Urząd
Zamówień
Publicznych

XV-LECIE SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W POLSCE

Ogólnopolska konferencja naukowa 22-23 czerwca 2009 r. w Toruniu

Redakcja:
Henryk Nowicki
Jacek Sadowy

XV-LECIE SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W POLSCE

Ogólnopolska konferencja naukowa
22–23 czerwca 2009 r. Toruń

Redakcja:
Henryk Nowicki
Jacek Sadowy

Toruń–Warszawa 2009

Redakcja:
Henryk Nowicki
Jacek Sadowy

Recenzenci:
Zygmunt Niewiadomski
Ryszard Szostak

Sekretarz konferencji:
Izabela Łazuga

Korekta:
Katarzyna Jarosz
Izabela Łazuga
Joanna Orzeł

ISBN: **978-83-88686-04-7**

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2009 r.

Toruń–Warszawa 2009

SPIS TREŚCI

Wstęp 5

Zadania regionalnych izb obrachunkowych w procesie umacniania polskiego systemu zamówień – Iwona Bendorf-Bundorf 7

Zamówienia publiczne w procesie inwestycyjno-budowlanym a kryzys gospodarczy – Andrzej Borowicz 16

Zamówienia publiczne – efektywny instrument prawny czy biurokratyczna procedura? – Janusz Dolecki 26

Miejsce prawa o zamówieniach publicznych w prawie administracyjnym – Sławomir Fundowicz 36

Odszkodowanie za nadużycie środków odwoławczych w ramach procedury o udzielenie zamówienia publicznego – Maciej Gnela 48

Niezbędna wiedza jako warunek ubiegania się o budowlane zamówienia publiczne – Michał Konieczny 55

Działalność prezesa UZP w zakresie wydawania aktów administracyjnych w okresie obowiązywania ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy Prawo zamówień publicznych – Izabela Łazuga 61

Warunki wymagane od architektów w zakresie zdolności do należytego wykonania zamówienia publicznego – Michał Łuc 73

Przesłanki skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych – Ambroży Mituś 79

Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji – Henryk Nowicki 87

Konsensualne formy realizacji zadań publicznych w świetle najnowszych uregulowań prawnych – Andrzej Panasiuk 95

Przestępczość gospodarcza w sferze zamówień publicznych realizowanych w resorcie obrony narodowej w latach 2004–2009 – Krzysztof Parulski 101

Udzielanie zamówień publicznych na usługi „niepriorytetowe" zgodnie z prawem i orzecznictwem europejskim a przepisy w Polsce – rys historyczny, stan obecny i postulaty de lege ferenda – Dariusz Piasta 108

Elastyczność procedur a efektywność zamówień – Jerzy Pieróg 123

Nieważność umowy o zamówienie publiczne – Aldona Piotrowska 130

Dostępność rynku zamówień publicznych na roboty budowlane dla sektora MSP – Wiktor Płóciennik 138

O potrzebie poprawy organizacji kontroli wewnętrznej zamówień publicznych – Katarzyna Prowadzisz 146

Stosowanie elektronicznych zamówień publicznych w opinii wykonawców. Stan aktualny i perspektywy – Elżbieta Roszko-Grzegorek, Justyna Wiktorowicz 155

Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat w świetle sprawozdań Prezesa Urzędu – Jacek Sadowy 170

Czynniki warunkujące skuteczność audytu procedur udzielania zamówień publicznych – Piotr Sołtyk 189

Działanie Krajowej Izby Odwoławczej z urzędu w sprawie wspólnotowej – Aleksandra Sołtysińska 197

Ocena narzędzi informatyzujących zamówienia publiczne w Polsce przez podmioty zamawiające na podstawie badań ankietowych – Wacława Starzyńska 203

Środki ochrony prawnej – wczoraj, dziś i jutro – Małgorzata Stręciwilk 215

O potrzebie dalszych usprawnień prawie zamówień publicznych – Ryszard Szostak . 227

Ochrona interesu publicznego przez rękojmię za wady fizyczne obiektu budowlanego – Urszula Walczak 238

Przetargi, rokowania i negocjacje jako szczególne tryby wyboru przedsiębiorcy – Michał Waligórski 244

Ochrona interesu publicznego w zakresie odpowiedzialności karnej za zmowę przetargową w kontekście art. 305 k. k. – Piotr Wiatrowski 257

O wdrażaniu do polskiego systemu zamówień publicznych dyrektywy 2004/18/WE – uwag kilka – Grzegorz Wicik 266

Uczciwa konkurencja w świetle orzecznictwa komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych – Mateusz Winiarz 274

