] CBA w „Rekomendacjach…" zaleca, by nie uzgadniać z uczestnikami rynku treści siwz lub treści ofert, a tym bardziej, by wykonawcy nie sporządzali opisu przedmiotu zamówienia za zamawiającego. „Rekomendacje…", s. 11.

do źródeł pozyskiwania informacji o przedmiocie zamówienia. Wskazane jest, by standardy właściwego działania nakreślić w wewnętrznych aktach normatywnych zamawiających. Dopuszczalność alternatywnych sposobów rozeznania rynku nie powinna budzić wątpliwości także w myśl projektowanych przepisów nowej ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazuje na to brzmienie art. 85 ust. 1 projektu ustawy, w myśl którego zamawiający powinien podjąć środki zaradcze eliminujące zakłócenie konkurencji, jeżeli wykonawca lub podmiot z nim powiązany doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia. Sformułowanie powyższego przepisu jednoznacznie wskazuje, że dopuszczone zostały także inne formy rozeznania rynkowego. Gdyby zamiarem ustawodawcy było ich ograniczenie, niewątpliwie wprowadziłby w tym zakresie ich katalog zamknięty. *A contrario* brak takiej regulacji oznacza dopuszczenie możliwości korzystania z alternatywnych rozwiązań.

Podsumowanie

Przeprowadzenie dialogu technicznego (wstępnych konsultacji rynkowych) łączy się z potencjalnymi korzyściami dla zamawiających, a zwłaszcza określeniem ich rzeczywistych potrzeb oraz przygotowaniem opisu przedmiotu zamówienia pozwalającego m.in. na optymalizację kosztów. Jednocześnie ustawowe uregulowanie omawianego instrumentu nie wyklucza możliwości korzystania przez zamawiających z alternatywnych rozwiązań, np. sondaży rynkowych, zamkniętych konsultacji itp., stąd, jak się zdaje, niewielkie jego wykorzystanie w praktyce. Stosowanie innych narzędzi mających na celu uzyskanie informacji w celu rzetelnego przygotowania postępowania przetargowego powinno jednak nastąpić przy zachowaniu określonych zasad, a zwłaszcza przejrzystości i uczciwej konkurencji. Jako dobrą praktykę związaną z przeprowadzeniem dialogu technicznego należy uznać określenie przez zamawiającego w ogłoszeniu lub regulaminie kwestii proceduralnych, unikając jednak zbędnego formalizmu. Istotne jest też właściwe dokumentowanie przebiegu dialogu, co ma szczególną wartość w przypadku następczego wszczęcia postępowania przetargowego. Nowe ujęcie dialogu technicznego w projekcie ustawy należy ocenić pozytywnie. Planowane zmiany legislacyjne spowodują, jak się zdaje, zredukowanie wątpliwości interpretacyjnych pojawiających się na gruncie obowiązujących przepisów, a dotyczących w szczególności podmiotów, z którymi mogą być prowadzone konsultacje, ich zakresu przedmiotowego lub wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego w związku z uczestnictwem w konsultacjach.

Małgorzata Stręciwilk

Oferta elektroniczna – forma czy sposób składania? Stan obecny i perspektywy nowych rozwiązań

Abstrakt

Artykuł zawiera rozważania na temat oferty składanej elektronicznie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej wartość progów unijnych. Stanowi on przede wszystkim próbę odpowiedzi na pytanie, czy oferta elektroniczna w zamówieniach publicznych to wymóg stricte co do jej formy czy raczej sposobu składania. Rozważania w tym zakresie prowadzone są w oparciu o regulacje unijne (przede wszystkim nową dyrektywę klasyczną), wdrożone do polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych w 2016 r. i regulacje zawarte w samej ustawie z uwzględnieniem kontekstu unormowań zawartych w prawie cywilnym. Analiza charakteru przyjętych aktualnie rozwiązań prawnych w tym zakresie pozwoliła również Autorowi na ocenę rozwiązań odnoszących się do komunikacji elektronicznej i składania elektronicznych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przyjętych w ramach projektu nowego Prawa zamówień publicznych.

Abstract

The paper reflects on the offer submitted with electronic means of communication in the proceedings for award of public contracts the value of which is equal or exceeds EU thresholds. It constitutes, first of all, an attempt to answer the question whether the obligation to submit offers electronically is a requirement strictly as to the form or rather a requirement regarding means of submission. Considerations in that regard are based on EU legal provisions (primarily the new Classical
Directive) transposed in 2016 into Polish legal act on public procurement (Public Procurement Law) as well as provisions contained in that act in the context of civil law regulations. The analysis of the nature of the legal solutions currently in force has allowed the Author to conduct an assessment of the solutions regarding communication with electronic means and submission of electronic offers in the proceedings for award of public contracts as provided for in the proposal for a new Public Procurement Law.

Wstęp

Wymóg składania ofert elektronicznie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej wartość progów unijnych[1] został wprowadzony do przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[2] od 18 października 2018 r. Od tego momentu, tak wykonawców, jak i zamawiających obowiązują pewne rygory, które polski ustawodawca zdecydował się nałożyć na uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Polski ustawodawca, wprowadzając te reguły do standardów nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przy użyciu środków komunikacji elektronicznej[3] był zobowiązany wziąć pod uwagę regulacje prawa unijnego, w tym dwie nowe dyrektywy zamówieniowe z 2014 r.[4], które zakładały, po wejściu ich w życie, 30-miesięczny okres przejściowy na wprowadzenie w państwach członkowskich pełnej elektronizacji postępowań, do których mają zastosowanie owe dyrektywy.

Niniejszy artykuł stanowi próbę odpowiedzi na pytanie, czy w ramach polskich regulacji Pzp składanie ofert w sposób elektroniczny świadczy wyłącznie o sposobie składania ofert, czy też wiąże z tą okolicznością daleko poważniejsze skutki, związane z przyjęciem określonej formy oferty, a w konsekwencji z konkretnymi rygorami prawnymi oraz czy te rozwiązania są adekwatne do rozwiązań przyjętych w prawie Unii Europejskiej i sprzyjają efektywności polskich postępowań, w tym konkurencji na polskim rynku zamówień publicznych. Artykuł porusza też kwestię przyszłych rozwiązań prawnych projektowanych w ramach nowej ustawy Pzp, której projekt został skierowany do konsultacji, opiniowania i uzgodnień w styczniu 2019 r.[5], a w lipcu br. do prac parlamentarnych[6].

---

[1] Wartość tzw. progów unijnych określona została rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 2479)

[2] Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., ustawa zwana dalej: „*Pzp*"

[3] Środki komunikacji elektronicznej według definicji tego pojęcia zawartej w art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 123 ze zm.) to: rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną

[4] Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r.: 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE oraz dyrektywa i 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych , uchylająca dyrektywę 2004/17/WE

[5] www.rcl.gov.pl

[6] Patrz druk sejmowy nr 3624

Oferta jako oświadczenie woli

Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi oświadczenie woli wykonawcy dotyczące zobowiązania realizacji określonego przedsięwzięcia publicznego na warunkach opisanych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia za wynagrodzeniem określonym przez wykonawcę. Określenie pewnego sposobu wykonania zamówienia - np. poprzez wskazanie terminu jego realizacji, pewnego stopnia jego jakości, czy zastosowanej metody wykonania zamówienia - w granicach określonych przez zamawiającego w ramach opisu kryteriów oceny ofert, również może mieścić się w dyskrecjonalnej woli i określeniu przez wykonawcę. Poprawne złożenie oferty przez wykonawcę i jej treść mają zatem istotne znaczenie, nie tylko z punktu widzenia proceduralnego (procesu ubiegania się o zamówienie publiczne i jego wygrania), lecz również, a może nawet przede wszystkim, dla prawidłowości realizacji określonej dostawy, usługi czy roboty budowlanej w ramach zamówień publicznych.

Wśród pojęć ustawowych określonych w art. 2 ustawy Pzp nie podjęto próby zdefiniowania terminu: „*oferta*". Również dyrektywy unijne dotyczące zamówień publicznych nie definiują tego pojęcia. Nie wydaje się to jednak problematyczne z uwagi na materię, którą regulują przepisy o zamówieniach publicznych, tj. materię cywilnoprawną. Odesłanie do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego[7], w sytuacji gdy przepisy Pzp nie stanowią inaczej, w odniesieniu do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zawarte w art. 14 ust. 1 Pzp, pozwala na właściwe umiejscowienie i określenie pojęcia „*oferty*" w systemie zamówień publicznych.

I tak, wedle art. 66 § 1 Kc ofertę - o ile określa ona istotne postanowienia zawarcia umowy - stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia tej umowy. Stosownie natomiast do aktualnie obowiązującego art. 60 Kc, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tejże woli w postaci elektronicznej.

Uwzględniając poczynione powyżej uwagi w zakresie próby zdefiniowania oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stwierdzić należy, że pojęcie to niewątpliwie odpowiada definicji oświadczenia woli określonej przez ustawodawcę w KC. Wprost zatem, poprzez przywołany art. 14 ust. 1 Pzp, przy próbie określenia pojęcia „*oferta*" należy odnieść się w tym zakresie do przepisów Kc i wskazanego tam art. 66 § 1, a przede wszystkim art. 60 KC. Oferta składana w postępowaniu o udzie-

[7] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.), zwana dalej: „*KC*"

lenie zamówienia publicznego jest więc niczym innym jak oświadczeniem woli składanym przez wykonawcę zamawiającemu celem wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a w efekcie zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Oferta elektroniczna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego każde zachowanie wykonawcy, które będzie w sposób dostateczny wyrażało jego wolę co do przyjęcia warunków realizacji zamówienia na określonych zasadach, za wskazane przez wykonawcę wynagrodzenie, bądź inne warunki realizacji zamówienia, co do zasady będzie stanowiło oświadczenie woli wykonawcy. Ustawodawca w Pzp wprowadził w tym zakresie jednak pewne ograniczenia, zresztą pozostając w zgodzie z regulacją art. 60 Kc („*z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie*"). Ustawowo zostało bowiem dookreślone wymaganie, aby składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odbywało się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 10a ust. 1 Pzp). Powyższe zastrzeżenie aktualnie zasadniczo dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o większej wartości, tj. zamówień o wartości równej lub przekraczającej wartość progów unijnych. Zamówienia o mniejszej wartości, w związku ze zmianami odnoszącymi się do ustawy Pzp z 2019 r.[8], będą realizowane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej dopiero od 1 stycznia 2021 r. Poczynione w tym artykule uwagi, uwzględniając aktualny stan prawny dotyczący elektronizacji zamówień publicznych, będą zatem odnosiły się do zamówień o wartości większej (równej lub przekraczającej wartość progów unijnych). Nadto, dla porządku należy wskazać, że ustawodawca w zamówieniach o większej wartości - wyjątkowo tylko i w ściśle określonych sytuacjach - dopuścił możliwość odstępstwa od stosowania tej formy komunikacji, tj. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 10c ust. 1 Pzp).

Istotną dla rozważań podjętych w niniejszym artykule jest natomiast kwestia rygoru nadanemu przez ustawodawcę, a dotyczącego składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Art. 10a ust. 5 Pzp wskazuje bowiem, iż ofertę należy sporządzić - pod rygorem nieważności – w postaci elektronicznej i opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

[8] Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych (druk sejmowy nr 3475 – na dzień oddania artykułu do druku brak publikacji w Dz. U.) w art. 11 zmienia brzmienie art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 18a ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020, 1579 i 1920 oraz z 2018 r. poz. 1603) wskazując, że obowiązkowa elektronizacja, tj. korzystanie ze środków komunikacji elektronicznej przy prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności składanie ofert we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ma nastąpić począwszy od 1 stycznia 2021 r.

Przy składaniu ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pojawia się nam zatem ustawowo przewidziane zastrzeżenie i ograniczenie możliwości wyrażania oświadczenia woli przez wykonawcę. Nie będzie to już każde zachowanie wykonawcy, lecz takie zachowanie, które wolę wykonawcy wyraża w postaci elektronicznej[9]. Ustawodawca w art. 10a ust. 5 Pzp posłużył się określeniem: „*postać elektroniczna*", nie odnosząc się wprost do formy w jakiej oświadczenie woli wyrażone w ofercie powinno być złożone, a zdecydowanie należy rozróżnić formę elektroniczną czynności prawnej od elektronicznej postaci oświadczenia woli[10].. Tymczasem aktualnie, znowelizowane przepisy Kc przewidują trzy formy, w których może być dokonywana określona czynność prawna. Będą to: forma pisemna (art. 78 § 1 KC), dokumentowa (art. 77^2) i elektroniczna (art. 78^1 § 1 KC). Kodeks cywilny posługuje się również pojęciami: „*postać elektroniczna*" (np. art. 60 § 1 KC) i „*postać dokumentu*" (np. art. 77^2 KC).

Rygor nieważności elektronicznej oferty

Uwzględniając powyższe przepisy ustawy PZP nie pozostają w tym zakresie kompatybilne z regulacjami KC. Podkreślić należy, że PZP we wskazanym art. 10a ust. 5, przewiduje określony rygor związany z ofertą składaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to rygor nieważności. Zgodnie z art. 73 § 1 KC w przypadku niedochowania określonej, zastrzeżonej ustawą formy z rygorem nieważności, czy to w odniesieniu do formy pisemnej, dokumentowej czy elektronicznej, czynność dokonana bez zachowania tejże, zastrzeżonej formy, jest nieważna. Pewnym mankamentem natury formalnej uregulowań PZP jest zastrzeżenie rygoru nieważności nie co do formy elektronicznej, lecz postaci elektronicznej oferty.

Wskazany rygor nieważności oferty wiąże się również z koniecznością opatrzenia oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym, czyli koniecznością podpisania elektronicznej oferty takim podpisem, który:

- jest przyporządkowany wyłącznie do osoby składającej ten podpis,
- jest sporządzany za pomocą podlegających wyłącznej kontroli osoby składającej podpis elektroniczny bezpiecznych urządzeń służących do składania podpisu elektronicznego i danych służących do składania podpisu elektronicznego,
- jest powiązany z danymi, do których został dołączony, w taki sposób, że jakakolwiek późniejsza zmiana tych danych jest rozpoznawalna.

Taki podpis odpowiada, jeśli chodzi o skutki prawne, podpisowi własnoręcznemu. Możliwość jego pozyskania istnieje wyłącznie od kwalifiko-

[9] Z zastrzeżeniem – jak wyżej – że chodzi o postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej wartość progów unijnych

[10] Por. R. Szostak, *Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 44

wanych dostawców usług zaufania, którzy są uprawnieni do wystawiania w tym zakresie stosownych, czasowych certyfikatów, potwierdzających ważność określonego podpisu. Prowadzeniem listy takich dostawców zajmuje się Narodowe Centrum Certyfikacji. Regulacje w przedmiocie podpisu elektronicznego na poziomie europejskim zawarte są w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014[11]. Na poziomie krajowym regulacje w tym zakresie zawarte są z kolei w ustawie o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej[12].

Warto również zauważyć, że wskazany art. 10a ust. 5 Pzp odnosi rygor nieważności wprost do czynności sporządzenia oferty, a nie jej złożenia. Tymczasem istotne skutki związane z ofertą ustawa Pzp wiąże z jej złożeniem, a nie sporządzeniem[13].

Reasumując zatem, rygor nieważności oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odnosi się do postaci elektronicznej oferty, a nie jej formy elektronicznej, związany jest z czynnością sporządzenia oferty, a nie jej złożenia i wiąże się z koniecznością podpisania oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przywołane trzy elementy wskazujące na nieważność oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego świadczą o tym, że polski ustawodawca w odniesieniu do elektronicznej oferty przyjął założenie, iż oferta ta, składana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, także na etapie jej sporządzania, powinna kwalifikować się dodatkowymi rygorami zasadniczo statuującymi jej formę. Zdaniem Autora przyjęte przez polskiego ustawodawcę założenia wymagają ponownej refleksji i przemyśleń kierunkowych, jakie w odniesieniu do elektronizacji zamówień publicznych ma ustawodawca. Niewątpliwym jest, że regulacje Pzp we wskazanym zakresie powinny być bardziej koherentne z nomenklaturą pojęciową i przepisami regulującymi sposób dokonywania czynności prawnych, ich formy i skuteczności, zawartymi w KC. Takie działania sprzyjają jednolitości i spójności regulacji prawnych i przyczyniają się do efektywności w stosowania prawa.

Kwalifikowany podpis elektroniczny

Odrębną kwestią i znacznie bardziej poważną, a jednocześnie wartą rozwagi i zastanawiania jest kwestia związana z wymogiem (pod rygorem nieważności) stosowania przy składaniu ofert kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W ramach niniejszego artykułu nie prowadzone były

[11] Rozporządzenie z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającym dyrektywę 1999/93/WE (Dz. U. UE 910/2014)

[12] Ustawa z dnia z dnia 5 września 2016 r. (Dz. U. t.j. z 2019, poz. 162)

[13] Por. przykładowo: art. 82 ust. 2 Pzp, art. 84 ust. 1 Pzp, art. 86 ust. 1 i ust. 2 Pzp

przez Autora szczegółowe badania dotyczące weryfikacji skali przedsiębiorców, którzy zainteresowani są ubieganiem się o zamówienia publiczne i jednocześnie dysponują kwalifikowanym podpisem elektronicznym, czy też choćby mają świadomość potrzeby dysponowania takim podpisem przy ubieganiu się o duże zamówienia publiczne. Organy i instytucje właściwe w tym zakresie takie, jak: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, czy Minister Przedsiębiorczości i Technologii takich pogłębionych badań również nie prowadziły, a jeśli takowe badania byłyby nawet prowadzone, to z pewnością nie zostały upublicznione. Wydaje się, że ta tematyka wymaga zdecydowanego pogłębienia, w szczególności wobec faktu zmniejszania się, w szczególności w ostatnim czasie, liczby wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o zamówienia publiczne[14]. Wartym oceny byłoby zweryfikowanie, czy wprowadzenie w październiku 2018 r. obowiązku podpisywania ofert składanych w zamówieniach o większej wartości (zamówienia równe i przekraczające wartość progów unijnych) przy pomocy właśnie kwalifikowanego podpisu elektronicznego nie wpłynęło na zmniejszenie zainteresowania ubieganiem się o zamówienia przez przedsiębiorców.

Niezależnie od powyższego planowane wprowadzenie elektronizacji małych zamówień od 1 stycznia 2021 r. również z wymogiem podpisywania ofert przy pomocy kwalifikowanego podpisu elektronicznego, może budzić co najmniej zastanowienie, czy to nie będzie stanowiło znaczącego obciążenia dla mniejszych przedsiębiorców, zwłaszcza z sektora MŚP, zainteresowanych ubieganiem się o zamówienia publiczne. Niezależnie od poczynionych powyżej uwag należy też wskazać, że faktu pozyskania podpisu elektronicznego obiektywnie nie można oceniać jako znaczącej bariery. Podpisy te są ogólnie dostępne[15] i nie są kosztowne (koszt ok. 300 zł z ważnością podpisu 3 lata). Niemniej, nawet pomimo takiego stanu rzeczy, możemy mieć w tym względzie do czynienia z barierami związanymi z brakiem wiedzy wśród - szczególnie mniejszych - przedsiębiorców o wskazanych wymogach prawnych oraz o formalnych i praktycznych możliwościach pozyskania takiego podpisu, czy też z barierami o charakterze mentalnym – niechęci stosowania tego rodzaju nowoczesnych rozwiązań technicznych przez mniej-

[14] Według Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych za 2018 r. ilość składanych w postępowaniu ofert w 2018 r. spadła jeszcze bardziej (zamówienia o wartości równej i przekraczającej wartość progów unijnych – 2,09, zamówienia poniżej progów unijnych - 2,19) w stosunku do roku poprzedniego, tj. 2017 r. (zamówienia o wartości równej i przekraczającej wartość progów unijnych - 2,23, zamówienia poniżej progów unijnych - 2,38). Wzrósł też odsetek postępowań, w których wpłynęła wyłącznie jedna oferta. O ile w 2017 r. było to dla zamówienia o wartości równej i przekraczającej wartość progów unijnych – 49% i dla zamówień poniżej progów unijnych – 43%, to w 2018 r. było to - dla zamówienia o wartości równej i przekraczającej wartość progów unijnych – 52%, dla zamówień poniżej progów unijnych – 46%; źródło: www.uzp.gov.pl

[15] Bezpieczny podpis elektroniczny można aktualnie nabyć w: Krajowej Izbie Rozliczeniowej (Szafir), Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych (Sigillum), Unizeto Technologies (CERTUM), Enigma S.O.I.(PEM-HEART) i EuroCert.

szych przedsiębiorców. Warto również próbować przełamywać tego rodzaju bariery, aby pozyskać przedsiębiorców do udziału w konkurencyjnych trybach udzielania zamówień publicznych.

Rozwiązania przyjęte przez projekt nowego Pzp

Powyżej wskazane rozwiązanie byłoby niezbędne, o ile ustawodawca zdecydowałby się pozostawić kwalifikowany podpis elektroniczny przy składaniu ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wydaje się jednak, że decyzja w tym względzie została już podjęta. Na taki kierunek działania wskazuje regulacja projektu nowej ustawy Pzp. W art. 63 ust. 1 tego projektu dla ważności oferty składanej w postępowaniach o udzielenie zamówienia o większej wartości przewiduje się wyłącznie formę elektroniczną pod rygorem nieważności. W postępowaniach o wartości mniejszej (art. 63 ust. 2 projektu nowego PZP[16]) projekt idzie jeszcze dalej, przewidując również pod rygorem nieważności, formę elektroniczną lub nawet postać elektroniczną oferty, ale z podpisem zaufanym, o którym mowa w ustawie o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne[17] lub podpisem osobistym, o którym mowa w ustawie o dowodach osobistych[18]. I choć pierwotne przedłożenie rządowe nowego PZP[19] przewidywało pozostawienie w przypadku większych zamówień publicznych kwalifikowanego podpisu elektronicznego, to już w projekcie, który został w lipcu br. skierowany przez Rząd do prac sejmowych[20] zrezygnowano z tego rozwiązania. Wydaje się, że to słuszny kierunek, biorąc pod uwagę w szczególności konkurencyjność w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Rezygnacja w tym zakresie z wszelkich, nawet najmniejszych formalnych barier przy jednoczesnym zabezpieczeniu pewności obrotu (w zamówieniach o wartości równej i powyżej progów unijnych w dalszym ciągu pozostanie podpis elektroniczny, ale już nie kwalifikowany) jest ze wszech miar słuszne i pożądane.

Regulacje dyrektyw unijnych

Wracając do tematu niniejszego artykułu - tj. oceny, czy mówiąc o elektronicznej ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będziemy mieli do czynienia z formą czy też sposobem składania oferty

[16] Jw.

[17] Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 700, 730 i 848)

[18] Ustawa z dnia z dnia 6 sierpnia 2010 r. (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 653 i 730)

[19] Art. 70 projekt ustawy PZP z 21 stycznia 2019 r. opublikowany na stronach intrenetowych RCL: www.rcl.gov.pl

[20] Druk sejmowy nr 3624

- warto jeszcze na chwilę pochylić się nad regulacjami unijnymi w tym zakresie. Dyrektywa 2014/24/UE, zwana dalej „*dyrektywą klasyczną*", wprowadziła dla państw członkowskich obowiązkową elektronizację procesu udzielenia zamówienia publicznego (oczywiście o wartości równej lub przekraczającej wartości progów unijnych), najpóźniej od 18 października 2018 r. W oparciu o wskazane regulacje prawa europejskiego odnoszące się do zamówień publicznych można sobie postawić pytanie, czy te zakładają określoną formę dla składania ofert, przy założeniu, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego toczy się elektronicznie. Próbując udzielić odpowiedzi na to pytanie należy sięgnąć w pierwszej kolejności do motywu 52 preambuły tej dyrektywy. Ustawodawca europejski wskazuje tam m.in., że: „*(…) w pełni elektroniczna komunikacja oznaczająca komunikację za pomocą środków elektronicznych na wszystkich etapach postępowania, łącznie z przekazywaniem wniosków o dopuszczanie do udziału i w szczególności przekazywaniem ofert (elektroniczne składanie ofert), powinny być obowiązkowe. Państwa członkowskie i instytucje zamawiające powinny zachować swobodę w kwestii podjęcia dalej idących środków.*" Z kolei w motywie 53 preambuły do w/w Dyrektywy wskazuje się, że: „*Instytucje zamawiające powinny, z wyjątkiem pewnych określonych sytuacji, stosować elektroniczne środki komunikacji, które są niedyskryminujące, ogólnie dostępne i interoperacyjne z produktami ICT będącymi w powszechnym użyciu i które nie ograniczają dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia.*"

Podobnie jak w preambule, w samych przepisach dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny przewidział wymóg korzystania z elektronicznych środków komunikacji zasadniczo jedynie w procedurze wyboru najkorzystniejszej oferty, a w szczególności przy składaniu ofert[21]. Warto też zauważyć, że ustawodawca europejski pozostawił w gestii państw członkowskich ustanowienia właściwego poziomu bezpieczeństwa wymaganego dla elektronicznych środków komunikacji, dając jedynie wytyczną, aby ten poziom był proporcjonalny do powiązanego ryzyka. W tym zakresie *de facto* nakazano państwom członkowskim przeprowadzenie oceny tego ryzyka i, o ile wypadnie ona źle - jeśli chodzi o poziom ryzyka związanego z bezpieczeństwem - to wskazano na możliwość zastosowania przez państwa członkowskie zaawansowanych podpisów elektronicznych opartych na kwalifikowanym certyfikacie, uwzględniając jednocześnie czy ten certyfikat jest wystawiony przez podmiot świadczący usługi certyfikacyjne, wymieniony na zaufanej liście i czy podpisy składane są za pomocą bezpiecznego urzą-

[21] Art. 22 ust. 1 dyrektywy klasycznej stanowi, iż: „*Państwa członkowskie zapewniają, że wszelka komunikacja i wymiana informacji odbywająca się na mocy niniejszej dyrektywy, w szczególności elektroniczne składanie ofert, przeprowadzane są z wykorzystaniem elektronicznych środków komunikacji zgodnie z wymogami niniejszego artykułu. Narzędzia i urządzenia wykorzystywane do celów komunikacji za pomocą środków elektronicznych, jak również ich właściwości techniczne, muszą być niedyskryminujące, ogólnie dostępne i interoperacyjne z produktami ICT będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogą ograniczać dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia.*"

dzenia służącego do składania podpisów lub bez takiego urządzania, o ile zostaną wypełnione jeszcze dodatkowo szczegółowe warunki w tym zakresie[22]. W motywie 57 preambuły do dyrektywy klasycznej dodatkowo, bardziej szczegółowo wskazuje się na sposób oceny ryzyka naruszenia bezpieczeństwa składania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Ustawodawca europejski wskazuje tutaj na konieczność oceny przez państwa członkowskie proporcjonalności między - z jednej strony wymogami służącymi zapewnieniu prawidłowej i wiarygodnej identyfikacji nadawców danej wiadomości oraz integralności jej zawartości, a z drugiej strony, ryzykiem powstania problemów takich jak w sytuacjach, w których wiadomości przesyłane są przez innego nadawcę niż uprzednio wskazany. Wskazuje się tam, że zasadniczo powyższe oznaczałoby to, iż poziom bezpieczeństwa wymagany dla np. wiadomości e-mail z prośbą o potwierdzenie dokładnego adresu, pod którym ma się odbyć spotkanie informacyjne, nie musiałby być taki sam jak dla samej oferty, która jest wiążąca dla wykonawcy. Warto też zauważyć, że dyrektywa sygnalizuje konieczność właściwego zareagowania, gdyby ocena proporcjonalności mogła skutkować wymogiem niższego poziomu bezpieczeństwa w związku z ponownym przedłożeniem katalogów elektronicznych lub przedłożeniem ofert w ramach mini konkursów na mocy umowy ramowej lub dostępem do dokumentów zamówienia.

Analiza w/w przepisów prawa unijnego w żaden sposób nie wskazuje, że ustawodawca wprowadził w zakresie elektronizacji zamówień konkretną formę, w której oferta powinna być złożona. Owszem wprowadził wymogi dotyczące komunikacji elektronicznej w zamówieniach publicznych, niemniej te wymogi wskazują raczej na to, że w tym przypadku mamy do czynienia jedynie ze sposobem składania ofert, a nie z określoną formą oferty, której nadane są określone rygory, świadczące o jej ważności i dopuszczalności.

Zakończenie

Patrząc w podobnym aspekcie na regulacje prawa krajowego, czyli aktualnie obowiązującą ustawę PZP, trudno oprzeć się wrażeniu, że ustawodawca krajowy przewidując z jednej strony komunikację w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym a wykonawca przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, jednocześnie też wprowadzał daleko idące rygory odnoszące się do formy oferty (art. 10a ust. 5 PZP), *de facto* nie określając tej formy (rygor nieważności odnoszący się do sporządzenia oferty w określonej postaci, a nie do elektronicznej formy oferty). Zastanawiającym zatem jest czy nasz krajowy ustawodawca nie poszedł w tym zakresie zbyt daleko, czyniąc proces elektronizacji zamó-

[22] Por. art. 22 ust. 6 lit. b) i c) dyrektywy klasycznej oraz motyw 57 preambuły dyrektywy klasycznej.

wień publicznych celem samym w sobie, a nie po prostu *stricte* sposobem komunikacji, który z założenia ma za zadanie ułatwienie kontaktów pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, odformalizowanie i przyspieszenie tego postępowania oraz niwelację kosztów administracyjnych związanych z prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Takie twierdzenie wydaje się usprawiedliwione w szczególności wobec zaprezentowanej w niniejszym artykule analizy art. 10a ust. 5 PZP w wersji aktualnie obowiązującej. Wszystkie wymogi formalne i szczegółowe zastrzeżenia co do formy oferty dokonane w ustawie PZP (choć literalnie na tę formę, przynajmniej w aspekcie norm KC, nie wskazujące) zdecydowanie wskazują na to, że ustawodawca skupił się tutaj na formie oferty, a nie na sposobie komunikacji ułatwiającym prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przede wszystkim poprzez wprowadzenie dodatkowych obostrzeń – jak należy przypuszczać - pod względem bezpieczeństwa tej oferty, a nie jej mocy prawnej. Bowiem na właściwą moc oświadczenia woli składanego wyłącznie w postaci elektronicznej (bez zachowania rygorów formy elektronicznej) wskazują przepisy KC[23], zaś prawo unijne żadnych wymogów w tym zakresie nie wprowadza.

Projekt ustawy Pzp, jak już wskazano powyżej, zmierza w nieco innym, mniej formalnym kierunku, co należy ocenić pozytywnie. Niezależnie jednak od powyższego powstaje w tym aspekcie kolejne zagadnienie do rozstrzygnięcia, czy z kolei zmniejszenie rygorów dotyczących oceny ryzyka związanego z bezpieczeństwem ofert zostało dokonane na podstawie analizy ryzyka, na którą wskazują przywołane regulacje dyrektywy klasycznej, a jeśli tak, jakie były wyniki tego badania. Tak postawione pytania stanowią odrębną tematykę, nie objętą przedmiotem niniejszego artykułu. Niemniej owa tematyka jest niezwykle istotna z punktu widzenia przyszłości oferty składanej elektronicznie w postępowaniach prowadzonych w oparciu o przepisy nowej ustawy PZP, a w konsekwencji takich ważkich kwestii, jak: efektywność zamówień publicznych, w tym efektywność ekonomiczna, oraz wprost konkrecyjność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Pogłębienie tej tematyki i próba odpowiedzi na te pytania powinna być przedmiotem prac nad projektem nowej ustawy PZP. Jeżeli nie wystarczy na to czasu na etapie uchwalania projektu ustawy z pewnością roczny okres *vacatio legis* nowej ustawy powinien sprzyjać takim analizom i badaniom.

[23] Patrz art. 60 KC

Dr Renata Tanajewska

Od projektu do odbioru inwestycji – rola Zamawiającego w optymalizacji procesu inwestycyjno-budowlanego

Abstrakt:

W polskim prawie zamówień publicznych rola zamawiającego skupiona jest wokół przygotowania procesu udzielenia zamówienia publicznego. Trudno jest jednak zgodzić się z tezą, że rola zamawiającego ograniczona jest wyłącznie do stosowania przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Pod względem prawnym nie analizuje się, jak istotny jest udział zamawiającego w planowaniu inwestycji i współdziałanie na każdym etapie realizacji inwestycji. Technologiczny proces realizacji zamówienia publicznego bez działań podejmowanych przez zamawiającego może okazać się niepowodzeniem, czy to pod względem ekonomicznym, czy jakościowym, czy nawet też prawnym.

Abstract:

In Polish public procurement law, the role of the contracting authority is focused on the preparation of the public procurement process. However, it is difficult to agree with the thesis that the role of the contracting authority is limited only to the application of the provisions of the Public Procurement Law. In legal terms, it is not analyzed how important is the participation of the contracting party in investment planning and cooperation at every stage of investment implementation. The technological process of public procurement implementation without actions taken by the contracting authority may turn out to be unsuccessful, whether in terms of economic or quality or even legal aspects.

Wprowadzenie

Zgodnie z treścią art. 2 ust. 12 ustawy Prawo zamówień publicznych[1] przez zamawiającego należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązaną do stosowania ustawy. W literaturze przedmiotu wskazuje się na potrzebę

[1] Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.).

doprecyzowania podmiotowości prawnej zamawiającego, aby nie budziło wątpliwości, jakie podmioty i w jakich okolicznościach powinny być uznane za zamawiającego[2]. Pomimo wielu nowelizacji ustawy, określenie sposobu zamawiającego zmieniło się jedynie kosmetycznie. W dalszym ciągu określany jest opisowo i każdorazowo należy zwrócić uwagę na jego cechy oraz na okoliczności sytuacji prawnej, w jakiej występuje. Przykładowo można tu wskazać zamówienia *in house*, gdzie pomimo występowania podmiotu spełniającego cechy zamawiającego, zwykle nie ma konieczności stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w konsekwencji czego sama ustawa stosowana jest fakultatywnie[3]. W procesie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający powinien być skonkretyzowany. Nie może on zostać ujęty wyłącznie jako podmiot zobowiązany do stosowania ustawy. Zgodnie z tezą wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2017 r.[4] „zamawiający w rozumieniu *sensu largo* nie istnieje. Zamawiający jest określany na gruncie danego postępowania zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.). Definicja pomieszczona w powołanym przepisie nakazuje wiązać przymiot zamawiającego w danym postępowaniu z określoną jednostką, która zobowiązana jest stosować przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych, a więc która prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że zamawiający musi być skonkretyzowany, precyzyjnie określony, jako jednostka, a nie jako grupa podmiotów pozostająca w jakimkolwiek stosunku zależności czy podległości".

Celem niniejszego opracowania jest wskazanie roli zamawiającego w początkowej fazie procesu inwestycyjno – budowlanego, poprzez analizę poszczególnych zadań, jakie przed nim stoją. Stawiana jest teza, zgodnie z treścią której bierność zamawiającego czy też jedynie jego podstawowe za-

[2] Por. B. Pawlak, Podmiotowość prawna zamawiających w prawie zamówień publicznych, „Europejski Przegląd Sądowy" 2013, nr 4, s. 32-36; B. Gnela, O potrzebie prawidłowego określania zamawiającego w ustawie Prawo zamówień publicznych, „Prawo Zamówień Publicznych" 2008, nr 4, s. 15-25.

[3] Zob. T. Srokosz, Powierzanie zadań gminy przedsiębiorcom a zamówienia „in house", [w:] R.P. Krawczyk, A. Borowicz (red.), Aktualne problemy samorządu terytorialnego po 25 latach jego istnienia, Łódź 2016, s. 227-243; V. Berlingò, The Italian framework of contracts awarded to in-house entities. An overview, „Prawo Zamówień Publicznych" 2016, nr 3, s. 7-13; H. Wolska, Zamówienia in house jako instrument oddziaływania na gospodarkę, [w:] A. Powałowski (red.), Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę, Warszawa 2016, s. 298-305; M. Krzemień, Zlecanie przez gminy wykonywania zadań własnych utworzonym przez nie spółkom prawa handlowego z pominięciem ustawy Prawo zamówień publicznych - zamówienia in house, [w:] J. Sługocki (red.), Dziesięć lat polskich doświadczeń w Unii Europejskiej. Problemy prawnoadministracyjne. T. 2., Wrocław 2014, s. 139-149; H. Nowicki, Zamówienia in house na tle nowych rozwiązań normatywnych, „Prawo Zamówień Publicznych" 2015, nr 4, s. 193-203; T. Wołowiec, Dopuszczalność powierzenia in house wykonania usług publicznych komunalnej spółce prawa handlowego z pominięciem przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, „Przegląd Prawa Publicznego" 2013, nr 5, s. 89-106.

[4] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 457/17, Legalis numer 1581451.

angażowanie w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób znaczny może spowodować wzrost kosztów inwestycji, przy jednoczesnym spadku jakości wykonanych robót budowlanych.

Przy opracowaniu stawianego problemu wykorzystano dogmatyczną metodę badawczą, analityczną metodę badawczą, empiryczną metodę badawczą oraz analizę orzecznictwa. Metoda dogmatyczna została wykorzystana w taki sposób, że przeanalizowano przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w kontekście ustawowych obowiązków zamawiającego w procesie inwestycyjno – budowlanym. Metoda analityczna polegała na przeglądzie naukowych opracowań i poglądów przedstawicieli doktryny w zakresie poruszanego zagadnienia. Empiryczna metoda badawcza polegała na przeprowadzeniu wywiadów ankietowych z wybranych zamawiającymi odnośnie ich faktycznego udziału w procesie o udzielenie zamówienia publicznego. Analiza orzecznictwa została przeprowadzona w oparciu o wybrane rozstrzygnięcia sporów sądowych z omawianego zakresu.

Pojęcie procesu inwestycyjno – budowlanego

W ustawodawstwie polskim nie została ujęta legalna definicja procesu inwestycyjno – budowlanego. Ustawa Prawo budowlane posługuje się wszakże pojęciem „procesu budowlanego", choćby w zakresie wskazania jego uczestników czy też możliwości zdobycia uprawnień budowlanych. Z drugiej strony, czy taka definicja faktycznie byłaby niezbędna, trudno jest jednoznacznie wskazać. Wobec tego w literaturze przedmiotu proces budowlany opisywany jest jako ciąg wielu następujących po sobie czynności i działań, wzajemnie uzupełniających się i koniecznych do wykonania dla zachowania właściwości robót budowlanych, prowadzący do realizacji i ukończenia przedsięwzięcia budowlanego[5]. Uczestnicy procesu budowlanego używają często określenia „proces inwestycyjno – budowlany". Przyczyn powstania, obok procesu budowlanego, alternatywnego określenia, można doszukiwać się w finansowych aspektach inwestycji. Bowiem gdy analizuje się proces inwestycyjno – budowlany przez aspekt prawny i finansowy, można dojść do wniosku, że zarówno wybór właściwego wykonawcy, jak i wybór sposobu wykonania i prowadzenia inwestycji, ma znaczenie przy osiągnięciu ostatecznego rezultatu całego procesu. Zwraca się przede wszystkim uwagę na takie kwestie, jak wybór właściwego sposobu udzielenia zamówienia publicznego, na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, sposób wyboru najlepszej oferty oraz na prawidłowe rozliczenie

[5] Zob. L. Więcław-Bator, Zamówienia publiczne w budownictwie. Poradnik w pytaniach i odpowiedziach. Przygotowanie i przeprowadzenie zamówień publicznych, realizacja procesu inwestycyjno-budowlanego, odbiory i rozliczanie robót budowlanych, 295 pytań i odpowiedzi, 19 tabel, słownik, Warszawa 2017; M. Kuliński, Obowiązkowe umowy w procesie budowlanym. Zasady konstruowania umów, prawa i obowiązki stron, Warszawa 2013.

realizacji inwestycji[6]. Wszystkie te etapy wymagają stałego współdziałania zamawiającego i wykonawcy. Istotną problematyką poruszanego zagadnienia jest przede wszystkim treść samej umowy o roboty budowlanego, stanowiąca efekt postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Treść umowy o roboty budowlane powinna w szczególności określać obowiązki stron, jednakże wniosek taki nie jest ani w nauce, ani w praktyce niczym nowym. Pomimo to wielokrotnie podczas realizacji umów o roboty budowlane pojawiają się spory interpretacyjne odnośnie zarówno przedmiotu umowy o roboty budowlane, jak i obowiązków stron. Zdarza się, że z pola widzenia zamawiającego znika pojęcie inwestycji, a pozostaje jedynie efekt jej realizacji. Nie jest łatwe, aby znaleźć uzasadnienie, dlaczego sądy gospodarcze mają nieraz kłopot w interpretacji zasad stosowania ustawy Prawa zamówień publicznych. Wniosek taki pojawia się podczas analizy orzeczeń sądowych, gdzie rozpatrywane były spory wynikające z realizacji robót budowlanych wchodzących w zakres zamówienia publicznego. Natomiast rola Krajowej Izby Odwoławczej kończy się na etapie zawierania umowy o realizację zamówień publicznych, wobec tego organ, który doskonale czuje specyfikę tego typu inwestycji, nie uczestniczy już w jej dalszych etapach. Wydaje się, że problem może wynikać z faktu odmiennego traktowania zamawiającego, jak pozostałych inwestorów, a przecież zamawiający jest takim samym inwestorem w procesie budowlanym, jak każdy inny podmiot. Możliwe jest także takie uzasadnienie wskazanej sytuacji, gdzie naruszenie zasad dyscypliny finansów publicznych, czyni z zamawiającego inwestora innej kategorii. Trudno jednak jednoznacznie stwierdzić, czy takie traktowanie jest jego ochroną, czy też dyskryminacją[7]. Planowane są zmiany w treści ustawy, które być może zmienią taką sytuację, jednakże w tej chwili opierając się na obecnym kształcie Prawa zamówień publicznych, należy zauważyć, że powstaje luka interpretacyjna, czym jest tak właściwie umowa o roboty budowlane w Prawie zamówień publicznych.