Nowelizacja art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych – by medal miał tylko jedną stronę – Katarzyna Wińska-Rużewicz 282

WSTĘP

Podejmując decyzję o zorganizowaniu Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej poświęconej XV-leciu polskiego sytemu zamówień publicznych organizatorzy kierowali się potrzebą wymiany poglądów odnoszących się do historii i ewolucji zamówień publicznych oraz poglądów na temat aktualnych regulacji prawnych i przewidywanych, a także postulowanych zmian. Urząd Zamówień Publicznych oraz Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu zwrócili się o przygotowanie referatów do wysokiej klasy specjalistów, w tym środowisk akademickich, prowadzących badania naukowe w zakresie problematyki zamówień publicznych. Świadomie tematem konferencji uczyniono problematykę zamówień publicznych, a nie tylko prawo zamówień publicznych, tak aby stworzyć stałą płaszczyznę współpracy osób reprezentujących różne dyscypliny naukowe zajmujące się zamówieniami publicznymi. Dlatego też w gronie zaproszonych do przygotowania referentów znajdują się przedstawiciele prawa, i to zarówno prawa administracyjnego, cywilnego, karnego, europejskiego, ale również przedstawiciele nauk ekonomicznych i zarządzania. Zaproszonymi zostali również przedstawiciele praktyki, w tym organów kontrolujących zamówienia publiczne.

Celem niniejszej publikacji jest przedstawienie aktualnych problemów zarówno teoretyczno-prawnych, jak i związanych z praktycznym realizowaniem zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę złożoność przedstawianej problematyki referaty mają charakter interdyscyplinarny. Część publikacji zawiera rozważania o charakterze teoretyczno-prawnym i porównawczo-prawnym, część publikacji przedstawia praktyczne aspekty związane z udzielaniem zamówień publicznych, natomiast część rozważań jest poświęcona powiązaniu zamówień publicznych z innymi dyscyplinami naukowymi takim jak np. nauki ekonomiczne i nauki o zarządzaniu. W publikacji przedstawione zostały poglądy dotyczące wykorzystania w zamówieniach publicznych instrumentów informatycznych.

Zamierzeniem organizatorów jest stworzenie stałej płaszczyzny wymiany poglądów dotyczących zamówień publicznych wzbogaconych pogłębioną analizą teoretyczno-naukową. Taka wymiana poglądów, w przekonaniu organizatorów, przyczyni się do integracji tworzącego się środowiska naukowego specjalistów z zakresu zamówień publicznych.

Toruń – Warszawa, czerwiec 2009 r.

Jacek Sadowy
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

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

ZADANIA REGIONALNYCH IZB OBRACHUNKOWYCH W PROCESIE UMACNIANIA POLSKIEGO SYSTEMU ZAMÓWIEŃ

Iwona Bendorf-Bundorf
– członek Rady Zamówień Publicznych,
Prezes Regionalnej Izby Obrachunkowej w Olsztynie

Regionalne izby obrachunkowe to państwowe organy nadzoru i kontroli gospodarki finansowej jednostek samorządu terytorialnego, związków międzygminnych, stowarzyszeń i samorządowych jednostek organizacyjnych.

Izby zostały utworzone w 1993 r. na podstawie ustawy z dnia 7 października 1992 r. a uprawnienia nadzorcze i kontrolne przypisane zostały izbom postanowieniem art. 171 ust.2 Konstytucji RP określającym właściwość izb do nadzoru nad samorządem terytorialnym w zakresie spraw finansowych.

Kompetencje izb określa także ustawa o finansach publicznych oraz ustawy regulujące ustrój samorządu terytorialnego.

Wiodącym zadaniem izb jest dokonywanie kontroli gospodarki finansowej jednostek wymienionych w niniejszych ustawach i przeprowadzanie kontroli udzielanych przez te jednostki zamówień publicznych.

Działania regionalnych izb obrachunkowych określa szczegółowo ustawa z dnia 7 października 1992 r., której wejście w życie nieznacznie wyprzedziło uchwalenie pierwszego aktu prawnego tworzącego podstawy systemu zamówień publicznych. W ustawie z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych wprowadzono zmiany w ustawie macierzystej dla regionalnych izb uzupełniając kompetencje tych organów o kontrolę zamówień publicznych. Zakresem przedmiotowym kontroli objęte zostały wszelkie środki, którymi dysponował samorząd terytorialny, zarówno środki budżetowe jak i pozabudżetowe w rozumieniu wówczas obowiązującego Prawa budżetowego. Kontrola sfery zamówień publicznych rozciągała się na wszelkie zadania samorządu a więc zadania własne, a także zadania zlecone przez właściwe organy administracji państwowej.

Głównym kryterium prowadzonych kontroli jest zgodność z prawem a więc zgodność z przepisami o zamówieniach publicznych, ale także z przepisami o gospodarce finansowej określającymi zasady zaciągania zobowiązań oraz dokonywania wydatków. W ramach kryterium legalności badana jest przez regionalne izby także zgodność dokumentacji ze stanem faktycznym. Uprawnienia kontrolne wykraczają ponad badanie legalności w przypadku kontroli zadań zleconych z zakresu administracji rządowej, dzięki zapisom nowych aktów prawnych izby uprawnione są również do oceny celowości, rzetelności i gospodarności udzielanych zamówień publicznych.

Równocześnie z wprowadzeniem nowego zakresu kontroli izb, ustawa o zamówieniach publicznych wprowadziła zmiany w Prawie budżetowym poprzez ustanowienie w dziedzinie odpowiedzialności budżetowej, czynu karalnego związanego z naruszeniem zasad, form i trybu postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych, ustalonych ustawą z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Zmiana art. 57 Prawa budżetowego i ustalenie nowego typu wykroczenia przeciwko budżetowi pozwoliła wykorzystać wyniki kontroli do przeprowadzenia postępowań w celu ustalenia osób odpowiedzialnych za naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych oraz pozwoliła wypracować system

odpowiedzialności skutecznie zapobiegający zjawiskom nielegalnego procedowania przy udzielaniu zamówień publicznych. Postępowania zmierzające do ukarania osób odpowiedzialnych za nielegalne zlecenia wykonania robót budowlanych, usług lub dostaw powierzono komisjom orzekającym w sprawach o naruszenie dyscypliny budżetowej zorganizowanym przez regionalne izby obrachunkowe.

W okresie tworzenia sytemu zamówień publicznych, koncepcja działania regionalnych izb obrachunkowych w tym systemie opierała się, przede wszystkim, na prowadzeniu kontroli procedur o zamówienie publiczne oraz prowadzenia postępowań dyscyplinarnych zmierzających do ukarania osób winnych ujawnionych naruszeń.

Niezależnie od podstawowego zadania izb w zakresie oceny zamówień publicznych, nie można pominąć wykonywanej przez izby funkcji szkoleniowej i informacyjnej w ramach wydzielonego w strukturze izb, wydziału informacji, analiz i szkoleń. W zakresie zamówień publicznych izby na bieżąco wspomagają jednostki w interpretowaniu przepisów o zamówieniach publicznych, również permanentnie szkolą pracowników samorządowych, tym samym stale podnosząc poziom wiedzy osób zajmujących się problematyką zamówień. Szkolenia adresowane są przede wszystkim do członków organów samorządowych oraz pracowników jednostek. Wysoko cenione przez służby komunalne, jest doradztwo w zakresie praktycznego stosowania przepisów w bieżącej działalności jednostek, głównie w zakresie ogólnych problemów zarządzania finansami, ale także rozwiązywania problemów w interpretowaniu prawa w zaistniałych stanach faktycznych.

Regionalne Izby Obrachunkowe, wypełniają swoje obowiązki informacyjne także poprzez regularne publikowanie biuletynów informacyjnych oraz wydawanie miesięcznika pt. ”Finanse Komunalne”. W skład Kolegium Redakcyjnego oraz Rady Naukowo-Programowej wchodzą przedstawiciele regionalnych izb obrachunkowych, Najwyższej Izby Kontroli, Ministerstwa Finansów oraz przedstawiciele nauki. Problematyka wydawnictwa koncentruje się na zagadnieniach gospodarki finansowej a stałym elementem treści są zagadnienia z zakresu gospodarki mieniem i zamówieniami publicznymi.

Należy podkreślić, iż poza Urzędem Zamówień Publicznych, instytucji oczywiście wiodącej w umacnianiu sytemu zamówień publicznych , regionalne izby obrachunkowe to instytucje o istotnych kompetencjach w sferze zamówień publicznych, silnie wspomagające umacnianie systemu zleceń publicznych.

Ustawowy obowiązek prowadzenia kontroli gospodarki finansowej, której ważnym elementem jest realizowanie wydatków na zadania inwestycyjne, dostawy lub usługi, izby wykonują poprzez kontrole zamówień publicznych, przede wszystkim realizowane są :

- kontrole kompleksowe – obejmujące całokształt gospodarki finansowej i zamówień publicznych,
- kontrole problemowe– obejmujące wybrane zagadnienia i zmierzające do zbadania określonej tematyki w jednej lub w kilku jednostkach,
- kontrole doraźne– prowadzone w razie konieczności zbadania tematu wymagającego zebrania informacji,
- kontrole sprawdzające – prowadzone w celu ustalenia sposobu wykonania zaleceń pokontrolnych.