---

[6] Por. M. Potyraj, Proces inwestycyjno-budowlany w ujęciu administracyjnoprawnym, „Acta Iuris Stetinensis" 2015, nr 11, s. 125-154; A. Borowicz, Zamówienia publiczne w procesie inwestycyjno-budowlanym: tendencje i zagrożenia, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki (red.), Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian, Wrocław 2015; D. Sypniewski, Deregulacja procesu inwestycyjno-budowlanego. Ograniczenie reglamentacji robót budowlanych, „Przegląd Prawa Publicznego" 2013, nr 2, s. 67-79.

[7] Szerzej: M. Rzewuska, Odpowiedzialność solidarna inwestora i generalnego wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy po zmianach wprowadzonych ustawą z dnia 7 kwietnia 2017 r., „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały" 2017, nr 2, s. 101-110; E. Gapska, Skuteczność zapisu na sąd polubowny zawartego w umowie podwykonawczej wobec inwestora ponoszącego odpowiedzialność solidarną na podstawie art. 647(1) § 5 k.c., „Przegląd Prawa Handlowego" 2017, nr 1, s. 38-43; J. Florecka, Solidarna odpowiedzialność inwestora za wynagrodzenie podwykonawcy w świetle orzecznictwa, [w:] A. Bielecki, D. Szafrański (red.), Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym. Cz. 7, Warszawa 2016, s. 27-47; J. Kasicka, Glosa do wyroku SA w Gdańsku z 9.02.2015 r. V ACa 798/14, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd orzecznictwa" 2016, nr 1, s. 39-48; T. Szanciło, Solidarna odpowiedzialność inwestora za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2016, nr 2, s. 415-450.

Z analizy orzecznictwa z zakresu zawierania i wykonywania umów o roboty budowlane, można wyciągnąć taki wniosek, że nie jest przedmiotem analizy całość procesu budowlanego. Zwracając uwagę w stronę zamówień publicznych, można zaobserwować, że rola zamawiającego skupiona jest wokół przede wszystkim przygotowania procesu udzielenia zamówienia publicznego. Trudno jest jednak zgodzić się z tezą, że rola zamawiającego ograniczona jest wyłącznie do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wydaje się jednak, że pomijany jest udział zamawiającego w planowaniu inwestycji i jego udział na każdym etapie realizacji inwestycji.

Zamawiający – inwestor, jako podmiot optymalizujący proces inwestycyjno – budowlany.

Procesy inwestycyjno – budowlane stanowią rozbudowany zbiór wzajemnie zależnych obowiązków i uprawnień. Zamawiający powinien uczestniczyć w tych procesach od samego początku. Oczywiste jest to, że inicjatywa w zakresie potrzeby udzielenia zamówienia publicznego najczęściej wychodzi od zamawiającego. Niestety, wielokrotnie określa on jedynie, jakiej usługi, dostawy czy inwestycji budowlanej potrzebuje. Przedmiot zamówienia publicznego jest wówczas precyzyjnie określany i opisywany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niestety, w konsekwencji restrykcyjnych procesów udzielania zamówienia publicznego zamawiający obawia się wchodzenia w negocjacje z oferentami w celu doboru optymalnej metody realizacji zamówienia publicznego. Zdarzają się też sytuacje, gdzie wybrana oferta ze względu na cenę zaproponowaną przez oferenta, nie daje pełnej gwarancji realizacji inwestycji. Przykładem takiej sytuacji była budowa autostrady A1 podczas przygotowań infrastruktury polskiej do Euro 2012. Wielu wykonawców podczas realizacji inwestycji drogowych weszło w stan niewypłacalności i ogłosiło upadłość. W konsekwencji takich sytuacji po stronie zamawiającego pojawiła się strata finansowa ogromnych rozmiarów.

Pojawia się przy tym zagadnieniu dodatkowy problem, na ile zamawiający uważa siebie za inwestora. Z pozoru pytanie może wydawać się zupełnie nieistotne, jednakże jedną z funkcji ustawy Prawo zamówień publicznych jest racjonalizacja wydatkowania środków publicznych. W konsekwencji tego właściwe rozumienie roli zamawiającego jako inwestora jest kluczowym punktem racjonalizacji wydatkowania środków publicznych. Jak długo publiczne środki są niczyje, tak też inwestycje budowlane prowadzone w ramach zamówień publicznych będą przynosić ujemny wynik finansowy. Czy wobec tego zamawiający powinien na każdym etapie procesu inwestycyjno – budowlanego szukać oszczędności?

Analizując zagadnienie inwestycji budowlanych pod względem technicznym, należy zwrócić uwagę, że jest to proces etapowy. Cały ten proces możemy podzielić na fazy i etapy[8]:

a) faza przygotowawcza,
b) faza projektowania i uzyskiwania koniecznych decyzji administracyjnych,
c) faza realizacji,
d) faza przekazania do eksploatacji.

W literaturze z zakresu budownictwa faza przygotowawcza określana jest jako proces inwestycyjny, w skład którego wchodzi szczegółowe planowanie i rozpoznanie przez inwestora wszelkich możliwych zagrożeń dla projektu[9]. Zdarza się tak, że ze względu na potrzebę zamawiającego faza przygotowawcza ograniczana jest wyłącznie do najważniejszych kwestii. Takimi najważniejszymi kwestiami są wówczas zagadnienia związane z określeniem stanu prawnego nieruchomości. Pozostałe kwestie mogą być już przekazane wykonawcy w ramach procesu: „zaprojektuj i wybuduj".

Określenie stanu prawnego nieruchomości ma kluczowe znaczenie przed podjęciem decyzji o zakupie interesującej inwestora nieruchomości. Odmienne rozwiązania pojawiają się w zależności od tego, czy dna nieruchomość jest własnością zamawiającego, czy też zamawiający zamierza ją dopiero nabyć. W sytuacji, gdy nieruchomość należy do zamawiającego lub podmiotu założycielskiego, zamawiający powinien zapewnić możliwość zgodnego z prawem wykorzystania nieruchomości. Przykładowo gdy spółka komunalna zamierza rozbudować sieć ciepłowniczą w oparciu o grunty należące do gminy – podmiotu założycielskiego, należy dopełnić formalności umożliwiających wykorzystanie gruntu na ten cel - od czynności organu założycielskiego po czynności notarialne. W obowiązkach zamawiającego znajduje się konieczność doprecyzowania praw własności do gruntu.

Zwracając uwagę na sytuację planistyczną terenu pod inwestycję, zamawiający może także poczynić znaczne oszczędności, wykorzystując położenie terenu. Zgodnie z Ustawą z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym[10] dokumentem określającym przeznaczenie danego terenu jest miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego. Zamawiający, inicjując realizację inwestycji budowlanej, jeszcze na etapie przedprzetargowym, ma możliwość dopasowania swoich oczekiwań względem inwestycji do warunków wykorzystania położenia nierucho-

[8] https://www.muratorplus.pl/inwestycje/inwestycje-publiczne/proces-inwestycyjny-w-przedsiewzieciu-budowlanym-co-musi-wiedziec-inwestor-aa-o2Bd-QvsQ-cAhG.html, data odczytu: 24.07.2019 r.

[9] Por. K. Surówka, Planowanie zamówień publicznych, „Prawo Zamówień Publicznych" 2013, nr 4, s. 18-26.

[10] Ustawa z dnia 27 marca 2003r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, Dz. U. z 2003 r. Nr 80, poz. 717 ze zm.

mości. Zdarzają się bowiem inwestycje, gdzie oczekiwania zamawiającego w sposób rażący odbiegają od możliwości terenu związanych właśnie z zagospodarowaniem. Wówczas dostosowanie nieruchomości w takich warunkach do oczekiwań projektowych zamawiającego powoduje wzrost kosztów realizacji inwestycji. Jeżeli koszty te zostaną oszacowane jeszcze przed ogłoszeniem przetargu, wówczas nie są one zagrożeniem realizacji inwestycji. Przykładowo można tu także wskazać realizację trasy A1 podczas wylęgu żab i brak jakiejkolwiek wcześniej wykonanej analizy środowiskowej wykonanej przez zamawiającego przed rozpoczęciem inwestycji. Spowodowało to konieczność wykonania prac zabezpieczających przez już wykonawcę i wydłużenie procesu realizacji zamówienia.

Zamawiający powinien także zwrócić uwagę na to, czy w planie zagospodarowania przestrzennego dany teren nie znajduje się pod ochroną konserwatorską, bowiem taka ochrona może okazać się przeszkodą w realizacji inwestycji. Problemem jest, gdy po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz po zawarciu umowy z wykonawcą w zakresie „zaprojektuj i wybuduj", okazuje się, że dana inwestycja w takich warunkach, jak zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może być zrealizowana. Ochrona konserwatorska wprowadza szereg ograniczeń w wykonywaniu prawa własności, w szczególności dotyczących remontów lub przebudowy. Każde takie działanie wymaga odpowiedniej decyzji konserwatora[11].

Kolejnym istotnym etapem inwestycji jest wcześniejsze zdiagnozowanie, czy dana nieruchomość ma dostęp do mediów, czy taki dostęp należy zapewnić, a w takiej sytuacji, jakie są realne szanse na uzyskanie takiego dostępu[12]. Zazwyczaj budowa infrastruktury technicznej wiąże się z dużymi kosztami, co może spowodować, że inwestycja z punktu widzenia finansowego stanie się nieopłacalna. Ważną kwestią są też warunki, na jakich można dokonać podłączenia do danej sieci. Zazwyczaj wiąże się to z opłatą przyłączeniową, której wysokość uzależniona jest od wielkości inwestycji. Może też okazać się, że jakieś elementy infrastruktury inwestor będzie musiał wykonać samodzielnie z możliwością odpłatnego ich później przekazania na rzecz danego gestora. Gdy zamawiający nie sprawdzi tych kwestii wcześniej, naraża cały proces inwestycyjny na niepowodzenie. Zdarzają się sytuacje, gdy wykonawca kwestie mediów posiada w zakresie własnych obowiązków. Z punktu widzenia współdziałania stron przy realizacji inwestycji postawa zamawiającego nieangażującego się w poszczególne etapy

[11] http://www.budownictwo.abc.com.pl/czytaj/-/artykul/oze-etapy-procesu-inwestycyjnego-krok-po-kroku, data odczytu: 24.07.2019 r.

[12] https://www.prawo.pl/biznes/oze-etapy-procesu-inwestycyjnego-krok-po-kroku,150981.html, data odczytu: 24.07.2019 r.

realizacji inwestycji może stanowić znaczące utrudnienie[13]. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na inwestycje realizowane przez podmioty prywatne, gdzie inwestor przez cały czas realizacji inwestycji współpracuje z wykonawcami chcąc przede wszystkim uzyskać obiekt jak najwyższej jakości, a przy tym także nie ponieść znacząco wyższych kosztów. Przy realizacji zamówień publicznych brakuje jeszcze utożsamienia interesu zamawiającego z interesem społecznym. W dalszym ciągu można zaobserwować zamówienia publiczne, gdzie dysponuje się środki publiczne, bez większej refleksji, że są to przecież środki danej społeczności. Jakiekolwiek większe nakłady finansowe czy fiasko realizacji inwestycji jest stratą przede wszystkim danej społeczności. Zamawiający jest bowiem często jedynie gestorem danej usługi czy terenu. Na przykładzie działalności spółek komunalnych zwłaszcza można zauważyć, że interes zamawiającego jest powiązany z interesem społecznym.

Dostępność komunikacyjna jest kluczowa dla możliwości korzystania z nieruchomości. Zgodnie z treścią tezy wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Lublinie z dnia 9 czerwca 2009 r.[14], „jeżeli działka przeznaczona pod inwestycje nie posiada bezpośredniego dostępu do drogi publicznej, a istniejący dostęp pośredni do tej drogi nie odpowiada wymogom prawa, niemożliwe jest udzielenie inwestorowi pozwolenia na budowę". Wobec wskazanego orzeczenia, jak i obowiązującego w tym zakresie prawa, należy zauważyć, że samo zapewnienie zamawiającego o dostępności komunikacyjnej jest niewystarczające. Informacje dotyczące obsługi komunikacyjnej powinny znaleźć się w planie miejscowym lub w warunkach zabudowy. Zwraca się uwagę na to, że w zamówieniach „zaprojektuj i wybuduj" kwestie te mogą także zostać przekazane wykonawcy do realizacji. Problemem jest, gdy w trakcie ubiegania się o dostęp do drogi publicznej okaże się, że uzyskanie dostępu nie jest możliwe. Wówczas realizacja zamówienia publicznego okaże się niemożliwa do realizacji, a straty finansowe wynikające z odszkodowania należnego wykonawcy z tytułu niezrealizowania inwestycji budowlanej obciążają zamawiającego. Przykładem takiej problematyki jest chociażby realizacja inwestycji drogowej w postaci obwodnicy Augustowa, która w wyniku działań związanych m.in. z ochroną środowiska została przerwana wraz z wypłaceniem odszkodowania na rzecz wykonawcy (na podstawie orzeczenia sądowego).

[13] Por. D. Sześciło, Komentarz do wyroku TS UE z 13.06.2013 r. C-386/11, „Samorząd Terytorialny" 2013, nr 7/8, s. 171-174; M. Urbanek, Zarządzanie ryzykiem w zamówieniach publicznych na roboty budowlane na przykładzie uczelni publicznych, [w:] A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle UE, Łódź 2010, s. 241-261; Z. Niewiadomski, Wolność budowlana jako prawo podmiotowe inwestora, [w:] H. Nowicki, W. Szwajdler (red.), Księga Jubileuszowa Prof.dr.hab. Stanisława Jędrzejewskiego, Toruń 2009, s. 559-575.

[14] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Lublinie z dnia 9 czerwca 2009 r., II SA/Lu 219/09, Legalis numer 175270.

W literaturze prawniczej rzadko wskazuje się na zagadnienie kosztorysu inwestorskiego i wykonawczego. Pojęcie kosztorysu najczęściej występuje w kontekście zdarzeń prawnych, z którymi można powiązać określone skutki prawne[15]. W ostatnim czasie na popularności zyskuje określenie „business planu". Badania empiryczne wskazały, że kosztorys wykonawczy jest standardowym dokumentem składanym wraz z ofertą przy postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże kosztorys inwestorski jest sporządzany przez zamawiających często jedynie w celu realizacji obowiązku ustawowego. Znaczenie kosztorysu inwestorskiego jest nieocenione, ale i nieraz bagatelizowane. Podejście takie do problematyki kosztorysu związane jest z metodą wyboru najkorzystniejszej oferty. Obecnie wybierana jest oferta najtańsza, dająca gwarancję uzyskania jak najwyższej jakości wykonania zamówienia publicznego. Wobec tego powstaje wątpliwość, skąd zamawiający może wiedzieć, że cena ta jest adekwatna do wskazywanej jakości realizacji zamówienia publicznego, jeśli kosztorys inwestorski nie został sporządzony w sposób precyzyjny. W sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał analizy faktycznych kosztów realizacji inwestycji może wybrać ofertę o zaniżonych parametrach kosztowych. Późniejsze rozliczenie może spowodować mnożenie kosztów po stronie zamawiającego, a nawet doprowadzić do postępowania sądowego o zapłatę na rzecz wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia, wykraczającego poza umowne. Spory na gruncie niedoszacowania kosztów realizacji inwestycji zdarzają się niezwykle często, w każdym procesie inwestycyjno – budowlanym.

Następnym etapem przygotowującym inwestycję do realizacji jest etap projektowania. Są trzy podstawowe rodzaje projektów budowlanych: koncepcyjny, budowlany oraz budowlano – wykonawczy. Przygotowanie projektu może być obowiązkiem zamawiającego, a może być też przekazane do realizacji wykonawcy. Natomiast zamawiający nie powinien w żadnej z dwóch sytuacji odstąpić od współdziałania przy projektowaniu[16]. Jest to kluczowy etap każdej inwestycji budowlanej, bowiem od niego zależy potencjalny koszt realizacji robót budowlanych i funkcjonalność obiektu. Zamawiający ma decydujący przecież wpływ na wysokość prognozowanych wydatków. Stosując metody i narzędzia rachunku kosztów oraz wykorzystanie ich w procesie optymalizacji kosztowej ma wpływ na ograniczenie bądź uniknięcie wielu zbędnych wydatków na etapie realizacji projektu. Przy tej kwestii wydaje się konieczne poruszenie zagadnienia nadzoru inwestorskiego[17]. Zamawiający jako inwestor może na każdym etapie reali-

[15] Zob. M. Makowski, Zmiana wynagrodzenia kosztorysowego wynikającego z umowy o budowlane zamówienie publiczne a zmiana stawki podatkowej VAT, „Prawo Zamówień Publicznych" 2011, nr 1, s. 28-39.

[16] Szerzej: D. Sypniewski, Nadzór nad procesem budowlanym, Warszawa 2011.

[17] Zob. P. Lewandowski, Glosa do wyroku WSA w Gdańsku z 23.05.2012 r. II SA/Gd 172/12, „Zeszyty Naukowe WSAiB Gdynia" 2013, Prawo 4, s. 217-230; A. Goldiszewicz, Umowa o prace

zacji inwestycji sprawować nadzór inwestorski. Wydaje się zasadne, aby wykonywał również kalkulacje budżetowe i na każdym etapie projektu dokonywał ich aktualizacji szukając optymalnych rozwiązań techniczno-ekonomicznych. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że optymalnym rozwiązaniem jest także powołanie kompetentnej osoby do pełnienia funkcji inspektora nadzoru. Zdarzają się sytuacje, gdzie zamawiający pozostawia kwestię nadzoru wyłącznie wykonawcy. Jednakże dla dobra procesu inwestycyjno – budowlanego ustanowienie inspektora nadzoru inwestorskiego, jak i wykonawczego, powinno być standardem. Wówczas proces ma zoptymalizowany nadzór inwestorsko – wykonawczy.

Podsumowanie

W niniejszym opracowaniu w oparciu o prowadzone badania empiryczne została omówiona i przeanalizowana przede wszystkim faza przygotowawcza procesu inwestycyjno – budowlanego. W literaturze z zakresu zamówień publicznych zwraca się szczególną uwagę na aspekt prawny udzielenia zamówienia publicznego, jak również jego realizacji. Uwaga jest jednak odwrócona od całego procesu technologicznego. Można przyjąć założenie, że zamawiającego przecież nie muszą interesować kwestie technologiczne, a ze względu na odpowiedzialność z tytułu dyscypliny finansów publicznych kwestie prawne mają znaczenie priorytetowe. Przy takim rozumieniu procesu inwestycyjno – budowlanego zamawiający wchodzi w „pułapkę", bowiem często nie znając technologii wykonania określonych robót, w sposób nieprawidłowy buduje specyfikację istotnych warunków zamówienia, a realizowane zamówienie publicznego dalekie jest od rzeczywistych oczekiwań zamawiającego i potrzeb beneficjentów określonego dobra. Nie tworzy się w tym zakresie tezy, że zamawiający powinien mieć szeroką wiedzę technologiczną. Warto jednak, aby miał zespół osób posiadających określoną wiedzę i pełniący funkcję doradczą w zakresie udzielanego zamówienia publicznego. Ważne jest, aby zamawiający cały czas współdziałał z wykonawcą, bowiem taka współpraca faktycznie, zarówno usprawnia proces inwestycyjno – budowlany, jak i z drugiej strony stanowi swoistą gwarancję należytego wykonania zobowiązania. Każda faza realizacji inwestycji ma inną specyfikę. Faza przygotowawcza jest jednak najważniejsza, ponieważ błędy w niej popełnione czy powstałe niedopatrzenia mogą rzutować na realizację całego procesu, a tym samym także na poprawność

projektowe i nadzór autorski, [w:] A. Kidyba (red.), Umowy w obrocie gospodarczym. Wzory, komentarze, orzecznictwo, Warszawa 2017, s. s. 633-648; F. Łapecki, Funkcjonowanie nadzoru inwestorskiego w budowlanych zamówieniach publicznych, [w:] T. Kocowski, J. Sadowy (red.) Kontrola zamówień publicznych. Materiały konferencyjne (Wrocław 17-18.06.2013 r.), Warszawa 2013, s. 384-390; R. Szostak, Nadzór inwestorski, „Prawo Zamówień Publicznych" 2011, nr 1, s. 3-19.

wydatkowania środków publicznych. Ponadto zamawiający jest inwestorem w umowie o roboty budowlane, w konsekwencji staje się uczestnikiem procesu budowlanego. Jako inwestor ma obowiązek zabezpieczenia w możliwie najpełniejszym zakresie interesu inwestycji, w tym w szczególności poprzez precyzyjne kształtowanie postanowień umowy o roboty budowlane. Strategicznymi postanowieniami powinny być te, które dotyczą udziału podwykonawców w realizacji robót budowlanych, sposobu rozliczania robót częściowych oraz wynagrodzenia. Analizując umowy o roboty budowlane, można wywnioskować, że przedmiot zamówienia publicznego jest określany w sposób dostatecznie szczegółowy. Dzięki temu zamawiający zabezpiecza inwestycję przed bezumownym rozszerzeniem zakresu. Dlaczego wobec tego, na etapie przygotowawczym często nie precyzuje się pozostałych postanowień umownych? Dlaczego przez ignorancję zamawiającego wobec technologicznej strony procesu inwestycyjno – budowlanego wielokrotnie realizacja zamówień publicznych finalizowana jest ze stratą? Prawo zamówień publicznych jest specyficznym aktem prawa. Metodą prywatnoprawną regulowane są stosunki pomiędzy stronami umowy, ale relacja tworzona na podstawie tego stosunku prawnego daleka jest od prawa prywatnego. Prawo zamówień publicznych łączy w sobie zarówno prawo prywatne, jak i publiczne. Podmioty, realizujące umowy zawierane na podstawie tej ustawy, mają szczególne okoliczności prawne temu towarzyszące. Nie jest to bowiem sytuacja swobodnego zawierania i wykonywania umowy. Być może dlatego jest to także przyczyną problemu zamawiających w pełnieniu roli inwestora.

Przyszłość zamówień publicznych

Dr Paweł Nowicki

Zamówienia publiczne w drugim wieku maszyny

Abstrakt

Określenie „Drugi wiek maszyny" zostało stworzone przez dwóch profesorów z MIT: Erika Brynjolfssona i Andrew McAfee. Drugi wiek maszyny to czas nowych technologii: sztucznej inteligencji, maszynowego uczenia, neurotechnologii, biotechnologii, wirtualnej rzeczywistości, Internetu Rzeczy, *blockchain,* etc. Niniejszy artykuł dotyczy kwestii związanych z niektórymi nowymi technologiami (maszynowe uczenie, sztuczna inteligencja, *blockchain*, inteligentne konktrakty) i ich możliwej implementacji w praktyce zamówień publicznych, skupiając się zarówno na szansach, jak i wyzwaniach, które kreują.

Abstract

The term „Second Machine Age" was created by two professors from MIT: Erik Brynjolfsson and Andrew McAfee. The Second Machine Age is the time of emerging technologies: artificial intelligence, machine learning, neurotechnology, biotechnology, virtual reality, big data, Internet of Things, blockchain, etc. This paper concerns issues of some emerging technologies (machine learning, artificial intelligence, blockchain, smart contracts) and their possible implementation into public procurement praxis, focusing both on opportunities and challenges involved.

Uwagi wstępne

Rozwój ludzkości uzależniony jest od postępów w nauce, stanowiących fundamenty nowych i przełomowych odkryć i wynalazków. Rewolucje naukowe zmieniały nasz sposób postrzegania świata oraz pozwalały ewoluować gospodarczo i społecznie. Przykładem mogą być wielkie rewolucje w naukach ścisłych, w szczególności zaś w fizyce: przewrót kopernikański w 1543 r., kiedy Mikołaj Kopernik ogłosił swoje dzieło „*De revolutionibus orbium coelestium*"[1], opublikowanie w 1687 r. przez Isaaca Newtona „*Philoso-*

[1] „O obrotach ciał niebieskich".

phiæ Naturalis Principia Mathematica"[2], w których sformułowane zostały jego trzy prawa ruchu oraz teoria powszechnego ciążenia, prowadzone na początku XX w. badania Alberta Einsteina dotyczące teorii względności, czy też odkrycia z zakresu mechaniki kwantowej, dokonane m.in. przez Maxa Plancka, Nielsa Bohra, Erwina Schrödingera, Paula Diraca czy wspomnianego już Alberta Einsteina[3]. Badania naukowe rozwijały nie tylko naukę *per se*, lecz przekładały się na widoczny postęp technologiczny. Jak wskazuje M. Kaku, progres przychodził falami stymulowanymi często odkryciami w fizyce: związanymi z teorią mechaniki i termodynamiki w XIX w., prawami elektryczności i pola magnetycznego w XX w., i wreszcie z fizyką kwantową w XXI w.[4]

W 2014 r. E. Brynjolfsson i A. McAfee, naukowcy z MIT (ang. *Massachusetts Institute of Technology*), wykazali, że za punkty zwrotne w historii ludzkości możemy uznać dwa wydarzenia: opracowanie i udoskonalenie przez Jamesa Watta silnika parowego w drugiej połowie XVIII w. oraz rozwój technologii cyfrowych w XXI w., stwierdzając: „Komputery i inne nowoczesne rozwiązania cyfrowe dokonują w dziedzinie kompetencji intelektualnych – czyli możliwości wykorzystania umysłu do zrozumienia i kształtowania środowiska – tego samego, czego silnik parowy (i wszystko, co nastąpiło po nim), dokonał w dziedzinie siły mięśni"[5]. Ten „drugi wiek maszyny" przyniósł nam nowe i innowacyjne technologie, oparte na maszynowym uczeniu oraz sztucznej inteligencji (SI), których rozwój *de facto* zawdzięczamy fizyce kwantowej. Innowacyjne technologie nie tylko ułatwiają nasze codzienne funkcjonowanie, lecz stanowią istotny element zrównoważonego rozwoju, od którego nie tylko zależy utrzymanie dalszego rozwoju gospodarczego, lecz również, najprawdopodobniej, nasze przetrwanie jako gatunku[6].

Te z pozoru niezwiązane z prawem, a w szczególności prawem zamówień publicznych, zdarzenia wchodzą jednak z regulacją prawną w złożone relacje. Po pierwsze, zmiany społeczno-gospodarcze wywołane odkryciami naukowymi wielokrotnie powodowały zmiany w przepisach prawa, a nawet konieczność objęcia treścią norm prawnych zjawisk, które wcześniej nie wymagały normatywizacji. Jest to duże wyzwanie dla prawodawcy, po-

[2] Polskie wydanie: I. Newton, *Matematyczne zasady filozofii naturalnej,* Kraków 2015, wyd. Copernicus Center Press, tłum. S. Brzezowski.

[3] Zob. J. Barbour, *Koniec czasu. Nowa rewolucja w fizyce,* Kraków 2018, wyd. Copernicus Center Press, tłum. T. Lenczewski, s. 29-31.

[4] Szerzej: M. Kaku, *The Future of Humanity. Terraforming Mars, Interstellar Travel, Immortality and Our Destiny Beyond Earth,* Allen Lane 2018, s. 12-13. Również: P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją,* Toruń 2019, wyd. TNOiK, s. 246.

[5] E. Brynjolfsson, A. McAfee, *Drugi wiek maszyny. Praca, postęp i dobrobyt w czasach genialnych technologii,* Warszawa 2015, wyd. MT Biznes, tłum. B. Sałbut, s. 16-17.

[6] Szerzej: P. Nowicki, *Aksjologia…,* op. cit., s. 245-247. Również: G. West, *Scale: The Universal Laws of Growth, Innovation, Sustainability, and the Pace of Live in Organisms, Cities, Economies, and Companies,* New York 2017, Penguin Press, s. 230.

nieważ, jak pokazuje praktyka, uregulowanie kwestii związanych z funkcjonowaniem nowych technologii wywołuje spore problemy[7]. Po drugie, tworząc i stosując prawo możemy korzystać z dobrodziejstw innych dyscyplin naukowych. Najprostszym przykładem jest wykorzystanie ekonomicznej analizy prawa lub behawioralnej ekonomicznej analizy prawa, implementacja matematycznej teorii gier w zakresie badań nad zachowaniem adresatów norm prawnych, jak również wykorzystanie nowych technologii typu *blockchain*. Podobną egzemplifikację stanowi elektronizacja zamówień publicznych: gdyby nie postępy w fizyce kwantowej, nie mielibyśmy rozwoju komputeryzacji i informatyki, a przecież to na dostępności komputerów i internetu oraz odpowiednich algorytmach opiera się funkcjonowanie *e-procurement.*

Zastosowanie nowych technologii w prawie zamówień publicznych nie ogranicza się jednak do ich elektronizacji. Co prawda ten element reformy unijnego systemu zamówień publicznych z 2014 r. był bardzo istotny, jednakże nie był on w żaden sposób rewolucyjny, a przynajmniej nie mógł być za taki uznany z perspektywy praktyki elektronicznych zakupów w sektorze prywatnym. Elektronizacja zamówień publicznych nie jest jednak celem samym w sobie, ponieważ dostarcza tylko narzędzi, które mają ułatwić zamawiającym i wykonawcom dokonywanie transakcji, a także wpłynąć pozytywnie na funkcjonowanie systemu zamówień publicznych. Wprowadzenie platform zakupowych jest dopiero początkiem rewolucji, która może czekać zamówienia publiczne. W kolejce do zaimplementowania czekają bowiem nowe technologie, oparte na *Big Data, IoT* (ang. *Internet of Things*), maszynowym uczeniu, sztucznej inteligencji oraz *blockchain.* Im szybciej sobie to uświadomimy, tym szybciej zaczniemy owe kwestie regulować i stosować w zamówieniach publicznych. Innowacje w zamówieniach publicznych postrzegane nie tylko jako rezultat ich udzielania, lecz przede wszystkim jako *conditio sine qua non* dalszego rozwoju systemu zamówień publicznych, są tym, co nas czeka w „drugim wieku maszyny".

[7] W zamówieniach publicznych wystarczy wymienić kontrowersje związane z możliwością złożenia oferty, która została sporządzona w formie pisemnej, a następnie zeskanowana i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym (zob. wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2019 r., sygn. KIO 2611/18, gdzie KIO uznała, że taką ofertę należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp; odmiennie: wyrok KIO z dnia 5 lutego 2019 r., sygn. KIO 119/19, gdzie KIO stwierdziła, że skan oferty podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest prawidłowy), problemy dotyczące stosowania algorytmu SHA-1 (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2018 r., sygn. KIO 2428/18 oraz wyrok KIO z dnia 13 lutego 2019 r., sygn. KIO 137/19) czy też odpowiedzialności za funkcjonowanie elektronicznych platform zakupowych i staranności wykonawców przy składaniu elektronicznej oferty (zob. wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2019 r., sygn. KIO 2671/18; wyrok KIO z dnia 4 marca 2019 r., sygn. KIO 268/19; wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. KIO 640/19; wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2019 r., sygn. KIO 656/19).

„Co?", czyli o jakich nowych technologiach mówimy

Odpowiadając na pytanie o to, jakie nowe rozwiązania technologiczne możemy zastosować w procesie udzielania zamówień publicznych, nie sposób pominąć aplikacji, które już dziś funkcjonują. Już elektronizacja zamówień publicznych stała się swoistym (chociaż jeszcze nie w pełni wykorzystanym) przełomem, ze względu na potencjalne korzyści wynikające z *e-procurement.* Jak wskazano w motywie 52 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE[8], elektroniczne środki informacji i komunikacji mogą poprawić skuteczność i przejrzystość procesu udzielania zamówień oraz ułatwić publikację informacji dotyczących zamówień publicznych. Odpowiednie wykorzystanie elektronicznych zamówień publicznych może pozwolić na efektywną walkę z dzisiejszymi kluczowymi problemami rynku zamówień publicznych. Po pierwsze, e-zamówienia mogą być istotną dźwignią rozwoju unijnego rynku wewnętrznego, pozwalając na szybsze i bardziej usystematyzowane uzyskiwanie informacji o postępowaniach o udzielenie zamówienia w poszczególnych państwach członkowskich, znosząc bariery w dostępie do informacji przekazywanych w tradycyjnej formie pisemnej. Po drugie, elektronizacja zamówień publicznych wzmacnia transparentność procesu ich udzielania, co z jednej strony jest istotnym czynnikiem antykorupcyjnym, z drugiej zaś stanowi ważny element budujący zaufanie do działań państwa i instytucji publicznych. Po trzecie, elektroniczne zamówienia publiczne, z uwagi na wymienione właśnie ich pozytywne aspekty, mogą stać się instrumentem budującym konkurencję na rynku publicznym. Właśnie dlatego elektroniczna komunikacja oraz wymiana informacji z wykonawcami powinna stać się standardem w zamówieniach publicznych, przyczyniając się do zwiększenia udziału wykonawców zarówno w unijnym, jak i krajowym rynku zamówień publicznych.

Niestety, obecnie potencjał elektronicznych zamówień publicznych nie jest w pełni wykorzystywany. E-zamówienia w zasadzie sprowadzają się do tworzenia dotychczasowych pisemnych dokumentów i oświadczeń wykorzystywanych przy udzielaniu zamówień w formie elektronicznej oraz przesyłania ich przez internet, za pomocą platform zakupowych, między zamawiającym i wykonawcami. Tymczasem elektronizacja zamówień publicznych doprowadziła do wytworzenia dużej ilości danych w formie cy-

[8] Dz. Urz. UE L 94, 28.3.2014, str. 65-242. Podobnie: w zakresie zamówień sektorowych zob. motyw 63 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94, 28.3.2014, str. 243-347), w zakresie koncesji na roboty budowlane lub usługi zob. motyw 74 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94, 28.3.2014, str. 1-64).

frowej, które do tej pory występowały w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia w formie pisemnej. To właśnie w tych danych elektronicznych drzemie, w ocenie autora, największy potencjał dalszego rozwoju zamówień publicznych w oparciu o nowe technologie. Na tym polega czas ekonomii „postindustrialnej": operowanie informacjami oraz technicznymi wynalazkami odgrywa znacznie większą rolę niż dotychczas[9]. Skoro mamy dane, to jedyne czego potrzebujemy to pomysł, jak je wykorzystywać oraz odpowiedni algorytm do ich analizy.

W tym zakresie możemy z pewnością zwrócić się w kierunku uczenia maszynowego (ang. *machine learning*). Jest to pojęcie zaliczane dziś do obszaru nauk zajmujących się sztuczną inteligencją, związane z badaniem i budowaniem możliwości uczenia się programów komputerowych. Najprościej ujmując uczenie maszynowe pozwala, przy zastosowaniu tzw. algorytmów uczących (ang. *learning algorithms*), stworzyć konkretny model (rozwiązanie) w oparciu o przekazane programowi dane, bazujące na konkretnych przykładach[10]. Na podstawie określonych danych program rozwiązuje konkretne zadania, przy czym proces uczenia się postępuje wraz ze zdobywanym doświadczeniem. Oznacza to, że algorytmy maszynowego uczenia mogą osiągać coraz lepsze wyniki. Przykładem takich algorytmów uczących są m.in. sztuczne sieci neuronowe, które w założeniu mają pracować tak jak ludzki mózg, czy też algorytmy głębokiego uczenia. Od nich już tylko krok do bardziej zaawansowanych i wyrafinowanych algorytmów sztucznej inteligencji (SI, AI – od ang. *artificial intelligence*), opierających się na możliwości komputera do podejmowania decyzji podobnych do tych, które my jako ludzie, podejmujemy codziennie[11]. SI odwzorowuje więc działania człowieka, jednocześnie będąc pozbawionym wszelkiego rodzaju błędów poznawczych i heurystyk[12]. Komputer analizuje dostępne dane dotyczące doświadczeń

[9] Zob. F. Fukuyama, *Koniec historii i ostatni człowiek,* Kraków 2017, wyd. Znak, tłum. T. Bieroń, M. Wichrowski, s. 32.

[10] Szerzej zob. E. Alpaydin, *Machine Learning,* The MIT Press 2016, s. 24-25.

[11] Komisja Europejska zdefiniowała sztuczną inteligencję jako systemy, które „wykazują inteligentne zachowanie dzięki analizie otoczenia i podejmowaniu działań – do pewnego stopnia autonomicznie – w celu osiągnięcia konkretnych celów". Zob. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Sztuczna inteligencja dla Europy,* Bruksela, dnia 25.4.2018 r., COM(2018) 237 final, s. 1.

[12] Autor celowo pomija w tym miejscu rozważania dotyczące „samoświadomości" sztucznej inteligencji (często łączonej z pojęciem „silnej SI"), ponieważ wydaje się, że dziś są to jeszcze rozważania z zakresu *science-fiction,* z uwagi na obecne ograniczenia technologiczne. Szerzej: A. Chłopecki, *Sztuczna inteligencja – szkice prawnicze i futurologiczne,* Warszawa 2018, wyd. C. H. Beck, s. 1-6. Warto jednak podkreślić, że temat samoświadomości maszyn jest obecnie w nauce traktowany zupełnie poważnie, czego dowodem są liczne publikacje naukowców związanych z najbardziej prestiżowymi uczelniami na świecie. Przykładowo, R. Kurzweil już w 2005 r. przewidywał, że w związku z postępem technologicznym osiągniemy moment tzw. osobliwości (ang. *singularity*), w którym sztuczna inteligencja obejmie całą ludzką wiedzę i kompetencje, łącznie z inteligencją emocjonalną i moralną ludzkiego mózgu, jeszcze w pierwszej połowie XXI w. Zob. R. Kurzweil, *The Singularity Is Near. When Humans Transcend Biology,* Penguin Books 2005, s. 8 i nast.; szeroko na ten temat również: M. Shanahan, *The Technological Sin-*

innych podmiotów, na ich podstawie wyciąga własne wnioski, zwiększa swoje doświadczenie i dostosowuje się do różnych zmiennych (występujących chociażby w procesach zakupowych). Używając tzw. *Big Data*, czyli dużej liczby odpowiednio ustrukturyzowanych danych, sztuczna inteligencja potrafi nie tylko dostrzec wzorce, które umykają człowiekowi (to w zasadzie „umiejętność" maszynowego uczenia), lecz również autonomicznie podejmować lepsze decyzje. Co więcej: system SI robi to w sposób o wiele szybszy i przetwarzając tak olbrzymią ilości danych, której analiza przekracza możliwości ludzkiego umysłu. W konsekwencji zakłada się, że systemy SI „będą zdolne do rozwiązywania skomplikowanych problemów, których skala lub złożoność wykracza poza możliwości poznawcze człowieka"[13]. W ocenie autora ogromne możliwości, jakie potencjalnie daje wykorzystanie algorytmów uczenia maszynowego i SI, mogą mieć zastosowanie również w zamówieniach publicznych.

Omawiając nowe technologie nie sposób pominąć tzw. *blockchain*, czyli technologii łańcucha bloków. K. Piech definiuje *blockchain* jako rozproszoną bazę danych, „która zawiera stale rosnącą ilość informacji (rekordów) pogrupowanych w bloki i powiązanych ze sobą w taki sposób, że każdy następny blok zawiera oznaczenie czasu (*timestamp*), kiedy został stworzony oraz link do poprzedniego bloku, będący zaszyfrowanym „streszczeniem" (*hash*) jego zawartości"[14]. W rezultacie bloki tworzą cyfrową formę rozproszonego rejestru[15], w którym znajdują się wszystkie dane dotyczące danej transakcji. Łańcuch bloków odzwierciedla więc nie tylko aktualny stan transakcji, lecz również ukazuje całą jej historię. Bloki są ze sobą powiązane w taki sposób, że wprowadzenie zmian do jednego z nich powoduje, że cały łańcuch się „zrywa", czyli nie ma możliwości wprowadzenia zmiany w bloku wcześniejszym, nie modyfikując jednocześnie wszystkich następujących po nim bloków. Rozproszenie danych, które z założenia są niezaprzeczalne (do łańcucha bloków można dodawać informacje, lecz nie można zmieniać istniejących) i do których mają dostęp wszystkie zainteresowane strony, buduje zaufanie w obrocie i wzmacnia transparentność działań jego uczestników.

gularity, The MIT Press 2015. Również inni naukowcy związani z MIT dopuszczają możliwość zyskania przez maszyny samoświadomości, czy pełnego zjednoczenia komputerów i ludzi. Tak: E. Brynjolfsson, A. McAfee, *Drugi wiek…*, op. cit., s. 359. Przedstawiciele zarówno teorii jak i praktyki prawa muszą mieć to na uwadze – jak już autor podkreślił, prawo nie nadąża za eksponencjalnym rozwojem nowych technologii.

[13] M. Rojszczak, *Prawne aspekty systemów sztucznej inteligencji – zarys problemu,* [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Sztuczna inteligencja, blockchain, cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe. Zagadnienia wybrane,* Warszawa 2019, wyd. C. H. Beck, s. 1.

[14] K. Piech, *Leksykon pojęć na temat technologii blockchain i kryptowalut,* 2016, s. 5. Dostępny pod adresem: https://www.gov.pl/documents/31305/0/leksykon_pojec_na_temat_technologii_blockchain_i_kryptowalut.pdf/77739277-1180-79ab-4dd5-089ffab37602 (dostęp: 24.07.2019).

[15] Technologia rozproszonego rejestru (DLT – ang. *Distributed Ledger Technology*) jest jednak pojęciem szerszym, natomiast *blockchain* możemy potraktować jako subkategorię DLT. Zob. szeroko: D. Szostek, *Blockchain a prawo,* Warszawa 2018, wyd. C. H. Beck, s. 27-50. Również: K. Piech, *Leksykon…*, op. cit., s. 13-14.

W oparciu o technologię *blockchain* funkcjonują również tzw. *smart contracts,* inteligentne programowalne kontrakty, które są, co do zasady, samowykonalne na podstawie zawartych w nich postanowień, zapisanych w odpowiednim algorytmie[16]. Kontrakt jest samowykonalny w tym sensie, że w przypadku spełnienia warunków zapisanych w jego kodzie, umowa (czyli *de facto* program komputerowy) samodzielnie uruchamia odpowiednie akcje wywołujące określone skutki prawne[17]. Jednocześnie zauważyć należy, że nie ma zgodności co do dokładnej definicji inteligentnego kontraktu[18]. Niektórzy twierdzą, że *smart contract* nie potrzebuje ani regulacji prawnych, ani sądów, gloryfikując wręcz autonomiczność inteligentnego kontraktu i przesądzając o jego umownym charakterze: *„code is the contract"*[19]. Pomijając fakt, że takie podejście może generalnie budzić uzasadnione wątpliwości co do zgodności z prawem, ponieważ nie każdy *smart contract* jest *de iure* umową[20], przełożenie całości stosunku prawnego na cyfrowy kod jest wyzwaniem nie tylko natury prawnej, lecz również technicznej. Z drugiej strony, nie da się ukryć, że coraz większa część naszej aktywności odbywa się *on-line:* w sieci dokonujemy zakupów, umawiamy się do lekarza, rezerwujemy stoliki w restauracji, a w elektronicznych zamówieniach publicznych dochodzi do wyboru najkorzystniejszej oferty, po której następuje zawarcie umowy w formie pisemnej. Koncentrując się na tym ostatnim elemencie, wymaga zastanowienia, dlaczego nie spróbować wdrożyć inteligentnych cyfrowych kontraktów jako dopełnienia procesu elektronizacji zamówień publicznych. Pytanie jednak nie dotyczy tylko *smart contracts,* lecz wszystkich wymienionych nowych technologii.

---

[16] Praktyka pokazuje jednak, że nie ma jednego konkretnego typu inteligentnych kontraktów, począwszy od takich, które całościowo regulują dany stosunek prawny w formie cyfrowej, poprzez kontrakty, które są zawarte w formie kodu, ale z odpowiadającą im wersją kontraktu w formie pisemnej, kontrakty, które częściowo są cyfrowe, a częściowo zawierane w formie pisemnej, aż do kontraktów, które są w całości cyfrowe i dodatkowo charakteryzują się automatyzacją pewnych działań w nich zawartych. Szerzej: Smart Contracts Alliance, *Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond,* grudzień 2016, s. 9. Dostępny pod adresem: https://digitalchamber.org/wp-content/uploads/2018/02/Smart-Contracts-12-Use-Cases-for-Business-and-Beyond_Chamber-of-Digital-Commerce.pdf (dostęp: 24.07.2019).

[17] Przykładowo, w przypadku wykonania świadczenia będącego przedmiotem umowy, *smart contract* uruchomi płatność na rzecz wykonawcy poprzez odpowiedni system. Z kolei w przypadku braku płatności, inteligentny kontrakt zawiesi dalszą realizację świadczenia. Zob. R. O'Shields, *Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain,* North Carolina Banking Institute 2017, vol. 21, s. 179.

[18] Zob. D. Szostek, *Blockchain…,* op. cit., s. 116-118.

[19] Zob. A. J. Kolber, *Not-So-Smart Blockchain Contracts and Artificial Responsibility,* Stanford Technology Law Review 2018, vol. 21, nr 2, s. 202. U. R. Rodrigues wskazuje, że w umowach opartych na technologii *blockchain,* nie ma żadnej luki, którą prawo mogłoby wypełnić, chyba, że sama umowa zgadza się na takie rozwiązanie: *„Because the smart „contract" is code alone, there is no gap, in the sense of entry point, for the law to step in to fill (…) unless the blockchain affirmatively lets it in".* Zob. U. R. Rodrigues, *Law and the Blockchain,* Iowa Law Review 2019, vol. 104, s. 682. Natomiast D. Szostek słusznie podsumowuje, że teza, iż *smart contract* zastępuje umowę, nie podlega pod żadną jurysdykcję terytorialną i funkcjonuje wyłącznie w sieci jest „wyjątkowo nietrafna i wyraża tzw. myślenie życzeniowe". Tak: D. Szostek, *Blockchain…,* op. cit., s. 120.

[20] Zob. D. Szostek, *Blockchain…,* op. cit., s. 121-122.

„Dlaczego?", czyli czemu mogą służyć nowe technologie w zamówieniach publicznych

Nowe technologie zawsze elektryzują społeczeństwo, jak i naukowców. Jednak nauka powinna potrafić podejść do tej problematyki z właściwym dla siebie dystansem, z „chłodnym rozumem, lecz gorącym sercem", wykorzystując słowa A. Marshalla. Wymaga zatem analizy, dlaczego mielibyśmy w ogóle wdrażać nowe technologie w zamówieniach publicznych, a jeśli wypadnie ona pozytywnie, należy się zastanowić nad tym jak je zaimplementować w sposób najbardziej efektywny.

W ocenie autora to przede wszystkim maszynowe uczenie i sztuczna inteligencja dają ogromne możliwości w rozwoju rynku zamówień publicznych, w szczególności w zakresie planowania i przygotowania procedur udzielania poszczególnych zamówień, jak również zarządzania umową w sprawie zamówienia publicznego. Najprostszym przykładem wydaje się być zastosowanie maszynowego uczenia. Kluczem do sukcesu zamówienia publicznego, rozumianego jako udzielenie i należyte jego wykonanie w sposób efektywny ekonomicznie i zgodny z przepisami prawa, jest odpowiednie przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający przygotowując się do wydatkowania środków publicznych (co do zasady), powinien poznać jak najlepiej rynek właściwy dla przedmiotu zamówienia: sprawdzić dostępne rozwiązania technologiczne, poznać ich koszt w całym cyklu życia, oszacować ryzyka występujące na danym rynku, etc. Zazwyczaj jednak nie ma czasu, zasobów ludzkich lub pieniędzy na tak dokładne przygotowanie. W tym momencie mógłby zdać się na odpowiedni program komputerowy, który nie tylko zbierałby dane techniczne odnoszące się do przedmiotu zamówienia, ale mógłby również analizować dane dotyczące realizacji udzielonych analogicznych zamówień, zestawiając je przykładowo z danymi dotyczącymi konkretnych umów odnoszących się do tych zamówień. Algorytm nie tylko pomagałby zamawiającemu w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia, lecz również mógłby oszacowywać ryzyko jego udzielenia i realizacji. W oparciu o odpowiednie dane, program mógłby również zarządzać wykonaniem przedmiotu zamówienia, przykładowo monitorując postępy robót budowlanych i sygnalizując zamawiającemu ewentualne opóźnienia wynikające ze zmiany prognoz pogody czy dostępności materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego. Autor pomija w tym miejscu tak oczywiste, jak się wydaje, kwestie jak badanie ofert, które przynajmniej od strony formalnej jest zerojedynkowe. Bardziej zaawansowane rozwiązania, oparte na sztucznej inteligencji, mogą także odegrać kluczową rolę w realizacji strategicznych zamówień publicznych, łącząc aspekty środowiskowe, społeczne czy innowacyjne z zasadą *Best Value for Money.* Dzięki wykorzystaniu SI zamówienia publiczne mogą rze-

czywiście stać się zoptymalizowanym instrumentem polityki gospodarczej państwa[21]. Jedynym ograniczeniem jest technologia sama w sobie oraz ludzka inwencja, od której zależy ilość ewentualnych pomysłów co do sposobów implementacji SI w zamówieniach publicznych.

O ile na szersze wykorzystywanie maszynowego uczenia i sztucznej inteligencji w zamówieniach publicznych musimy jeszcze poczekać, o tyle technologia *blockchain* oraz inteligentne kontrakty są już dostępne. W *smart contracts,* mimo możliwości ich automatyzacji i samowykonalności nie jest wykorzystywana sztuczna inteligencja. W doktrynie prawa zamówień publicznych wskazuje się na korzyści płynące z zastosowania wskazanych technologii, do których można zaliczyć zwiększenie transparentności i wydajności procesu udzielania i realizacji zamówień publicznych oraz zmniejszenie ilości kwestii spornych między zamawiającymi i wykonawcami[22]. W ocenie autora nie oznacza to jednak, że oparcie procedury udzielania zamówień o technologię *blockchain* i *smart contracts* wyeliminuje zupełnie korzystanie ze środków ochrony prawnej. Jedyne, co się może zmienić, to kwestie formalne związane z samym rozwiązywaniem sporów. Z jednej strony możemy sobie wyobrazić procesy toczące się *on-line*[23], z drugiej zaś możliwa jest także sytuacja, w której rozstrzygnięcia będą zapadały w „tradycyjnej" formie, będąc następnie zapisywane w łańcuchu bloków. Wydaje się również, że samo postępowanie o udzielenie zamówienia może mieć charakter „mieszany": sama procedura zapisywana byłaby w odpowiednich blokach, jednak do zawarcia umowy dochodziłoby w formie pisemnej, z uwzględnieniem tego faktu w formie cyfrowej. W rezultacie wdrożenie *blockchain* nie oznaczałoby automatycznego przyjęcia inteligentnych kontraktów.

„Jak?", czyli jak implementować nowe technologie w zamówieniach publicznych

Możliwość zastosowania nowych technologii w zamówieniach publicznych kreuje wyzwania dwojakiej natury. Po pierwsze, są to kwestie związane z bezpieczeństwem ich stosowania. Używając nowych technologii, przetwarzane są ogromne ilości danych, co wywołuje uzasadnione wątpliwości

[21] Szerzej: P. Nowicki, *Zamówienia publiczne jako instrument kształtowania gospodarki przez państwo,* [w:] T. Kocowski, J. Gola (red.), *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych w Polsce,* Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu 2017, nr 497, s. 114-127.

[22] Zob. S. Williams-Elegbe, *Public Procurement, Corruption, and Blockchain Technology: A Preliminary (Legal) Inquiry,* Stellenbosch University 2018, s. 9. Tekst dostępny pod adresem: https://www.sun.ac.za/english/Documents/newsclips/InauguralLecture_ProfSopeWilliamsElegbe_23Oct2018.pdp (dostęp: 24.07.2019).

[23] Takie rozwiązania istnieją już w Unii Europejskiej. Przykładem może być Estonia, gdzie postępowanie odwoławcze co do zasady jest prowadzone w formie elektronicznej i rozprawa z udziałem stron się nie odbywa.

odnośnie ich bezpieczeństwa. Warunkiem uzyskania odpowiednich rezultatów w procesie wykorzystywania maszynowego uczenia i SI w zamówieniach publicznych jest generalnie odpowiednia jakość pozyskiwanych danych, co kreuje pytania o dopuszczalne granice tego procesu. Żeby spełnić swoją rolę, nowe technologie muszą być przede wszystkim bezpieczne, co może powodować, że ich implementacja osłabi efektywność ekonomiczną całego systemu zamówień publicznych z uwagi na wysokie koszty procesu ich wdrożenia.

Po drugie, pojawiają się wyzwania natury legislacyjnej. Przede wszystkim powstaje pytanie o to, czy w ogóle należy rozwój nowych technologii regulować przepisami prawa, a jeśli tak, to w jakim zakresie. Podzielić należy pogląd, który wyraża M. Tegmark, że prawo musi ewoluować, aby dotrzymać kroku postępowi technologicznemu[24]. Mając na uwadze w zasadzie eksponencjalny wzrost w dziedzinie sztucznej inteligencji, stworzenie regulacji prawnej, która będzie na tyle elastyczna, że dostosuje się do niego bez obaw, że zaraz się zdeaktualizuje, a jednocześnie zapewni odpowiednie bezpieczeństwo i jasność prawa, wydaje się trudnym zadaniem. Nie oznacza to jednak, że państwo nie powinno w tym zakresie podejmować działań, a raczej przemawia za koniecznością uwzględnienia dorobku innych nauk w procesie tworzenia prawa[25]. Poza tym, słusznym wydaje się być stanowisko, że nie należy regulować samej technologii jako takiej, lecz dążyć do objęcia normami prawa jej zastosowania i sektory, które ją stosują[26].

Komisja Europejska w swoim komunikacie z kwietnia 2018 r., dotyczącym rozwoju sztucznej inteligencji w Europie wskazała, że SI jest technologią strategiczną, lecz rodzi wątpliwości natury prawnej i etycznej[27]. W celu zapewnienia jej właściwego rozwoju i stosowania zaproponowała oparcie regulacji prawnych i zaleceń etycznych na wartościach stanowiących fundament porządku aksjologicznego Unii Europejskiej, wymienionych w art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej. Stanowi on, że Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości, przy czym wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na plu-

[24] M. Tegmark, *Życie 3.0. Człowiek w erze sztucznej inteligencji,* Warszawa 2019, wyd. Prószyński i S-ka, tłum. T. Krzysztoń, s. 143.

[25] W ocenie autora takie działania powinny być podejmowane niezwłocznie. Pozostawienie ustalenia standardów rozwoju sztucznej inteligencji sektorowi prywatnemu nie jest rozwiązaniem właściwym. Zob. J. Turner, *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence,* Palgrave Macmillan 2019 (Kindle edition), loc. 5782-5792.

[26] Taki pogląd w stosunku do technologii *blockchain* oraz systemów rejestrów rozproszonych wyraziła w maju 2018 r. posłanka do Parlamentu Europejskiego Eva Kaili. Zob. http://www.europarl.europa.eu/news/pl/headlines/economy/20180514STO03406/blockchain-dazymy-do-tego-aby-ue-byla-wiodacym-graczem-infografika (dostęp: 24.07.2019).

[27] Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Sztuczna inteligencja dla Europy…,* op. cit.,

ralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz równości kobiet i mężczyzn. Wskazane w art. 2 TUE wartości, obok praw wynikających z Karty Praw Podstawowych, powinny stanowić podstawę i niejako drogowskaz w procesie uregulowania stosowania sztucznej inteligencji. W komunikacie z dnia 8 kwietnia 2019 r. w temacie budowania zaufania do sztucznej inteligencji ukierunkowanej na człowieka Komisja Europejska słusznie zauważyła, że wymiar etyczny musi stanowić integralną część rozwoju SI[28]. Dotyczy to zarówno etapu projektowania systemów SI, jak i ich użytkowania. Komisja wskazała jakie kluczowe wymogi muszą zostać spełnione w celu budowania wiarygodnej sztucznej inteligencji, zaliczając do nich: 1) przewodnią i nadzorczą rolę człowieka, 2) techniczną solidność i bezpieczeństwo, 3) zagwarantowanie ochrony prywatności i danych, 4) zapewnienie różnorodności, niedyskryminacji i sprawiedliwości, 5) wspieranie dobrostanu społecznego i środowiskowego przez SI, 6) konieczność wprowadzenia systemów zapewniających odpowiedzialność za systemy SI oraz ich wyniki, zarówno przed, jak i po ich zastosowaniu[29]. Wydaje się, że największym wyzwaniem jest stworzenie odpowiednich mechanizmów prawnych określających odpowiedzialność za błędy w funkcjonowaniu algorytmów oraz zapewnienie bezpieczeństwa danych, zarówno osobowych[30], jak i tych związanych z własnością przemysłową i tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pokazuje to, że oprócz problemów natury etycznej, które należy uwzględnić w procesie legislacyjnym, używanie nowych technologii może wywoływać istotne problemy prakseologiczne. O ile SI i maszynowe uczenie w zamówieniach publicznych to na razie pewna wizja przyszłości, o tyle nawet technologie już wykorzystywane, typu *blockchain,* powinny być wdrażane w sposób ostrożny i przemyślany. Egzemplifikacji dostarczają tutaj *smart contracts*: pomimo ich transparentności, niezaprzeczalności i pewności, budzą wiele pytań na gruncie systemu prawa zamówień publicznych. Dużym wyzwaniem od strony prawnej jest bowiem samowykonalność inteligentnych kontraktów „na podstawie trwałych i *de facto* nieusuwalnych zapisów w blokach *blockchain* lub DLT"[31]. Zwiększenie transparentności i pewności realizacji umowy o zamówienie publiczne, zawartej w formie inteligentnego kontraktu nie może odbywać się kosztem zmniejszenia jej elastyczności, tak często potrzebnej w systemie zamówień publicznych. Jak wskazuje D. Szostek, samowykonalność *smart contracts* może prowadzić do

[28] Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Budowanie zaufania do sztucznej inteligencji ukierunkowanej na człowieka,* Bruksela, dnia 8.4.2019, COM(2019) 168 final, s. 10.

[29] Ibidem, s. 4-7.

[30] Zob. m.in. P. Van Eecke, A-G. Haie, *Blockchain and the GDPR: The EU Blockchain Observatory Report,* European Data Protection Law Review 2018, nr 4, s. 531-534.

[31] D. Szostek, *Blockchain…,* op. cit., s. 122.

sytuacji, w której pomimo pojawienia się zdarzeń uzasadniających brak wykonania zobowiązania wynikającego z umowy, zobowiązanie zostanie wykonane, i to nawet pomimo istnienia prawomocnego orzeczenia sądu[32], co będzie generowało kolejne problemy natury prawnej i zaprzeczało legalności takiego wykonania. Umowa o zamówienie publiczne zawarta w formie inteligentnego kontraktu musiałaby zatem w swoim kodzie przewidywać możliwości jej modyfikacji, wynikające z samego prawa zamówień publicznych. Jednak w przypadku dopuszczenia możliwości zmiany inteligentnego kontraktu o zamówienie publiczne, należałoby zastanowić się nad wykorzystaniem zaufanej trzeciej strony (którą w technologii *blockchain* nazywa się „wyrocznią", od ang. *Oracle*), która nadzorowałaby wprowadzane zmiany[33]. Pozostaje jeszcze kwestia generalnego uregulowania inteligentnych kontraktów, przesądzająca ich umowny charakter. Nie ulega jednak wątpliwości, że *smart contracts* od strony prawnej musiałyby spełniać te same standardy, co umowy w formie pisemnej, których używamy obecnie w systemie zamówień publicznych.

Wnioski końcowe

Nowe technologie niewątpliwie mogą mieć szerokie zastosowanie w zamówieniach publicznych, obejmując cały ich cykl: planowanie, przygotowanie, udzielenie, realizację oraz zarządzanie i ewaluację zamówienia publicznego[34]. Jak już zostało wskazane, mogą odegrać kluczową rolę w realizacji strategicznych zamówień publicznych, pozwalając udzielać zamówień zgodnie z zasadą *Best Value for Money,* a jednocześnie realizować wartości społeczne, ekologiczne i wspierać rozwój innowacji jako takich. Jednak ich wdrożenie musi odbywać się w sposób przemyślany i odpowiednio przygotowany pod względem technologicznym i prawnym, tak, aby spełniałyby one swoją rolę i przynosiły satysfakcjonujące rezultaty uczestnikom rynku zamówień publicznych. Rola nowych technologii w zamówieniach publicznych musiałaby jednak zostać jasno i precyzyjnie określona, co najprawdopodobniej wymagałoby zarówno interwencji prawodawcy unijnego, jak i krajowego. W tym zakresie warto zwrócić uwagę na pkt 52 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, gdzie prawodawca unijny wyraźnie zaznaczył, że „obowiązkowe stosowanie elektronicznych środków komunikacji na mocy niniejszej dyrektywy nie powinno jednak zobowiązywać instytucji zamawiających do elektronicznego przetwarzania ofert, ani wprowadzać obowiązku elektronicznej oceny lub automatycznego przetwarzania. Ponadto zgodnie z niniej-

[32] Ibidem, s. 122-123.

[33] Zob. m.in. P. Debono, *Transforming Public Procurement Contracts Into Smart Contracts,* International Journal of Technology Project Management 2019, vo. 10, nr 2, s. 22-23.

[34] Zob. P. Nowicki, *Aksjologia…*, op. cit., s. 303.

szą dyrektywą żaden element procesu zamówień publicznych po udzieleniu zamówienia nie powinien być objęty obowiązkiem stosowania elektronicznych środków komunikacji; obowiązek ten nie powinien też dotyczyć wewnętrznej komunikacji w obrębie instytucji zamawiającej". Wynikają z tego dwa wnioski: po pierwsze, nie ma obowiązku wprowadzania elektronicznej oceny ofert, czy ich automatycznego przetwarzania; po drugie: podobnie jak elektronizacja zamówień publicznych, wprowadzenie nowych technologii do interesującego nas obszaru nie może być celem samym w sobie. Zatem należy się zastanowić, czemu nowe technologie mają służyć, co mogą w zamówieniach publicznych usprawnić i czego od nich oczekujemy. Jedno jest pewne: żyjemy w drugim wieku maszyny i nowych technologii nie da się już powstrzymać. Nie jest to jednak nic dziwnego, wszak innowacje w zamówieniach stanowią od dłuższego czasu przedmiot zainteresowania zarówno praktyki, jak i teorii prawa zamówień publicznych[35].

[35] Zob. m.in. H. Nowicki, *Innowacyjność zamówień publicznych,* [w:] M. Stręciwilk, A. Dobaczewska (red.), *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych,* Warszawa 2018, Urząd Zamówień Publicznych, s. 195-204; H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych instrumentem kreowania innowacyjnej gospodarki,* [w:] A. Powałowski (red.), *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę,* Warszawa 2016, wyd. C. H. Beck, s. 287-298.

Dr hab. Henryk Nowicki,

Nowe Prawo zamówień publicznych a system prawa zamówień publicznych. Integracja systemu

Abstrakt

Artykuł stanowi przegląd ewolucji polskiego prawa zamówień publicznych oraz kształtowania się podstawowych pojęć i instytucji z tego zakresu. Najważniejszym pojęciem wskazanym w tytule jest pojęcie systemu prawa zamówień publicznych. Rozważania dotyczą kształtowania się tego systemu oraz miejsca w tym systemie przygotowywanego nowego Prawa zamówień publicznych. Konkluzją jest wskazanie na integracyjną rolę dla systemu prawa zamówień publicznych projektowanej nowej Pzp.

Abstract

This paper concerns the evolution of Polish public procurement law and shows the process of shaping its fundamental definitions and institutions. Most important term underlined in the title of the paper is "public procurement law system". The paper focuses on the development of this system and the place of upcoming new public procurement law regulation in it. The paper ends with pointing out the inclusive role of the new regulation for public procurement law system in Poland.

Zagadnienia wprowadzające

Wprowadzeniu do polskiego systemu prawnego regulacji z zakresu zamówień publicznych[1] towarzyszyła dyskusja nad jej zakresem oraz kształtem[2], której owocami były kolejne ustawy dotyczące procedur udzielania

[1] Jako pierwszy akt prawny w odradzającym się Państwie po roku 1989 należy przyjąć ustawę z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst pierwotny: Dz. U. Nr 76, poz. 344), zwana dalej „ustawa z 1994 r.".

[2] Pierwszym takim działaniem prawodawcy były dwa terminy obowiązku stosowania ustawy z 1994 roku, którym dla części zamawiających był dzień 1 stycznia 1995 r, natomiast dla jednostek samorządu terytorialnego był to 1 stycznia 1996 r.

zamówień[3]. Jednocześnie przepisy w tym obszarze podlegały licznym nowelizacjom. Znakomita część wprowadzanych zmian była wynikiem faktu przystąpienia Polski do Unii Europejskiej[4] i w konsekwencji potrzebą implementacji do naszego porządku prawnego pojawiających się nowych norm prawa unijnego z zakresu zamówień publicznych[5]. Część zmian prawa regulującego procedury udzielania zamówień publicznych wynikała z potrzeby dalszego ich modernizowania oraz była konsekwencją zmieniającego się otoczenia prawnego[6], ustrojowego[7] oraz gospodarczego. Funkcjonujące przepisy prawa regulujące procedury zakupowe pozwoliły doktrynie na wypracowanie poglądów postrzegania i umiejscowienia tych regulacji w systemie prawa[8]. Tak złożony proces tworzenia ram prawnych kształtujących dokonywanie zakupów przez określone podmioty doprowadził do wyodrębnienia takich pojęć, jak zamówienia publiczne i system zamówień publicznych oraz pojęcie prawa zamówień publicznych i systemu prawa zamówień publicz-

[3] Kolejną ustawą była obowiązująca obecnie ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst pierwotny: Dz. U. Nr. 19, poz. 177), obecnie (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. ze zm.), zwana dalej „ustawą z 2004 r.".

[4] Nastąpiło to z dniem 1 maja 2004 roku na mocy Traktatu Ateńskiego z dnia 16 kwietnia 2003 r. opublikowanego w Dz. U. z 2004 r. Nr. 90, poz. 864 (15).

[5] W pierwszym okresie był to obowiązek implementacji dyrektyw zamówieniowych z 2004 roku tj. 2004/17/WE i 2004/18/WE, kolejnymi takimi obowiązkami były implementacje: Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi prze instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. U. L. nr 216 s. 76); Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. L nr 94, s. 65); Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. L. nr 94, s. 243); Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. U. L nr 94, s. 1). Ważną częścią prawa UE dotycząca zamówień publicznych są również tzw. dyrektywy odwoławcze – Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane: Dyrektywa Rady 92/13/WE z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, które zostały zmienione Dyrektywą 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz. U. L z 2007 r. nr 335, s. 31).

[6] Za ważną w tym zakresie należy uznać ustawę z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. nr 169, poz. 1420), która została zastąpiona ustawą z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2019 r. nr 19, poz. 100 ze zm.) oraz wyodrębnienie koncesji na roboty budowlane oraz ustawę z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (tekst pierwotny Dz. U. nr 19, poz. 101), która została zastąpiona ustawą z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920 ze zm.).

[7] Taką ważna zmianą było powołanie w 1998 roku jednostek samorządu terytorialnego na poziomie powiatu i województwa, zob. ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 511) oraz ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 512).

[8] Pozwolę sobie w tym miejscu pominąć dyskusję na temat zaliczania prawa zamówień publicznych do prawa publicznego lub prawa prywatnego, większość prezentowanych w tym zakresie poglądów była prezentowana bez pogłębionej analizy teoretycznoprawnej.

nych. Przy czym pojęcie zamówienia publicznego zawsze rozumiałem, zgodnie z dyspozycją właściwych przepisów[9], jako umowy odpłatne zawierane pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane[10]. Zawarcie zaś tych umów zawsze musiało odbywać się zgodnie z procedurami określonymi w przepisach właściwych ustaw. Natomiast pod pojęciem systemu zamówień publicznych należy rozumieć wszystkie umowy[11] zawierane z wykorzystaniem przywołanych wyżej procedur, w tym umowy koncesji oraz umowy partnerstwa publiczno-prywatnego. Przyjęcie, przez prawodawcę, pojęcia zamówienia publicznego oraz zaproponowanego pojęcia systemu zamówień publicznych pozwala na wyodrębnienie prawa zamówień publicznych, a właściwym będzie raczej wyodrębnienie systemu prawa zamówień publicznych w systemie prawa polskiego. Pojęcie prawa zamówień publicznych można rozumieć bardzo wąsko jako ustawę o tym samym tytule z 2004 roku, a wcześniej ustawę o zamówieniach publicznych[12]. Takie ujęcie pozwala na wyodrębnienie tej regulacji w systemie prawa, co też daje początek rozważaniom na temat systemu prawa zamówień publicznych, które to pojęcie zaproponowałem w publikacji z 2009 roku[13] wskazując na kilka możliwych płaszczyzn pojmowania „prawa zamówień publicznych" oraz „sytemu prawa zamówień publicznych". W najszerszym ujęciu[14] „prawo zamówień publicznych" odnoszę do ustawy prawo zamówień publicznych, ustaw z nią bezpośrednio związanych, ustaw do których stosowania odwołują się wspomniane ustawy oraz ustaw, których stosowanie ma charakter uzupełniający[15] oraz aktów prawa UE[16]. W ramach prowadzonych rozważań związanych z wyodrębnieniem prawa zamó-

[9] Zob. art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy z 1994 r.

[10] Art. 2 pkt 13 ustaw z 2004 r.

[11] Na temat umów w zamówieniach publicznych i ich charakteru prawnego ukazało się wiele publikacji, ja odsyłam do publikacji o charakterze podstawowym: M. Kania, Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne, Katowice 2013; R. Szostak, Umowy o zamówienia publiczne w zarysie, Warszawa 2018.

[12] Oczywiście chodzi tu o ustawę wraz z aktami wykonawczymi oraz bezpośrednie stosowanie niektórych aktów prawa UE: Rozporządzenie Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień Publicznych (CPV) oraz dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV (Dz. U. L. nr 74 s. 1); Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. U. L. nr 3 s. 16) oraz Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. U. L 296, s. 1).

[13] Zob. H. Nowicki, Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji, (w:) H. Nowicki, J. Sadowy (red.), XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, Toruń-Warszawa 2009, s. 87 i nast.

[14] Zob. H. Nowicki, Podstawy prawne systemu zamówień publicznych w Polsce, (w:) J. Sadowy (red.), System zamówień publicznych w Polsce, Warszawa 2013, s. 55 i nast.

[15] Np. „jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej".

[16] Szerzej zob. H. Nowicki, Prawo…, op. cit., s. 91-92.

wień publicznych pomijam dotychczasowe stanowiska doktryny w zakresie kwalifikacji omawianych norm w ramach podziału prawa na publiczne i prywatne. To, co wywołuje dyskusje na gruncie polskiego prawa zamówień publicznych, jak zauważa M. E. Comba, zostało w zasadzie rozstrzygnięte na gruncie prawa Unii Europejskiej, które uznaje postępowanie o udzielenie zamówienia za część prawa publicznego[17]. Jednak „podejście „gałęziowe" do prawa zamówień publicznych wydaje się niezbyt przydatne dla celów niniejszej publikacji, gdyż we współczesnym systemie prawa mamy coraz częściej do czynienia z regulacjami z zakresu pogranicza dotychczas ukształtowanych gałęzi prawa[18].

Podejmując się określenia systemu prawa zamówień publicznych należy wyjść od pojęcia systemu jako pewnego zbioru uporządkowanego, gdzie poszczególne elementy tego zbioru są ze sobą powiązane i na siebie nawzajem oddziałują[19]. W przypadku systemu prawa zamówień publicznych tymi elementami będą normy prawne zawarte w aktach prawnych, które przedstawiłem powyżej jako najszersze rozumienia prawa zamówień publicznych, a które to regulacje w sposób bezpośredni odnoszą się do procedur związanych z prowadzeniem postępowania, zawarciem i realizacją zamówień publicznych (umów). Pozostaje zatem rozważyć czy powyższe akty prawne tworzą ów system[20]? Wcześniejsze moje wnioski z prowadzonych badań wskazują na to[21], że prawo zamówień publicznych:

[17] Szerzej: M. E. Comba, Contract Execution in Europe: Different Legal Models with a Common Core, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2013, nr 4, s. 303-305. W publikacji Autor jednak podkreśla, że „w zakresie umów w sprawie zamówienia publicznego funkcjonują dwa modele: publiczny i prywatny. Jednak w jego ocenie nie ma takiej możliwości przyjęcia takiego podziału w stosunku do procedury udzielenia zamówienia, która z uwagi na charakter rozwiązań prawnych przyjętych w dyrektywach zamówieniowych może opierać jedynie na modelu publicznym". Zob. P. Nowicki, Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją, Toruń 2019, s. 292.

[18] H. Nowicki, P. Nowicki, M. Wierzbowski, Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi *de lege ferenda*, (w:) H. Nowicki, P. Nowicki (red.), Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian, Wrocław 2015, s. 19. Nie zmienia to faktu, że zdecydowana większość polskiej doktryny prawa zamówień publicznych słusznie opowiada się za zaliczeniem postępowania o udzielenie zamówienia do obszaru prawa publicznego. Zob. m.in. S. Fundowicz, Miejsce prawa zamówień publicznych w prawie administracyjnym, (w:) H. Nowicki, J. Sadowy (red.), XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, Toruń -Warszawa 2009, s. 34-47; J. Niczyporuk, Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych, (w:) E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych, Gdańsk-Warszawa 2012, s. 33-42; K. Horubski, Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego, Warszawa 2017, s. 206-208; T. Kocowski, Administratywizacja przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, (w:) M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk (red.), Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku, Warszawa 2017, s. 51; P. Bogdanowicz, Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej, Warszawa 2019, s. 4; E. Przeszło, Kontrola udzielania zamówień publicznych, Poznań 2013, s. 97; P. Nowicki, Aksjologia…, op. cit., s. 349; H. Nowicki, Prawo…, op. cit., s. 91-94.

[19] Zob. W. Lang, Teoria prawa, Toruń 1972, s. 121 i nast.; K. Opałek, Problemy metodologiczne nauki prawa, Warszawa 1962, s. 159.

[20] A. Panasiuk, Czy w Polsce mamy system zamówień publicznych? (w:) H. Nowicki, P. Nowicki (red.), Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian, Wrocław 2015, s. 35.

[21] H. Nowicki, Prawo…, op. cit., s. 93-94.

- stanowi zwarty „przedmiotowo" system regulacji prawnych,
- wskazuje na określony krąg podmiotów objętych przedmiotową regulacją (wyodrębnienie podmiotowe - zamawiający, wykonawcy oraz wskazane ustawowo właściwe organy i inne podmioty),
- zakres regulacji wskazuje na jej ścisłe i główne powiązanie z prawem publicznym (z publicznym prawem gospodarczym), a regulacje przynależne do innych gałęzi prawa, w tym prawa prywatnego mają charakter uzupełniający,
- zamówienia publiczne są narzędziem wydatkowania środków publicznych oraz szerzej dotyczą dysponowania mieniem publicznym i są elementem polityki gospodarczej,
- zamówienia publiczne (dokonywane zakupy) zawsze są związane z realizacją zadań publicznych, a umowa jest tylko prawną formą służącą wykonaniu tychże zadań,
- zamówienia publiczne będące narzędziem dokonywania zakupów i wydatkowania środków publicznych są elementem polityki gospodarczej i mogą służyć realizacji różnych innych celów (tzw. pozazakupowych) przyjętych przez prawodawcę.

Zgodnie ze wskazanymi powyżej elementami możemy stwierdzić, że „prawo zamówień publicznych stanowi zwartą regulację prawną odnoszącą się do ważnej części stosunków społecznych (gospodarczych), realizowaną przez szeroki krąg podmiotów zobowiązanych do stosowania tych norm"[22]. Przy czym zamawiający jest uprawniony lub zobowiązany do podejmowania określonych czynności prawnych w zakresie podejmowania, kształtowania procedur udzielania zamówień oraz kształtowania umowy i jej przedmiotu.

W mojej ocenie możemy wskazać na wyodrębniony w polskim systemie prawa system prawa zamówień publicznych. Co nie zmienia oczekiwania, że podjęte prace nad nową ustawą Prawo zamówień publicznych bardziej ujednolicą i uproszczą przepisy kształtujące procedury udzielania zamówień publicznych w Polsce, tym samym stanowiąc istotny element systemu prawa zamówień publicznych. Nowa regulacja pozwoli bardziej jednoznacznie umiejscowić prawo zamówień publicznych w kształtującym się systemie tego prawa. Natomiast sam system prawa zamówień publicznych będzie gwarantował jego adresatom (między innymi zamawiającym i wykonawcom) legalne i stabilne oraz instytucjonalnie gwarantowane podstawy działań w sferze dokonywanych zakupów.

[22] Ibidem, s. 94.

Nowe Prawo zamówień publicznych[23] częścią systemu prawa zamówień publicznych

Wskazując na system prawa zamówień publicznych zawsze musimy mieć świadomość, że z woli polskiego prawodawcy ustawą podstawową w zakresie udzielania zamówień publicznych jest, i w przyszłości będzie, ustawa Prawo zamówień publicznych[24]. Przyjętą koncepcją wyrażoną w kolejnych wersjach projektu nowego Pzp jest łączne uregulowanie w jednej ustawie przepisów określających: podmioty zobowiązane do stosowania jej przepisów; zakres wyłączeń stosowania przepisów ustawy; zasady udzielania zamówień publicznych; przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia; tryby udzielania zamówień publicznych oraz szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień publicznych; wymagania dotyczące umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych; organy właściwe w sprawach zamówień publicznych; środki ochrony prawnej; pozasądowe rozwiązywanie sporów dotyczących realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego; kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz kary pieniężne[25]. Należy jednocześnie przypomnieć, że dotychczasowe Pzp, jak i nowe Pzp, dokonuje implementacji do naszego porządku prawnego trzech podstawowych dla porządku prawnego Unii Europejskiej[26] dyrektyw zamówieniowych[27] oraz dyrektyw odwoławczych[28]. Przywołanie przedmiotowych dyrektyw wskazuje na rozległość zagadnień, które muszą zostać ujęte w nowej Pzp, dlatego też projekt ustawy wyodrębnia zamówienia sektorowe[29] oraz zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa[30]. Natomiast co do regulacji dotyczącej środków ochrony prawnej, to od pierwszej ustawy z 1994 roku były one integralną częścią ustaw dotyczących udzielania zamówień publicznych. Podkreślenia wymaga również istnienie innych aktów prawa UE, stanowiących część unijnego prawa zamówień publicznych[31], które bezpośrednio lub pośrednio dotyczą

[23] W artykule do prowadzonych rozważań pod pojęciem „nowe Prawo zamówień publicznych" przyjmuję projekt ustawy – Prawo zamówień publicznych, skierowany przez Prezesa Rady Ministrów pismem DKPL.WK.10.2.70.2019.JS(17) do Marszałka Sejmu, projekt ten dalej będzie zwany „nowe Pzp".

[24] Nie chodzi w tym przypadku o konkretną nazwę tego aktu prawnego, lecz o jej zakres przedmiotowy regulacji. W tym przypadku chodzi również o rozważania i zgłaszane postulaty dotyczące rozdzielenia obecnej ustawy na odrębne akty prawne, regulujące zamówienia klasyczne, sektorowe oraz obronne.

[25] Art. 1 nowego Pzp.

[26] Na temat zob. P. Nowicki, Zamówienia publiczne w prawie Unii Europejskiej, (w:) J. Sadowy (red.), System zamówień publicznych w Polsce, Warszawa 2013, s. 41 i nast.

[27] Tj. dyrektywy 2009/81/WE; dyrektywy 2014/24/UE oraz dyrektywy 2014/25/UE.

[28] Tj. dyrektywy Rady 89/665/EWG; dyrektywy Rady 92/13/WE oraz dyrektywy 2007/66/WE.

[29] Dział V nowej Pzp (art. 362 – 394).

[30] Dział VI nowej Pzp (art. 395 – 430).

[31] Wśród aktów prawnych UE, których regulacje odnoszą się do zamówień publicznych należy wymienić np.: Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/55/UE z dnia 16 kwietnia

udzielania zamówień publicznych i tym samym kształtują prawo obowiązujące w Polsce. Wskazując na pakiet dyrektyw UE z 2014 roku regulujących zamówienia publiczne należy mieć także na uwadze m.in. dyrektywę koncesyjną[32], którą polski prawodawca postanowił implementować w odrębnej ustawie[33]. Wszystkie te akty prawne należy zaliczyć do systemu prawa zamówień publicznych.

Przygotowywaniu projektu nowego Pzp towarzyszyło podejście aksjologiczne, w ramach którego należało rozstrzygnąć jakie wartości ma urzeczywistniać system prawa zamówień publicznych[34]. Jednocześnie ważnym stało się, jak owe wartości (cele) zdefiniować i jaką nadać im formę prawną[35], przy czym przyjmuję, że wartości to cele, którym dany akt prawny ma służyć[36]. Tworząc nowe Pzp oparte na potrzebie osiągania określonych wartości poprzez system prawa zamówień publicznych musimy dążyć do stworzenia sprawnych narzędzi służących realizacji dokonywanych zakupów przez zamawiających, a szerzej przez sektor publiczny. Przy czym prawodawca musi dążyć do podnoszenia świadomości zamawiających w zakresie celów (wartości), które powinny być osiągane w procesie udzielanych zamówień publicznych. W literaturze przedmiotu pojawia się pojęcie inteligentnego i odpowiedzialnego zamawiającego[37]. Dlatego tak ważnym jest ukształtowanie

2014 r. w sprawie fakturowania elektronicznego w zamówieniach publicznych (Dz. U. L nr 133, s. 1); Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego (Dz. U. L nr 120, s. 5) oraz Rozporządzeń i innych dokumentów prawnych oraz pozaprawnych wydawanych przez właściwe organy UE.

[32] Chodzi o dyrektywę 2014/23/UE.

[33] Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920 ze zm.).

[34] Podkreślenia wymaga, że dotychczas większość rozważań w literaturze była poświęcona szczegółowym rozwiązaniom ustawowym i interpretowaniu treści poszczególnych przepisów oraz norm, nie zaś analizie podstawy aksjologicznej prawa zamówień publicznych jako takiej. Kompleksowo problematykę wartości prawa zamówień publicznych opisał P. Nowicki, który wyróżnił ich następujący katalog: zgodność z prawem, uczciwa konkurencja, zrównoważony rozwój oraz efektywność ekonomiczną udzielanych zamówień publicznych. Zob. P. Nowicki, Aksjologia…, op. cit., s. 153.

[35] H. Nowicki, Cele systemu zamówień publicznych, (w:) T. Kocowski, J. Gola (red.), Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych w Polsce, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu nr 497, Wrocław 2017, s. 54-56. Również: P. Nowicki, Wiele hałasu o nic? Kilka uwag o instrumentalizacji prawa i roli państwa w gospodarce na przykładzie prawa zamówień publicznych, (w:) H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski, Państwo a gospodarka. Interes publiczny w prawie gospodarczym, t. VII, Toruń 2018, s. 148-149.