Tabela 1. Liczba kontroli przeprowadzonych przez regionalne izby obrachunkowe w latach 2005 – I półrocze 2008

Lata	2005		2006		2007		I półrocze 2008	
Rodzaj kontroli	Ogółem	W tym zamówienia publiczne	Ogółem	W tym zamówienia publiczne	Ogółem	W tym zamówienia publiczne	Ogółem	W tym zamówienia publiczne
Kompleksowe	763	759	749	749	738	730	384	382
Problemowe	217	89	184	91	283	123	89	45
Doraźne	111	29	197	75	138	42	77	26
Sprawdzające	86	61	148	65	107	72	30	24
RAZEM	**1177**	**938**	**1278**	**980**	**1266**	**967**	**580**	**477**

Źródło: dane uzyskane w regionalnych izbach obrachunkowych

Z art. 7 ust.1 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych wynika obowiązek przeprowadzenia kontroli kompleksowych w każdej jednostce samorządu terytorialnego, co najmniej raz na cztery lata. Średnio rocznie izby przeprowadzają łącznie około 1300 kontroli obejmując nimi ponad 70 % jednostek. W ostatnim roku w I półroczu 2008 przeprowadzono łącznie 580 kontroli, w tym kontrole zamówień publicznych w liczbie 477. Przedmiot zdecydowanej większości kontroli obejmował zamówienia publiczne, co wynika, przede wszystkim, z bezpośredniego powiązania procedury zamówienia z procesem zaciągnięcia zobowiązania a dalej dokonaniem wydatku budżetowego, przy czym każdy z etapów prowadzących do wydatkowania środków publicznych jest obwarowany licznymi przepisami porządkującymi podjęcie decyzji, realizacji i kontroli tego procesu. Metodyka kontroli kompleksowych powoduje, iż przedmiotem kontroli obejmuje się wybrane procedury zamówień publicznych stanowiące próbę kontrolną.

Z ogólnych ustaleń kontroli wynika, iż najwięcej nieprawidłowości stwierdzono w zakresie ewidencji dochodów jednostek, sprawozdawczości budżetowej, realizacji wydatków budżetowych i udzielania zamówień publicznych.

Dzięki wieloletnim doświadczeniom i wypracowanym technikom kontroli zamówień publicznych mnożą się efekty w wykrywaniu nieprawidłowości w zamówieniach publicznych a każde wykrycie nieprawidłowości pociąga za sobą obowiązek instruktażu skierowanego do pracowników jednostek w celu zapobieżenia podobnym naruszeniom w przyszłości. Do kierownika jednostki, głównie odpowiedzialnego za proces udzielenia zamówienia, kierowane są zalecenia pokontrolne wskazujące na potrzebę wzmocnienia procesów kontroli wewnętrznej i zwiększenia nadzoru w sferze zamówień. Mimo instruktażu i pomocy prawnej udzielanej pracownikom jednostek, zadania z zakresu zamówień publicznych ciągle należą do grupy zwiększonego ryzyka.

Niezmiennie powstające negatywne zjawiska w postępowaniach o zamówienie publiczne można uzasadnić stałym procesem doskonalenia prawa i powstającą w tych okolicznościach potrzebą stałego podwyższania poziomu wiedzy prawnej w służbach administracji. Postulat ten został wcześniej zrealizowany wśród uczestników postępowania

tj przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i z pewnością w sferze głównie zamówień na roboty budowlane, w zamówieniach informatycznych, w zakupach z zakresu medycyny, można dzisiaj zauważyć wysoki poziom przygotowania do udziału w postępowaniu.

Podsumowując wyniki działań kontrolnych corocznie można zauważyć, z jakimi problemami powinni radzić sobie zamawiający i które z rozwiązań prawnych przysparza w praktyce najwięcej wątpliwości a tym samym powoduje najczęściej naruszenie prawa, często na tyle istotne, iż prowadzi do stwierdzenia nieważności zawartej umowy.