[36] Wśród celów systemu zamówień publicznych w mojej ocenie możemy wskazać: 1) efektywne wydatkowanie środków; 2) przejrzyste wydatkowanie środków; 3) otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję,; 4) przeciwdziałanie naruszeniom prawa, w tym w szczególności korupcji; 5) innowacyjność w zamówieniach publicznych; 6) proekologiczne zamówienia publiczne; 7) zamówienia prospołeczne; 8) wspieranie MŚP; 9) rozwój zamówień transgranicznych; 10) inne cele określone, w zależności od potrzeb, przepisami prawa. Zob. H. Nowicki, Prawo zamówień publicznych instrumentem kreowania innowacyjnej gospodarki, (w:) A. Powałowski (red.), Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę, Warszawa 2016, s. 289

[37] Szerzej zob. P. Nowicki, Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych, Warszawa 2013, s. 14-15.

w nowym Pzp zasad udzielania zamówień[38], przy czym słusznie prawodawca ograniczył ich katalog do tylko takich, które mają służyć właściwemu tj. zgodnemu z prawem oraz przyjętymi wartościami udzielaniu zamówień publicznych. Na szczególną uwagę zasługuje nowo wprowadzona zasada efektywności ekonomicznej[39] udzielanych zamówień[40]. W związku z faktem, że nie wszystkie wartości ważne dla systemu prawa zamówień publicznych da się skatalogować w system norm prawnych ujętych w zasadach[41], prawodawca wprowadził do nowego Pzp politykę zakupową państwa[42]. Dokument ten ma określać priorytetowe działania państwa[43] w obszarze zamówień publicznych oraz pożądane kierunki działań zamawiających w zakresie udzielanych zamówień ze szczególnym uwzględnieniem zakupów innowacyjnych lub zrównoważonych. Polityka zakupowa państwa będzie zatem dokumentem będącym w swej treści podobnym do obecnie funkcjonującego na szczeblu UE Komunikatu Komisji „Akt o jednolitym rynku"[44] oraz Komunikatu Komisji Europa 2020[45]. W konsekwencji polityka zakupowa państwa stanie się ważnym dokumentem dla systemu prawa zamówień publicznych, również z perspektywy jego integralności poprzez identyfikowanie określonych wartości jako nadrzędnych dla dokonywanych zakupów, szczególnie przez sektor publiczny.

Integracja systemu prawa zamówień publicznych w nowym Prawie zamówień publicznych

Przyjęta systematyka nowego Pzp oraz wcześniejszych działań dotyczących kolejnych nowelizacji ustawy z 2004 roku pozwala na postawienie tezy, że mamy do czynienia z faktycznymi działaniami prawodawcy idącymi w stronę kształtowania systemu prawa zamówień publicznych i zapewnienia jego integralności. Należy jednak zauważyć, że część rozwiązań legislacyjnych związanych z kolejnymi zmianami Pzp była przeciwstawna

[38] Art. 16 – 20 nowego Pzp.

[39] Szerzej na ten temat zob. P. Nowicki, Aksjologia…, op. cit., s. 275 i nast.

[40] Art. 17 ust.1 pkt 1 i2 nowego Pzp.

[41] Pozwolę sobie pominąć, ze względu na ich rozległość, rozważania na temat wartości i zasad w systemie prawa, w tym systemie prawa zamówień publicznych, odsyłam do np. M. Szydło, Prawna koncepcja zamówienia publicznego, Warszawa 20014, szczególnie rozdział I, Cele zamówienia publicznego s. 1 i nast.; H. Nowicki, Cele systemu zamówień publicznych … op. cit.

[42] Art. 21 – 23 nowego Pzp.

[43] Podobny dokument już funkcjonuje w stosunku do partnerstwa publiczno-prywatnego: Uchwała Rady Ministrów nr 116/2017 z dnia 26 lipca 2017 r. w sprawie przyjęcia dokumentu „Polityka Rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego"

[44] Komunika Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, Akt o jednolitym rynku. Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenie wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania „Wspólnie na rzecz nowego wzrostu gospodarczego", Bruksela 13.4.2011, KOM (2011) 206 wersja ostateczna.

[45] Komunikat Komisji Europa 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, Bruksela, 3.3.2010, KOM (2010), s. 5.

w stosunku do siebie. W nowej Pzp także możemy wskazać na regulacje dezintegrujące ten system. Nie zmienia to jednak faktu, że przeważająca cześć nowelizacji Pzp oraz przyjęte rozwiązania w nowej Pzp były i są działaniami jednoznacznie wskazującymi na wolę prawodawcy do budowania zintegrowanego systemu prawa zamówień publicznych.

W płaszczyźnie legislacyjnej ważnym rozwiązaniem jest utrzymanie jednej ustawy jako wiodącej i podstawowej dla systemu prawa zamówień publicznych. Z kwestii o charakterze systemowym pozytywnie należy ocenić utrzymanie „jednolitości" ustawy, z dość wyraźnym wyodrębnieniem problematyki zamówień sektorowych, zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz zamówień klasycznych o wartości mniejsze niż progi unijne[46]. Wcześniejsze działania wyodrębniające koncesje na roboty budowlane lub usługi z treści ustawy Prawo zamówień publicznych były działaniami dezintegrującymi system. Przyjęty przez ustawodawcę zakres tego wyodrębnienia[47] jednak z perspektywy czasu się nie sprawdził, a kolejne nowelizacje ustawy koncesyjnej oraz przyjęcie nowej ustawy o umowach koncesji wskazują na „ewolucyjne" powracanie i przywracanie wielu instytucji z Pzp do postępowania o zawarcie umowy koncesji[48]. Dotyczy to zarówno terminologii i pojęć przyjętych w ustawie, publikacji ogłoszeń, wykluczenia wykonawcy, kwestii proceduralnych, umowy koncesji, środków ochrony prawnej, organu właściwego w sprawach umowy koncesji, jakim jest obecnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Wskazane powyżej przykładowe zagadnienia z ustawy o umowie koncesji wskazują na bezpośrednie lub bardzo zbliżone rozumienie tych pojęć w stosunku do Pzp. Ważną zmianą o charakterze systemowym jest ujednolicenie środków ochrony prawnej[49], co przy proponowanych zmianach w tym zakresie w nowej Pzp wzmocni pozycję prawną koncesjonariuszy. Szczególnie ważne może okazać się wprowadzenie do nowego Pzp instytucji pozasądowego rozwiązywania sporów z możliwością zawarcia ugody w ramach przeprowadzonego postępowania mediacyjnego lub innego polubownego rozwiązywania sporu[50].

Istotnym dla funkcjonowania systemu prawa zamówień publicznych i jego integracji są na nowo ukształtowane zasady udzielania zamówień oraz wprowadzona polityka zakupowa państwa. Przyjęte rozwiązania w tym zakresie pozwolą lepiej wskazać na cele (wartości), którym ma służyć system prawa zamówień publicznych, a które mają lub powinny być osiągane przy dokonywaniu zakupów - zamówień publicznych.

[46] Dział III od art. 266.

[47] Chodzi o ustawę z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (tekst pierwotny Dz. U. nr 19, poz. 101).

[48] Wystarczy sprawdzić art. 72 projektu ustawy przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych, którego treści wskazuje na zakres niezbędnych zmian w ustawie o umowie koncesji.

[49] Które dokonało się z dniem wejścia w życie ustawy o umowie koncesji.

[50] Dział X art. 591 i nast. nowej Pzp.

Podobnie jest ze wskazaniem Prezesa UZP jako organu właściwego w sprawach określonych ustawą, z tym jednak zastrzeżeniem, że nie jest to połączone z przyznaniem adekwatnych uprawnień Prezesowi UZP w stosunku do prowadzonych postępowań o udzielenie koncesji oraz możliwości prowadzenia kontrolni tych postępowań, tak jak jest to w Pzp[51]. Jest to ważne w związku ze wskazaniem Prezesa UZP jako organu, który czuwa nad systemem zamówień publicznych[52]. Przyznanemu Prezesowi UZP zadaniu monitorowania stosowania zasad zawierania umowy koncesji[53] nie towarzyszą żadne uprawnienia w zakresie pozyskiwania informacji od koncesjonariusza. Jedynym źródłem informacji pozyskiwanych przez Prezesa UZP są publikowane ogłoszenia w związku z prowadzonym postępowaniem o zawarcie umowy koncesji.

Przyjęte zbliżanie lub wręcz ujednolicanie rozwiązań w ustawie o umowie koncesji i nowej Pzp jest szczególnie istotne dla trzeciej kategorii umów w systemie zamówień publicznych, jakimi są umowy partnerstwa publiczno-prywatnego. Gdzie na gruncie ustawy co do zasady wybór partnera prywatnego odbywa się z wykorzystaniem Pzp lub ustawy koncesyjnej[54], co przy dużej rozbieżności uregulowań w tych dwóch ustawach może znacznie utrudniać podmiotowi publicznemu podejmowanie decyzji o wyborze procedury dla wyłonienia partnera prywatnego. Szczególnie może to być skomplikowane przy sporządzeniu obowiązkowej oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego[55]. Dla przeprowadzenia prawidłowej oceny przedrealizacyjnej z wykorzystaniem analizy *Value for Money* właściwym byłoby sięganie do regulacji prawnych posługujących się tożsamymi instytucjami.

Poważnym mankamentem obecnej Pzp jak i nowej Pzp jest w mojej ocenie bardzo duża liczba wyłączeń z obowiązku stosowania przepisów ustawy. Chodzi tu o bardzo szeroki zakres podstaw przedmiotowo-podmiotowych bezpośrednio wskazanych w przepisach samej ustawy, ale również wyłączenia wprowadzane poszczególnymi ustawami odrębnymi[56] w stosunku do Prawa zamówień publicznych. Również negatywnie dla funkcjo-

[51] Należy zwrócić uwagę na zmianę przepisów dotyczących kontroli Prezesa UZP w nowej Pzp, które wzmacniają rolę i znaczenie Prezesa UZP i kontroli przez niego realizowanej.

[52] Art. 469 pkt 1 nowej Pzp.

[53] Art. 52 ust 2 pkt 2 ustawy o umowie koncesji.

[54] Art. 4 Ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1834 ze zm.).

[55] Art. 3a Ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1834 ze zm.).

[56] Z mojej analizy oraz informacji pozyskanych w trakcie prac nad projektem nowej Pzp mogę stwierdzić, że ustaw dokonujących wyłączenia stosowania Pzp jest kilkadziesiąt (ponad czterdzieści), zob. H. Nowicki, O potrzebie zmian w systemie kontroli zamówień publicznych, (w:) M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań, Warszawa 2017, s. 89.

nowania systemu zamówień publicznych oceniam wyłączenie systemowe, jakim jest wyłączenie zamówień poniżej określonej wartości[57]. Plusem proponowanych rozwiązań jest jednak przewidziany dla zamówień jednorazowych o wartości powyżej kwoty 50 tyś. złotych, jednak poniżej 130 tyś. złotych[58] obowiązek sprawozdawczy i ogłoszeniowy. Wyłączenia stosowania procedur dotyczących udzielania zamówień skutkuje, między innymi, pozbawieniem wykonawców korzystania ze środków ochrony prawnej. Za mankament należy uznać brak rozciągnięcia na wyłączone zamówienia obowiązku stosowania przepisów zawierających zasady oraz wskazujących na cele ustawy, przy czym ta uwaga dotyczy zarówno Pzp jak i nowego Pzp. Każde wyłączenie lub ograniczony zakres stosowania przepisów ustawy należy uznać za rozwiązania dezintegrujące system zamówień publicznych, a tym samym system prawa zamówień publicznych.

Niezależnie od zgłoszonych powyżej uwag należy pozytywnie ocenić nowe Pzp jako regulację prawną służącą dalszemu integrowaniu systemu prawa zamówień publicznych.

[57] Który obecnie wynosi 30 tyś euro (art. 4 pkt 8 Pzp), a w nowej Pzp jest określony kwotą 130 tyś. złotych art. 2 ust.1 pkt 1).

[58] Art. 2 ust. 2 nowej Pzp.

Rajmund Stapiński

Efektywność realizacji polityki środowiskowej państwa w ramach systemu zamówień publicznych – stan obecny i perspektywa zmian

Abstrakt

Zamówienia publiczne jako prawny instrument oddziaływania państwa na gospodarkę stanowią narzędzie realizacji strategii rozwojowych zarówno na szczeblu międzynarodowym, unijnym jak i krajowym. W ramach niniejszego artykułu poddano analizie szereg różnego rodzaju dokumentów strategicznych ukierunkowanych na ochronę środowiska, uwzględniających w swej treści politykę zielonych zamówień publicznych. Zasadniczy cel badań stanowi wyodrębnienie zadań stawianych przed zamówieniami publicznymi, określenie zakładanego poziomu ich wykorzystania w dalszym horyzoncie czasowym oraz metod jego osiągnięcia. W ramach podsumowania przedstawiono ponadto propozycje zmian legislacyjnych w obrębie analizowanego zagadnienia.

Abstract:

Public procurement as a legal instrument of state influence on the economy is a tool for the realization of development strategies at the international, EU and national levels. A number of different types of strategic documents aimed at environmental protection, taking into account in its content the policy of green public procurement, were analyzed in this article. The main purpose of the researches is to distinguish the tasks of public procurement, as well as define the assumed level of their use in the further horizon of time and methods for the achievement of this level. Furthermore, the summary presents proposals for legislative amendments within the analyzed issue.

Wprowadzenie

Realizacja pojedynczych zamówień publicznych dokonywanych w drodze odpowiedniej umowy cywilnoprawnej stanowi zasadniczo akt o znaczeniu mikroekonomicznym, jednakże rozmiary zwielokrotnionych zamówień, jak również różnorodny przedmiot wpływają wydatnie na ogólny rozwój gospodarczy, chociażby poprzez zwiększanie popytu rynkowego[1]. Łączna wartość zamówień publicznych udzielanych w Polsce przekracza 100 mld zł rocznie[2] podkreślając ponadto rolę państwa jako największego jednostkowego inwestora oraz nabywcy dóbr i usług[3].

Zasadniczy cel indywidualnego zamówienia publicznego stanowi zaspokojenie potrzeb zbiorowych (zadanie publiczne), jednak większość zamówień może zostać ukierunkowana na równoległą realizację celów oraz założeń polityki rozwoju. Sprzyja temu fakt, iż interesy publiczne i prywatne pozostają na ogół w zgodności[4]. Zamówienia publiczne stanowiąc czynnik kształtowania popytu rynkowego w zakresie szerokiej skali dóbr materialnych i niematerialnych, stymulują ogólny rozwój gospodarczy. Prawidłowo orientowane zamówienia publiczne mogą stanowić zatem dźwignię poprawy jakości życia publicznego[5]. Kierunki wskazywanej poprawy znajdują swoje odzwierciedlenie w dokumentach planistycznych i aktach prawnych zarówno na szczeblu międzynarodowym, unijnym jak i krajowym. Szczególny wyraz troski o poprawę warunków życia stanowi intensyfikowana w ostatnich latach troska o środowisko w ramach systemu zamówień publicznych nosząca miano tzw. „zielonych zamówień publicznych". Prócz tradycyjnych celów (polityk) systemu zamówień publicznych tj. efektywności i przejrzystości wydatkowania środków publicznych oraz zwiększania konkurencyjności możemy zaobserwować nowe, implementowane w ramach kolejnych nowelizacji prawa zamówień publicznych. Celem takim są z pewnością ww. proekologiczne zamówienia publiczne[6]. Wytworzenie odpowiedniego, ukierunkowanego na ochronę środowiska naturalnego otoczenia prawnego stanowi przedmiot działań zarówno prawodawcy europejskiego jak i ustawodawcy krajowego.

---

[1] R. Szostak, *Zamówienia publiczne instrumentem stymulacji rozwoju gospodarczego*, [w:] A. Powałowski (red.), *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, Warszawa 2016, s. 273.

[2] W ostatnich latach wyniosła odpowiednio: 2014 – 133,20 mld zł; 2015 – 116,31 mld zł; 2016 – 107,40 mld zł; 2017 – 163,20 mld zł – dane za: *Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2018, s. 137.

[3] T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – zarys systemu*, Warszawa 1995, s. 22.

[4] R. Szostak, *Zamówienia publiczne instrumentem…*, s. 273.

[5] R. Szostak, *Aktualny stan rynku zamówień publicznych w Polsce – problemy i kierunki rozwoju*, [w:] M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk (red.), *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, Warszawa 2017, s. 254.

[6] H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych instrumentem kreowania innowacyjnej gospodarki*, A. Powałowski (red.), *Prawne instrumenty oddziaływania…*, s. 289

Polityka środowiskowa RP

Ochrona środowiska naturalnego stanowi przedmiot regulacji wielu dokumentów planistycznych odnoszących się do polityki rozwoju zarówno na szczeblu europejskim jak i krajowym. Za akty o najbardziej doniosłym znaczeniu w zakresie prawa zamówień publicznych należy uznać na szczeblu unijnym: Strategię na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu „Europa 2020"[7]; natomiast na poziomie krajowym: Strategię na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.)[8]. Znaczenie ochrony środowiska we współczesnym rozwoju społeczno-gospodarczym obrazuje fakt, iż w jej zakresie Polska poza wskazanymi aktami jest obowiązana do dopełnienia szeregu zobowiązań wynikających z dokumentów strategicznych tj. m.in. Rezolucja ONZ „Agenda na rzecz zrównoważonego rozwoju 2030"[9], Pakiet energetyczno-klimatyczny[10] oraz Porozumienie paryskie[11].

Komisja Europejska oficjalnie odeszła od rozpatrywania zamówień publicznych wyłącznie jako instrumentu zakupowego, widząc w nich przede wszystkim tzw. *policy tool* lub *policy instrument,* czyli narzędzie polityki społeczno-gospodarczej państwa, które ze względu na rosnącą wartość rynku zamówień publicznych w UE, może stanowić narzędzie wpływu i kształtować gospodarkę zarówno na szczeblu supranacjonalnym, jak i krajowym[12]. Strategia „Europa 2020" w ramach swoich priorytetów wskazuje zrównowa-

---

[7] Komunikat Komisji Europejskiej, KOM(2010) 2020, Bruksela, 3.3.2010.

[8] Uchwała nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r. w sprawie przyjęcia Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.) (M.P. z 2017 r. poz. 260).

[9] Rezolucja przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne w dniu 25 września 2015 r., Przekształcamy nasz świat: Agenda na rzecz zrównoważonego rozwoju 2030 (A/RES/70/1).

[10] Pakiet rozwiązań legislacyjnych, w którego skład wchodzą:
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/29/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. zmieniająca dyrektywę 2003/87/WE w celu usprawnienia i rozszerzenia wspólnotowego systemu handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych (Dz. U. UE L 140 z 5.06.2009 r., s. 63, z późn. zm.)
- Decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/406/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie wysiłków podjętych przez państwa członkowskie, zmierzających do zmniejszenia emisji gazów cieplarnianych w celu realizacji do roku 2020 zobowiązań Wspólnoty dotyczących redukcji emisji gazów cieplarnianych (Dz. U. UE L 140 z 5.06.2009 r., s. 136, z późn. zm.)
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/31/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie geologicznego składowania dwutlenku węgla oraz zmieniająca dyrektywę Rady 85/337/EWG, Euratom, dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/60/WE, 2001/80/WE, 2004/35/WE, 2006/12/WE 2008/1/WE i rozporządzenie (WE) nr 1013/2006 (Dz. U. UE L 140 z 5.06.2009 r., s. 114, z późn. zm.)
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE (Dz. U. UE L 140 z 5.06.2009 r., s. 16, z późn. zm.)

[11] Porozumienie paryskie - Ramowa konwencja Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu (tłumaczenie), (Dz. U. UE L 282 z 19.10.2016, s. 4).

[12] P. Nowicki, *Wiele hałasu o nic? Kilka uwag o instrumentalizacji prawa i roli państwa w gospodarce na przykładzie prawa zamówień publicznych*, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski (red.), *Państwo a gospodarka. Interes publiczny w prawie gospodarczym, Tom. VII*, Toruń 2018, s. 147.

żony rozwój skupiony na wspieraniu gospodarki efektywnie korzystającej z zasobów, bardziej przyjaznej środowisku i bardziej konkurencyjnej[13]. Realizacji wskazanego priorytetu służy projekt przewodni „Europa efektywnie korzystająca z zasobów", w ramach którego Komisja Europejska podjęła się poprawy ram prawnych dla stosowania instrumentów rynkowych poprzez sprzyjanie szerszemu wykorzystaniu ekologicznych zamówień publicznych[14], natomiast na poziomie krajowym zobowiązuje państwa członkowskie do modernizacji zamówień publicznych, w celu zmiany metod produkcji i konsumpcji a także ograniczenia zużycia energii i zasobów[15]. Przyjęte założenia znajdują swoje odzwierciedlenie w szczególności w przepisach Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych[16], wskazującej w ramach motywu 2, iż „Zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii „Europa 2020" (…) jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych". Dyrektywa nakreśla ogóle ramy i założenia polityki zrównoważonych zamówień publicznych wskazując implementującym ją państwom członkowskim zarówno skonkretyzowane cele, jak i środki ich realizacji, znajdujące w efekcie swoje odzwierciedlenie w obowiązującym w nich ustawodawstwie krajowym. Przyjęte rozwiązania stanowią częstokroć wierne odzwierciedlenie norm prawnych umocowanych w ramach dyrektywy.

Na gruncie prawa krajowego kluczowy dokument w obszarze średnio- i długofalowej polityki gospodarczej stanowi przyjęta przez Radę Ministrów 14 lutego 2017 r. Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.). Jej zasadniczy cel stanowi stworzenie warunków dla wzrostu dochodów mieszkańców Polski przy jednoczesnym wzroście spójności w wymiarze społecznym, ekonomicznym, środowiskowym i terytorialnym. Realizacji tego założenia służą cele szczegółowe tj. „Trwały wzrost gospodarczy oparty coraz silniej o wiedzę, dane i doskonałość organizacyjną"; „Rozwój społecznie wrażliwy i terytorialnie zrównoważony" oraz „Skuteczne państwo i instytucje służące wzrostowi oraz włączeniu społecznemu i gospodarczemu", których osiągnięcie jest planowane w drodze skoncentrowanych działań o charakterze prawnym, insty-

[13] Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu Społecznemu „Europa 2020", s. 11.

[14] *Ibidem*, s. 18.

[15] *Ibidem*, s. 18-19.

[16] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, (Dz. U. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.).

tucjonalnym i inwestycyjnym[17]. W ramach rozwiązań proponowanych dla poszczególnych obszarów interwencji zamówienia publiczne potraktowane zostały jako narzędzie wspierania innowacyjności (w ramach stymulowania popytu na innowacyjne rozwiązania)[18], ochrony środowiska[19] oraz sytuacji MŚP[20]. Zamówienia publiczne stanowią w kontekście analizowanej strategii narzędzie regulacyjne w zakresie modyfikacji popytu na poszczególne dobra a co za tym idzie instrument kreujący pożądane zachowania ze strony przedsiębiorców[21]. Główny projekt w obszarze modyfikacji i dostosowania analizowanej materii do celów Strategii stanowi działanie o charakterze regulacyjnym pod postacią przygotowania i uchwalenia nowego Prawa zamówień publicznych.

Rolę regulacji sektorowej w zakresie ochrony środowiska pełni obecnie obowiązująca Strategia „Bezpieczeństwo Energetyczne i Środowisko – perspektywa do 2020 r."[22]. Wskazuje ona na istotną rolę zamówień publicznych w realizacji normowanych przez nią celów środowiskowych, określając zielone zamówienia/zielone zakupy jako jedno z najskuteczniejszych narzędzi pozwalających na kształtowanie bieżących wzorców produkcji i konsumpcji, wywierających obecnie zbyt dużą presję na środowisko. Środek zaradczy wobec problemów środowiskowych w tym zakresie stanowić ma upowszechnienie zielonych zamówień publicznych wpływających korzystnie na rozwój rynku produktów przyjaznych środowisku a co za tym idzie na poszerzenie rynku technologii środowiskowych oraz sektora usług okołośrodowiskowych[23]. Strategia Bezpieczeństwo Energetyczne i Środowisko podkreśla konieczność upowszechniania kryteriów środowiskowych w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publiczne, a w szczególności w tych, których przedmiot stanowią dostawy i usługi w sektorach budownictwa, transportu oraz żywności, z uwagi na fakt, iż pochłaniają one największą ilość zasobów. Strategia podkreśla konieczność jednoczesnego zwiększania świadomości urzędników i przedsiębiorców w zakresie zielonych zamówień publicznych poprzez działania edukacyjne tj. w szczególności popularyzacja katalogu kryteriów środowiskowych, dobrych praktyk w tym zakresie, upowszechnianie informacji na temat systemu zielonych zamówień a także organizację kampanii informacyjnych zwiększających świadomość uczestników rynku zamówień publicznych a także wspieranie

[17] Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.), s. 7.

[18] *Ibidem*, s. 81, 96, 232.

[19] *Ibidem*, s. 81.

[20] *Ibidem*, s. 232

[21] *Ibidem*, s. 221.

[22] Uchwała Rady Ministrów z dnia 15 kwietnia 2014 r. (M.P. z 2014, poz. 469 z późn. zm.).

[23] Strategia Bezpieczeństwo Energetyczne i Środowisko perspektywa do 2020 r., Warszawa 2014 (M.P. 2014 poz. 469), s. 93-94.

systemów certyfikacji środowiskowej[24]. Należy podkreślić, iż obecnie na etapie zaawansowanych prac legislacyjnych znajduje się nowa strategia środowiskowa - Polityka ekologiczna państwa 2030[25], która wraz z analizowaną uprzednio Strategią na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.) ma stanowić krajową strategię środowiskową.

Założenia w zakresie udziału zamówień publicznych w realizacji wskazanych strategii środowiskowych

Każda ze wskazanych strategii (polityk, agend, porozumień) prezentuje zasadniczo zbieżne stanowisko co do roli przyjaznych środowisku zamówień publicznych, jako instrumentu służącego wdrażaniu zrównoważonego wzrostu w aspekcie ekonomicznym i społecznym. Z uwagi na ich odmienny charakter a także miejsce w hierarchii źródeł prawa, instrumentarium prawne służące ich osiągnięciu jest mocno zróżnicowane, wynika to jednak z natury każdego z analizowanych dokumentów. Co szczególnie istotne, projektowane cele i założenia w kontekście zakresu udziału ekologicznych zamówień publicznych w ramach ogółu prowadzonych postępowań, stanowią przykład równie dużego zróżnicowania.

Jedyny dokument określający wprost projektowany udział ekologicznych (zielonych) zamówień publicznych w całym krajowym systemie zamówień publicznych stanowi Strategia Bezpieczeństwo Energetyczne i Środowisko perspektywa do 2020 r. i zgodnie z jej postanowieniami poprzez zwiększenie odsetka zielonych zamówień publicznych w ogóle postępowań ma on zostać zwiększony z 9% wartości bazowej z 2010 r. do 25% w 2020 r.[26] – tożsame wartości zakłada projekt nowej sektorowej strategii środowiskowej[27].

Natomiast pozostałe strategie nakładają na krajowego ustawodawcę inne zadania, skupione w głównej mierze na wdrożeniu proponowanych zmian legislacyjnych na poziomie krajowym a tym samym osiągnięcie głównych założeń w zakresie ochrony środowiska tj. m.in.:

Strategia „Europa 2020" - osiągnięcie celu 20/20/20 w zakresie klimatu i energii (ograniczenie emisji dwutlenku węgla o co najmniej 20% w porównaniu z poziomem z 1990 r.; zwiększenie udziału odnawialnych źródeł ener-

[24] Strategia Bezpieczeństwo Energetyczne…, s. 94.

[25] www.bip.kprm.gov.pl/kpr/form/r9356511228,Projekt-uchwaly-Rady-Ministrow-w-sprawie-przyjecia-Polityki-ekologicznej-panstwa.html [dostęp: 14.07.2019 r.].

[26] Strategia Bezpieczeństwo Energetyczne…., s. 90.

[27] Polityka ekologiczna państwa 2030 – Projekt z dn. 11 lipca 2018 r., s. 22 - https://bip.mos.gov.pl/fileadmin/user_upload/bip/prawo/projekty/PROJEKT_POLITYKI_EKOLOGICZNEJ_PANSTWA_2030/Projekt_Polityki_ekologicznej_panstwa_2030.pdf [dostęp: 14.07.2019 r.].

gii w całkowitym zużyciu energii do 20% oraz zwiększenie efektywności wykorzystania energii o 20%)[28];

Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju – zwiększenie udziału autobusów na alternatywne paliwo w ogólnej liczbie autobusów do obsługi transportu miejskiego z 3,6 w 2015 r. do odpowiednio 4,2 w roku 2020 i 16 w 2030[29]. Strategia szczególną rolę w tym zakresie przypisuje regulacjom prawnym z zakresu elektromobilności a także *stricte* zielonym zamówieniom publicznym[30].

Realizacji założonych celów służą rozwiązania prawne umożliwiające uwzględnianie aspektów środowiskowych umocowane w ramach ustawy Prawo zamówień publicznych[31]. Ustawa poprzez implementację w ramach nowelizacji z 22 czerwca 2016 r.[32] uwzględnia w swej treści postanowienia Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, wprowadzając szereg nowych, w założeniu efektywnych instrumentów prawnych mających upowszechnić w praktyce stosowanie polityki zielonych zamówień publicznych. W obecnym kształcie ustawy, zamawiający dysponuje następującymi narzędziami stosowania polityki proekologicznej w prowadzonych przez siebie postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego:

- środowiskowe kryteria opisu przedmiotu zamówienia – art. 29 ust. 4 PrZamP;
- obligatoryjne kryteria wykluczenia wykonawcy z postępowania związane z ochroną środowiska – art. 24 ust. 1 pkt 13 PrZamP;
- fakultatywne kryteriach wykluczenia wykonawcy z postępowania odnoszących się do ochrony środowiska – art. 24 ust. 5 pkt 5 i 7 PrZamP;
- odwołania w opisie przedmiotu zamówienia do oznakowania związanego z aspektami środowiskowymi – art. 30a PrZamP;
- środowiskowe kryteria oceny ofert – art. 91 ust. 1 pkt 3 PrZamP;
- kryterium kosztu z wykorzystaniem rachunku kosztów cyklu życia – art. 91 ust. 3b PrZamP.

Stosowanie ww. rozwiązań stymulują działania edukacyjne, informacyjne oraz szkoleniowe prowadzone przez Urząd Zamówień Publicznych.

---

[28] Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju…, s. 12.

[29] Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju…, s. 403.

[30] Szerzej: S. Bobowski, J. Gola, *Elektromobilność w systemie zamówień publicznych – aspekty prawne i ekonomiczne*, [w:] K. Kokocińska, J. Kola (red.), *Prawne i ekonomiczne aspekty rozwoju elektromobilności*, Warszawa 2019, s. 131-148.

[31] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2018 poz. 1986).

[32] Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020).

Stan zielonych zamówień publicznych w Polsce

Metodologia analizy poziomu zielonych zamówień publicznych, realizowana do 2015 r. w oparciu o próbę losową ogłoszeń o zamówieniu, nie pozwala na jednoznaczne określenie ich faktycznego poziomu w dalszym horyzoncie czasowym. Umożliwia ona jednakże zaobserwowanie trendów występujących w obszarze analizowanej problematyki. Opublikowane przez UZP dane statystyczne wskazują, iż od 2010 r. poziom zielonych zamówień publicznych utrzymuje się na zbliżonym poziomie tj. udział postępowań kwalifikowanych jako „zielone" w ogóle postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wyniósł odpowiednio: 2010 r. – 9%; 2011 r. – 12%; 2012 r. – 12%; 2013 r. – 12,1%; 2014 r. – 9,25%; 2015 r. – 11,40%[33]. Dane gromadzone wg odmiennej metodologii (odnoszące się jedynie do oznakowania środowiskowego) wskazują, iż w 2017 r. jedynie 333 spośród 33 690 zamawiających uwzględniło aspekty środowiskowe w prowadzonych przez siebie postępowaniach, sytuując poziom zielonych zamówień publicznych jedynie jako 1% ogólnej liczby udzielonych postępowań[34]. Dane te pomimo, iż z gruntu rzeczy niepełne[35] wykazują jednoznacznie, że osiągnięcie zakładanych celów środowiskowych formułowanych w poszczególnych strategiach i innych dokumentach kształtujących krajową politykę środowiskową, nie jest obecnie możliwe.

Przyczyn takiego stanu rzeczy należy doszukiwać się przede wszystkim w stosunkowo niewielkiej wiedzy ma temat celów stosowania aspektów środowiskowych; braku dokumentów programowych i regulaminów dotyczących uwzględniania aspektów środowiskowych w ich jednostkach jak również niewielkim doświadczeniu zamawiających w stosowaniu tych aspektów[36]. Zamawiający wykazują ponadto obawy przez zarzutem nieprawidłowego stosowania określonych rozwiązań prośrodowiskowych ze strony instytucji kontrolnych[37]. Problem nieartykułowany wprost przez zamawiających może stanowić fakt, iż produkty oraz usługi, które są bardziej ekologiczne a ich negatywny wpływ na środowisko jest zmniejszony, są zazwyczaj droższe od podobnych produktów i usług, które nie mają efektu ekologicznego[38].

---

[33] Krajowy Plan Działań w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2017-2020, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2017, s. 35 www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0022/34537/Krajowy_Plan_Dzialan_ZZP_na_lata_2017_2020.pdf [dostęp: 14.07.2019 r.].

[34] Stan zrównoważonych zamówień publicznych w 2017 roku – raport, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2018, s. 17.

[35] Na dzień 14.07.2019 r. nie są powszechnie dostępne wyniki bardziej kompleksowych i miarodajnych badań w tym zakresie.

[36] Stan zrównoważonych zamówień…, s. 61-62.

[37] Krajowy Plan Działań…, s. 37.

[38] A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Bydgoszcz -Warszawa 2007, s. 285.

Co szczególnie istotne, przedstawiciele instytucji zamawiających wskazują na adekwatność obecnie obowiązujących regulacji prawnych do rzeczywistości i nie upatrują w ich błędnej konstrukcji problemu w upowszechnieniu realizacji polityk środowiskowych w zamówieniach publicznych[39]. Pogląd ten zdaje się podzielać ustawodawca, gdyż w ramach nowego Prawa zamówień publicznych[40], nie przewiduje wprowadzania nowych regulacji dotyczących kwestii środowiskowych, ograniczając swoje działania w tym zakresie do rozszerzenia treści i ułatwienia interpretacji postanowień ustawy w zakresie wymagań dotyczących realizacji zamówienia o charakterze środowiskowym[41]. Biorąc pod uwagę charakter barier, a także brak bezpośrednich środków zaradczych planowanych do wdrożenia w najbliższym czasie, koncepcja wsparcia rozwoju zielonych zamówień publicznych, a co za tym idzie osiągnięcia celów stawianych przed nimi na gruncie dokumentów strategicznych i planistycznych, oparta jest obecnie w głównej mierze na intensyfikacji działań edukacyjno-szkoleniowych. Założenie takie choć w istocie słuszne, biorąc pod uwagę dotychczasową praktykę pozwala poddać w wątpliwość swą skuteczność, szczególnie zważając na skalę zapóźnieni w realizacji pierwotnie założonych celów. Warto rozważyć poddanie szczegółowej analizie a następnie stopniowe wdrażanie środków o nieco większym stopniu ingerencji w swobodę zamawiających pod postacią obligatoryjności stosowania klauzul środowiskowych w odniesieniu do określonych kategorii przedmiotów zamówienia.

Podsumowanie

Strategie i programy rozwojowe zarówno szczebla międzynarodowego jak i krajowego sytuują zamówienia publiczne jako ważny instrument realizacji ich podstawowych założeń. Również dokumenty tej rangi na szablu krajowym wyznaczają ambitne cele w zakresie rozwoju zielonych zamówień publicznych, które jednakże są jedynie w nieznacznym stopniu realizowane. Administracja publiczna prowadząc politykę rozwoju na podstawie przyjętych strategii i programów, kierując się ich celem powinna dokonywać wyboru najwłaściwszych środków i metod ich osiągnięcia. Oznacza to, iż w ramach obowiązującego rozwoju gospodarczego wyznacza ona granice pomiędzy państwem a rynkiem (gospodarką), dokonując wyborów pomiędzy regulacją a deregulacją, formalizacją a odbiurokratyzowaniem, prywatyzacją a (re)publicyzacją oraz tworząc normy aktywności w obsza-

[39] Stan zrównoważonych zamówień…, s. 62.

[40] Rządowy projekt ustawy - Prawo zamówień publicznych (Druk nr 3624/VIII kadencja).

[41] Koncepcja nowego Prawa Zamówień Publicznych, Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii-Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2018, s. 69.

rze działalności gospodarczej (także poprzez system zachęt i wsparcia)[42]. Osiągnięcie założonych celów i kierunków interwencji skonkretyzowanych w dokumentach strategicznych jest zależne od wielu czynników, w tym m.in. źródeł finansowania, polityki makroekonomicznej, barier w prowadzeniu działalności gospodarczej, współpracy i dialogu na linii społeczeństwo-biznes-samorząd oraz zmiany mentalności urzędników[43].

Prawo stanowi instrument, za pomocą którego państwo wypełnia swoje funkcje, a także realizuje swoje zadania[44]. Cele zamówień publicznych, wśród których wymieniane są zielone (proekologiczne) zamówienia publiczne są w istocie osadzonymi w tym prawie wartościami[45]. Ochrona środowiska i ograniczanie tempa zmian klimatycznych przy ich pomocy stanowi zatem wyraz troski o poszanowanie owych wartości. Należy podkreślić, iż stosowanie proekologicznych zamówień nie stoi w sprzeczności z efektywnością ekonomiczną danego zamówienia, częstokroć służy jej zwiększeniu, jednakże pełne zrozumienie tej relacji wymaga dokonania szerszych kalkulacji wykraczających poza samą cenę lub koszt nabycia towaru, usługi czy robót budowlanych.

Powyższe kwestie, uzasadniające konieczność ingerencji w pełną swobodę zamawiającego zdają się uzasadniać wskazywaną w pracy konieczność opracowania katalogu przesłanek obligatoryjnego stosowania instrumentów z zakresu zielonych zamówień publicznych. Niewielka, powierzchowna i nieusystematyzowana wiedza zamawiających na temat celów aspektów środowiskowych zdaje się uzasadniać tezę, że ich stosowanie na szerszą skalę może odbywać się tylko na zasadzie automatyzmu lub przymusu[46]. Potencjalne wdrożenie tego typu rozwiązań powinno jednak stanowić ostateczność i z uwagi na ograniczenie swobody zamawiających należy je poprzedzić szerokimi analizami i konsultacjami połączonymi z intensyfikacją działań edukacyjno-szkoleniowych. Należy pamiętać, że ewentualne niepowodzenia w realizacji poszczególnych założeń polityki środowiskowej a w efekcie ograniczenie jej efektywności, nie ogranicza się jedynie do strat natury finansowej czy politycznej, lecz skutkuje pogorszeniem stanu środowiska naturalnego, którego to efekty odczuwamy cyklicznie, z coraz większą częstotliwością w naszym najbliższym otoczeniu.

---

[42] K. Kokocińska, *Spójność działań organów władzy wykonawczej na rzecz rozwoju (na przykładzie sektora elektromobilności*, [w:] K. Kokocińska, J. Kola (red.), *Prawne i ekonomiczne aspekty rozwoju elektromobilności*, Warszawa 2019, s. 3.

[43] S. Pangsy-Kania, *System zarządzania rozwojem w Polsce i rola w nim dokumentów strategicznych*, Studia z Polityki Publicznej, nr 3(7)2015, s. 136.

[44] P. Nowicki, *Wiele hałasu o nic?…*, s. 150.

[45] M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 1

[46] Stan zrównoważonych zamówień…, s. 61.

Dr Anna Banaszewska

Środki ochrony prawnej w dobie przemian

Abstrakt

Artykuł odnosi się do regulacji dotyczących środków ochrony prawnej, bez których prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych nie byłoby możliwe. Omówiono ewolucję regulacji dotyczącej środków ochrony prawnej na przestrzeni lat – od momentu uchwalenia ustawy z 1994 r. o zamówieniach publicznych do dnia dzisiejszego. Pogłębionej, krytycznej analizie poddano przepisy projektu ustawy prawo zamówień publicznych, która obecnie procedowana jest w Sejmie. Autorka wskazuje na szereg wątpliwości, jakie budzą dotychczasowe regulacje, a co do których nie odniesiono się w projekcie.

Abstract.

The article refers to the regulation of legal remedies without which the proper functioning of the public procurement system would not be possible. It discusses the evolution of the regulation on legal remedies over the years - since the adoption of the Act of 1994 on Public Procurement to the present day. The provisions of the draft law on public procurement, which is currently undergoing proceedings in the Sejm, have been thoroughly and critically analyzed. The author points to a number of doubts, which are raised by the existing regulations and which have not been referred to in the draft.

Uwagi wstępne

W związku procedowanymi w Sejmie pracami nad nowym Prawem zamówień publicznych[1] warto przyjrzeć się bliżej instrumentom, bez których prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych nie byłoby możliwe, a mianowicie środkom ochrony prawnej. Stanowią one podstawowy instrument ochrony praw wykonawców, stwarzający możliwość wpływania na zachowanie zgodności czynności podejmowanych przez za-

[1] Zob. Uzasadnienie do projektu ustawy prawo zamówień publicznych, druk sejmowy nr 3624 z 2019 r., Sejm VIII kadencji.

mawiających w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z obowiązującymi przepisami prawa. Zmierzają do przywrócenia prawidłowego biegu postępowania, umożliwiając naprawienie wadliwej czynności postępowania lub dokonanie czynności uprzednio zaniechanej, do dokonania której zamawiający był obowiązany. Przyczyniają się również do zniwelowania dysproporcji pomiędzy zamawiającym a podmiotami ubiegającymi się o zamówienie publiczne. Jednocześnie stanowią gwarancję przestrzegania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Nim omówione zostaną propozycje zawarte w nowym Prawie zamówień publicznych, należy pokrótce przedstawić ewolucję przepisów odnoszących się do środków ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych. Doświadczenia przeszłości nie pozostają bowiem bez wpływu na zaproponowane w projekcie ustawy rozwiązania, w których projektodawca zmierza do zwiększenia gwarancji ochrony interesów przedsiębiorców.