Tabela 2. Nieprawidłowości w zakresie udzielania zamówień publicznych stwierdzone w wyniku kontroli prowadzonych przez regionalne izby obrachunkowe w latach 2005 —I półrocze 2008

Lp.	Stwierdzone nieprawidłowości	2005	2006	2007	Do 30.06 2008	Razem
1.	nieprzestrzeganie zasady powszechności stosowania ustawy	59	95	77	30	**261**
2.	nieokreślenie lub niewłaściwe określenie wartości zamówienia	36	60	129	59	**284**
3.	nieprzestrzeganie zasady zakazującej dzielenia zamówienia na części lub zaniżenia jego wartości, w celu uniknięcia stosowania ustawy lub procedur	27	44	19	13	**103**
4.	nieprawidłowe określenie przedmiotu zamówienia (cechy techn. i jakościowe, kosztorys, projekt)	69	110	108	46	**333**
5.	niepowołanie komisji przetargowej w przypadku wymaganym ustawą	3	6	9	0	**18**
6.	niewyłączenie z postępowania osoby podlegającej wyłączeniu	4	4	20	10	**38**
7.	nieokreślenie lub nieprawidłowe określenie organizacji, składu, trybu pracy oraz zakresu obowiązków członków komisji przetargowej	10	11	23	13	**57**
8.	niezłożenie oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie osoby wykonującej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia	61	94	122	49	**326**

9.	niewłaściwe zastosowanie trybu innego niż przetarg nieograniczony i ograniczony	58	52	35	27	**172**
10.	naruszenie przepisów dotyczących wybranego trybu	78	60	64	16	**218**
11.	naruszenie obowiązku zamieszczania ogłoszeń o postępowaniu i o zawarciu umowy	9	22	61	40	**132**
12.	nieprawidłowe sporządzenie ogłoszenia	44	80	161	69	**354**
13.	nieodrzucenie nieprawidłowej oferty lub odrzucenie prawidłowej	141	136	125	52	**454**
14.	nieuzasadnione unieważnienie lub nieunieważnienie postępowania w przypadkach przewidzianych ustawą	68	75	48	21	**212**
15.	nieprzestrzeganie zasady wyboru najkorzystniejszej oferty	12	15	26	13	**66**
16.	nieprzestrzeganie zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji	52	61	61	63	**237**
17.	naruszenie zasady jawności i przejrzystości postępowania	8	9	10	9	**36**
18.	brak lub niewłaściwa specyfikacja istotnych warunków zamówienia	141	144	171	100	**556**
19.	stosowanie kryteriów oceny ofert z naruszeniem wymogów ustawowych	28	14	10	10	**62**
20.	określenie kryteriów oceny ofert z naruszeniem wymogów ustawowych	16	15	18	9	**58**
21.	nieżądanie od oferentów potwierdzenia spełnienia warunków	39	37	38	21	**135**
22.	nieprzestrzeganie określonych w ustawie zasad wykluczania oferentów z postępowania	94	91	99	37	**321**
23.	nieprawidłowości przy ustalaniu lub pobieraniu wadium	27	45	55	23	**150**

24.	nieprawidłowości przy ustalaniu lub pobieraniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy	113	123	151	43	**430**
25.	niesporządzenie lub nieprawidłowe sporządzenie protokołu postępowania	59	93	123	53	**328**
26.	prowadzenie negocjacji z oferentem po złożeniu oferty ostatecznej lub dokonywanie zmian w treści oferty w tym ceny	6	11	4	7	**28**
27.	brak zawiadomienia o wyborze oferty, jej odrzuceniu lub wykluczeniu wykonawcy z postępowania	47	40	63	17	**167**
28.	brak powiadomienia wszystkich oferentów o wniesionym proteście	3	7	9	2	**21**
29.	niezawarcie umowy w formie pisemnej	30	28	30	12	**100**
30.	nieprzestrzeganie terminu zawarcia umowy	49	52	48	21	**170**
31.	zawarcie umowy niezgodnej ze specyfikacją i z treścią oferty wybranej w postępowaniu	34	45	32	17	**128**
32.	naruszenie zakazu dokonywania niekorzystnych dla zamawiającego zmian umowy	37	50	44	26	**157**
33.	nieuzasadnione zawarcie umowy na czas dłuższy niż dopuszczono ustawą	29	24	11	11	**75**
34.	Inne	115	86	6	0	**207**
	RAZEM	**1606**	**1839**	**2010**	**939**	**6394**

Źródło: dane uzyskane w regionalnych izbach obrachunkowych

Zaprezentowane wybrane nieprawidłowości w zamówieniach publicznych można podzielić na te, które spowodowane są błędną wykładnią prawa oraz te, których powstanie jest efektem całkowitej ignorancji prawa i nieznajomości podstawowych obowiązków przy zaciąganiu zobowiązań i realizowaniu wydatków publicznych. Jeszcze dwa lata temu ujawniono zamówienia publiczne na terenie Polski, w których sposób zlecenia zadania i wykonania zamówienia dalece odbiega od chociażby minimalnego poziomu poprawności.

Podczas kontroli udzielania zamówień publicznych przez zakład budżetowy Miasta xxx Przedsiębiorstwu w xxx stwierdzono, że dokumentacja dotycząca wyboru wykonawców remontu poddasza w budynku administracyjnym Urzędu Miejskiego, dostawy materiałów

budowlanych do wykonania chodnika oraz wykonania tego chodnika, została sporządzona jedynie w celu stworzenia pozorów przeprowadzenia przez zakład postępowania na zasadach konkurencyjności.

Świadczy o tym fakt, że znajdujące się w dokumentacji oferty wykonawców były sporządzane przez pracowników ww. zakładu budżetowego. Z wyjaśnień złożonych przez pracowników, wykonujących czynności związane z udzielaniem zamówień, wynika, że sporządzali oferty na ustne polecenie ówczesnego dyrektora zakładu. Wszystkie trzy zamówienia, w których „oferty" wykonawców sporządzane były przez pracowników zakładu, wykonywała ta sama firma. Wydatki na rzecz wykonawcy wskazanych zamówień wyniosły 271 647,47 zł. W każdym z trzech zamówień, oprócz „oferty" wymienionej firmy, pracownicy zakładu sporządzali także drugą ofertę. W każdym z postępowań cena drugiej oferty była minimalnie wyższa niż oferta firmy wybranej do realizacji zadania.

W innym przypadku Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w xxx zawarł umowę o dostarczenie leków i asortymentu farmaceutycznego bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wartość przedmiotu umowy ustalono na kwotę 494 066,21 zł. Z tytułu powyższej umowy dokonano wydatków na zakup leków łącznie na kwotę 673 260,91 zł, tj. w wysokości o 179 194,70 zł wyższej niż ustalona wartość umowna.

Tego rodzaju fakty są dowodem na to, iż występują w Polsce zjawiska łamania prawa graniczące z przestępstwem, których zwalczenie wymaga zwiększenia środków w celu wyegzekwowania stosowania przepisów oraz wzmocnienia nadzoru i kontroli wewnętrznej.

Przy regionalnych izbach obrachunkowych, zgodnie z przepisami ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych działają regionalne komisje orzekające tj. organy I instancji uprawnione do orzekania w sprawach naruszenia prawa.

Stosownie do brzmienia art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych czynami karalnymi jest każde działanie lub zaniechanie występujące w procedurach zamówień publicznych. Dzięki wielokrotnym zmianom prawa w dzisiejszym stanie prawnym ustalono szczegółowy zakres czynów wcześniej ogólnie nazwanych naruszeniem zasad, form i trybów przy udzielaniu zamówień publicznych. Ustawodawca objął odpowiedzialnością nie tylko zjawiska nielegalnego udzielania zamówienia, ale także czyny związane z realizacją umowy oraz decyzją o unieważnieniu postępowania o zamówienie publiczne. Kierunki nowelizacji przepisów o odpowiedzialności za naruszanie prawa zamówień publicznych stanowią reakcję na powstające zjawiska w procedurach zamówień publicznych, nie zawsze bezpośrednio związanych z realizowaniem wydatków budżetowych.

Procedura dochodzenia odpowiedzialności za złamanie prawa zamówień publicznych wszczynana jest, przede wszystkim, w wyniku kontroli regionalnych izb obrachunkowych i daje podstawę prezesom izb do wykorzystania uprawnienia do złożenia zawiadomienia o naruszeniu do właściwego miejscowo rzecznika dyscypliny finansów publicznych lub złożenia wniosku o ukaranie.

Tabela 3 Zawiadomienie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych przekazane do rzecznika dyscypliny finansów publicznych przez prezesów regionalnych izb obrachunkowych

Rok	Ogółem	W tym, dotyczące udzielania zamówień publicznych
2005	423	162
2006	508	207
2007	550	228
Do 30.06.2008 r.	306	133

Źródło: dane uzyskane w regionalnych izbach obrachunkowych

Efekty prowadzonych w regionalnych komisjach orzekających postępowań podlegają podsumowaniu w sprawozdaniach rocznych przekazywanych do Głównej Komisji Orzekającej. Sprawozdania prezentują zbiorcze informacje statystyczne o sprawach zakończonych ukaraniem lub odstąpieniem od wymierzenia kary ale przede wszystkim wskazują na obszary, w których najliczniej występuje problem łamania prawa. Naruszeniem, które występuje w nadzwyczaj wysokiej liczbie jest naruszenie związane z terminowym realizowaniem różnorodnych zobowiązań samorządu, zdefiniowane w art. 16 ustawy o odpowiedzialności, którego negatywnym skutkiem jest zapłata odsetek, kar lub innych należności ubocznych.