Ewolucja regulacji dotyczących środków ochrony prawnej

Bieżąca regulacja środków ochrony prawnej w prawie zamówień publicznych kształtowała się ponad dwadzieścia pięć lat. W ciągu tego okresu ustawodawca udoskonalał rozwiązania, które nie sprawdziły się w praktycznym funkcjonowaniu bądź modyfikował przepisy w celu dostosowania krajowego porządku prawnego do wymogów prawa unijnego. Warto podkreślić, że zamówienia publiczne stanowią jeden z niewielu obszarów prawa unijnego, w których uregulowania dotyczące przysługujących pokrzywdzonym jednostkom środków prawnych zostały ukształtowane na poziomie unijnym[2]. Tym samym minimalne standardy ochrony prawnej w zamówieniach publicznych wyznaczone zostały: dyrektywą Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane[3], dyrektywą Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji[4] oraz nowelizującą je dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy

[2] Zob. A. Sołtysińska, [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1296.

[3] Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989, s. 33; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 246, z późn. zm.

[4] Dz. Urz. WE L 76 z 23.03.1992, s. 14; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 315, z późn. zm.

skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych[5].

Wprowadzając pierwszą kompleksową regulację dotyczącą udzielania zamówień publicznych – ustawę z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych[6] – ustawodawca zdecydował o niepoddawaniu sporów wynikających w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sądom powszechnym. Była to kluczowa decyzja, która zdeterminować miała przyjęty w Rzeczpospolitej Polskiej sposób rozwiązywania przedkontraktowych sporów między wykonawcą a zamawiającym, w którym właściwość przyznana została *quasi*-sądowemu organowi powołanemu do rozpoznawania spraw z zakresu zamówień publicznych. Początkowo ustawa przewidywała tylko dwa środki prawne, za pomocą których dostawcy i wykonawcy mogli żądać weryfikacji czynności podejmowanych przez zamawiającego, a mianowicie protest i odwołanie. Protest, składany bezpośrednio do zamawiającego w formie pisemnej, wszczynał procedurę samokontroli oprotestowanej czynności przez zamawiającego i wstrzymywał zawarcie umowy o zamówienie publiczne. Na rozpatrzenie protestu zamawiający miał 7 dni od jego wniesienia, przy czym ustawodawca nie nakładał na zamawiającego obowiązku merytorycznego rozpatrzenia protestu. W przypadku oddalenia protestu lub nierozpatrzenia go w terminie protestujący mógł złożyć odwołanie do Prezesa UZP. Prezes UZP nie był jednak władny do rozpoznania odwołania, wykonywał jedynie wstępne czynności procesowe, zaś w celu rozpoznania odwołania tworzono *ad hoc* zespół trzech arbitrów, wybieranych z listy prowadzonej przez Prezesa UZP. Dopiero z czasem, na mocy przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych[7], dodano przepis art. 91a przewidujący możliwość wniesienia skargi do sądu na zasadach określonych w Kodeksie postępowania cywilnego. W wyniku kolejnych zmian, dokonanych ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych[8], odnoszący się do środków ochrony prawnej rozdział 8 ustawy zatytułowano „Protest, odwołanie i skarga" oraz dodano nowy rozdział 8a zatytułowany „Postępowanie przed sądem". Konsekwencją wprowadzenia tych przepisów była zmiana charakteru skargi[9]. Przestała ona być środkiem o charakterze kasatoryjnym. Istota nowelizacji sprowadzała się bowiem do poddania orzeczeń wydawanych przez zespoły arbitrów pełnej kontroli sądowej dokonywanej przez Sąd Okręgowy w Warszawie.

---

[5] Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007, s. 31, z późn. zm.

[6] Dz. U. Nr 76, poz. 344.

[7] Dz. U. Nr 123, poz. 778.

[8] Dz. U. nr 76, poz. 813.

[9] Zob. P. Świątecki, *Ustawa o zamówieniach publicznych po nowelizacjach. Praktyczny komentarz*, Zielona Góra 2002, s. 252.

Z dniem 2 marca 2004 r. weszła w życie obowiązująca dziś ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[10], lecz nie wiązała się ona z wielką reformą środków odwoławczych. Przyjęte w niej regulacje dotyczące środków ochrony prawnej w znacznej mierze wzorowane były na dotychczasowych rozwiązaniach. Zachowano trzyetapową strukturę procedur odwoławczych, przewidującą pozostające w związku instancyjnym środki ochrony prawnej – protest rozpoznawany przez zamawiającego, odwołanie od rozstrzygnięcia protestu rozpoznawane przez zespoły arbitrów oraz skargę do sądu na orzeczenie zespołu arbitrów kończące sprawę. Większe zmiany przyszły wraz z uchwaleniem ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw[11]. Zlikwidowano listę arbitrów i powołano Krajową Izbę Odwoławczą przy Prezesie UZP jako stały organ rozpoznający odwołania od rozstrzygnięć protestów wnoszonych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co w założeniu ustawodawcy miało zapewnić profesjonalizm w rozpatrywaniu odwołań oraz jednolitość orzecznictwa[12]. Oprócz kwestii dotyczących organu orzekającego zmianie uległ zakres czynności zaskarżalnych odwołaniem, a w konsekwencji i skargą. Dopuszczalność odwołania od rozstrzygnięcia protestu została uzależniona od wartości zamówienia. Odwołanie przysługiwało w postępowaniach, w których wartość zamówienia była równa lub wyższa od wartości określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. Ograniczenie to złagodzono na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw[13], na mocy której wprowadzono możliwość skorzystania z odwołania w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., jednakże wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bądź odrzucenia oferty. Jednocześnie wydłużono termin na wniesienie odwołania z pięciu do dziesięciu dni, ale tylko w postępowaniach powyżej progów unijnych. Kolejne reformy w systemie środków ochrony prawnej przyniosła ze sobą ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych[14]. Zmodyfikowała ona zasady wnoszenia

[10] Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.

[11] Dz. U. Nr 82, poz. 560.

[12] Zob. Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk sejmowy nr 1193 z 2006 r., Sejm V kadencji.

[13] Dz. U. Nr 171, poz. 1058.

[14] Dz. U. Nr 206, poz. 1398.

opłaty sądowej od skargi na orzeczenie KIO w znaczący sposób ograniczając dostępność tego środka. Jeżeli skarga dotyczyła czynności podjętych po otwarciu ofert, należna była opłata stosunkowa w wysokości 5% wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczyła, jednak nie więcej niż 5.000.000 złotych. A zatem maksymalny wpis od skargi był pięćdziesięciokrotnie wyższy od maksymalnej opłaty w innych sprawach rozpoznawanych w postępowaniu cywilnym. Ustanawiający tak wysoki wpis przepis art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2008 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych[15], jako przejaw nadmiernego fiskalizmu, słusznie został uznany za niekonstytucyjny na mocy wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 kwietnia 2014 r.[16]. Zauważyć przy tym należy, że nawet po uchyleniu art. 34 ust. 2 u.k.s.c., podnoszone są w literaturze głosy, iż wysokość opłaty od skargi jest na tyle duża, że może znacznie ograniczać konstytucyjne prawo do sądu, jak i realizację postanowień zawartych w dyrektywach odwoławczych[17].

Najbardziej doniosłe zmiany w systemie środków ochrony prawnej wprowadziła ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw[18]. Jej celem było dostosowanie polskich regulacji do wymogów wprowadzonych dyrektywą nr 2007/66/WE. Ustawodawca zdecydował się wówczas na zmianę brzmienia całego działu VI ustawy – „Środki ochrony prawnej", a nie poszczególnych przepisów. Zlikwidowano instytucję protestu, ograniczając system środków ochrony prawnej do dwóch instytucji – odwołania wnoszonego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wnoszonej do sądu okręgowego właściwego ze względu na siedzibę zamawiającego. Przewidziano także możliwość wniesienia skargi kasacyjnej od wyroku sądu okręgowego lub postanowienia tego sądu kończącego postępowanie w sprawie, ale wyłącznie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Nowelizacja ta ukształtowała system, który z nielicznymi zmianami funkcjonuje do dziś. Z późniejszych nowelizacji ważkie znaczenie dla funkcjonowania środków ochrony prawnej miały zmiany wprowadzone w drodze ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych[19] oraz ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie

[15] Dz. U. z 2010 r., nr 90, poz. 594 z późn. zm.

[16] Zob. wyrok TK z dnia 15 kwietnia 2014 r., SK 12/13, OTK-A 2014, nr 4, poz. 41.

[17] Zob. N. Banaś, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej a konstytucyjne zasady: prawa do sądu oraz co najmniej dwuinstancyjnego postępowania sądowego,* [w:] Ł. Błaszczak (red.), *Konstytucjonalizacja postępowania cywilnego,* Wrocław 2015, s. 199; P. Granecki, Środki ochrony prawnej i system organów je realizujących, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian,* Wrocław 2015, s. 428; P. Wiśniewski, Środki ochrony prawnej (cz. 1), „Przetargi Publiczne" 2016, nr 5, s. 56-57.

[18] Dz. U. Nr 223, poz. 1778.

[19] Dz. U. poz. 1232.

ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw[20]. Ta pierwsza określiła zasady ponoszenia ciężaru dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ta druga, zdecydowanie obszerniejsza, poszerzyła katalog czynności, wobec których przysługuje odwołanie o dwie nowe przesłanki, tj. czynność określenia warunków udziału w postępowaniu oraz wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wprowadziła możliwość częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania.

Wśród istotnych zmian systemu środków ochrony prawnej należy jeszcze przywołać unifikację modelu zaskarżania czynności zamawiającego w ramach postępowań o zawarcie umowy koncesji dokonaną wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi[21]. Na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy koncesyjnej[22] podmiotom poszukującym ochrony prawnej w procedurze udzielania koncesji przysługiwało prawo do wniesienia skargi do sądu administracyjnego. Obowiązywanie takiego modelu wiązało się z możliwością wydania przez sąd wyłącznie orzeczenia o charakterze kasatoryjnym, co w nieuzasadniony sposób różnicowało sposób udzielania ochrony prawnej podmiotom angażującym się we współpracę z sektorem publicznym i w znaczący sposób wydłużało czas postępowania o zawarcie umowy koncesji[23]. Na gruncie obecnie obowiązujących regulacji spory te poddane zostały kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Środki ochrony prawnej w nowym prawie zamówień publicznych

W projekcie nowego Prawa zamówień publicznych zachowano dwuetapowy model kontroli prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie, podobnie jak obecnie, inicjowane ma być poprzez wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Nad orzeczeniami Izby merytoryczną kontrolę nadal sprawować będzie sąd powszechny. Przewidziano jednak, że sądem wyłącznie właściwym do rozpoznania skargi na orzeczenie KIO będzie Sąd Okręgowy w Warszawie – sąd zamówień publicznych. Jest to rozwiązanie, które odpowiada na postulaty od lat zgłaszane przez zarówno przez teoretyków, jak i praktyków prawa zamówień publicznych[24]. Specjalizacja pozwoli na kształtowanie racjonalnej

[20] Dz. U. poz. 1020.

[21] Dz. U. poz. 1920.

[22] Zob. ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2015 r. poz. 113).

[23] Zob. A. Czajka, *Dualizm środków ochrony prawnej partnerstw publiczno-prywatnych jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] B. Dolnicki, J.P. Tarno (red.), *Samorząd terytorialny w Polsce a sądowa kontrola administracji*, Warszawa 2012, s. 65.

[24] Zob. R. Szostak, *O potrzebie wzmocnienia statusu Krajowej Izby Odwoławczej – z perspektywy 10-lecia jej działalności*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych" 2017, nr , s. 7; M. Kania, *Kierunki zmian polskiego prawa zamówień publicznych. Wybrane zagadnienia*, [w:] M. Stręciwilk, A.

wykładni przepisów prawa i wypracowywanie jednolitej linii orzeczniczej. Dotychczasowy model, w którym obciążenie sądów okręgowych sprawami ze skargi na orzeczenie KIO rozkładało się nierównomiernie, powodował znaczące rozbieżności w orzecznictwie. Ponad jedna trzecia skarg, z uwagi na koncentrację naczelnych i centralnych organów administracji publicznej w stolicy, rozpoznawana jest przez Sąd Okręgowy w Warszawie, podczas gdy sądy okręgowe z mniejszych ośrodków orzekają w sprawach ze skargi zaledwie raz w roku lub nawet raz na kilka lat[25]. Zmianę tę należy ocenić jednoznacznie pozytywnie, jednak bez idących z nią w parze zmian co do przepisów regulujących postępowanie wywołane wniesieniem skargi nie przyniesie ona spodziewanych efektów.

Przede wszystkim nie może być mowy o zwiększeniu efektywności postępowań wywołanych wniesieniem środków ochrony prawnej w sytuacji gdy – tak jak jest to planowane – utrzymane zostaną obecne rozwiązania dotyczące zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeżeli zakaz zawarcia umowy będzie obowiązywał zamawiającego jedynie do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, to skarga na orzeczenie KIO pozostanie środkiem nieatrakcyjnym dla wykonawców, gwarantującym jedynie iluzoryczną ochronę prawną[26]. Celem zwiększenia efektywności ochrony prawnej udzielanej w postępowaniach wywołanych skorzystaniem ze środków ochrony prawnej, należy przedłużyć okresu zawieszenia typu *standstill*, podczas którego nie można zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, do momentu wydania przez sąd okręgowy orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie[27]. Efektu tego nie pozwoli osiągnąć poszerzenie katalogu podmiotów uprawnionych do wniesienia skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego o strony postępowania. Zwłaszcza, że projektowane zmiany nie udzielają odpowiedzi na pojawiające się w praktyce wątpliwości – kto jest stroną postępowania skargowego w sytuacji gdy zamawiający uwzględni w całości zarzuty pod-

Dobaczewska (red.), *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych,* Warszawa 2018, s. 31; A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jako środek ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych,* Warszawa 2018, s. 488; P. Bogdanowicz, W. Hartung, A. Szymańska, *Funkcjonowanie środków ochrony prawnej w krajach UE. Kluczowe wnioski. Raport Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych,* Warszawa 2017, s. 6, http://stowarzyszeniepzp.pl/images/2017PDF/Funkcjonowanie-rodkw-ochrony-prawnej-w-krajach-UE-Kluczowe-wnioski.pdf [dostęp: 14.05.2019].

[25] Do 10 z 45 sądów okręgowych w 2017 r. nie wpłynęła żadna skarga na orzeczenie KIO. Zob. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r., Warszawa 2018, s. 48, https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/analizy-systemowe/sprawozdania-o-funkcjonowaniu-systemu-zamowien-publicznych [dostęp: 10.07.2019].

[26] Zob. T. Siedlecki, Ł. Goniak, *Iluzoryczność kontroli sądowej,* „Monitor Zamówień Publicznych" 2017, nr 1, s. 27 i n.;

[27] Zob. R. Szostak, *10-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej – co dalej?,* [w:] M. Stręciwilk, M. Rakowska, *X-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej,* Warszawa 2017, s. 46; W. Dzierżanowski, *Prawo do sądu w zamówieniach publicznych,* Warszawa 2018, s. 320; A. Banaszewska, *Skarga (…), op. cit.*, s. 487.

niesione w odwołaniu a przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca zgłosi sprzeciw i *de facto* to między nim a odwołującym toczy się spór[28]. Status strony każdorazowo zyskuje skarżący. Nie można jednak różnicować statusu takiego podmiotu w zależności od tego, czy orzeczenie Izby uwzględnia czy oddala odwołanie. Jeżeli skargę wywodzić będzie odwołujący, w świetle zarówno obowiązujących, jak i powielających dotychczasowe unormowania planowanych regulacji, nie jest jasne, jaki status w postępowaniu skargowym będzie miał wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, który zgłosił sprzeciw. Projekt niestety nadal posługuje się pojęciem interwenienta (art. 585 i art. 586), choć nie ulega wątpliwości, że nie można utożsamiać instytucji przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz interwencji ubocznej uregulowanej w przepisach art. 76-83 k.p.c.[29] W świetle projektu nie do końca jest więc jasne, kto będzie uprawniony do wniesienia skargi kasacyjnej. Projektowane przepisy w tym zakresie wymagają dopracowania.

Obecnie obowiązujące przepisy zawarte w rozdziale 2 działu VI ustawy p.z.p., tj. art. 180-198 p.z.p., nie stanowią kompleksowej regulacji w przedmiocie wymogów odwołania i postępowania wywołanego jego wniesieniem. Szereg istotnych zagadnień procesowych określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań[30]. Choć na poziomie ustawowym uregulowano najistotniejsze kwestie, w szczególności zasady przeprowadzania dowodów przez KIO oraz sposób dokonywania czynności orzeczniczych przez KIO, to umieszczenie wielu istotnych kwestii w akcie o charakterze podustawowym budzi wątpliwości, w szczególności w kontekście zasady *lex superior derogat legi inferiori* i zawartego w art. 185 ust. 7 p.z.p. odesłania do odpowiedniego stosowania przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego[31] o sądzie polubownym (arbitrażowym)[32]. Z tego względu pozytywnie ocenić należy zdecydowane poszerzenie regulacji ustawowej dotyczącej postępowania odwoławczego i rezygnację z odesłania do przepisów k.p.c. o sądzie polubownym, stanowiącego reminiscencję rozwiązań odnoszących się do postępowania toczącego się

[28] Szerzej na ten temat zob. A. Banaszewska, *Skarga (…), op. cit.*, s. 404 i n.

[29] Zob. J. May, *Przystąpienie do postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą,* „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych" 2016, nr 1, s. 95 i n.; S. Sołtysik, *Interes przystępującego do postępowania odwoławczego zgodnie z art. 185 ustawy - Prawo zamówień publicznych,* „Polski Proces Cywilny" 2014, nr 4, s. 509 i n.; A. Banaszewska, *Skarga (…), op. cit.*, s. 220. Odmiennie: M. Meducki, [w:] E. Grabowska-Szweicer, M. Meducki, *Zastosowanie prawa cywilnego w zamówieniach publicznych,* Wrocław 2012, s. 145.

[30] Dz. U. z 2018 r., poz. 1092.

[31] Dz. U. z 2018 r., poz. 2096.

[32] Zob. A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jako środek ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych,* Warszawa 2018, s. 276.

przed zespołem arbitrów[33]. Przepisy części piątej Kodeksu postępowania cywilnego nie przystają bowiem do specyfiki postępowania toczącego się przed KIO. Zaznaczyć jednocześnie należy, że w praktyce w postępowaniu odwoławczym zastosowanie znajdują przepisy zawarte w innych niż piąta część k.p.c., choć ich stosowanie nie znajduje obecnie umocowania w ustawie.

Zauważyć należy, że szereg przepisów zawartych w projekcie stanowi powtórzenie regulacji obowiązujących obecnie na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych lub Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu rozpoznawania przy rozpoznawaniu odwołań. Z powieleniem ustawowych regulacji mamy do czynienia m.in. w przypadku przepisów określających terminy na złożenie odwołania, dotyczących przesłanek rozpoznania odwołania oraz zasad, na jakich odbywa się uzupełnianie braków formalnych odwołania, odnoszących się do umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, regulujących przystąpienie do postępowania odwoławczego i zasad wnoszenia przez przystępującego po stronie zamawiającego sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego w całości lub w części oraz odnoszących się do przesłanek odrzucenia odwołania. Z aprobatą przyjąć należy, że kwestie szczegółowo odnoszące się do dowodu z opinii biegłego, dotychczas uregulowane w § 25 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, uregulowane zostaną na poziomie ustawowym. Podobnie rzecz się ma z przepisem § 26 regulaminu nakładającym obowiązek pouczenia świadka o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, który w nowym prawie zamówień publicznych uregulowany został w art. 540, a także § 27 regulaminu zakładającym możliwość odroczenia rozprawy w celu przeprowadzenia dowodów, którego odpowiednik stanowi art. 550. Również regulacje zawarte w oddziale 8 „Rozprawa" działu IX „Środki ochrony prawnej" nowego prawa zamówień publicznych w przeważającej mierze znajdują swoje odpowiedniki w przepisach regulaminu.

Z zadowoleniem przyjąć należy, iż w projekcie uwzględniono zgłaszane od dawna postulaty przywrócenia odwołań wobec wszystkich czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniach poniżej progów unijnych. Pozytywnie ocenić trzeba także poszerzenie katalogu podmiotów, którym przyznana została legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej, a mianowicie przyznanie uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie oraz dokumentów zamówienia Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców. Jeżeli chodzi o inne, nowe rozwiązania, wskazać przede wszystkim należy na regulacje

[33] Zob. K. Różowicz, *Charakter prawny wyroków wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą*, „Studia Prawa Publicznego" 2016, nr 2, s. 166.

art. 569-572 projektu zakładające wprowadzenie protokołu elektronicznego z przebiegu posiedzenia na wzór regulacji przyjętych w Kodeksie postępowania cywilnego. W myśl przepisu art. 570 ust. 1 protokół sporządza się utrwalając przebieg posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk oraz pisemnie, pod kierunkiem przewodniczącego składu orzekającego. Zmiana ta, choć przepisy nie określają, na ile precyzyjny ma być protokół pisemny, sporządzany pod kierunkiem przewodniczącego, zasługuje na aprobatę.

W projekcie zrezygnowano z konieczności faktycznego doręczenia Prezesowi KIO odwołania czy przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i wprowadzono powszechnie obowiązującą na gruncie postępowań sądowych zasadę, zgodnie z którą oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego czy w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim UE jest równoznaczne z wniesieniem go do właściwego organu. Możliwe również będzie wnoszenie pism za pośrednictwem systemu teleinformatycznego. Wydaje się, że właściwym rozwiązaniem – w związku z elektronizacją zamówień publicznych wyrażającą się w obowiązku stosowania elektronicznych środków komunikacji na etapie poprzedzającym udzielenie zamówienia – powinno być dążenie do pełnej elektronizacji postępowań odwoławczych[34]. Pozwoliłoby to w znaczny sposób usprawnić i przyspieszyć przebieg procedur odwoławczych. W szczególności nie zasługuje na aprobatę możliwość zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, które obwarowane jest bardzo krótkim, bo zaledwie trzydniowym terminem, drogą pocztową. Umożliwi to wykorzystywanie instytucji przystąpienia do postępowania odwoławczego jako instrumentu służącego do obstrukcji procesowej i nadmiernego przedłużania postępowań, które powinny toczyć się szybko i sprawnie. Podobnie rzecz się ma w przypadku sprzeciwu względem uwzględnienia zarzutów odwołania. Dopuszczenie możliwości zgłoszenia sprzeciwu listem poleconym zdecydowanie wydłuży czas trwania postępowań odwoławczych. Choć przewidywany termin dostarczenia przesyłki poleconej ekonomicznej przez Pocztę Polską wynosi trzy dni robocze po dniu nadania, to przewidywane terminy realizacji takiej usługi nie stanowią gwarantowanych terminów doręczenia[35]. Nie ma również gwarancji doręczenia listu poleconego krajowego w terminie 1 dnia roboczego po dniu nadania. W przypadku dopuszczenia możliwości wnoszenia pism procesowych w toku postępowania odwoławczego za pośrednictwem poczty, trudno będzie zachować Izbie piętna-

[34] Zob. A. Banaszewska, *Kilka uwag o elektronizacji zamówień publicznych w postępowaniach wywołanych wniesieniem środków ochrony prawnej,* [w:] M. Kraska, S. Mamrot (red.), *Cyfrowe usługi publiczne w Europie,* Poznań 2017, s. 59.

[35] http://www.poczta-polska.pl/paczki-i-listy/wysylka/listy/list-polecony/ [dostęp: 13.07.2019 r.].

stodniowy termin na rozpoznanie odwołania[36]. Jest to wprawdzie termin instrukcyjny, którego przekroczenie nie pociąga za sobą żadnych sankcji, niemniej jednak nie pozostanie bez wpływu na czas trwania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Podsumowanie

Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają odnieść się do wszystkich zmian proponowanych w projekcie nowego Prawa zamówień publicznych. Niestety w moim przekonaniu, wbrew szumnym deklaracjom, nie można mówić o kompleksowych zmianach. Szereg proponowanych rozwiązań stanowi dosłowne powtórzenie obecnie obowiązujących regulacji, które rozbite zostały na większą liczbę jednostek redakcyjnych. Zmiany te, z drobnymi wyjątkami, mają charakter kosmetyczny. Nie próbują nawet zaadresować sygnalizowanych zarówno przez praktyków, jak i teoretyków prawa zamówień publicznych niedociągnięć i niedoskonałości. Pilna jest chociażby potrzeba uregulowania skutków prawnych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej[37]. Niestety i w tym zakresie zawarty w projekcie przepis art. 562 dotyczący kwestii wykonalności orzeczeń Izby jest dosłownym powtórzeniem przepisu art. 197 p.z.p. Ustawodawca zdaje się nie zauważać, że wykonalność polega na zdatności orzeczenia do wykonania w postępowaniu egzekucyjnym. Te zaś, w przeważającej mierze, nadają się do wykonania w drodze egzekucji wyłącznie w zakresie orzeczenia o kosztach postępowania. Szkoda, że w toku prac nad projektem nie wykorzystano szansy na odważniejsze czy też bardziej precyzyjne ukształtowanie przepisów, które pozwoliłoby na zlikwidowanie wątpliwości zachodzących na gruncie obecnie obowiązujących uregulowań. Być może choć w części uda się to jeszcze naprawić w toku prac legislacyjnych w Sejmie.

[36] Średni czas rozpatrywania odwołania w latach 2014-2016 wyniósł 14 dni, zaś w 2017 r. 15 dni.

[37] Zob. A. Banaszewska, Skarga (…), op. cit., s. 309.

Konkurencyjność zamówień publicznych

Dr Agnieszka Piwowarczyk

MŚP szansą na zwiększenie konkurencyjności na rynku zamówień publicznych

Abstrakt

W 2018 r. ilość ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego spadła do najniższego poziomu w historii, średnio w jednym postępowaniu składano 2,19 oferty. W przeważającej większości postepowań złożono zaledwie jedną ofertę. Polski rynek zdominowany jest przez mikro, małych i średnich przedsiębiorców, a ich udział w rynku zamówień jest relatywnie niski. Zwiększenie udziału przedsiębiorców tego sektora przyczyni się do wzrostu liczby ofert, co zwiększy konkurencyjność. Większa konkurencyjność w sektorze zamówień publicznych oznacza bardziej efektywne i innowacyjne wydatkowanie środków publicznych.

Abstract

In 2018, the number of tenders submitted in public procurement procedures fell to the lowest level in history, with 2.19 offers submitted on average in one proceeding. In the vast majority of proceedings, only one offer was submitted. The Polish business is dominated by micro, small and medium enterprises, and their share in the public procurement is relatively low. Increase in the share of entrepreneurs in this sector will contribute to the increase in the number of offers, which will make competitiveness increase. Greater competitiveness in the public procurement sector means more effective and innovative spending public funds.

Wprowadzenie

Konkurencyjność w zamówieniach publicznych ma bezpośredni związek z liczbą składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ofert, a ta systematycznie maleje. Większa konkurencyjność w sektorze zamówień publicznych oznacza bardziej efektywne i innowacyjne wydatkowanie środków publicznych. Rozwiązaniem problemu niskiej

konkurencyjności na rynku zamówień publicznych są mikro, mali i średni przedsiębiorcy, zwiększenie zainteresowania tych przedsiębiorców rynkiem zamówień wpłynie na liczbę ofert składanych w postępowaniach.

Unia Europejska uznaje sektor mikro, małych i średnich przedsiębiorców (MŚP) za źródło konkurencyjności europejskiej gospodarki i źródło wzrostu gospodarczego, ponieważ ten sektor przyczynia się do rozwoju więzi międzynarodowych, a także do powstawania i wdrażania innowacyjny rozwiązań, wzrostu zatrudnienia, wydajności i konkurencyjności.

Polski rynek zdominowany jest przez mikroprzedsiębiorstwa, a ich aktywny udział w rynku zamówień publicznych ma zdecydowany wpływ na rozwój społeczno-gospodarczy państwa[1]. Rola MŚP, a także aktualne potrzeby rynkowe zostały dostrzeżone przez ustawodawcę czego wyrazem jest obowiązująca od dnia 30 kwietnia 2018 r. Konstytucja biznesu[2]. Fundamentalne znaczenie dla sektora MŚP mają przepisy ustaw Prawo przedsiębiorców oraz Ustawy o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców. Rzecznik MŚP jest gwarantem wdrożenia zasad Konstytucji biznesu, wolności działalności gospodarczej, bezstronności i równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji[3].

Postulat ułatwienia MŚP ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest nowy, był jednym z kluczowych założeń nowelizacji Prawa zamówień publicznych z 2016 r.[4], a wprowadzone zmiany w przepisach miały otworzyć rynek zamówień dla tych podmiotów. Potrzeba większego zaangażowania tego sektora przedsiębiorców wynika zarówno z motywów dyrektywy klasycznej[5], programu „Europa 2020" [6] jak i bezpośrednio

---

[1] R. Zakrzewski, A. Skowrońska red., Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce, Warszawa 2019 r., s.10.

[2] Konstytucja biznesu to pakiet ustaw:
Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, Dz.U. 2018 poz. 646, dalej: PrPrzed.
Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców, Dz. U. 2018, poz. 648,
Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy, Dz. U. 2018, poz. 647
Ustawa o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. 2018, poz.649
Ustawa przepisy wprowadzające ustawę - Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej, Dz. U. 2018, poz.650.

[3] Zob. H. Wolska [w:] A. Dobaczewska, A. Powałowski, H. Wolska, Nowe Prawo Przedsiębiorcy, Warszawa 2018, s. 141-148.

[4] Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r. poz. 1020.

[5] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65, ze zm., dalej dyrektywa klasyczna.

[6] Europa 2020 –W 2010 roku Komisja Europejska opublikowała Komunikat EUROPA 2020„Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu". Komunikat ten stanowił rozwinięcie postanowień zawartych w art. 173 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zgodnie z którym „Unia i państwa członkowskie czuwają nad zapewnieniem warunków niezbędnych dla konkurencyjności przemysłu Unii" oraz art. 179 – 189 TFUE dotyczących badań i rozwoju technologicznego.

z przepisów TFUE[7]. Projekt nowej ustawy - Prawo zamówień publicznych[8] przyjęty 19 czerwca 2019 r. przez Stały Komitet Rady Ministrów również uwzględnia szczególną sytuację MŚP i zawiera szereg ułatwień zmierzających do zwiększenia udziału przedsiębiorców tego sektora w rynku zamówień[9]. Jak wynika z uzasadnienia do projektu nowego Pzp, jednym z założeń przygotowanego aktu jest wprowadzenie nowych rozwiązań, które poza efektywnością i przejrzystość regulacji zapewnią wsparcie MŚP[10]. Głównym celem Autorki jest udowodnienie tezy, że zwiększenie udziału przedsiębiorców sektora MŚP w rynku zamówień będzie miało bezpośredni wpływ na konkurencyjność składanych ofert.

Sektor MŚP

Sektor mikro, małych i średnich przedsiębiorstw stanowi przeważającą większość przedsiębiorstw w Polsce – 99,8%[11]. W świetle przepisów PrPrzed. podstawowym wskaźnikiem decydującym o tym, że przedsiębiorca należy do segmentu MŚP, jest liczba zatrudnionych pracowników. Musi ich być mniej niż 250, roczny obrót takiej firmy nie może przekroczyć 50 mln euro, a całkowity bilans musi być mniejszy niż 43 mln euro (PrPrzed. art. 7 ust.1 pkt 1–3). W ramach MŚP wyróżnia się trzy rodzaje firm: mikroprzedsiębiorstwa, małe i średnie przedsiębiorstwa.

Dostęp MŚP do rynku zamówień publicznych to nie tylko większa konkurencyjność i innowacyjność składanych oferty, ale również szansa na rozwój *start-up* oraz małych i średnich przedsiębiorstw[12]. Zakup innowacyjnych rozwiązań umożliwia organom publicznym na poziomie regionalnym i lokalnym bardziej wydajne świadczenie usług publicznych, a nowe produkty i usługi wzmacniają konkurencyjność europejskich przedsiębiorstw i tworzą miejsca pracy. Jak wynika z raportu Smart Industry Polska 2018 ok. 14,5 proc. przychodów małe i średnie przedsiębiorstwa przeznaczają na wdrażanie nowych technologii[13]. Najpowszechniej stosowane są: automaty-

---

7 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej Dz. Urz. UE, c115/49 z 09.05.2008.

8 Dalej nowe Pzp

9 https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12320355 (dostęp: 01.07.2019 r.)

10 https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12320355/12565469/dokument402036.pdf (dostęp: 01.07.2019 r.)

11 Raport o stanie 2018 op. cit… s.12 i 50

12 *Zob. W. Dzierżanowski, Zwiększenie udziału MSP w rynku zamówień publicznych, Warszawa 2018 r., s.5-7*
Guide - Public Procurement as a Driver of Innovation in SMEs and Public Services, https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f5fd4d90-a7ac-11e5-b528-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-66724746(dostęp: 07.06.1019).

13 Raport Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii i Siemens, Warszawa 2018 https://www.siemens.pl/pl/press/news/raport-smart-industry-polska-2018.htm (dostęp: 27.04.2019 r.)

zacja linii produkcyjnych, oprogramowanie do analityki danych i optymalizacji produkcji, a także to obniżające koszty prototypowania.

Lokalny charakter małych i średnich przedsiębiorców, indywidualne podejście do zaspokajania potrzeb klientów ma bezpośredni związek z doskonałą znajomością sytuacji rynkowej, co w praktyce oznacza bardziej świadome decyzje o realizacji nowych przedsięwzięć.

To co charakteryzuje MŚP, a jednocześnie wyróżnia firmy tych przedsiębiorców to:

- prosta struktura organizacyjna, a tym samym zdolność reagowania na zmieniające się potrzeby rynku,
- samodzielność ekonomiczna i prawna właściciela, możliwość podejmowania szybkich decyzji,
- nowe miejsca pracy, które cechują się niskimi kosztami,
- łatwość dostosowywania się do zmieniających się warunków,
- wyższa konkurencyjność[14],
- otwartość na innowacje[15].

Troska o mikro, małych i średnich przedsiębiorców jest elementem realizacji polityki rządu, określonej w „Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju", która podkreśla wartość rozwoju przedsiębiorczości i wspierania przedsiębiorców, w szczególności z kategorii MŚP[16]. Nie sposób również nie dostrzec ścisłej zależności pomiędzy sektorem MŚP a rozwojem lokalnym i regionalnym, co zwiększa konkurencyjność i stymuluje rozwój gospodarczy kraju[17].

Konkurencyjność w zamówieniach publicznych

Jak wynika z informacji przedstawionych przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii w 2018 r. udział MŚP w polskim rynku zamówień wynosił ok. 20 %[18]. W ostatnich latach aktywność MŚP na rynku zamówień systematycznie maleje, świadczy o tym niska liczba ofert składanych

[14] W. Danielak, [w] W. Danielak, D. Mierzwa, K. Bartczak, Małe i średnie przedsiębiorstwa w Polsce. Szanse i zagrożenia rynkowe, Wrocław 2017, s.16-25.

[15] Zob. A. Madyda, Potencjał innowacyjny małych i średnich przedsiębiorstw regionu śląskiego, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Nr 848 2015,s.323-331; B. Nogalski, A. Wójcik-Karpacz, J. Karpacz, Uwarunkowania aktywności innowacyjnej małych przedsiębiorstw, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Problemy Zarządzania, Finansów i Marketingu" 2008, nr 13 (516),s.9-18

[16] Uchwała nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r. w sprawie przyjęcia Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.), M.P. z 2017 r. poz. 260, 75-88.

[17] M. Huczek, Wspieranie rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw przez Unię Europejską na przykładzie małopolski, Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Humanitas , Zeszyt 2/2008, s. 9-29.

[18] Więcej o małych i średnich firmach w przetargach publicznych, za stroną internetową https://www.pap.pl/aktualnosci/news%2C1272591%2Cemilewicz-wiecej-malych-i-srednich-firm-w-przetargach-publicznych.html (dostęp: 07.06.1019).

w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego[19]. Należy zauważyć, że brak jest kompleksowych danych które pozwalałyby na ocenę udziału MŚP w rynku zamówień publicznych w Polsce, ponieważ przedsiębiorcy będący beneficjentami kontraktów publicznych zaangażowani są w realizację zamówień zarówno jako wykonawcy, jak i podwykonawcy. Analiza raportów przygotowanych dla PARP w latach 2008- 2013 pozwala zaobserwować malejący udział MŚP w rynku zamówień publicznych w stosunku dla lat ubiegłych[20].

Należy zwrócić uwagę na niski poziom konkurencyjności w zamówieniach publicznych - w 2018 r. ilość składanych ofert w postępowaniach o wartościach poniżej progów unijnych ogłaszanych w Biuletynie Zamówień Publicznych spadła do najniższego poziomu w historii. Średnio w jednym postępowaniu o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp[21] składano 2,19 oferty (w roku 2017 średnio 2,38 oferty), a w przypadku zamówień o wartościach powyżej progów UE składano 2,09 oferty (w 2017 r. – 2,23) - w ponad 50% postępowań złożono tylko jedną ofertę, w 2017 tylko jedną ofertę złożono w przypadku 43% zamówień[22]. Zapewnienie konkurencji oznacza równe możliwości udziału w postępowaniu dla wszystkich wykonawców niezależnie od ich struktury i kwalifikacji, co oznacza konieczność zwiększenia relatywnie niskiego udziału MŚP w rynku zamówień[23].

Trudno mówić o konkurencyjności tam gdzie składane są jedna lub dwie oferty, przyczyną takiego stanu rzeczy jest małe zainteresowanie udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Mała liczba składanych ofert przekłada się nie tylko na cenę oferowanych dostaw, usług i robót budowlanych, ale również ich jakość. W ocenie Autorki zmianą tego stanu rzeczy może być tylko zwiększenie aktywności MŚP na rynku zamówień publicznych.

---

[19] A. Kowalewska, J. Głuszyński, Raport z wyników badania Ocena gotowości polskich przedsiębiorstw do realizacji zadań publicznych d la Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2018 r, s.30-31.

[20] Zob. A. Kowalewska, J. Szut, Nowe podejście do zamówień publicznych. Raport z badań 2010/2011, Warszawa 2011, PARP, s. 111; A. Kowalewska, J. Szut, Nowe podejście do zamówień publicznych. Raport z badań 2013, PARP, Warszawa 2013, s.40.
Porównując dane dotyczące udziały MŚP w polskim rynku zamówień z lat 2008–2010 wynika iż, wśród wykonawców realizujących zamówienia publiczne było 42% mikro przedsiębiorstw, 37% małych, 17% średnich i 4% dużych. Z danych z roku 2013 r. wynika, **że ilość aktywnych MŚP na polskim rynku zamówień systematycznie spadała.** Obecność na tym rynku w 2013 r. zadeklarowało 14% mikroprzedsiębiorstw, 15% przedsiębiorstw małych i 24% podmiotów średniej wielkości.

[21] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, dalej Pzp.

[22] Sprawozdanie Prezesa z 2019 r … op. cit. s. 41i 43.

[23] Zob. G. Wicik, F. Łapecki, Ekspertyza Wsparcie małych i średnich przedsiębiorstw oraz wykorzystanie negocjacji w celu uzyskania rozwiązań innowacyjnych – propozycje rozwiązań dla polskiego systemu zamówień publicznych, Warszawa, wrzesień 2017, s.14.

Jedna z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wynikająca z art. 7 Pzp obliguje zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Respektowanie tej zasady powinno przyczynić się do zwiększenia konkurencji na rynku zamówień publicznych, a tym samym efektywnej alokacji środków publicznych [24]. Pojęcie „uczciwej konkurencji" nie zostało zdefiniowane, dlatego każdorazowo określając warunki udziału w postępowaniu, a także dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający winien zapewnić obiektywnie rozumianą konkurencję. Należy również podkreślić, że chociaż tryb przetargu nieograniczonego jest najbardziej konkurencyjną procedurą, to nie sposób doszukiwać się konkurencji w sytuacji, gdy złożono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tylko jedną ofertę. Warto zastanowić się nad upowszechnieniem stosowania innych procedur wyboru ofert najkorzystniejszej, a także szerszym stosowaniem dialogu technicznego.

Zapewnienie konkurencji oznacza równe możliwości udziału w postępowaniu dla wszystkich wykonawców, niezależnie od ich struktury i kwalifikacji. Uwzględniając fakt, że polski rynek przedsiębiorców w przeważającym stopniu tworzy sektor MŚP, a ich udział w rynku zamówień jest stosunkowo niewielki, zwiększenie udziału przedsiębiorców tego sektora przyczyni się do wzrostu liczby składanych ofert, co zwiększy konkurencyjność.

Efektywność zamówień publicznych

Analizując sprawozdania Prezesa UZP widoczna jest tendencja wzrostowa na polskim rynku zamówień. Wartość udzielonych zamówień publicznych wzrosła do 202 mld zł, w 2017 r. wyniosła 163,2 mld zł[25]. Największa pula środków pieniężnych dostępna jest właśnie w sektorze zamówień publicznych, 202 mld zł wydatkowane w procedurach Pzp stanowi prawie 10% PKB. Większa efektywność wydatkowania środków publicznych to nie tylko rozwój społeczno-gospodarczy, ale również innowacyjność rozwiązań oferowanych przez sektor publiczny. Ponieważ zamówienia publiczne są kluczową formą udziału sektora publicznego w gospodarce, dane te stanowią obiecującą perspektywę dla dalszego rozwoju polskiej gospodarki. Sektor finansów publicznych dysponuje środkami, które winny być wydatkowane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyski-

[24] Zob. C. Estevan de Quesada, Competition and transparency in public procurement markets, „Public Procurement Law Review" 2014, nr 5, s. 239.

[25] Sprawozdanie Prezesa z 2019 r… op.cit., s.117.

wania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów[26].

Jak wynik ze Strategii na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju usprawnienie zamówień publicznych może zapewnić wzrost gospodarczy kraju poprzez prowadzenie zrównoważonej polityki gospodarczej.

Ograniczony udział MŚP w rynku zamówień publicznych ma wpływ na niski poziom konkurencji. Potrzeba uwzględnienia specyficznej sytuacji przedsiębiorstw MŚP stanowi realizację jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych poprzez wyrównanie ich szans w ubieganiu się o pozyskiwanie zamówień. Regulacje preferencyjne dla mikro, małych i średnich przedsiębiorców służą większej konkurencyjności składanych ofert, co ma bezpośredni związek z optymalizacją wydatków publicznych [27].

Nowe Prawo zamówień publicznych

Jednym z podstawowych problemów zamówień publicznych przedstawionych w Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych z dnia 6 czerwca 2018 r. był nieproporcjonalny do potencjału, udział przedsiębiorców z sektora MŚP w rynku zamówień publicznych[28]. Kwestie dotyczące ułatwień dla MŚP zawarte w Koncepcji Pzp budziły wiele kontrowersji.

W wyniku konsultacji społecznych w projekcie nowej ustawy zrezygnowano z propozycji: obniżenia progu stosowania ustawy, a także zastrzeżenia puli zamówień dla MŚP. Z punktu widzenia sektora MŚP, a także rosnącej z roku na roku wartości zamówień udzielanych z pominięciem procedur Pzp szkoda, że w tym zakresie projekt nie przewiduje jednak zmian zaproponowanych w Koncepcji Pzp tj. obniżenia progu zamówień do 14 tys. euro. Projektowana ustawa określa, że próg stosowania przepisów Pzp dotyczy zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130 000 złotych. Należy podkreślić, że z uwagi na brak konieczność stosowania procedur i bardzo często jedynie pozorowany sposób upubliczniania ogłoszeń dotyczących zamówień, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 tys. euro, wiele taki zamówień udzielanych jest z pominięciem sektora MŚP, a tym samym przy ograniczonej konkurencji. W 2018 roku wydano na zamówienia, których wartość nie przekraczała wyrażonej w złotych równowartości najniższego progu ustawowego (30 tys. euro) kwotę 36 575 759 zł

[26] Art. 44 ust.3 Ustawy o finansach publicznych t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 869.

[27] P. Nowicki, Zamówienia publiczne jako instrument kształtowania gospodarki przez Państwo, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu nr 497 / 2017, Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, s.114-127.

[28] https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf (dostęp:03.07.2019 r.)

[29]. Obniżenie ustawowego progu od którego należ stosować przepisy Pzp zwiększyłoby pulę zamówień dostępnych dla mikro, małych i średnich wykonawców. Odpowiedzią projektodawcy w świetle projektu ustawy jest wymóg dotyczący zamieszczania ogłoszeń o zamówieniu bagatelnym w Biuletynie Zamówień Publicznych[30].

W wyniku prowadzonych konsultacji w projekcie zaniechano również określenia warunków udziału w postępowaniu dla każdego zamówienia o wartości poniżej progu unijnego z uwzględnieniem MŚP. Warto zwrócić jednak uwagę na rozwiązanie nieomawiane dotychczas w Koncepcji Pzp tj. wprowadzenie fakultatywnego postępowania koncyliacyjnego, którego wynikiem mogłoby być zawarcie ugody przez zamawiającego i wykonawcę przy Prokuratorii Generalnej RP w przypadku sporu wynikającego z realizacji umowy zawartej w wyniku udzielonego zamówienia publicznego. To rozwiązanie również powinno być czynnikiem zachęcającym przedsiębiorców do udziału w rynku zamówień.

Otwarciu rynku zamówień na MŚP mają służyć m.in. klauzule waloryzacyjne, a także obowiązek udzielania zaliczek bądź częściowych płatności w umowach zawartych na ponad 12 miesięcy. Kwestie finansowe związane z koniecznością finansowania zamówienia to kolejne z ograniczeń zgłaszanych przez sektor MŚP. Proponowane regulacje dotyczące „zaliczkowania" należy ocenić jako ukłon w kierunku mikro, małych i średnich przedsiębiorców.

Projektodawca w podziale zamówienia na mniejsze części dostrzegł możliwości ubiegania się o zamówienia przedsiębiorców należących do MŚP, dla których z przyczyn ekonomicznych, kadrowych czy technicznych realizacja „dużych" zamówień była utrudniona bądź niemożliwa[31]. W szczególności zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp oznaczają dla małych i średnich przedsiębiorców konkurowanie z duża grupą wykonawców, również z innych państw członkowskich UE[32].

Uregulowanie kwestii podziału zamówienia na części, w przepisach dotyczących przygotowania postępowania, poprawi przejrzystość stosowania regulacji ustawowych. Zatem już na etapie przygotowywania postępowania zamawiający będzie musiał wskazać czy zamówienie podlega podziałowi na części i uzasadnić jego ewentualny brak. Odstąpienie od podziału za-

[29] Sprawozdanie Prezesa z 2019 r… op. cit., str. 136.

[30] Zgodnie z art. 2 ust. 2 projektu nowego Pzp zamówienia bagatelne to zamówienia klasyczne o wartości, bez podatku od towarów i usług mniejszej niż wyrażona w złotych kwota 130 000 zł, jednak nie mniejszej niż 50 000 zł.

[31] Zob. Z. Raczkiewicz, Zamówienia publiczne a sektor MŚP, Przetargi Publiczne 2014/10, s.56-60.

[32] Por. J. Krause, Mittelstandsförderung im Vergaberecht. Rechtliche Grenzen des Mittelstandsschutzes unter
Berücksichtigung der Reform der Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB, Hamburg 2015, s. 2.

mówienia będzie uzasadnione, gdy podział na części wiąże się z ryzykiem ograniczenia konkurencji lub skutkuje trudnościami technicznymi, organizacyjnymi lub nadmiernymi kosztami. Małe i średnie przedsiębiorstwa są w znacznej mierze wykluczone z realizacji zamówień publicznych poprzez nadmierną wielkość zamówienia w stosunku do potencjału i wielkości przedsiębiorstwa, projektowane zmiany powinny zmienić ten stan rzeczy.

Wprowadzenie katalogu klauzul abuzywnych przyczyni się do zrównoważenia stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego co również jest propozycją niezwykle istotną dla MŚP. Te zmiany mają szczególne znaczenie właśnie dla małych i średnich przedsiębiorców, którzy z uwagi na ograniczone fundusze bardzo często mają utrudnione możliwości skorzystania z pomocy prawnej i ewentualnego zakwestionowania niekorzystnych postanowień przyszłej umowy. Zmiany legislacyjne poprzez wprowadzenie obligatoryjnych elementów umowy o udzielenie zamówienia publicznego są długo oczekiwanym przez przedsiębiorców rozwiązaniem.

Równie istotne jest usprawnienie postępowania skargowego na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, poprzez obniżenie opłaty od skargi na orzeczenie KIO (opłata za skargę do sądu to dziś pięciokrotność opłaty wniesionej do KIO, a projekt przewiduje zmniejszenie jej do trzykrotności), czy wydłużenie terminu na wniesienie takiej skargi. Możliwości finansowe, zwłaszcza przedsiębiorców zaliczanych do sektora MŚP uniemożliwiają realne korzystanie ze środków ochrony prawnej, jedynie zmniejszenie kosztów może zmienić sytuację. Ze względu na wysokość opłaty sądowej od skargi do sądu okręgowego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, ten środek ochrony prawnej wykonawców jest wykorzystywany relatywnie rzadko, zwłaszcza jeśli chodzi o sektor MŚP. Zgodnie z projektem Pzp skarga wnoszona będzie do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych.

Warto podkreślić, że projekt nowego Pzp przewiduje wiele regulacji, których celem jest uproszczenie postępowań. Należy zwrócić szczególną uwagę na nowy tryb udzielenia zamówienia w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne, określany jak tryb podstawowy. Projekt przewiduje elastyczne regulacje w przypadku zamówień poniżej progów unijnych, przede wszystkim w zakresie ogłoszeń, kwalifikacji podmiotowej wykonawców, wyboru najkorzystniejszej oferty, a w szczególności w zakresie trybów udzielania zamówień. Uelastycznienie procedury dla zamówień poniżej progów unijnych, poprzez zastosowanie negocjacji ma za zadanie zwiększyć rolę dialogu zamawiającego z wykonawcami oraz maksymalnie odformalizowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego, co również powinno wpłynąć na zwiększenie konkurencyjności na rynku zamówień publicznych.

Podsumowanie

Zwiększenie konkurencyjności złożonych ofert możliwe jest jedynie poprzez podniesienie liczby podmiotów zainteresowanych uzyskaniem zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę, że jednym z podstawowych celów procesu udzielania zamówień publicznych jest efektywność ekonomiczna (*value for money*) dostaw, usług i robót budowlanych to większy udziału MŚP w rynku zamówień ma znaczenie fundamentalne[33]. Temu celowi ma również służyć przewidziana w projekcie nowego Pzp zasada efektywności ekonomicznej, która oznacza obowiązek udzielenia zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych. Zamówienia publiczne powinny realizować również cele o charakterze gospodarczym i społecznym, a te cele zostaną zrealizowane tylko wtedy jeśli wszyscy potencjalni wykonawcy będą mieli równe szanse w uzyskaniu zamówienia publicznego.[34]Jedynie zmiana regulacji prawnych może mieć istotny wpływ na zminimalizowanie licznych problemów sektora MŚP i ograniczeń z jakimi spotykają się przedsiębiorcy tego sektora ubiegając się o udzielenie zamówienia, a także zwiększenie ich udziału w rynku zamówień.

Jednym z kluczowych postulatów projektu nowej ustawy Pzp jest zwiększenie efektywności systemu zamówień i wzrost konkurencyjności rynku, a także sprawienie, by więcej małych i średnich podmiotów ubiegało się o kontrakty publiczne. Wzrost liczby przedsiębiorców z sektora MŚP wśród wykonawców realizujących umowy o udzielenie zamówienia publicznego, przekłada się na trwały rozwój tego sektora rynku, a tym samym stymuluje rozwój gospodarczy kraju. To również większa konkurencyjność składanych ofert co ma bezpośredni wpływ na innowacyjność oferowanych rozwiązań w sektorze publicznym. Ponieważ nowa ustawa ma wejść w życie 1 stycznia 2021 r. to czas pokaże jaki wpływ będą miały projektowane regulacje na konkurencyjność na rynku zamówień publicznych.

[33] Por. B. Wieczerzyńska, Efektywność zamówień publicznych w wymiarze prawnym, ekonomicznym i społecznym, Rocznik Administracji Publicznej 2016 (2), s.558-570; S. Bobowski, J. Gola, Efektywność funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, 2017 , nr 497 Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych, 239-248.

[34] H. Nowicki, Cele Systemu Zamówień Publicznych, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, 2017, nr 497 Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych, s.53-63.

Paweł Stokłosa

Jak wspierać konkurencyjność na rynku lokalnym w ramach zamówień publicznych udzielanych przez gminę?

Abstrakt

Obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to jedna z podstawowych zasad dotyczących wydatkowania środków publicznych w ramach systemu zamówień publicznych. Realna realizacja zasady uczciwej konkurencji możliwa jest dzięki występowaniu zjawiska konkurencyjności pojmowanemu zarówno jako cecha przedsiębiorcy jak i jako intensywność rywalizacji wykonawców o uzyskanie zamówienia. Przestrzenią, w której istnieje możliwość wspierania konkurencyjności jest rynek lokalny, na którym popyt na produkty w ramach zamówień publicznych tworzą gminy jako zamawiający. To właśnie gminy są podmiotami, które powinny wykorzystywać aktualnie dostępne narzędzia do wspierania konkurencyjności na rynkach lokalnych.

Abstract

The obligation to maintain fair competition and equal treatment of contractors is one of the basic principles for spending public funds within the public procurement system. The real implementation of the principle of fair competition is possible due to the occurrence of the phenomenon of competitiveness understood both as a trait of the entrepreneur and as the intensity of competition for contractors to obtain the contract. The space in which there is the possibility of supporting competitiveness is the local market, where the demand for products under public procurement is created by the municipalities as the contracting authority. It is the municipalities that are entities that should use currently available tools to support competitiveness on local markets.

Podstawowe pojęcia

Tytuł artykułu odnosi się do jednego z najbardziej kluczowych pojęć związanych z wydatkowaniem środków finansowych w ramach systemu zamówień publicznych - konkurencyjności. Aby odpowiedzieć na pytanie: „jak wspierać konkurencyjność na rynku lokalnym?" w pierwszej kolejności należy rozwinąć pojęcia konkurencyjności oraz rynku lokalnego a następnie wyjaśnić, dlaczego o rozwój konkurencyjności należy zabiegać.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[1] nakłada na zamawiającego, normą wynikającą z treści art. 7 ust. 1, obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w ramach przygotowywania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia. Konieczność respektowania zasady uczciwej konkurencji podkreślił ustawodawca również w regulacji art. 29 ust. 2 Pzp, z której wynika zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję. Powyższe regulacje mają zagwarantować wykonawcom możliwość konkurowania w dostępie do kontraktu finansowanego ze środków publicznych na równych i niedyskryminujących warunkach, natomiast konkurowanie (jako swego rodzaju rywalizacja) możliwe jest dzięki konkurencyjności. Zatem związek pomiędzy konkurencją a konkurencyjnością sprowadza się do wprost proporcjonalnej zależności – im większa konkurencyjność tym bardziej dynamiczna konkurencja. Z punktu widzenia zamawiającego zjawisko wzrostu konkurencji jest tendencją pożądaną, umożliwia ona bowiem udzielenie zmówienia publicznego na bardziej korzystnych warunkach, co istotne jest dla zachowania zasad ponoszenia wydatków publicznych[2]. Jak zauważa J. Żbikowski: „Konkurencja jest zjawiskiem ekonomicznym warunkującym rozwój gospodarki, przedsiębiorstw, a także jednostek samorządu terytorialnego"[3]. Wobec tego zamawiający powinien podejmować praktyki wpływające na pobudzanie konkurencyjności oraz eliminować takie, które ją ograniczają. Należy wspomnieć tu o roli państwa, którego zadaniem jest stworzenie reguł umożliwiających wspieranie konkurencyjności oraz realizację zasady uczciwej konkurencji w praktyce[4]. Autor proponuje, aby na potrzeby podejmowanych w artykule rozważań określić konkurencyjność jako cechę podmiotów gospodar-

[1] Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm. – dalej jako: Pzp.

[2] Por. art. 44 ust. 3 i 4 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 869).

[3] J. Żbikowski, Konkurencyjność jednostek samorządu terytorialnego. Wybrane problemy [w:] Handel Wewnętrzny, 4(357), 2015, s. 38.

[4] Regułami takimi są pozostałe zasady udzielania zamówień wymienione w Roz. 2 Pzp: zasada proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1 Pzp), zasada bezstronności i obiektywizmu (art. 7 ust. 2 Pzp), zasada jawności (art. 8 ust. 1 Pzp), zasada pisemności (art. 9 ust. 1 Pzp), zasada stosowania języka polskiego (art. 9 ust. 2 Pzp), zasada stosowania trybów konkurencyjnych (art. 10 ust. 1 Pzp).

czych – przedsiębiorców, umożliwiającą im skuteczną rywalizację gospodarczą a więc zdolność konkurowania. M. Grzebyk i Z. Kryński zauważają, że „odzwierciedleniem pozycji konkurencyjnej przedsiębiorstwa jest posiadana przez nie przewaga konkurencyjna"[5], a więc na gruncie zamówień publicznych przewaga w dostępie do zamówienia w warunkach uczciwej rywalizacji. Przejawem przewagi konkurencyjnej jest zajmowanie przez przedsiębiorstwo lepszej pozycji w branży, osiąganie lepszych rezultatów i wyników niż rywale. Przedsiębiorstwo konkurencyjne cechuje się: zdolnością do rozwoju, zdolnością do osiągania zysku, zdolnością do osiągania korzyści, zdolnością do osiągania lepszej pozycji konkurencyjnej[6]. Wymienione cechy mogą być rozwijane dzięki udziałowi mikro, małych i średnich przedsiębiorców[7] w lokalnym rynku zamówień publicznych.

Używając pojęcia „rynek lokalny" autor wyodrębnia go z zastosowaniem kryterium geograficznego odnosząc jego zasięg do obszaru właściwości danej gminy, występującej w charakterze zamawiającego. Gmina jako jednostka samorządu terytorialnego, wykonując zadania własne oraz zadania zlecone udziela zamówień publicznych stwarzając popyt w zakresie robót budowlanych, dostaw i usług. Wobec tego pożądane są działania zmierzające do zainteresowania tym popytem przedsiębiorców działających na rynkach lokalnych (tworzących większe struktury rynku regionalnego, obejmującego określony obszar kraju). Działania takie z pewnością wpływają na wzrost konkurencyjności. Znaczenie ich podejmowania jest ważne również z punktu widzenia konkurencyjności rozumianej jako poziom zainteresowania postępowaniem potencjalnych wykonawców, mierzony ilością ofert składanych w postępowaniu. Z danych opublikowanych przez

[5] M. Grzebyk, Z. Kryński, Konkurencja i konkurencyjność przedsiębiorstw. Ujęcie teoretyczne [w:] Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy, nr 20, 2011, s. 114.

[6] S. Makarski, Konkurencyjność przedsiębiorstw i jej uwarunkowania: na przykładzie firm z woj. podkarpackiego [w:] Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy, nr 19, 2011, s. 398-399.

[7] Definicje legalne: mikro, małego i średniego przedsiębiorcy zawiera przepis art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2018 r., poz.646) zgodnie, z którym: „Użyte w ustawie określenia oznaczają: mikroprzedsiębiorca - przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym roku z dwóch ostatnich lat obrotowych spełniał łącznie następujące warunki: zatrudniał średniorocznie mniej niż 10 pracowników oraz osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz z operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 2 milionów euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 2 milionów euro. Mały przedsiębiorca - przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym roku z dwóch ostatnich lat obrotowych spełniał łącznie następujące warunki: zatrudniał średniorocznie mniej niż 50 pracowników oraz osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz z operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 10 milionów euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 10 milionów euro i który nie jest mikroprzedsiębiorcą. Średni przedsiębiorca - przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym roku z dwóch ostatnich lat obrotowych spełniał łącznie następujące warunki: zatrudniał średniorocznie mniej niż 250 pracowników oraz osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz z operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 50 milionów euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 43 milionów euro i który nie jest mikroprzedsiębiorcą ani małym przedsiębiorcą".

Urząd Zamówień Publicznych w ramach Sprawozdania o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych wynika, że średnia ilość ofert składanych w postępowaniach o wartościach poniżej tzw. progów unijnych wynosiła 2,38 w 2017 r. i w ciągu ostatnich lat sukcesywnie spadała z poziomu 2,89 w 2014 r.[8] W skali rynku lokalnego to zjawisko niepokojące, gdyż większość postępowań ogłaszanych przez gminy to postępowania, których wartość nie przekracza wartości kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W 2017 r. w 43% tego typu postępowań złożona została tylko jedna oferta[9]. Od lat największą grupę zamawiających w Polsce stanowi administracja samorządowa (31,74% w 2017 r.) oraz jej jednostki organizacyjne (20,44% w 2017 r.)[10] a zamówienia udzielane przez tę grupę dotyczą przede wszystkim robót budowlanych (47% zamówień w 2017 r.)[11]. Największą podgrupę zamawiających w tej kategorii stanowią gminy, których jest 2477[12]. Mając na uwadze przedstawione dane za zasadną należy uznać tezę o konieczności wspierania konkurencyjności w ramach zamówień publicznych udzielanych przez gminę.

Gmina jako „inteligentny klient"

Obecnie zamówienia publiczne spełniają różne funkcje. A. Piotrowska wymienia m.in.: funkcję ekonomiczną, społeczną, proekologiczną i innowacyjną[13]. Zdaniem autora najważniejszą funkcją zamówień publicznych jest funkcja ekonomiczna umożliwiająca optymalne wydatkowanie środków publicznych. Zauważyć należy, że efektywną realizację tej funkcji umożliwia m.in. wzrost konkurencyjności. Wspomniana Autorka twierdzi, że: „organ administracji, jako zamawiający, winien zachowywać się jak „inteligentny klient", tzn. dokonując wyboru wykonawcy, jak i trybu, w którym należy go wyłonić, winien wziąć pod uwagę wiele czynników, w tym długofalowe efekty realizacji zadania w określony sposób"[14]. Ciekawą koncepcję „inteligentnego klienta" przytaczaną przez Piotrowską można odnieść również do działań podejmowanych przez zamawiającego – gminę, zmierzających do poprawy konkurencyjności na rynku lokalnym. Jako „inteligentny klient" gmina może w taki sposób planować i realizować proces udzielania zamó-

[8] Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r., Warszawa, 2018 r., s. 39, dostęp przez: https://www.uzp.gov.pl (10 VII 2019 r.).

[9] Ibidem, s. 40.

[10] Ibidem, s. 29.

[11] Ibidem.

[12] http://administracja.mswia.gov.pl (10 VII 2019 r.).

[13] A. Piotrowska, Funkcje zamówień publicznych – organ administracji jako „inteligentny klient" [w:] Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, Nr 2(926), 2014, s. 137.

[14] Ibidem, s. 138-139.

wień publicznych, aby wspierać nie tylko: innowacyjność, rozwiązania proekologiczne czy prospołeczne, ale również konkurencyjność na rynku lokalnym, wpływającą pozytywnie na konkurencję a przez to umożliwiającą zamawiającemu udzielenie zamówienia na korzystnych warunkach. Gmina jako zamawiający na rynku lokalnym może wpływać na konkurencyjność poprzez czynniki, które określić można jako rynkowe. Należy tu wymienić m.in.: popyt na dostawy, usługi i roboty budowlane (generowane przez gminę zapotrzebowanie na ilość dóbr i usług w ciągu roku budżetowego)[15], cena konkretnych dostaw, usług lub robót budowlanych (kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie danego zamówienia)[16], jakość przedmiotu dostaw, usług i robót budowlanych (sprecyzowana w opisie przedmiotu zamówienia w sposób nieograniczający uczciwej konkurencji)[17], warunki realizacji (sprzedaży) dostaw, usług lub robót budowlanych (określone w SIWZ oraz w umowie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą)[18]. Mówiąc o konkurencyjności na rynku lokalnym można określić jej zakres przedmiotowy, który należy identyfikować z popytem, jaki generuje gmina w zakresie określonych produktów oraz zakres podmiotowy, który obejmuje wykonawców zamówień udzielanych przez gminę. Grupę wykonawców tego typu zamówień stanowią niemal w 100% firmy z sektora mikro, małych i średnich przedsiębiorstw (MSP). Według danych podawanych w Raporcie o stanie sektora MSP w Polsce, tego typu podmioty gospodarcze stanowiły w 2017 r. 99,8% wszystkich przedsiębiorstw, których liczba wynosiła ogółem 2,08 mln. Wśród MSP największą grupę stanowiły mikroprzedsiębiorstwa (96,5%)[19].

[15] Art. 13a ust. 1 Pzp stanowi: „Zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki, nie później niż 30 dni od dnia przyjęcia budżetu lub planu finansowego przez uprawniony organ, sporządzają plany postępowań o udzielenie zamówień, jakie przewidują przeprowadzić w danym roku finansowym oraz zamieszczają je na stronie internetowej".

[16] Art. 86 ust. 3 stanowi: „Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia".

[17] Art. 29 ust. 1-3 Pzp stanowi: „1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. 3. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny".

[18] Art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp.

[19] Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce, Warszawa, 2019, s. 16, dostęp przez: www.parp.gov.pl (10 VII 2019).

Dostępne narzędzia

Działania podejmowane przez gminę w ramach prowadzonych przez nią postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wspierania konkurencyjności na rynku lokalnym sprowadzają się przede wszystkim do podejmowania praktyk ułatwiających przedsiębiorcom dostęp do zamówień publicznych. Działania tego typu można podzielić na dwie kategorie. Pierwsza skupia czynności zmierzające do ułatwienia przedsiębiorcom dostępu do zamówień, druga obejmuje działania o charakterze prewencyjnym, mające ograniczać zjawiska patologiczne w procesie udzielania zamówienia takie jak: czyny nieuczciwej konkurencji (np. oferowanie rażąco niskiej ceny, dumping cenowy, wskazywanie nierealnych okresów gwarancji, podawanie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji, zmowa przetargowa)[20]. W. Starzyńska zwraca uwagę na kilka nielegalnych technik prowadzących do zmowy przetargowej są to: rotacja ofert, rezygnacja z przetargu, składanie ofert komplementarnych, podział zysku, podział rynku[21]. W przypadku kiedy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji zamawiający pozostaje zobowiązany do jej odrzucenia na podstawie normy z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Należy jednak pamiętać, że jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 stycznia 2018 r.: „*Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w przypadku podnoszenia zrzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2002 r., sygn. akt III CKN 271/01)*”[22].

Trafną diagnozę i propozycje dotyczące możliwości wsparcia sektora MSP prezentuje W. Dzierżanowski. Autor ten twierdzi, że: „Obowiązek dążenia do konkurencyjnego charakteru rynku zamówień poprzez zwiększenie zainteresowania tym rynkiem ze strony przedsiębiorców winien zyskać prymat nad ochroną bezpieczeństwa wydatków publicznych za wszelką cenę. W ostatecznym rozrachunku ewentualne straty z tytułu obniżenia poziomu bezpieczeństwa będą zapewne niższe od zysków (także bezpo-

[20] Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu klauzuli generalnej wyrażonej w treści art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1996 r. *o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1010) jest „działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Należy zwrócić uwagę, że w katalogu czynów nieuczciwej konkurencji ustawodawca wskazał również „utrudnianie dostępu do rynku”, które w zamówieniach publicznych przyjmuje najczęściej formę zmowy przetargowej.

[21] W. Starzyńska, Konkurencyjność zamówień publicznych w Polsce na tle innych krajów Unii Europejskiej [w:] Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Oeconomia, 50(4), 2016, s. 445.

[22] Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2018 r. w sprawie o sygnaturze KIO 49/18.

średnich zysków ekonomicznych) z racji zwiększonej konkurencji"[23]. Opinię tę uznać należy za w pełni słuszną. W cytowanym opracowaniu Autor proponuje szereg rozwiązań legislacyjnych ale również takich, które nie mają prawnego charakteru, zmierzających do wsparcia MSP na rynku tzw. podprogowych zamówień publicznych. „Budowanie i utrzymanie przewagi konkurencyjnej przedsiębiorstw jest uzależnione zarówno od czynników wewnętrznych, jak i zewnętrznych"[24]. Odnosząc się jedynie do działań, które mogą być podejmowane przez gminę jako zamawiającego, ukierunkowanych na wzrost konkurencyjności poprzez wspieranie MSP na lokalnym rynku zamówień publicznych zauważyć należy, że działania te mogą zostać pogrupowane w ramach kategorii możliwych do zdefiniowania wspólną regułą.

Reguła dobrego kontaktu

Dostęp do zamówień a przez to większa konkurencyjność w tym zakresie możliwa jest dzięki znajomości lokalnego rynku. Dla wykonawcy znajomość ta oznacza wiedzę na temat popytu na oferowany przez niego produkt, zaś dla zamawiającego wiedzę na temat przedsiębiorców z terenu danej gminy lub większego obszaru, posiadających zdolność zrealizowania danego rodzaju zamówienia. Praktyką wpływającą na wzrost konkurencyjności może być stworzenie przez gminę swego rodzaju bazy wykonawców oferujących produkty w zakresie dostaw, usług i robót budowlanych, do których kierowane byłyby zawsze informacje na podstawie art. 11b ust. 2 Pzp, po wszczęciu konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia[25], a także informacja o zamieszczeniu na stronie internetowej planu postępowań, o którym mowa w treści art. 13a ust. 1 Pzp. Pomimo faktu, iż plan postępowań może nie obejmować tych wyłączonych spod reżimu Pzp[26], pożądanym byłoby ich uwzględnienie oraz bieżąca aktualizacja opublikowanych planów. Wykonawcy ujęci w ramach przedmiotowego „rejestru" otrzymywaliby również informacje, o których mowa w art. 31a ust. 1 Pzp oraz w zależności od rodzaju zamówienia byliby zapraszani do wzięcia udziału w dialogu technicznym z zamawiającym. Tego typu baza mogłaby być do-

[23] W. Dzierżanowski, Możliwości wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych nieobjętych przepisami dyrektyw UE [w:] Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych, red. M. Stręciwilk, A. Dobaczewska, Warszawa 2018, s. 246.

[24] M. Kraszewska, K. Pujer, Konkurencyjność przedsiębiorstw. Sposoby budowania przewagi konkurencyjnej, Wrocław 2017, s. 11.

[25] Art. 11b ust. 2 Pzp: „*Zamawiający może, po opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu, bezpośrednio poinformować o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą dostawy, usługi lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia*".

[26] https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/przygotowanie-przez-zamawiajacych-planu-postepowan-o-udzielenie-zamowien (12 VII 2019 r.).

stępna poprzez stronę internetową gminy, zawierać informacje o zamówieniach zrealizowanych dla danej gminy i jej jednostek organizacyjnych, kopie udzielonych przez gminę referencji itp. Wskazane działania zamawiającego można określić regułą dobrego kontaktu.

Reguła dobrego planowania

Reguła dobrego planowania skupia działania ułatwiające wykonawcy realizację konkretnego zamówienia. Przykładem takich działań może być decyzja o wszczęciu postępowania w terminie umożliwiającym bezpieczną realizację zamówienia zgodnie z postanowieniami zawartej umowy, np. postępowanie, którego przedmiotem są roboty budowlane związane z remontami i przebudowami dróg gminnych powinny być ogłaszane możliwie szybko (do końca pierwszego kwartału), gdyż zwiększa to prawdopodobieństwo realizacji robót w sprzyjających warunkach pogodowych, daje zamawiającemu możliwość uzyskania lepszych cenowo ofert, gdyż rynek nie uległ jeszcze „nasyceniu" tego typu zamówieniami, zmniejsza ryzyko kontraktowe. Z obserwacji autora wynika również, że czynnikami zaburzającymi konkurencyjność na rynku lokalnym są nabory wniosków ogłaszane przez instytucje wdrażające środki europejskie. Gminy jako beneficjenci dofinansowania muszą wywiązać się z terminów na rozliczenie konkretnych projektów dlatego często równocześnie ogłaszają postępowania, których przedmiotem jest ten sam produkt np. w skali województwa (roboty budowlane w zakresie kanalizacji, wodociągów, dróg, dostawy z montażem fotowoltaiki itd.). Sytuacja taka powoduje wzmożony popyt w danej branży stąd mniejsze zainteresowanie ze strony wykonawców uzyskaniem zamówienia lub wyższe ceny ofert. Dlatego warto z perspektywy gminy analizować harmonogramy naborów w ramach różnych funduszy i podejmować decyzje o realizacji zamówień niefinansowanych ze środków europejskich w innych terminach. Rozwiązaniem stymulującym konkurencyjność jest również zaplanowanie możliwości składania ofert częściowych[27] lub udzielenie zamówienia w częściach[28] umożliwiające dostęp do zamówienia najmniejszym przedsiębiorcom. Formą swoistej zachęty do udziału w postępowaniu dla najsłabszych może być możliwość przewidziana w art. 151a ust. 1 Pzp w postaci zaplanowania możliwości udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia. Nie bez znaczenia jest również wybór trybu udzielenia zamówienia. Wydaje się, że najbardziej przystępnym, znanym i przejrzystym dla wykonawców trybem jest przetarg nieograniczony. „Tryb przetargu nie-

[27] Art. 36 ust. 2 pkt 1 oraz art. 41 pkt 4 Pzp.

[28] Art. 32 ust. 4 Pzp.

ograniczonego należy więc uznać za najlepszy dla sektora MSP i jednocześnie najbezpieczniejszy dla zamawiających"[29].

Reguła wyważonych wymagań

Nie bez wpływu na poziom konkurencyjności pozostają wymagania, jakie stawia wykonawcom zamawiający zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia jak i w ramach postanowień umowy zawartej w wyniku jego udzielenia. Sytuacją optymalną jest taka, w której równoważone są wymagania, jakie spełnić musi wykonawca w zależności od rodzaju zamówienia, które jest realizowane, stopnia jego skomplikowania, a co z tego wynika ryzyka kontraktowego[30]. W ramach reguły wyważonych wymagań proponuje się tam gdzie jest to wskazane m.in. rezygnację z żądania wadium[31] i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy[32], ograniczenie wymagań dotyczących warunków udziału w postępowaniu[33] oraz ich weryfikację w oparciu o dostęp do publicznych rejestrów[34], minimalizację katalogu żądanych dokumentów składanych wraz z ofertą, stosowanie oświadczeń w zakresie dokumentowania spełniania warunków udziału w postępowaniu[35], unikanie stosowania w umowach o zamówienie publiczne klauzul osłabiających pozycję wykonawcy.

Podsumowanie

Podsumowując podjętą w ramach artykułu problematykę należy stwierdzić, że gmina jako zamawiający działający na rynku lokalnym ma bezpośredni wpływ na jego konkurencyjność. Dysponuje bowiem instrumentami w postaci konkretnych regulacji Pzp pozwalającymi tę konkurencyjność podnosić przede wszystkim poprzez ułatwianie dostępu do zamówień publicznych przedsiębiorcom działającym na rynku lokalnym a więc podmiotom z sektora MSP. Działania zmierzające do poprawy konkurencyj-

[29] W. Dzierżanowski, Zwiększenie udziału MSP w rynku zamówień publicznych, Warszawa 2018 r., s. 10.

[30] Konieczność stosowania zasady proporcjonalności w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu podkreślała niejednokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach. Vide: Wyrok KIO z 27 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygnaturze KIO 697/17, Uchwała KIO 24 kwietnia 2018 r. w sprawie o sygnaturze KIO/KU 15/18.

[31] Art. 45 ust. 2 Pzp pozostawia decyzję w zakresie żądania wniesienia wadium woli zamawiającego w postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

[32] Art. 147 ust. 1 Pzp.

[33] Art. 22 ust. 1a Pzp stanowi: „*Zamawiający określa* warunki udziału w postępowaniu *oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności*".

[34] Art. 26 ust. 6 Pzp.

[35] Art. 26 ust. 2 Pzp.

ności można ująć w ramach dwóch kategorii: 1. jako czynności ułatwiające wykonawcom dostęp do zamówień publicznych oraz 2. czynności zwalczające zjawiska patologiczne w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z kolei czynności ułatwiające wykonawcom dostęp do zamówień można sklasyfikować w ramach trzech reguł tzn.: reguły dobrego kontaktu, reguły dobrego planowania oraz reguły wyważonych wymagań. Zaproponowana klasyfikacja umożliwia zaliczanie do niej również rozwiązań, które mają zaistnieć w przyszłości w porządku prawnym a przez to może stanowić propozycję narzędzia możliwego do wykorzystania w celu podjęcia próby poprawy konkurencyjności na rynku lokalnym w ramach zamówień publicznych udzielanych przez gminę.

Bibliografia:

1. Dzierżanowski W., Możliwości wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych nieobjętych przepisami dyrektyw UE [w:] Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych, red. M. Stręciwilk, A. Dobaczewska, Warszawa 2018.
2. Dzierżanowski W., Zwiększenie udziału MSP w rynku zamówień publicznych, Warszawa, 2018.
3. Grzebyk M., Kryński Z., Konkurencja i konkurencyjność przedsiębiorstw. Ujęcie teoretyczne [w:] Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy, nr 20, 2011.
4. Kraszewska M., Pujer K., Konkurencyjność przedsiębiorstw. Sposoby budowania przewagi konkurencyjnej, Wrocław 2017.
5. Makarski S., Konkurencyjność przedsiębiorstw i jej uwarunkowania: na przykładzie firm z woj. podkarpackiego [w:] Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy, nr 19, 2011.
6. Piotrowska A., Funkcje zamówień publicznych – organ administracji jako „inteligentny klient" [w:] Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, Nr 2(926), 2014.
7. Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce, Warszawa, 2019.
8. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r., Warszawa, 2018 r.
9. Starzyńska W., Konkurencyjność zamówień publicznych w Polsce na tle innych krajów Unii Europejskiej [w:] Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Oeconomia, 50(4), 2016.
10. Żbikowski J., Konkurencyjność jednostek samorządu terytorialnego. Wybrane problemy [w:] Handel Wewnętrzny, 4(357), 2015.
11. Ustawa z 16 kwietnia 1996 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1010).
12. Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.).
13. Ustawa z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 869).
14. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 697/17.
15. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO/KU 15/17.

16. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 49/18.
17. https://www.uzp.gov.pl
18. http://www.parp.gov.pl
19. http://administracja.mswia.gov.pl

Marcin Żurawski

Wpływ elektronizacji zamówień publicznych w Polsce na ich konkurencyjność

Abstrakt

Polski system zamówień publicznych jest w toku znaczących zmian dotyczących implementacji elektronicznych zamówień publicznych. Badania zaprezentowane w artykule wskazują, że liczba wykonawców w postępowaniach spadała przed pełną elektronizacją systemu. Autor prezentuje rozwiązania, które mogą odwrócić ten trend przy zastosowaniu e-zamówień. Ten proces może zwiększyć konkurencyjność rynku zamówień publicznych.

Abstract

The Polish public procurement system is undergoing significant changes resulting in implementation of electronic procurements. Investigations presented in the paper show that the number of economic operators has been decreasing before a full electronisation of public procurement system. The author presents solutions which can reverse this trend by the implementation of e-procurement. This process will increase level of competitiveness of public procurement market.

Wprowadzenie

Elektronizacja zamówień publicznych to proces ewolucyjny, trwający od początku wykorzystania środków komunikacji elektronicznej w transakcjach handlowych. W ślad za postępem technologicznym postępowały reformy obowiązującego prawa unijnego, jak i polskiego w tym zakresie.

Niniejsza publikacja ma na celu podjęcie rozważań nad wpływem procesu elektronizacji zamówień publicznych w Polsce na ich konkurencyjność. Stanowi ona rezultat stosowania zasady uczciwej konkurencji. Odnosi się ona do zamawiającego, który przygotowuje i przeprowadza postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego stanowi jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych[1].

Dla dalszych rozważań niezbędne jest zdefiniowanie podstawowych pojęć, takich jak zamówienia publiczne, elektroniczne zamówienia publiczne, elektronizacja zamówień publicznych oraz konkurencja i konkurencyjność.

Zamówienia publiczne zgodnie z definicją ustawową zawartą w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych[2] oznaczają umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Definicja ta nie eksponuje bezpośrednio cechy, która przesądza o nadaniu zamówieniu przymiotnika „publiczny". Należy zatem mieć na uwadze, że zamówienia te udzielane są zawsze w celu publicznym, nieodłącznie powiązanym z realizacją zadań przez zamawiającego. Podmioty zamawiające obowiązane do stosowania Pzp mają z reguły status publiczny bez względu na kategorie przypisanej im podmiotowości publicznoprawnej[3].

Elektroniczne zamówienia publiczne oznaczają natomiast wszelkie działania w procesie udzielania zamówienia publicznego, które w miejsce tradycyjnej („papierowej") formy składania oświadczeń i dokumentów pozwalają (lub wprowadzają taki obowiązek) na stosowanie elektronicznych środków komunikacji[4].

Elektronizacja, czy też często utożsamiana z nią informatyzacja zamówień publicznych to proces dostosowywania zamówień publicznych do przeobrażeń w nowoczesnym obrocie gospodarczym, w szczególności w zakresie nowych technik kontraktowania z zastosowaniem środków komunikacji elektronicznej. Elektronizacja w sferze komunikacyjnej rzutuje na większość czynności proceduralnych, a nawet na niektóre wymagania formalne od fazy ogłoszenia o zamówieniu (lub zaproszenia do udziału w postępowaniu) aż do zakończenia postępowania w postaci zawarcia umowy na warunkach wybranej oferty[5].

Problemy konkurencji w badaniach ekonomicznych rozpatrywane są w dwóch nurtach. Pierwszy zajmuje się dwoma kluczowymi dla gospodarki zagadnieniami: generalną charakterystyką rynku, tj. jego strukturą, rozwojem, funkcjonowaniem, panującą na nim sytuacją oraz strategicznymi za-

---

[1] A. Powałowski (red.), *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2017, s. 370.

[2] T. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm. (dalej: Pzp), art. 2 pkt 13.

[3] J. Niczyporuk, *Przedmiot zamówień publicznych* [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 76.

[4] *Elektroniczne zamówienia publiczne – ekspertyza*, ekspertyza przygotowana przez zespół aut. w 5 składzie W. Dzierżanowski, M. Stachowiak; współpr. M. Budzewski et al., Warszawa 2011, s. 9, szerzej o pojęciu elektronicznych zamówień publicznych: M. Żurawski, *Elektroniczne zamówienia publiczne. Stan obecny i kierunki zmian*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 3/2016, s. 5-16.