Tabela 4

Osobom odpowiedzialnym za naruszenie dfp (wykazanym w części II – wiersz 11) przypisano czyny z poszczególnych art. ustawy:		6 605	271	**6 876**
Art.5	25	109	6	**115**
Art. 6	26	287	6	**293**
Art. 7	27	108	0	**108**
Art. 8	28	94	5	**99**
Art. 9	29	61	14	**75**
Art. 10	30	3	4	**7**
Art. 11	31	133	24	**157**
Art. 12	32	0	1	**1**
Art. 13	33	5	0	**5**
Art. 14	34	292	109	**401**
Art. 15	35	480	4	**484**
Art. 16	36	4 275	16	**4 291**
Art. 17	37	416	64	**480**
Art. 18	38	346	18	**364**

Tabela 4 prezentuje zbiorcze zestawienie liczby spraw zakończonych w 2008 r. prawomocnymi orzeczeniami dyscyplinarnymi, z podziałem na kategorie czynów kwalifikowanych w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w ujęciu zagregowanym przez Główną Komisję Orzekającą.

Statystyka obrazująca liczbę prowadzonych spraw dyscyplinarnych w roku 2008 r. potwierdza utrzymującą się tendencję występowania licznych naruszeń dyscypliny finansów publicznych, wśród których nielegalne procesy zamówień publicznych zajmują wysoką pozycję.

Ustawa o regionalnych izbach obrachunkowych stworzyła podstawy do utworzenia w 1998 r. Krajowej Rady Regionalnych Izb Obrachunkowych, organu uprawnionego do m.in. przedstawiania Prezesowi Rady Ministrów wniosków dotyczących zmian w przepisach prawnych regulujących komunalną gospodarkę finansową, koordynowanie planów i programów kontroli, opracowywanie planów i programów szkoleń.

Na podstawie art. 25a ust.1 pkt 7 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych Krajowa Rada Regionalnych Izb Obrachunkowych przedkłada corocznie Sejmowi i Senatowi RP sprawozdanie z działalności regionalnych izb obrachunkowych i wykonania budżetów jednostek samorządu terytorialnego. Sprawozdanie to powinno służyć zaprezentowaniu zbiorczych wyników prac izb oraz prezentacji wyników budżetowych jednostek podlegających naszej kontroli i nadzorowi. Dzięki tego rodzaju opracowaniu powstaje źródło informacji o wynikach kontroli, następuje ustalenie wniosków de lege ferenda adresowanych do Komisji Samorządu Terytorialnego i Polityki Regionalnej oraz Komisji Kontroli Państwowej Sejmu i Senatu RP.

Ustalenia Krajowej Rady RIO w ramach prac Komisji Legislacyjnej i Orzecznictwa oraz Komisji Koordynacji Kontroli a następnie Komisji Szkoleń i Promocji powodują, przede wszystkim, ujednolicenie stanowisk szesnastu organów kontroli, stanowisk cennych w trakcie kontroli do zweryfikowania niektórych kontrowersyjnych zjawisk.

Ważnym i budzącym szereg wątpliwości problemem, który stał się przedmiotem obrad Komisji Legislacyjnej i Orzecznictwa KRRIO, pozostawało udzielanie zamówień publicznych na rzecz komunalnych osób prawnych i konieczności stosowania w takich przypadkach przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Krajowa Rada RIO wypracowała obowiązujące zasady udzielania zamówień w ramach gospodarki komunalnej, tym samym tworząc spójne reguły realizacji zadań komunalnych wykonywanych na rzecz jednostki macierzystej.

Krajowa Rada RIO prowadzi także stałą współpracę z Komisjami Sejmu i Senatu RP na bieżąco przedstawiając na ich posiedzeniach informacje o skuteczności realizacji funkcji kontrolnej w aspekcie obowiązujących przepisów prawnych.

Przedstawiając Państwu podstawy działania regionalnych izb obrachunkowych oraz ich dorobek chciałam wykazać znaczenie naszych instytucji w tworzeniu i umacnianiu systemu zamówień publicznych.