[5] R. Szostak (red.), *Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. XXI.

chowaniami przedsiębiorców. Są one z jednej strony zdeterminowane przez istniejące cechy rynku, a z drugiej same mają wpływ na kształt tego rynku. Drugi nurt wiąże się z analizą ograniczeń rynku jako mechanizmu regulacji, a przedmiotem jego szczególnego zainteresowania są kwestie dóbr publicznych oraz niedostatków rynkowych, które mogą uzasadniać interwencje publiczne w system rynkowy. Przedmiotem badań tego nurtu jest również efektywność działań publicznych organizujących rynek, a nierzadko też zastępujących siły rynkowe[6]. Konkurencję należy zdefiniować jako z jednej strony proces rynkowej rywalizacji podmiotów wykonujących działalność gospodarczą, a z drugiej swoisty mechanizm ekonomiczny charakterystyczny dla modelu gospodarki rynkowej, w ramach którego następuje regulacja zachowań poszczególnych przedsiębiorców[7].

Z kolei konkurencyjność to koncepcja, która odnosi się do utrzymania trwałego wzrostu gospodarczego, ale oznacza również zdolność do poprawy poziomu życia społeczeństwa, wzmocnienia pozycji na rynkach zagranicznych oraz wzrostu atrakcyjności danego terytorium dla inwestycji kapitału zagranicznego[8]. W kontekście zamówień publicznych przez konkurencyjność rozumie się dostępność postępowań dla wykonawców, która przekłada się na liczbę składanych ofert w poszczególnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Istota zasady uczciwej konkurencji

Wyrażone w art. 7 Pzp zasady równości i uczciwej konkurencji obowiązują od momentu wejścia tej ustawy w życie i były obecne we wcześniejszych polskich regulacjach dotyczących zamówień publicznych[9]. Zgodnie z tą zasadą na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia[10].

Najważniejszym wymogiem w toku przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego jest etap przygotowania podstawowych dokumentów, takich jak ogłoszenie i specyfikacja istotnych warunków zamówienia w zgodzie z tą zasadą. Szczególne zobowiązanie dotyczy opisu przedmiotu zamówienia. Na tym etapie ryzyko naruszenia zasady przez zamawiającego jest bardzo duże i rodzi poważne

[6] Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Warszawa 2004, s. 26.

[7] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 28 i n., A. Powałowski (red.)., *Prawo gospodarcze*… s. 208.

[8] M. A. Waresa (red.), *Polska. Raport o konkurencyjności 2015,* Warszawa 2015, s. 7.

[9] N. Gill, *Obszary potencjalnych zagrożeń dla sprawnego wykorzystania zamówień publicznych do realizacji polityki zakupowej państwa* [w:] M. Stręciwilk, A. Dobaczewska (red.), *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 343.

[10] M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015, s. 1.

konsekwencje w postaci braku możliwości udziału w postępowaniu wykonawców nie spełniających warunków przez niego określonych. Zasada uczciwej konkurencji wiąże także wykonawców w ich działaniach na wszystkich etapach związanych z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności chodzi tu o nieprawidłowości w postaci zmów przetargowych czy porozumień utrudniających dostęp do zamówienia przez podmioty trzecie[11]. W zakresie wykonawców obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji wynika także z innych przepisów prawa, chociażby z art. 9 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców[12], który należy analizować jako wzorzec przedsiębiorcy odwołujący się do reguł stanowiących istotę wykonywania działalności gospodarczej w społecznej gospodarce rynkowej[13].

Obszar zamówień publicznych jest sferą szczególnie narażoną na korupcję, nieuczciwość i nieobiektywność. Te obawy najbardziej dotykają wykonawców oczekujących na ocenę złożonych ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dotyczyć zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy. Regulacja zamówień publicznych ma zapewniać efektywną konkurencję, która może przyczyniać się do wzrostu gospodarczego oraz zapewnienia efektywności wydatkowania środków publicznych. Zasada ta oznacza również, że zamawiający jest obowiązany do eliminowania z postępowania wykonawców, którzy dopuszczają się popełniania czynów nieuczciwej konkurencji, zmów przetargowych czy też zawierania porozumień utrudniających dostęp do zamówienia przez podmioty trzecie[14].

Dbałość o zapewnienie uczciwej konkurencji, a także o realizację zasad niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości procedur udzielania zamówień publicznych stanowi istotę funkcji regulacyjnej systemu zamówień publicznych[15]. W związku z tym wszelkie regulacje prawne dotyczące elektronizacji muszą uwzględniać zasadę uczciwej konkurencji oraz być analizowane pod kątem konkurencyjności postępowań. W ten sposób możliwe jest zwiększenie konkurencyjności polskich zamówień publicznych przy odpowiednim dostosowaniu regulacji prawnych

[11] H. Nowicki, *Zasady udzielania zamówień w ustawie Prawo zamówień publicznych*, [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień…*, s. 102-103.

[12] T. jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 646 z późn. zm.

[13] M. Wierzbowski (red.), *Konstytucja biznesu. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 88.

[14] R. Baczewski, *Naruszenia prawa konkurencji w prawie zamówień publicznych*, [w:] M. Zdyb. E. Kruk, G. Lubeńczuk (red.), *Dysfunkcje publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2018, s. 376.

[15] P. Stokłosa, *Jeden system dwa schematy – próba poprawy dostępności rynku zamówień publicznych dla małych i średnich przedsiębiorstw*, [w:] M. Stręciwilk, A. Dobaczewska (red.), *Potrzeby i kierunki…*, s. 284.

do potrzeb rynku, co może nastąpić również przy użyciu procesu elektronizacji zamówień publicznych.

Konkurencyjność zamówień publicznych

Najistotniejszym wyznacznikiem obrazującym konkurencyjność zamówień publicznych w Polsce jest średnia liczba biorących udział w postępowaniach wykonawców. Analiza konkurencyjności postępowań w latach 2008-2014 wskazuje na osiągnięcie w latach 2012-2013 maksymalnego w tym okresie poziomu 2,96 średniej ofert na zamówienie, a następnie spadek w 2014 r. do 2,86[16]. Tendencja spadkowa utrzymuje się, co potwierdzają dane wskazywane przez Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii. Wynika z nich, że liczba ta spadła 2,5 wykonawców w 2017 r. do 2,19 w 2018 r. na jedno postępowanie[17]. Już w 2017 r. problem ten był widoczny, gdyż w 43 % ogólnej liczby postępowań złożona została tylko jedna oferta[18]. W wartościach powyżej progów udział ofert z jedną złożoną ofertą w 2017 r. wynosił jeszcze więcej – 48,73 %. Liczba ofert w wysokości 5 lub więcej dotyczyła tylko 8,19 % ogólnej liczby postępowań[19].

Na tym tle korzystnie wyróżnia się jedno z głównych obecnie istniejących rozwiązań elektronizacji zamówień publicznych – tryb licytacji elektronicznej. W postępowaniach poniżej progów unijnych w 2017 r. średnia liczba ofert na postępowanie wyniosła aż 8,62. Niestety tryb licytacji elektronicznej był stosowany tylko w 0,32 % ogólnej liczby postępowań, co stanowi o jego marginalnym charakterze jeśli chodzi o rynek zamówień publicznych[20]. Liczba ofert na postępowanie jest jednak pozytywnym prognostykiem, który może przełożyć się na zwiększenie konkurencyjności. Ocena tego procesu będzie możliwa podczas analizy za rok 2019 co do postępowań powyżej progów unijnych, gdyż będzie to pierwszy pełny rok obowiązywania elektronizacji tych postępowań.

---

[16] W. Starzyńska, *Konkurencyjność zamówień publicznych w Polsce na tle innych krajów Unii Europejskiej*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska vol. L, 4/2016, s. 451.

[17] *Pracodawcy i eksperci pozytywnie o projekcie nowego Prawa zamówień publicznych*, pulsHR.pl, [on-line: https://www.pulshr.pl/prawo-pracy/pracodawcy-i-eksperci-pozytywnie-o-projekcie-nowego-prawa-zamowien-publicznych,65304.html, dostęp 12 lipca 2019 r.]

[18] Uzasadnienie projektu ustawy Prawo zamówień publicznych z 21 czerwca 2019 r., [on-line: https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12320355/12565469/dokument402036.pdf, dostęp 12 lipca 2019 r.].

[19] *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.*, s. 41, [on-line: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/37262/Sprawozdanie-Urzedu-Zamowien-Publicznych-za-2017-r.pdf, dostęp 13 lipca 2019 r.].

[20] *Ibidem*, s. 34, 49.

Zamawiający w związku z pełną elektronizacją zamówień publicznych wśród szans i zalet wskazywali najczęściej przyspieszenie postępowania, zwiększenie transparentności i pozytywny wpływ na konkurencyjność[21].

Wpływ elektronizacji zamówień publicznych na konkurencyjność postępowań

W świetle przedstawionych rozważań dostrzeżono korzyści płynące z elektronizacji zamówień publicznych. Wskazuje się przede wszystkim na ograniczenie biurokracji, gdyż większość formularzy jest tworzona automatycznie na bazie szablonów wypełnianych wprowadzanymi lub zapisanymi danymi. Dzięki temu oczekuje się zwiększonego udziału nie tylko dotychczasowych wykonawców, ale również małych i średnich przedsiębiorców. Jako konsekwencję tego procesu wskazuje się możliwość zwiększenia liczby ofert, które doprowadzą do zwiększenia konkurencji pod względem ceny oraz innych kryteriów oceny ofert[22].

Wpływ na takie postrzeganie elektronizacji ma fakt, że przy obecnym stopniu rozwoju infrastruktury telekomunikacyjnej umożliwia ona dostęp do postępowań znacznie większej liczbie potencjalnych wykonawców. Mogą oni korzystać z różnego rodzaju kwerend, subskrypcji lub wyszukiwarek umożliwiających poszukiwanie interesującego ich przedmiotu zamówienia oraz zapoznać się z treścią oferty, specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy uzyskać dodatkowe informacje od zamawiającego. Następnie mogą dokonać złożenia oferty za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej oraz poznać wyniki postępowania i klasyfikację ofert w tej samej formie. Możliwe jest również skorzystanie ze środków komunikacji elektronicznej przy złożeniu odwołania, choć obecnie nie jest to forma obligatoryjna. Wszystkie te czynności – przy założeniu odpowiedniej wiedzy wykonawcy, umiejętności skorzystania z właściwych systemów teleinformatycznych oraz braku barier technicznych i awarii – prowadzą do zwiększenia konkurencyjności postępowania.

Niewątpliwie ograniczenie kosztów korespondencji, transportu, czasu przeznaczonego na złożenie odpowiednich dokumentów osobiście wpływa na spadek kosztów udziału w postępowaniu. Dodatkowo dzięki zachowaniu środków komunikacji elektronicznej dochodzi do przyspieszenia postępowania, a tym samym szybciej nastąpi przekazanie rozstrzygnięcia oraz zwrot wadium, które przyczyni się do krótszego czasu zablokowania środ-

[21] M. Falkowska, *Raport z oceny funkcjonowania systemu zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 161 [on-line: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0019/39304/Raport-z-oceny-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-wieksza-czcionka.pdf, dostęp 13 lipca 2019 r.].

[22] E. Kisiel, D. Konicz, M. T. Ordysińska, *Elektronizacja zamówień publicznych w praktyce*, Wrocław 2018, s. 24.

ków finansowych wykonawcy (przy braku przedłużenia na okres *standstill* zamawiający jest zobowiązany do niezwłocznego zwrotu wadium wszystkim wykonawcom po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta wybrana została jako najkorzystniejsza[23]). Dodatkowo dostęp do dokumentów postępowania nie wymaga osobistego zapoznawania się z nimi w godzinach pracy zamawiającego, a możliwy jest w dowolnym dogodnym dla wykonawcy terminie. Wszystkie te okoliczności przemawiają za tym, że konkurencyjność postępowań z uwagi na łatwiejszy dostęp wykonawców powinna wzrosnąć.

Dodatkowym argumentem jest wprowadzenie bazy e-Certis, czyli elektronicznego systemu informacyjnego umożliwiającego identyfikację różnych certyfikatów i zaświadczeń wymaganych najczęściej w postępowaniach o udzielenie zamówienia w państwach członkowskich Unii Europejskiej. To internetowe repozytorium ma za zadanie pomóc zarówno wykonawcom, jak i zamawiającym w ustaleniu, jakie informacje są wymagane lub przedstawiane w toku postępowania w poszczególnych państwach oraz w określeniu wzajemnie uznawalnych odpowiedników. Aktualnie jednak system ten jest wyłącznie narzędziem informacyjnym, co oznacza, że z uwagi na brak zaktualizowanej wersji systemu lub jego awarie możliwe jest żądanie przez zamawiającego przedmiotowego dokumentu od wykonawcy[24]. Niewątpliwie jednak rozwój tego systemu i zwiększanie aktualnej bazy danych wzajemnie uznawalnych dokumentów może mieć pozytywny wpływ na konkurencyjność postępowań przede wszystkim z udziałem wykonawców z innych państw członkowskich Unii Europejskiej.

W celu standaryzacji postępowania, nałożono na wykonawców obowiązek posługiwania się Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia, wprowadzonym na mocy rozporządzenia wykonawczego 2016/7 z dnia 5 stycznia ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia[25] w całej Unii Europejskiej. Stanowi on oświadczenie własne wykonawcy o spełnianiu któregokolwiek z trzech warunków: nie znajduje się w sytuacji, skutkującej jego wykluczeniem, spełnia kryteria kwalifikacji lub w stosownych przypadkach spełnia obiektywne zasady i kryteria. W wypadku polegania na zdolności innych podmiotów do udziału w postępowaniu JEDZ zawiera również odpowiednie informacje dotyczące tychże podmiotów[26]. Formularz ten, dzięki formie jego wprowadzenia, ma identyczny układ we wszystkich językach urzędowych państw

[23] M. Sieradzka, *Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2015, s. XIV.

[24] R. Szostak (red.), *Informatyzacja procedur udzielania…*, s. 151-155.

[25] Dz. Urz. UE L 3/16 z 6 stycznia 2016 r.

[26] Szerzej: M. Żurawski, *Jednolity europejski dokument zamówienia – aspekty prawne*, Studia Iuridica Toruniensia nr 21 (2017), s. 355-358.

członkowskich Unii Europejskiej, a tym samym również w założeniu ma znacznie ułatwić spełnienie wymagań udziału w postępowaniu wykonawcom z innych państw członkowskich. Zastępuje on także konieczność złożenia większości dokumentów wymaganych od wykonawcy poprzez złożenie oświadczenia o ich posiadaniu.

Wśród aspektów praktycznych wpływu elektronizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na konkurencyjność należy podkreślić przygotowywane wprowadzenie bezpłatnych systemów teleinformatycznych umożliwiających kompleksową obsługę zamówień publicznych, otwartych i bezpłatnych dla wykonawców. Na chwilę obecną wymogi te spełnia miniPortal przygotowany przez Urząd Zamówień Publicznych, a docelowo taką rolę ma pełnić projektowany portal e-Zamówienia wraz z powiązanymi modułami służącymi m.in. do składania ofert lub odwołań, a także obejmujące Centralne Repozytorium Danych, Moduł Monitorowania i Analiz[27]. Platforma może również posłużyć do wyjaśniania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez zamawiającego (aktualnie zapytania wykonawców oraz odpowiedzi na nie umieszczane są na stronie internetowej zamawiającego[28]. Niestety odstąpienie od umowy na budowę platformy w marcu 2019 r. spowoduje wydłużenie prac nad tym systemem[29].

Podsumowanie

Z uwagi na konieczność realizacji zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji, przedmiotem zainteresowania podmiotów odpowiedzialnych za tworzenie i stosowanie Prawa zamówień publicznych jest ich konkurencyjność. Jest ona analizowana poprzez pryzmat liczby składanych ofert na postępowanie, a szerzej przez dostępność rynku zamówień publicznych dla wykonawców.

Rozwój elektronicznych zamówień publicznych wiązał się z dużymi nadziejami związanymi z dostępnością zamówień publicznych. W założeniach miały one doprowadzić do wzrostu udziału wykonawców, przede wszystkim z sektora małych i średnich przedsiębiorców. Pomimo początkowych obaw z problemami technicznymi w postępowaniach, a tym samym przejściowego zmniejszenia liczby ofert w postępowaniach, we wstępnych badaniach na podstawie ankiet większość zamawiających nie zauważyła zna-

[27] R. Szostak (red.), *Informatyzacja procedur udzielania…*, s. 144.

[28] B. Nuzzo, *Wpływ elektronizacji na niektóre czynności postępowania przetargowego*, Prawo Zamówień Publicznych 1 (60)/2019, s. 52.

[29] A. Sierpina-Fokasiewicz, *Bez ePlatformy rynek zamówień nie padnie*, Prawo.pl, [on-line: https://www.prawo.pl/biznes/konsekwencje-zerwania-umowy-na-platforme-e-zamowienia,384927.html, dostęp 12 lipca 2019 r.].

czącej różnicy w liczbie składanych ofert[30]. Należy zatem wyrazić nadzieję, że po początkowym etapie dostosowania technicznego oraz szkoleniowego, a także po projektowanej kompleksowej reformie systemu prawa zamówień publicznych[31] dojdzie do stopniowego wzrostu liczby wykonawców w postępowaniach. Nie wystarczy jednak samo stworzenie systemu teleinformatycznego, nawet w finalnie planowanej wersji portalu e-Zamówienia. Konieczne jest jeszcze zapewnienie jak najmniejszej awaryjności tego systemu, a także stabilne prawo oraz jego interpretacja[32]. W przeciwnym wypadku pomimo teoretycznego wzrostu dostępności systemu dla wykonawców w rzeczywistości dojdzie do odrzucania ofert i wykluczania wykonawców, którzy mogliby brać udział w postępowaniu realizowanym w tradycyjnej formie tylko z uwagi na niejasności interpretacyjne lub problemy techniczne. Dlatego istotne jest, żeby przepisom prawa towarzyszyły szczegółowe wytyczne o charakterze technicznym, wyjaśniające szczegółowo wszelkie czynności, które będą podejmowane przez wykonawców w toku postępowania. Dopiero takie kompleksowe działanie może zapewnić wzrost konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe rozważania uzasadniają twierdzenie, że z prawnego punktu widzenia elektronizacja zamówień publicznych stanowi szansę na wzrost ich konkurencyjności w Polsce. Istotne jest jednak, aby szansa ta została w prawidłowy sposób wykorzystana, tak aby również w praktyce wykonawcy mogli bez większych problemów korzystać z elektronicznych zamówień publicznych. Pierwszym krokiem dla realizacji tego postulatu będzie przygotowanie otwartej i bezpłatnej platformy e-Zamówienia, która umożliwi równy dostęp wszystkim wykonawcom do rynku zamówień publicznych. W tym celu powinna być też zapewniona jej kompatybilność i interoperacyjność z platformami komercyjnymi.

Bibliografia:

1. Powałowski A. (red.), *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2017.
2. Niczyporuk J., *Przedmiot zamówień publicznych* [w:] Sadowy J. (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013.
3. *Elektroniczne zamówienia publiczne – ekspertyza*, ekspertyza przygotowana przez zespół aut. w składzie Dzierżanowski W., Stachowiak M.; współpr. Budzewski M. et al.,

[30] 44,12 % ankietowanych wskazało porównywalną liczbę ofert do tej sprzed 18 października 2018 r., a 25,49 % zaprzeczyło, aby liczba ofert była mniejsza, raport marketplanet.pl *ePrzetargi. Krajobraz po zmianach*, s. 19.

[31] Projekt ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 21 czerwca 2019 r., [on-line: https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12320355/12565469/dokument402025.pdf, dostęp 13 lipca 2019 r.].

[32] Np. odmienne stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej co do oferty sporządzonej w formie pisemnej, postaci papierowej, a następnie zeskanowanej i opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym w wyrokach z dnia 4 stycznia 2019 r., KIO 2611/18 oraz z dnia 8 lutego 2019 r., KIO 119/19.

Warszawa 2011, Żurawski M., *Elektroniczne zamówienia publiczne. Stan obecny i kierunki zmian*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 3/2016.
4. Szostak R. (red.), *Informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2018.
5. Brodecki Z. (red.), *Konkurencja*, Warszawa 2004.
6. Skoczny T. (red.*), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014.
7. Waresa M. A. (red.), *Polska. Raport o konkurencyjności 2015*, Warszawa 2015.
8. Gill N., *Obszary potencjalnych zagrożeń dla sprawnego wykorzystania zamówień publicznych do realizacji polityki zakupowej państwa* [w:] Stręciwilk M., Dobaczewska A. (red.), *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2018.
9. Sieradzka M., *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015.
10. Nowicki H., Zasady udzielania zamówień w ustawie Prawo zamówień publicznych, [w:] Sadowy J. (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013.
11. Wierzbowski M. (red.), *Konstytucja biznesu. Komentarz*, Warszawa 2019.
12. Baczewski R., *Naruszenia prawa konkurencji w prawie zamówień publicznych*, [w:] Zdyb M.. Kruk E., Lubeńczuk G. (red.), *Dysfunkcje publicznego prawa gospodarczego*, Warszawa 2018.
13. Stokłosa P., *Jeden system dwa schematy – próba poprawy dostępności rynku zamówień publicznych dla małych i średnich przedsiębiorstw*, [w:] *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2018.
14. Starzyńska W., *Konkurencyjność zamówień publicznych w Polsce na tle innych krajów Unii Europejskiej*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska vol. L, 4/2016
15. Kisiel E., Konicz D., Ordysińska M. T., *Elektronizacja zamówień publicznych w praktyce*, Wrocław 2018.
16. Sieradzka M., *Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2015.
17. Żurawski M., *Jednolity europejski dokument zamówienia – aspekty prawne*, Studia Iuridica Toruniensia nr 21 (2017), s. 355-358.
18. Nuzzo B., Wpływ elektronizacji na niektóre czynności postępowania przetargowego, Prawo Zamówień Publicznych 1 (60)/2019.

Dr hab., prof. nadzw. UŁ Andrzej Borowicz

Mankamenty procedury selekcyjnej zamówień publicznych na polskim rynku budowlanym

Abstrakt

Publikacja omawia aktualne mankamenty procedury selekcyjnej zamówień publicznych na polskim rynku budowlanym. W artykule uwzględniono techniczne kryteria oceny ofert oraz procedurę selekcyjną jako całość. Końcowym efektem referatu jest lista konkretnych mankamentów, które powinny zostać wyeliminowane w niedalekiej przyszłości.

Abstract

The publication presents current deficiences of selection procedure of public procurement system on the Polish construction market. In the paper technical criteria and the whole procedure were taken into account. The last result of the report is the detailed list of deficiences which should be eliminated in the near future.

Wprowadzenie

System zamówień publicznych (szp) pełni we współczesnej gospodarce szereg istotnych funkcji. Dotyczy to również gospodarki polskiej oraz krajów należących do Unii Europejskiej.

Przywołana mnogość zadań stawianych systemowi zamówień publicznych, bez jednoczesnego określenia gradacji ich ważności jest, zdaniem autora niniejszego opracowania, zjawiskiem negatywnym. Stwierdzenie to jest tym bardziej istotne, że na łamach periodyków fachowych odcinkowe analizy poszczególnych elementów procedury selekcyjnej są tematem bardzo popularnym. Ta utrzymująca się od dłuższego czasu popularność

omawianego problemu[1] wskazuje na fakt, że w zakresie elementarnych zagadnień procedury selekcyjnej zamówień publicznych „wciąż pozostaje wiele do zrobienia". A przecież wyselekcjonowanie najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który będzie w stanie wywiązać się ze swoich zobowiązań w niej zawartych wciąż pozostaje immanentnym, pierwotnym i najważniejszym zadaniem systemu zamówień publicznych.

W sytuacji opisanej powyżej, celem niniejszego opracowania jest próba oceny jakości procedur selekcyjnych stosowanych aktualnie na polskim rynku zamówień publicznych na roboty budowlane, w kontekście generowanej obiektywnie specyfiki budownictwa.

I Kryteria techniczne oceny ofert w zamówieniach na roboty budowlane

I.1 Popularność kryteriów technicznych oceny ofert

Chcąc ocenić popularność i jakość technicznych kryteriów oceny ofert stosowanych w aktualnej praktyce polskiego rynku zamówień publicznych na roboty budowlane poddano analizie przetargi nieograniczone na roboty budowlane ogłoszone w BZP w marcu 2019 roku. Stwierdzono, że przetargów tych było 4076. Techniczne kryteria oceny ofert zostały zastosowane jedynie w 40 spośród nich, co daje współczynnik udziału wynoszący zaledwie 0,98%. Dwa z tych przetargów musiały zostać ogłoszone ponownie, z powodu unieważnienia, a zatem do ostatecznej analizy przyjęto 38 przetargów: 25 homogenicznych, tylko na wykonanie robót budowlanych oraz 13 heterogenicznych na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (D&B).

I.2 Kryteria techniczne w przetargach homogeniczych

Zastosowanie kryteriów technicznych w przetargach mających za przedmiot wyłącznie wykonanie robót budowlanych jest wyjątkowo trudne. Opis przedmiotu zamówienia publicznego na roboty budowlane musi być bowiem w tym przypadku doprecyzowany dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych[2].

[1] Popularność problematyki poszczególnych aspektów procedury selekcyjnej zamówień publicznych zilustrowanych na przykładzie dwóch miesięczników fachowych, a mianowicie Zamówienia Publiczne Doradca (ZPD)oraz Monitor Zamówień Publicznych (MZP). W każdym z nich, tylko w okresie roku 2018 ukazało się po 5 artykułów problemowych poświęconych temu zagadnieniu. Por. ZPD nr 5,8,9,11 i 12 oraz MZP nr 1,4,6,8 i 10 z 2018 roku.

[2] Art. 31ust. 2 Pzp oraz rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 2.09.2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowalnych oraz program funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr. 202, poz 2072).

W opracowaniach tych natomiast projektant szczegółowo określa wymagane warunki techniczne, jakim ma odpowiadać przedmiot zamówienia. Zmiana tych warunków może spowodować sprzeczność z zatwierdzonym wcześniej projektem budowlanym. Tak więc zamawiający, który nie posiada wykształcenia technicznego, chcąc zastosować w postępowaniu techniczne kryteria oceny ofert, może narazić się na szereg ryzyk. Stosowanie tych kryteriów wymaga bowiem swoistej subtelności i bardzo dobrej wiedzy technicznej. Z drugiej jednak strony, dzięki tym kryteriom, zamawiający stwarza sobie szansę maksymalizacji jakości technicznej oraz efektywności podejmowanego przedsięwzięcia.

Ocena technicznych kryteriów oceny ofert, jakie zostały zastosowane w analizowanych przetargach zostanie dokonana z punktu widzenia trzech kryteriów, a mianowicie:

a) istotności kryteriów technicznych w przyjętych zbiorach kryteriów oceny ofert,
b) adekwatności zastosowanych kryteriów technicznych wobec przedmiotu przetargu oraz
c) poprawności zastosowanego sposobu punktowej oceny ofert w każdym z przyjętych kryteriów technicznych.

Ad. a) Zgodnie z artykułem 91 ust. 2 ustawy Pzp kryteriami oceny ofert mogą być cena (lub koszt) albo cena (lub koszt) i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Z powyższego przepisu wynikają dwa bardzo ważne wnioski praktyczne, a mianowicie:

- zamawiający może zastosować jedno lub wielokryterialny model oceny ofert będący sformalizowanym zapisem wyboru najkorzystniejszej oferty,
- model wielokryteriowy nie może pomijać ceny.

Z uwagi na fakt, iż w minionych latach upowszechniła się, zwłaszcza na rynkach zamówień publicznych na roboty budowlane, praktyka stosowania modelu *price only*, prawodawca postanowił temu przeciwdziałać. Taka była geneza przepisu zawartego w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż kryterium ceny może zostać zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60% - jedynie pod pewnymi warunkami. Ponieważ warunki te, określone również w tym przepisie, są trudne do spełnienia, a zatem w praktyce polskiego rynku zamówień publicznych upowszechnił się model: 60% cena, 40% kryterium/kryteria niecenowe.

Jakkolwiek ustawa Pzp pozwala na przyznawanie kryteriom niecenowym wagi powyżej 40%, to jednak takie rozwiązania w Polsce z reguły nie są obecnie stosowane.

Ad. b) W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na fakt, iż w procesie doboru kryteriów oceny ofert zamawiający powinien się kierować trze-

ma istotnymi przesłankami, które, interpretowane łącznie, przesądzają o poprawności i adekwatności przyjmowanych kryteriów. Powinny to być zatem takie kryteria, które zapewniają zachowanie zasady jednakowego traktowania wszystkich oferentów oraz uczciwej konkurencji. W miarę możliwości powinny one uwzględniać wszystkie etapy cyklu życia przedmiotu przetargu. Ponadto kryteria oceny ofert nie powinny odnosić się do aspektów niemożliwych do sprawdzenia lub niewykonalnych. Przykładem kryterium nie dającego się zweryfikować na etapie oceny ofert jest długość okresu gwarancji[3]. Według omawianego kryterium przyjęto następujący sposób oceny kryteriów technicznych oceny ofert zastosowanych w analizowanych przetargach:

5 - adekwatność pełna,
4 - adekwatność ograniczona,
3 - adekwatność wątpliwa,
0 - brak adekwatności.

Ad. c) Poprawność zastosowanego sposobu punktowej oceny ofert według poszczególnych kryteriów technicznych ma bardzo istotne znaczenie. Zwraca na to uwagę już pierwszy całościowy komentarz do ustawy z 10 czerwca 1994 roku o zamówieniach publicznych, w następującym sformułowaniu: „Kryteria (oceny ofert – A.B.) powinny być przeliczalne, pozwalające na sporządzenie rankingu ofert w punktach, ustalonego na podstawie sumy punktów za poszczególne oceny częściowe (kryteria – A.B.) przemrożonych przez wagę każdego z kryteriów".[4]

W omawianym kryterium przyjęto następujący sposób punktowej oceny kryteriów technicznych zastosowanych w badanych przetargach:

5 - bardzo dobry sposób punktowania ofert,
4 - dobry sposób punktowania ofert,
3 - dostateczny sposób punktowania ofert,
0 - niewłaściwy sposób punktowania ofert.

W 25 przetargach homogenicznych ogłoszonych w marcu 2019 roku, w których zastosowano kryteria techniczne oceny ofert, kryteria te dotyczyły:

oferowanej technologii wykonania przedmiotu zamówienia	6 przetargów	24%
oferowanych parametrów technicznych przedmiotu zamówienia	14 przetargów	56%
oferowanej jakości materiałów zastosowanych do realizacji przedmiotu zamówienia	5 przetargów	20%
Razem	**25 przetargów**	**100%**

[3] J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych – Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2017, s 475 – 476.

[4] M. Lemke, Ustawa o zamówieniach publicznych z komentarzem, Wydawnictwo Centrum Prawne, Kraków – 1995, s.66.

Jak wynika z przedstawionego zestawienia, wśród technicznych kryteriów oceny ofert w grupie przetargów homogenicznych największą popularnością cieszyły się oferowane parametry techniczne przedmiotu zamówienia.

Uśrednione wyniki oceny kryteriów technicznych w omawianej grupie przetargów okazały się natomiast następujące:

istotność (waga) kryteriów	13,50%	
adekwatność kryteriów do przedmiotu zamówienia	4,60%	(w skali 0-5)
sposób punktowania ofert według kryteriów technicznych	3,80%	(w skali 0-5)

W przedstawionych wynikach oceny stosowania kryteriów technicznych uderza fakt, iż jakkolwiek adekwatność tych kryteriów jak i sposób punktowania według nich ofert przetargowych były prawidłowe, to jednak znaczenie tych kryteriów w zastosowanych przez zamawiających wielokryteriowych modelach oceny ofert - było niewielkie (13,5%).

A zatem, pomimo ich poprawnego zastosowania miały one jedynie minimalny wpływ na rankingowanie ofert w przyjętych do analizy przetargach homogenicznych.

I 3. Kryteria techniczne w przetargach heterogenicznych (D&B)

Formuła „zaprojektuj i wybuduj" daje znacznie większe możliwości niż miało to miejsce w przetargach homogenicznych, do stosowania technicznych kryteriów oceny ofert. W tym przypadku bowiem zamawiający oczekuje od wykonawcy, poza wykonaniem robót budowlanych, także opracowania dokumentacji projektowej tych robót. A zatem podstawowe aspekty techniczne podejmowanego zamierzenia budowlanego nie zostały jeszcze przez projektantów określone. Zamawiający bowiem miał jedynie, wynikający z artykułu 31 ustęp 2 ustawy Pzp, obowiązek opracowania programu funkcjonalno-użytkowego. Jest to jednak opracowanie o charakterze pre-projektowym, zawierające elementy wytycznych do projektowania oraz inne informacje wyjściowe niezbędne dla projektantów do sporządzenia dokumentacji projektowej[5].

W 13 przetargach heterogenicznych ogłoszonych w marcu 2019 roku, w których zastosowano kryteria techniczne oceny ofert, kryteria te dotyczyły:

[5] Zawartość tego opracowania wynika z rozdziału 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowalnych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072).

oferowane i technologii wykonania przedmiotu zamówienia	2 przetargi	15%
oferowanych parametrów technicznych przedmiotu zamówienia	8 przetargów	62%
oferowanej jakości materiałów zastosowanych do realizacji przedmiotu zamówienia	3 przetargi	23%
Razem	**13 przetargów**	**100%**

Zestawienie wskazuje na fakt, iż rozkład popularności poszczególnych rodzajów technicznych kryteriów oceny ofert w przetargach heterogenicznych okazał się analogiczny, jak w przypadku homogenicznych. Ocena tych kryteriów przetargach heterogenicznych była następująca:

istotność (waga) kryteriów	21,00%	
adekwatność kryteriów do przedmiotu zamówienia	4,80%	(w skali 0-5)
sposób punktowania ofert według kryteriów technicznych	4,00%	(w skali 0-5)

Porównanie wyników oceny stosowania kryteriów technicznych w przetargach homo i heterogenicznych objętych badaniem prezentuje tablica 1.

Tablica 1. Wyniki oceny stosowania kryteriów technicznych w badanych przetargach homo i heterogenicznych

Kryteria oceny	**Przetargi**	
	homogeniczne	**heterogeniczne**
Istotność (wagi)	13,50%	21,00%
Adekwatność	4,60%	4,80%
Sposób punktowej oceny ofert	3,80%	4,00%

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania.

Wyniki oceny stosowania kryteriów technicznych w obu grupach przetargów okazały się podobne. Poziom tych ocen, w każdym z trzech przyjętych kryteriów oceny, był jednak minimalnie wyższy w przypadku przetargów heterogenicznych. Wniosek ten potwierdza słuszność twierdzenia przedstawionego w pierwszej części tej publikacji, iż stosowanie technicznych kryteriów oceny ofert w przetargach tylko na wykonanie robót budowlanych jest obiektywnie trudniejsze niż przetargach na zaprojektowanie i zrealizowanie tych robót.

II Całościowa ocena procedur selekcyjnych zamówień publicznych na roboty budowlane

II 1. Założenia badania empirycznego

Chcąc dokonać całościowej oceny procedury selekcyjnej zamówień publicznych na roboty budowlane przyjęto do analizy 20 przetargów nieograniczonych ogłoszonych w BZP w okresie I kwartału 2019 r. Dobór tej próby był przypadkowy i niecelowy. Były to bowiem przetargi wybrane przez studentów II stopnia Wydziału Budownictwa, Architektury i Inżynierii Środowiska PŁ jako podstawa zaliczenia przedmiotu „Przetargi i negocjacje" wykładanego przez autora niniejszego referatu.

Ponieważ przedmiotem badania była ocena **całościowa** procedury selekcyjnej a zatem, pozostając na podstawowym poziomie ogólności, postanowiono oceny tej dokonać z punktu widzenia stosowanych warunków udziału w postępowaniu (warunków podmiotowych) oraz kryteriów i zasad oceny ofert.

II 2. Wyniki badania empirycznego

II 2.1. W zakresie warunków podmiotowych

Dla syntetycznego ujęcia warunków udziału w postepowaniu zastosowano następującą ich standaryzację:

TZ - warunki dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy:

TZ1 – wykształcenie, kwalifikacje i doświadczenie osób skierowanych przez wykonawcę do

realizacji zamówienia,

TZ2 – potencjał techniczny wykonawcy,

TZ3 – doświadczenie wykonawcy.

EF – warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy:

EF1 – minimalny roczny obór wykonawcy,

EF2 – informacje z rocznych sprawozdań finansowych,

EF3 – posiadanie odpowiedniego ubezpieczenia OC,

EF4 – ilość środków finansowych wykonawcy na kontach w banku lub SKOK-u.

Częstotliwość występowania oraz popularność poszczególnych warunków podmiotowych przedstawia tablica 2

Tablica 2. Częstotliwość występowania oraz popularność poszczególnych warunków podmiotowych w badanych przetargach.

Zdolność techniczna lub zawodowa wykonawcy			Sytuacja ekonomiczna i finansowa wykonawcy		
Symbol warunku	**Częstotliwość**	**Popularność**	**Symbol warunku**	**Częstotliwość**	**Popularność**
TZ1	15	75%	EF1	0	0%
TZ2	2	10%	EF2	0	0%
TZ3	16	80%	EF3	7	35%
			EF4	1	5%
Ogółem:	**19 z 20**	**95%**		**7 z 20**	**35%**

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z Tablicy 2, o ile warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy były stawiane niemal w każdym badanym przetargu, o tyle warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej – już tylko zaledwie w co trzecim. W pierwszej grupie warunków stosowano niemal wyłącznie warunek TZ1 i TZ3, natomiast w grupie drugiej 2 – warunek EF3. Należy zauważyć, że wartość poznawcza tego warunku jako kwantyfikatora sytuacji ekonomiczno-finansowej wykonawcy jest wysoce wątpliwa.

II 2.2. W zakresie kryteriów oceny ofert

W zakresie kryteriów oceny ofert z reguły (75% przetargów) stosowano modele dwukryteriowe, rzadziej – trójkryteriowe (25% przetargów). W modelach tych kryterium ceny miało, z jednym wyjątkiem, wagę 60%. Tak więc organizatorzy badanych przetargów w żadnym stopniu nie uwzględnili słusznej sugestii mówiącej iż „Ustalenie odpowiedniej wagi danego kryterium pozacenowego (…) nie powinno odbywać się jedynie na podstawie formuły 60/40%”[6]

Wśród niecenowych kryteriów oceny ofert dominowało kryterium długości okresu gwarancji (100% przetargów). Sytuację tę należy ocenić negatywnie. Autor niniejszego opracowania w pełni podziela przywołany już pogląd J. Pieroga, iż długość okresu gwarancyjnego, jako propozycja nie dająca się zweryfikować na etapie oceny ofert, nie spełnia warunków poprawnego kryterium. Co więcej, oferty w tym kryterium były oceniane według skali punktowej wyrażonej przedziałem obustronnie zamkniętym. Rozpiętość tego przedziału natomiast kształtowała się najczęściej w granicach od 36 do 60 miesięcy. Przy takim sposobie oceny dochodzi *de facto* do przetransponowania zmiennej w stałą, gdyż każdy wykonawca chcący wygrać prze-

[6] A. Szymańska, Wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie według kryteriów zobiektywizowanych, Prawo Zamówień Publicznych, nr 1 z 2019 roku, s. 32

targ zaoferuje maksymalną dopuszczoną długość okresu gwarancji. A zatem o wyborze oferty zadecyduje jedynie najniższa cena, a wielokryteriowy charakter przyjętego modelu oceny ofert okaże się być jedynie fikcją.

Zakończenie

1. Procedura selekcyjna (eliminacyjna) jest immanentną i pierwotną procedurą systemu zamówień publicznych.
2. Pomimo tego, aktualny sposób stosowania tej procedury na polskim rynku zamówień publicznych na roboty budowlane budzić może wiele zastrzeżeń.
3. Wśród nich można wskazać na:
   - niechęć do wykorzystywania, obiektywnie trudnych do stosowania, technicznych kryteriów oceny ofert,
   - przypisywanie tym kryteriom, pomimo poprawnego ich stosowania, niskich współczynników wagowych, co w efekcie minimalizuje ich wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej,
   - wybiórcze i sztampowe stosowanie warunków podmiotowych,
   - sztampowe podejście do konstruowania modeli oceny ofert. W tym przypadku ważniejszą przesłanką dla zamawiających wydaje się być odpowiedź na pytanie „jak to robią inni?" niż faktyczne preferencje zamawiającego i specyfika przedmiotu zamówienia,
   - nie uwzględnianie specyfiki produkcji budowlanej, w tym zwłaszcza wysokiej kapitałochłonności oraz długich cykli produkcyjnych wśród założeń procedury selekcyjnej stosowanej w przetargach nieograniczonych na polskim rynku budowlanym.

Profesjonalizacja zamówień publicznych

Mateusz Winiarz
Dr Marcin Smaga

Kadry procesów zakupowych a kadry zamówień publicznych

Abstrakt

Artykuł wprowadza do problematyki funkcjonowania pracowników zajmujących się zamówieniami publicznymi. Jest to podejście o tyle nowe, że do tej pory w literaturze polskiej w kontekście obowiązków i zadań zwraca się uwagę przede wszystkim na zamawiającego. Pomija się, że działania zamawiającego to skutek decyzji pojedynczych osób. Osoby te charakteryzowane są w porównaniu do pracowników zajmujących się procesem zakupowym w podmiotach prywatnych, z uwzględnieniem specyfiki zamówień publicznych. Pozwala to na wyodrębnienie czterech kategorii osób zajmujących się udzielaniem zamówień publicznych. W dalszej części artykułu omówiono różne rozumienia pojęcia profesjonalnych kadr zamówień publicznych w kontekście dokonanej klasyfikacji tych kadr. Dało to podstawę do wskazania, że dalsza profesjonalizacja w tym obszarze w wykonaniu zaleceń Komisji Europejskiej musi uwzględniać, że poszczególne grupy pracowników muszą cechować się odmiennymi zakresami wiedzy i kompetencji. W konsekwencji inne powinno być podejście do procesu ich profesjonalizacji – wykształcenia, dokształcania i ścieżki kariery.

Abstract

The article introduces to the problems of functioning of employees dealing with public procurement. This is a new approach, because so far in polish literature, in the context of duties and tasks, attention is paid primarily to the contracting authority. It is omitted that the contracting authority's actions are the result of decisions made by individuals. These persons are characterized in comparison to employees dealing with the purchasing process in private entities, taking into account the specificity of public procurement. This makes it possible to distinguish four categories of persons involved in public procurement. Further on, the article discusses different understandings of the concept of professional public procurement staff in the context of the classification of these staff. This gave rise to the indication that further professionalisation in this area in the implementation of the recommendations of the European Commission must take into account that individual groups of employees must have a different scope of knowledge and competence. Consequently, the approach to the process of their professionalisation - education, further training and career path - should be different.

Wprowadzenie

Rola, jaką pełnią pracownicy zajmujący się zamówieniami publicznymi nie doczekała się dotąd wystarczającej refleksji teoretycznej. Analiza zadań, sposobu podejmowania decyzji i zachowań specjalistów ds. zamówień publicznych jest ważna z kilku powodów. Przede wszystkim zasadniczo zmienia się ich rola. Ze względu na coraz bardziej polityczny charakter zamówień publicznych, pracownicy ci przejmują zadania, które dotychczas znajdowały się poza sferą decyzji zakupowych. Po drugie, specjaliści ds. zamówień publicznych mają do czynienia z zadaniami, które są znacznie bardziej złożone niż w przeszłości. Coraz większy nacisk kładzie się bowiem nie na udzielenie zamówienia, ale na kontrolę wykonania umowy w warunkach nieprzewidywalnego ryzyka. Po trzecie, wobec ograniczeń budżetowych zamawiających, coraz większego znaczenia nabiera oszczędność jako istotna determinanta podejmowania decyzji (często proceduralnych) przez pracowników zajmujących się zamówieniami publicznymi.[1]

Jednym z możliwych kierunków analizy roli, zadań i odpowiedzialności pracowników zajmujących się zamówieniami publicznymi jest ich odniesienie do analogicznych atrybutów pracowników zajmujących się tymi samymi czynnościami w sektorze prywatnym.[2] Analiza taka nie może się jednak zakończyć na prostej analogii. Konieczne jest odniesienie jej wyników do specyfiki zamówienia publicznego jako sposobu realizacji zadania publicznego.

Niniejszy artykuł wprowadza do problematyki funkcjonowania pracowników zajmujących się zamówieniami publicznymi w kontekście ich zadań i przebiegu procesu decyzyjnego. Jest to podejście o tyle nowe, że do tej pory w literaturze polskiej w kontekście obowiązków i zadań zwraca się uwagę przede wszystkim na zamawiającego. Zupełnie abstrahuje się od tego, że żaden zamawiający nie jest osobą fizyczną, a jego działania to skutek decyzji pojedynczych osób. Rozważania te nawiązują również do dyskusji, jaka toczy się w literaturze, przede wszystkim amerykańskiej[3], na temat

[1] Por. A. V. Roman, Public procurement specialists: they are not who we thought they were, Journal of Public Procurement 2015, nr 1 (15), s. 39 i cyt. tam literatura, J. Steinfeld, The What, Who, and How of Public Procurement: Job Functions Performed and Managed by Professionals (w:) K. V. Thai, Global Public Procurement Theories and Practices, Nowy Jork 2017, s. 416

[2] Por. A. Flynn, P. Davis, Theory in Public Procurement Research, Journal of Public Procurement 2014, nr 2 (14), s. 141 i cyt. tam literatura, T. G. Hawkins, M. Gravier, E. H. Powley, Public Versus Private Sector Procurement Ethics and Strategy: What Each Sector can Learn from the Other, Journal of Business Ethics 2011, nr 4 (103), s. 578 i n., J. Steinfeld, The What …, s. 428, P. Cyplik, K. Malinowska, The Rationalization of Logistics and Procurement Costs in The Process of Purchasing Consolidation, Research in Logistics & Production 2015, nr 2, s. 152

[3] Por. m. in. A. V. Roman, Public procurement …, s. 43 i cyt. tam literatura, J. Steinfeld, The What, …, s. 410 i cyt. tam literatura, D. McKevitt, P. Davis, R. Woldring, K. Smith, A. Flynn, E. McEvoy, An Exploration of Management Competencies in Public Sector Procurement, Journal of Public Procurement 2012, nr 3, s. 335 i n., E. Prier, C. P. McCue, The Implications Of A Muddled Definition Of Public Procurement Journal of Public Procurement 2009, nr 3-4, s. 326 i n.

kształtowania się zawodu specjalisty ds. zamówień publicznych, zadań tych specjalistów i zakresu ich odpowiedzialności.

Zakupy i proces zakupowy

Tradycyjne rozumienie pojęcia „zakupy" jako sposobu pozyskania dóbr i usług niezbędnych do funkcjonowania określonego podmiotu, wobec złożoności współczesnego systemu gospodarczego, stało się archaiczne i niewystarczające do opisania działań, których celem jest zaspokojenie potrzeb osób i instytucji. Same zakupy oraz sposób ich realizowania mają bowiem istotny wpływ na funkcjonowanie podmiotów gospodarczych, ich rentowność i efektywność działania.

Współczesne definicje nadają działalności zakupowej podmiotów rynkowych znacznie istotniejszą rangę, uwzględniając w szczególności wpływ otoczenia zewnętrznego i coraz bardziej powszechny przepływ wiedzy i doświadczenia między organizacjami. Reprezentatywna w tym zakresie jest definicja A. J. van Weele'go[4], który utożsamia zakupy (purchasing) z zarządzaniem zewnętrznymi zasobami firmy w taki sposób, aby zaopatrzenie w produkty, usługi, umiejętności i zasoby wiedzy – niezbędne do funkcjonowania organizacji oraz do zarządzania jej czynnościami podstawowymi i wspierającymi[5] – było zapewnione na najlepszych warunkach. Proces zakupowy obejmuje zatem funkcjonalnie dwa etapy: działania strategiczne i działania operacyjne. Na etap działań strategicznych składają się: określenie specyfikacji produktu zaopatrzeniowego i jego zapotrzebowania, wybór najlepszego dostawcy na podstawie odpowiednio przygotowanej procedury oraz przygotowanie i zawarcie umowy. Działania operacyjne obejmują składanie zamówień, monitorowanie, kontrolowanie i rozliczanie dostaw, ocenę dostawców[6].

Od pojęcia „zakupy" należy odróżnić „zaopatrzenie" (procurement), „kupowanie" (buying), „dostawy" (supply) oraz sourcing. Zaopatrzenie jest pojęciem szerszym niż zakupy i obejmuje wszystkie działania potrzebne do dostarczenia produktu od dostawcy do ostatecznego przeznaczenia, tj.: proces zakupowy, magazynowanie, transport, kontrolę wejściową, kontrolę jakości i coraz częściej utylizację odpadów produkcyjnych. Kupowanie jest

[4] Por. A. J. van Weele, Purchasing and Supply Chain Management. Analysis, Strategy, Planning and Practice, Cengage Learning, Andover 2014, s 8

[5] A. J. van Weele odnosi się do łańcucha wartości M. Portera. M.E. Porter w „łańcuchu wartości" podzielił działalność organizacji na funkcje podstawowe i funkcje pomocnicze, których odpowiednie zintegrowanie prowadzi do osiągnięcia właściwego zysku (marży). Celem tego podziału jest zidentyfikowanie i budowa skutecznej strategii, umożliwiającej uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Szerzej np. J. Borowski, Łańcuch wartości jako nowa teoria zarządzania strategicznego Optimum. Studia Ekonomiczne 2013, nr 2 (62), s. 11 i n.

[6] Por. J. Dąbrowski, Zakupy a logistyka zaopatrzenia i marketing zakupów, Współczesna Gospodarka 2011, Vol. 2, s. 57

pojęciem węższym niż zakupy. Nie obejmuje pierwszej fazy procesu zakupowego (specyfikacja produktu). Dostawy obejmują zamawianie, monitorowanie i rozliczanie dostaw. Sourcing polega natomiast na identyfikacji i wyborze odpowiedniego dostawcy. Wiąże się on głównie z rozwojem odpowiednich strategii pozyskiwania dóbr zaopatrzeniowych[7].

Proces zakupowy, a tym bardziej zaopatrzenie, są kategoriami zdecydowanie szerszymi niż zastosowanie procedury wyboru wykonawcy. Niezależnie od tego, czy procedura jest dla danego podmiotu narzucona, czy też stosuje ją z własnego wyboru.

Uwzględniając szeroką definicję zakupów K. Rutkowski za „siedem grzechów głównych" polskich menedżerów zakupów uznaje[8]:

- uznanie za główny cel działań redukcję wąsko rozumianych kosztów zakupów,
- wiarę w sukces postaw konfrontacyjnych w negocjacjach z dostawcami,
- wąską specjalizację w zarządzaniu kategoriami zakupowymi,
- brak pogłębionej wiedzy finansowej oraz myślenia kategoriami rentowności i wartości firmy,
- słabą znajomość innych dyscyplin zarządzania (operacje, logistyka, marketing, rachunkowość…),
- niezrozumienie idei łańcucha dostaw i roli relacji partnerskich,
- brak orientacji strategicznej.

W zestawieniu tym szczególną uwagę zwraca podkreślenie istotnej roli osób realizujących obowiązki w zakresie dokonywania zakupów, przede wszystkim zakresu ich profesjonalizacji oraz orientacji strategicznej. Orientacja strategiczna zakupów oznacza możliwie wczesne rozpoczęcie procesu zakupowego, nawet już na etapie powstawania potrzeb. Dotyczy to zwłaszcza złożonych projektów, które uwzględniają cele strategiczne, takie jak innowacje i zrównoważony rozwój.

Niezbędne jest zatem przekształcenie tradycyjnego zarządzania zakupami w strategiczny proces zaopatrzenia. Strategia zaopatrzenia opiera się na procesie zarządzania zakupami, uwzględnia potrzebę zarządzania kon-

[7] Por. J. Dąbrowski, Zakupy a logistyka zaopatrzenia … s. 58

[8] Por. K. Rutkowski, Zakupy w biznesie – potrzeba strategicznej reorientacji, Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie 2013, nr 4,s. 35

fliktami[9] w zakupach i elementy teorii decyzji[10] i teorii gier[11]. Identyfikuje trudności i konflikty interesów w procesie zakupowym[12].

Przeszkodą we wdrożeniu strategicznej orientacji zakupów jest między innymi niedobór personelu i brak właściwych kwalifikacji. Pracownicy działu zakupów muszą posiadać odpowiednie kwalifikacje biznesowe, techniczne i prawne, w przeciwnym razie wizja wczesnego zaangażowania służb zakupowych nie będzie miała sensu[13].

Przedmiot procesu zakupowego

Podejmowanie działań zakupowych ma na celu zaspokojenie popytu określonego podmiotu na dobra lub usługi. Popyt ten znajduje źródło w celach realizowanych przez ten podmiot. W przypadku jednostek sektora finansów publicznych popyt ten związany jest z realizowaniem przez nie zadań publicznych. Instytucja zamawiająca powinna najpierw ustalić, czy istnieje wyraźna potrzeba biznesowa zakupu dobra lub usługi. Zamówienia powinny mieć zasadnicze znaczenie dla realizacji jej zadań, poprawy wydajności lub prowadzenia normalnej działalności[14].

Dobro nabywane w procesie zakupowym jest pochodną potrzeby wynikającej z konieczności realizowania zadania, rodzaju tego zadania, jego charakteru, zakresu i rozmiaru. Przedmiot zakupu kształtowany jest jednocześnie warunkami ekonomicznymi i finansowymi, zarówno w rozumieniu wewnętrznym, jak i zewnętrznym. Istotne znaczenie ma tu zarówno rachunek kosztów i korzyści, jak również poziom zidentyfikowanego ryzyka, związanego z zaciąganiem zobowiązań wynikających z procesów zakupowych. Należy wziąć pod uwagę w szczególności ryzyko polityczne, prawne, związane z wymianą informacji, kursem walut, czy terminami realizacji umów. Uwzględnienie tych ryzyk potencjalnie zwiększa koszty procesów

[9] Zarządzanie konfliktem definiowane jest jako „planowanie, organizowanie, skuteczne rozwiązywanie i wydobywanie cech pozytywnych konfliktów oraz takie sprawowanie kontroli, by konflikty nie stały się destrukcyjne". Por. J. Sikora, Zarządzanie konfliktem, Warszawa 1998, s. 103.

[10] Teoria decyzji dotyczy rozumowania leżącego u podstaw wyborów dokonywanych przez jednostkę, zazwyczaj pojedynczą osobę, która jest zdolna do rozważania i działania. [Stanford Encyclopedia of Philosophy, hasło: Decision Theory, www.plato.stanford.edu]

[11] Teorię gier można scharakteryzować jako formalny, uniwersalny język pozwalający na unifikację nauk behawioralnych, w szczególności jako narzędzie opisu i analizy interakcji między różnego rodzaju podmiotami w sytuacjach konfliktu i kooperacji Por. Z. Tworak, Logika modalna i teoria gier, Filozofia Nauki 2017, nr 2(98), s. 5

[12] Por. S. Seshardi, Sourcing strategy, Principles, Policy and Designs, New York 2005, s. 7

[13] Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik e.V., Das Profil des öffentlichen Einkaufs. Leitfaden, s. 11

[14] Por. Office of Government Procurement Ireland, Public procurement guidelines for goods and services, s. 30

zakupowych. Dodatkowo, dostawcy również podlegają ryzyku, np. związanemu z podwykonawstwem[15].

Konsekwencją finansowania jednostek sektora finansów publicznych ze środków publicznych jest konieczność uwzględnienia w procesie realizacji jej celów zasad gospodarowania tymi środkami. Jednym z celów szczegółowych jednostki sektora finansów publicznych jest więc dokonywanie wydatków ze środków publicznych zgodnie z regułami określonymi w ustawie o finansach publicznych[16]. Nie jest to cel alternatywny dla realizacji zadań jednostki. Musi ona realizować swoje zadania z jednoczesnym uwzględnieniem zasad dotyczących rozdysponowania środków publicznych. Szczególne znaczenie dla zdefiniowania przedmiotu zakupu mają zasady oszczędności i efektywności. Zasada oszczędności oznacza obowiązek takiego ukształtowania przedmiotu zakupu, aby zaangażować możliwie najmniejszą ilość środków publicznych. Zasada efektywności natomiast nakłada wymóg uzyskania najlepszego efektu z nakładów przewidywanych na realizację konkretnego zadania we właściwym planie finansowym podmiotu zamawiającego.

Proces zakupowy u zamawiającego publicznego

Idealny proces zamówień publicznych obejmuje działania począwszy od planowania zamówień, poprzez zarządzanie zapotrzebowaniem na realizację, procedurę udzielenia zamówienia aż do zrealizowania zawartej umowy[17].

W procesie zakupowym realizowanym przez podmiot prywatny – uczestnika rynku – da się jednoznacznie rozgraniczyć etapy działania strategicznego i działań operacyjnych. W zależności od struktury organizacyjnej podmiotu możliwe jest też jednoznaczne rozgraniczenie obowiązków wynikających z działań strategicznych i operacyjnych pomiędzy odpowiednie działy lub osoby zarządzające. W przeciwieństwie do firm z sektora prywatnego, w przypadku zamawiających publicznych wyraźne rozróżnienie między orientacją strategiczną a podejściem operacyjnym nie jest możliwe. Powodem tego są przede wszystkim jasno określone cele, jakie muszą być zrealizowane poprzez dokonanie zakupu, a zamawiający ma niewielkie możliwości podejmowania decyzji subiektywnych[18]. Jest to skutek obo-

[15] Por. S. Seshardi, Sourcing …, s 9

[16] Zasady dokonywania wydatków zostały uregulowane w art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2019r., poz. 869) jako dotyczące wszelkich operacji, których przedmiotem są publiczne środki finansowe. Zostały one powtórzone i doprecyzowane w art. 162 (dla budżetu państwa) oraz art. 254 (dla budżetu jednostki samorządu terytorialnego).

[17] Por. C. Becher, Nachhaltige öffentliche Beschaffung. Erfolgsfaktoren für die Umsetzung auf kommunaler Ebene in Nordrhein-Westfalen, IZNE Working Paper Series 2017, nr 17/1, s. 5

[18] Por. Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik e.V., Das Profil …, s. 10

wiązku działania jednostek sektora finansów publicznych „na podstawie i w granicach prawa" (art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1997 r., poz. 78 nr 483 ze zm.). Podmiot publiczny jest bowiem zobowiązany do zastosowania do wyboru wykonawcy ustawowo określonej procedury. Należy uznać, że realizowana ona jest na strategicznym etapie procesu zakupowego, bowiem jej wynikiem jest zawarcie kontraktu, który będzie podstawą zaspokojenia potrzeb zamawiającego. Procedura ta ma jednocześnie o wiele istotniejszy związek z etapem operacyjnym, bowiem w sektorze publicznym istotnie limitowana jest możliwość zmiany zawartej w jej wyniku umowy, w tym dostosowywanie warunków zobowiązania do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej.

Jeżeli jednak za część składową procesu zakupowego uzna się odpowiednie elementy procedury realizacji zadania publicznego, możliwe będzie wyodrębnienie funkcji strategicznej od funkcji operacyjnej. Za elementy strategiczne należy bowiem uznać w szczególności:

- decyzję w zakresie realizacji zadania (np. przyjęcie zadania do realizacji, gdy nie jest obowiązkowe, wybór pomiędzy różnymi inwestycjami, gdy zrealizowanie wszystkich nie jest możliwe)
- wybór formy realizacji zadania (np. wybór pomiędzy udzieleniem zamówienia publicznego a realizowaniem przez własną jednostkę organizacyjną)
- ustalenie odpowiednio ilość lub zakresu realizacji (np. ile km dróg podlega remontowi, jaki ma być zakres usługi kulturalnej)
- ustalenie kwoty i źródła finansowania (np. środki własne, zadłużenie, działanie wspólne)
- opisanie przedmiotu zamówienia,
- przeprowadzenie procedury wyboru wykonawcy

Działania operacyjne obejmą wykonanie zawartej umowy, w tym między innymi: składanie zamówień wykonawczych, monitorowanie realizacji zamówienia, wymaganą sprawozdawczość.

Osoby działające w imieniu zamawiającego

Zamawiający, jako podmiot zobowiązany do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych jest bytem abstrakcyjnym, dlatego realizacja jego obowiązków przypisana jest odpowiednim osobom, które działają w określonej strukturze organizacyjnej. Są to osoby zarządzające odpowiedniego szczebla oraz kadra wykonawcza. Liczba szczebli organizacyjnych i poziom sformalizowania struktury zależne są od formy organizacyjno-prawnej, wielkości i charakteru działalności poszczególnych jednostek sektora finansów publicznych. W niektórych jednostkach (jak np. jednostki samorządu

terytorialnego) należy wziąć również pod uwagę strukturę organów i ich ustawowo określone kompetencje.

Wydaje się, że można wyróżnić trzy grupy pracowników zajmujących się procesem zakupowym u zamawiającego publicznego. Zasadniczo te trzy grupy są od siebie odrębne. W zależności od wielkości zamawiającego zmienny jest skład owych grup. Dla uproszczenia dalszych rozważań można przyjąć, że w procedurze występują trzy osoby.

Pierwsza osoba jest często nazywana pracownikiem merytorycznym. Jest ona merytorycznie odpowiedzialna za realizację zadania publicznego, do jej obowiązków należy ustalenie szczegółowego zapotrzebowania zamawiającego po podjęciu decyzji przez osobę kierującą zamawiającym o realizacji zadania i sposobie tej realizacji. Osoba taka musi być specjalistą w dziedzinie odpowiedniej dla realizacji zadania, a w konsekwencji dla przedmiotu zamówienia i musi znać rynek w tym zakresie. W istocie, to ona musi być partnerem do rozmowy z wykonawcą. Nie potrzebuje specjalistycznej wiedzy z zakresu procedury udzielania zamówień publicznych. Niezbędna jest tu jedynie znajomość zasad udzielania zamówień publicznych, reguł opisu przedmiotu zamówienia, zasad ustalania i realizacji kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty oraz warunków udziału w postępowaniu, a także szacowania wartości zamówienia. Pracownik merytoryczny powinien również na tyle znać określone rynki, aby umieć ocenić, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Do jego obowiązków należeć będzie przygotowywanie odpowiedzi na większość wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności odnośnie do opisu przedmiotu zamówienia. W trybach negocjacyjnych na pracowniku merytorycznym spoczywa ciężar prowadzenia negocjacji.

Takie zakreślenie zadań pozwala uznać, że pracownik merytoryczny nie musi mieć żadnego specjalnego przygotowania z zakresu zamówień publicznych. Istotne jest to, żeby posiadał wysoki poziom aktualnej wiedzy merytorycznej oraz pewne informacje z zakresu technik negocjacyjnych i prawa zamówień publicznych.

Drugą osobą jest specjalista, czyli ten, który odpowiada za przeprowadzenie procedury zmierzającej do wyłonienia wykonawcy. To on w sensie formalnym wykonuje czynności na etapie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Od tej osoby nie należy oczekiwać specjalistycznej wiedzy merytorycznej dotyczącej przedmiotu zamówienia. Osoba ta nie musi też znać rynku. Musi posiadać wiedzę o technice udzielania zamówień, o tym jakie tryby, w jakich przypadkach można wybrać, a także o tym, jak postąpić dysponując określonym zapotrzebowaniem.

Trzecią osobą jest zaopatrzeniowiec, czyli pracownik, który otrzymuje podpisaną umowę o zamówienie publiczne i jest odpowiedzialny ze strony zamawiającego za wykonanie tej umowy. Osoba taka nie musi posiadać żad-

nej specjalistycznej wiedzy z zakresu prawa zamówień publicznych. Musi natomiast posiadać wiedzę prawną z zakresu należytego wykonania umowy, a także skutków nienależytego jej wykonania. Musi też posiadać wiedzę specjalistyczną, która pozwoli jej skontrolować zgodność świadczenia z zapisami umowy.

Oczywiście nie zawsze jest tak i nie musi być tak, że te trzy osoby podejmują czynności w określonej sekwencji czasowej. Ale nawet jeżeli spotykają się one i podejmują wspólnie decyzje na jakimś etapie procesu zakupowego, nieracjonalnym jest oczekiwanie od nich posiadania takiej samej specjalizacji i tego samego poziomu wiedzy.

Jeżeli powyższe rozważania dopasować do przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to oczywistym jest, że na etapie przygotowania postępowania pożyteczna i pożądana jest weryfikacja zapotrzebowania dokonana przez specjalistę i zaopatrzeniowca. To zaopatrzeniowiec powinien bowiem wiedzieć np. jaki ma być maksymalny czas realizacji zamówienia, a specjalista z udziałem pracownika merytorycznego i zaopatrzeniowca może ustalić, czy opis przedmiotu zamówienia nie narusza właściwych w tym zakresie przepisów. To od specjalisty oczekuje się zadbania o to, aby zapotrzebowanie (zdefiniowanie potrzeb zamawiającego) zostało przekształcone w opis przedmiotu zamówienia zgodnie z właściwymi przepisami, np. z uwzględnieniem obligatoryjnych zapisów dotyczących obowiązku zawierania umowy o pracę. Jednak doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia zapisami fakultatywnymi należy do pracownika merytorycznego, od którego należy oczekiwać wiedzy, np. w jakim zakresie możliwe i potrzebne jest zastosowanie fakultatywnych aspektów zielonych i społecznych. Efektem współpracy tych trzech kategorii pracowników zamawiającego są poszczególne części specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Dalej potrzebne jest współdziałanie po wszczęciu postępowania – w szczególności na etapie odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie SIWZ, ale nie jest to jakościowo nowy wymiar współpracy tych trzech pracowników, jest to albo doskonalenie opisu przedmiotu zamówienia albo też, w warunkach polskich, wnioski takie są wykorzystywane do zmiany (często o charakterze negocjacyjnym) zapisów SIWZ. Z punktu widzenia tych rozważań działania te można zaliczyć merytorycznie do etapu konstruowania SIWZ, formalnie rozciągniętego w czasie.

Na kolejnych etapach postepowania rola pracownika merytorycznego i zaopatrzeniowca jest ograniczona. Dzieje się tak do etapu oceny ofert, gdzie udział tych pracowników jest niezbędny w szczególności w wykonywaniu takich czynności jak wyjaśnianie ofert i dokumentów, poprawianie omyłek w ofertach (w tym dokonywanie oceny istotności na potrzeby poprawienia omyłki), ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu (interpreta-

cja złożonych dokumentów), wyjaśnianie ceny rażąco niskiej, czy zastosowanie kryteriów oceny ofert. Podkreślić jednak należy, że zaangażowanie tych pracowników jest w istocie kontynuacją wcześniej podjętych działań i jest ściśle związane – odpowiednio – ze znajomością przedmiotu zamówienia i właściwego rynku oraz wymagań w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia.

Czynności związane z formalnym wyborem najkorzystniejszej oferty i podpisaniem umowy należy zaliczyć do obowiązków specjalisty, natomiast domeną zaopatrzeniowca będzie realizacja zawartej umowy. Zaangażowanie pracownika merytorycznego i specjalisty na etapie realizacji zamówienia będzie niezbędne w sytuacji konieczności zmiany umowy. Wiedza specjalisty ma służyć zweryfikowaniu zaistnienia przesłanek dopuszczających zmianę umowy, natomiast pracownik merytoryczny powinien dokonać oceny spełnienia przewidzianych prawem warunków merytorycznych zmiany umowy.

Założona wyżej współpraca pracownika merytorycznego, specjalisty i zaopatrzeniowca wynika ze względów pragmatycznych. W jednostkach, w których udziela się zamówień publicznych niejednorodnych przedmiotowo – czyli w zdecydowanej większości jednostek sektora finansów publicznych – za pracownika merytorycznego należy uznać osobę posiadającą odpowiednią wiedzę i kompetencje pozostające w ścisłym związku z przedmiotem zamówienia. Są to zatem osoby, które muszą być specjalistami w bardzo wielu dziedzinach, od robót budowlanych po usługi społeczne itd. Z tego też powodu nie jest dopuszczalne stawianie takich wymagań merytorycznych osobom specjalizującym się w procedurze zamówieniowej. To nie mieści się w zakresie kompetencji jakie powinien mieć specjalista.

Te trzy grupy osób muszą zatem cechować się odmiennymi zakresami wiedzy i kompetencji, w konsekwencji inne powinno być podejście do procesu ich profesjonalizacji – wykształcenia, dokształcania i ścieżki kariery.

Dodatkowo, nie należy zapominać, że w procesie zakupowym istnieje jeszcze jedna osoba – podejmujący decyzje zasadnicze (strategiczne) – kierownik zamawiającego. Wskazać jednak należy, że w bardzo wielu przypadkach kierownik zamawiającego to osoba nie mająca przygotowania do podejmowania decyzji zakupowych, a już z całą pewności nie mająca przygotowania do podejmowania decyzji w szczegółowych kwestiach formalnych związanych z postępowaniem. Często kierownik zamawiającego pochodzi z wyborów powszechnych, a udzielanie zamówień publicznych nie stanowi istotnej części jego obowiązków. Osoba taka ponosi jednak polityczną odpowiedzialność za osiągnięcie celów zamówienia publicznego, czyli za prawidłową realizację zadań.

Profesjonalizm osób zaangażowanych w proces udzielania zamówień publicznych

Cele zamawiającego publicznego (i jego kierownika) są szersze niż pojedynczego przedsiębiorstwa. Obejmują bowiem skuteczne świadczenie szerokiego zakresu usług publicznych. Oczywiście istotnym elementem tego procesu są istniejące w każdej jednostce ograniczenia budżetowe. Z drugiej jednak strony trzeba pamiętać, że jakkolwiek uzyskanie najlepszych cen stanowi istotny cel procesów zakupowych realizowanych przez przedsiębiorstwa prywatne i jednostki sektora publicznego, to w ramach sektora publicznego dąży się do włączenia jak największej liczby dostawców dla zwiększenia konkurencji, podczas gdy sektor prywatny stara się zminimalizować tę liczbę w celu zmniejszenia ryzyka niewykonania umowy.[19] Zakupy publiczne praktycznie nie identyfikują też kosztów związanych z pozyskaniem kapitału, magazynowaniem czy transportem. Ich cechą jest też brak poufności w kontaktach z dostawcami, a ze względu na cykl polityczny i zasady finansowania (np. roczność budżetu, czy podział na wydatki bieżące i inwestycyjne) istotne znaczenie odgrywa cena zakupu, a nie całkowity koszt związany z wykonaniem zamówienia. Wskazane cechy zamówienia publicznego mogą powodować, że osoby odpowiedzialne za jego udzielanie będą bardziej ukierunkowane na przygotowanie i nadzorowanie procesu (rozumianego jako ciąg czynności formalnych) udzielania zamówień niż negocjowanie najlepszej umowy.[20]

W kontekście tych odrębności sektora publicznego należy też wskazać na toczącą się od wielu lat w literaturze amerykańskiej dyskusję, jak należy rozumieć profesjonalizm osób zajmujących się zamówieniami publicznymi. Oczywiście należy mieć świadomość, że ta dyskusja ma pewne ograniczenia w europejskim modelu administracji, ale nabiera ona nowych wartości wobec tak silnie akcentowanej przebudowy systemu zamówień publicznych w kierunku koncepcji tzw. inteligentnych zakupów, która sprowadza się do szerszego uwzględniania celów politycznych w zamówieniach.[21]

[19] Por. J. S. Arlbjørn, P.V. Freytag, Public procurement vs. private purchasing: Is there any foundation for comparing and learning across the sectors? International Journal of Public Sector Management 2012, nr 3, s. 203

[20] Por. P. D. Larson, Public vs. Private Sector Perspectives On Supply Chain Management, Journal of Public Procurement 2009, nr 2, s. 223 – 224 i cyt tam literatura

[21] Por. Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych, Warszawa 2018, s. 68. W motywie 2 Zalecenia Komisji Europejskiej 2017/1805 z dnia 3 października 2017 r. w sprawie profesjonalizacji zamówień publicznych Budowanie struktur na potrzeby profesjonalizacji zamówień publicznych wskazuje się: *„zamówienia publiczne stoją przed nowymi wyzwaniami, ponieważ w coraz większym stopniu oczekuje się, że: wykażą optymalne wykorzystanie środków publicznych w coraz trudniejszych warunkach budżetowych; wykorzystają możliwości, jakie stwarzają cyfryzacja i zmieniające się rynki; wniosą strategiczny wkład do celów polityki horyzontalnej i wartości społecznych, takich jak innowacje, włączenie społeczne oraz zrównoważenie środowiskowe i gospodarcze; zwiększą dostępność i wykażą rozliczalność z minimalizowania niewydolności, marnotrawstwa, nieprawidłowości, nadużyć finansowych i korupcji, jak również przyczynią się do budowania odpowiedzialnych łańcuchów dostaw."*

W amerykańskiej teorii administracji ścierały się historycznie dwa nury. Wcześniejszy (jeszcze XIX-wieczny) zakładał, że administracja publiczna powinna uniezależnić się od polityki i zmierzać w kierunku elitarnego korpusu wysoko wykwalifikowanych specjalistów, którzy stosują praktyki biznesowe w administracji spraw publicznych. Administracja ma być biznesem; pracownicy administracji stosują metody naukowego zarządzania, aby osiągnąć skuteczność i korzyści skali. Od lat 30-tych XX wieku rola administracji publicznej zmienia się. Ma ona za zadanie dostarczanie dóbr i usług publicznych, które łączą odpowiedzialność menadżera publicznego z potrzebami społeczeństwa, któremu ma służyć.[22]

Powyższy podział odnoszony do pracowników administracji publicznej zajmujących się zamówieniami publicznymi (które w zależności od poglądów są określane jako *politics-oriented* albo *procurement-as-business*)[23] dał podstawy do wyodrębnienia dwóch odmiennych spojrzeń na ich profesjonalizm. Wyróżnia się dwie grupy tych pracowników. Pierwsza to biurokratyczni specjaliści, kierujący się efektywnością, bezstronnością i polityczną neutralnością. W tym kontekście profesjonalizm w administracji publicznej ma być związany z administracją biznesową, opierać się na zasadach menedżerskich i wiedzy eksperckiej. W tym ujęciu realizacja celów politycznych jest oddzielona od zadań zawodowych urzędników i pozostawiona decydentom. Druga grupa to osoby, które w swoich decyzjach wychodzą przede wszystkim od celów politycznych zamówień publicznych. Profesjonalny specjalista to taki, który bierze pod uwagę aspekty polityczne w procesie decyzyjnym. W tym ujęciu relacja między polityką a administracją jest uważana za bezpośrednią, ponieważ demokracji nie da się oddzielić od mechanizmów administracyjnych, które organizują i wdrażają ten system polityczny. Procedury mają charakter polityczny ze względu na sposób, w jaki są one tworzone i wykorzystywane do wykonywania zadań publicznych.[24]

Odnosząc powyższe ustalenia do praktyki polskich zamówień publicznych wskazać należy, że obydwa rozumienia profesjonalizmu kadr są pożądane i konieczne w systemie zamówień publicznych. Powinny one jednak cechować osoby zajmujące się zamówieniami publicznymi na różnych szczeblach zarządzania. Wskazani wyżej pracownicy zamawiającego powinni być profesjonalni w pierwszym ujęciu. Istnieje jednak potrzeba wyodrębnienia szczebla politycznego, którego zadaniem będzie zarządzanie zamówieniami publicznymi jako środkiem realizacji polityki gospodarczej. Jeżeli w Koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych wskazuje

[22] Por. J. Steinfeld, C. McCue, E. Prier, Professionalism as social responsibility in procurement and administration, European Business Review 2017, nr 3, s. 321-322 i cyt. tam literatura.

[23] Tamże s. 322.

[24] Por. A. V. Roman The politics of bounded procurement: purists, brokers, and the politics-procurement dichotomy, Journal of Public Procurement 2013, nr 4, s. 454 i n.

się[25], że efektywność zamówienia publicznego zależy między innymi od poziomu wiedzy zamawiającego w zakresie możliwości dokonania opisu przedmiotu zamówienia oraz wiedzy na temat struktury i funkcjonowania rynku właściwego dla danego przedmiotu zamówienia, świadomość mocnych i słabych stron zamawiającego, a także szans i zagrożeń związanych z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia, świadomość zamawiającego w zakresie aspektów społecznych, ekologicznych oraz gospodarczych, które może osiągnąć w ramach prowadzonego postępowania oraz udzielonego zamówienia oraz odpowiedni poziom wiedzy i doświadczenia zamawiającego na temat stosowania przepisów prawa wchodzących w zakres systemu zamówień publicznych, to w istocie chodzi o kompetencje pracowników innych niż kierownik zamawiającego. Pracownicy ci winni mieć kompetencje pozwalające na efektywne udzielanie zamówień podobne do kompetencji pracowników sektora prywatnego.

Ale jeżeli już wskazuje się[26] na potrzebę przeorientowania procesu udzielania zamówień publicznych i opracowania strategii zarządzania dla poszczególnych kategorii zakupowych (drzewo kategorii zakupowych) oraz wskazania zamówień stanowiących realizację polityki państwa (informacja o zamówieniach strategicznych), to z całą pewnością nie może to być zadanie żadnego organu centralnego administracji publicznej rozumianej jako zamawiający. W administracji rządowej opracowanie strategii zakupowych, skorelowanych z postanowieniami dokumentów strategicznych – przede wszystkim z polityką zakupową państwa powinno być zadaniem władzy politycznej. W administracji zdecentralizowanej będzie to rola organu wykonawczego. Należy jednak pamiętać, że te różne poziomy zarządzania zamówieniami publicznymi nie powinny się przenikać. W szczególność nie powinno być tak, że w administracji zdecentralizowanej organ wykonawczy będzie wykonywał czynności związane bezpośrednio z udzielaniem zamówień publicznych. Wynika to choćby ze wskazywanego wyżej braku przygotowania takiego organu do profesjonalnego w pierwszym ujęciu zajmowania się zamówieniami publicznymi. Konsekwencją oddzielenia zadań politycznych od wykonawczych powinno być również oddzielenie odpowiedzialności.

Nade wszystko konieczne jest zróżnicowane podejście do wzmacniania wiedzy i kwalifikacji poszczególnych osób zaangażowanych w proces udzielania zamówień publicznych w sposób adekwatny do wykonywanych przez nich zadań. Wskazują na to wyraźnie Zalecenia Komisji Europejskiej 2017/1805 stwierdzając, że *„państwa członkowskie powinny opracować i realizować długoterminowe strategie profesjonalizacji zamówień publicznych, dostosowane*

[25] Por. Koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych, Warszawa 2018, s. 19-20.

[26] Tamże s. 26.

do swoich potrzeb, zasobów i struktury administracyjnej, samodzielnie lub jako element szerszej strategii profesjonalizacji administracji publicznej. Celem jest przyciągnięcie, rozwijanie i zachowanie umiejętności, skoncentrowanie się na rezultatach i strategicznych wynikach oraz jak najlepsze wykorzystanie dostępnych narzędzi i technik. Strategie te powinny uwzględniać wszystkich istotnych uczestników procedury udzielania zamówień i być rozwijane w ramach integracyjnego procesu na szczeblu krajowym, regionalnym i lokalnym (…). Państwa członkowskie powinny zidentyfikować i zdefiniować podstawowe umiejętności i kompetencje, które powinny być przedmiotem szkoleń praktyków zamówień publicznych i które powinni oni posiadać, biorąc pod uwagę multidyscyplinarny charakter projektów objętych zamówieniami publicznymi (…).” Kształcenie powinno obejmować szkolenia wstępne i ustawiczne na poziomie magisterskim i podyplomowym oraz w ramach innych podstawowych szkoleń zawodowych. Państwa członkowskie są też odpowiedzialne za zapewnianie lub wspieranie całościowej, ukierunkowanej i dostępnej oferty szkoleń i uczenia się przez całe życie oraz wykorzystanie współpracy akademickiej i badań naukowych w celu opracowania solidnej wiedzy teoretycznej na potrzeby rozwiązań w dziedzinie zamówień publicznych. Ich celem winno być również opracowywanie i wspieranie wykorzystania *„przez instytucje/podmioty zamawiające należytego zarządzania zasobami ludzkimi, systemów planowania kariery zawodowej i systemów motywacyjnych odpowiednich dla funkcji zamówień publicznych w celu przyciągnięcia wykwalifikowanej kadry do zamówień publicznych i utrzymania jej, a także zachęcenia praktyków do zapewniania lepszego i bardziej strategicznego podejścia w dziedzinie zamówień publicznych, takich jak: systemy uznawania lub certyfikacji, które odpowiednio identyfikują i nagradzają funkcje związane z udzielaniem zamówień publicznych; ścieżki kariery zawodowej, zachęty instytucjonalne oraz wsparcie polityczne dla osiągnięcia strategicznych wyników; oraz nagrody za wybitne osiągnięcia w celu propagowania dobrych praktyk w takich dziedzinach, jak: innowacje, zielone i społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne lub walka z korupcją.”*

Skoro zatem Komisja Europejska wskazuje, że strategie profesjonalizacji powinny uwzględniać wszystkich istotnych uczestników procedury udzielania zamówień, a kształcenie powinno odbywać się na poziomie już studiów wyższych, racjonalnym wydaje się przekonanie, że nie jest możliwe stworzenie jednego programu studiów dla kierunku, który kształciłby specjalistów ds. zamówień publicznych rozumianych jako osoby, które są w stanie kompetentnie udzielać wszelkich zamówień publicznych w przeciętnej jednostce sektora finansów publicznych. Zawsze będzie bowiem tak, że zarówno charakteryzowany wyżej pracownik merytoryczny, jak i zaopatrzeniowiec, będą dobrze przygotowaniu do wykonywania swoich obowiązków jeżeli będą posiadali wykształcenie kierunkowe (np. zaopatrzeniowiec ukończy studia wyższe w zakresie logistyki). Problematyka prawna zamówień publicznych co najwyżej może być jednym z przedmiotów zaliczanych

w trakcie studiów kierunkowych. Względnie może to być przedmiot kształcenia podyplomowego. Natomiast możliwe i potrzebne jest stworzenie studiów wyższych, których absolwenci będą specjalistami w przyjętym wyżej rozumieniu. Ale nie należy oczekiwać, że w ramach formalnego procesu kształcenia otrzymają oni dogłębną znajomość struktury i funkcjonowania rynku właściwego dla danego przedmiotu zamówienia. Co najwyżej możliwa jest bardzo powierzchowna i ogólna orientacja w zakresie cech typowych przedmiotów zamówienia. I myśląc o profesjonalizacji kadr zamówień publicznych o tym oczywistym ograniczeniu nie można zapominać.

Publikacja konferencyjna „Dziś i jutro zamówień publicznych" stanowi ciekawy głoś świata nauki i praktyki w okresie nadchodzących dość fundamentalnych zmian prawa zamówień publicznych. Myślę, że artykuły w niej zawarte przyczynią się do lepszego zrozumienia i stosowania w praktyce wybranych konstrukcji prawnych zamówień publicznych, jak również będą inspiracją w procesie uchwalania nowych regulacji prawnych.

Prof. UwB, dr hab. Andrzej Panasiuk

* * *

Zawarte w zbiorze opracowania stanowią solidną podstawę do poważnej merytorycznej dyskusji dotyczącej kierunków (bo o potrzebach raczej dyskutować nie trzeba) zmian w całym systemie prawa zamówień publicznych. Są bardzo interesujące, wartościowe merytorycznie i analizują niezmiernie ważką dla systemu zamówień publicznych tematykę. Osoby autorów gwarantują ich wysoką jakość merytoryczną.

Prof. nadzw. UWr, dr hab. Tadeusz Kocowski

ISBN: 83-88686-77-1

Warszawa 2019