Regionalne izby obrachunkowe są trwałym i istotnym elementem istniejącego w Polsce systemu organów kontroli państwowej a dorobek kontrolny i szkoleniowy z pewnością służy poszanowaniu prawa i respektowaniu europejskich zasad udzielania zamówień publicznych.

W referacie wykorzystano:

1. Tabele zawarte w opracowaniu autora Mateusza Winiarza „Stosowanie Prawa Zamówień Publicznych – doświadczenia regionalnych izb obrachunkowych, regionalnych komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych – wybór orzecznictwa
2. Fragmenty „Sprawozdania z działalności regionalnych izb obrachunkowych i wykonania budżetu przez jednostki samorządu terytorialnego w 2007 r.”

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W PROCESIE INWESTYCYJNO-BUDOWLANYM A KRYZYS GOSPODARCZY

Andrzej Borowicz
– doktor habilitowany, profesor nadzwyczajny Uniwersytetu Łódzkiego

Światowy kryzys gospodarczy i jego reperkusje dla gospodarki polskiej to temat obecny od szeregu miesięcy w polskiej debacie publicznej. Rynki zamówień publicznych są bardzo silnie powiązane z procesami gospodarczymi zachodzącymi zarówno w Polsce jak i na świecie.

W tej sytuacji celem niniejszego referatu jest próba określenia wpływu zjawisk kryzysowych na wybrane polskie rynki zamówień publicznych. Do analizy przyjęto, zgodnie z kompetencjami badawczymi autora, rynki związane z procesem inwestycyjno-budowlanym oraz gospodarka nieruchomościami.

Wspomniane rynki są przedmiotem wieloletniej obserwacji naukowej autora referatu, natomiast wyniki tych badań były wielokrotnie publikowane[1] .

W badaniach wyróżniono 15 rynków związanych z sektorem inwestycyjno-nieruchomościowym. Były to rynki następujących zamówień:

1. Zamówienia publiczne związane z finansowaniem inwestycji
   1.1. Zamówienia na kredyt inwestycyjny,
   1.2. Zamówienia na emisję obligacji komunalnych;
2. Zamówienia publiczne na dokumentację inwestycyjno-projektową
   2.1. Zamówienia na studia wykonalności inwestycji,
   2.2. Zamówienia na studia uwarunkowań oraz miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego,
   2.3. Zamówienia na prace geodezyjne,
   2.4. Zamówienia na dokumentację projektową;
3. Zamówienia publiczne na zarządzanie i nadzór w procesie inwestycyjnym
   3.1. Zamówienia na nadzory inwestorskie,
   3.2. Zamówienia na zastępstwo inwestycyjne,
   3.3. Zamówienia na usługi inżyniera kosztorysanta/inżyniera rezydenta,
   3.4. Zamówienia na usługi Project Managera (PM)/Generalnego Realizatora Inwestycji (GRI);
4. Zamówienia publiczne na roboty budowlane
   4.1. Zamówienia na realizację robót budowlanych,
   4.2. Łączne zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych;
5. Zamówienia publiczne z zakresu gospodarki nieruchomościami
   5.1. Zamówienia na zarządzanie nieruchomościami,
   5.2. Zamówienia na nabycie, najem, leasing lub dzierżawę nieruchomości[2],
   5.3. Zamówienia na usługi rzeczoznawców majątkowych.

[1] Patrz na przykład: *Zamówienia publiczne w procesie inwestycyjno-budowlanym i gospodarce nieruchomościami*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2005; *Krytyczna ocena postępowań o udzielanie zamówień publicznych na roboty budowlane*, [w:] *Dokumentacja projektowo-kosztowa w procesie budowlanym*, Ciechocinek 2005, materiały konferencyjne, s. 88–113.

[2] W związku z wejściem Polski do Unii Europejskiej do zamówień których przedmiotem jest nabycie własności nieruchomości oraz innych praw do nieruchomości, w szczególności dzierżawę i najmu, przepisy o zamówieniach publicznych nie mają zastosowania – art. 4 pkt 3i ustawy z 29.01.2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.).

Dla potrzeb niniejszego referatu wybrano z tego zbioru sześć rynków o szczególnie istotnym znaczeniu. Są to rynki oznaczone numerami: 2.2, 2.4, 3.1, 3.2, 4.1, 4.2 oraz 5.1 i 5.3. Dane liczbowe będące podstawą obserwacji statystycznych prezentowanych w referacie pochodzą z ogłoszeń o wszczęciu postępowania oraz ogłoszeń o udzieleniu zamówienia publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych[3].

Jak łatwo zauważyć, wykonywanie kluczowych czynności zawodowych związanych z realizacją wybranych do badań rodzajów zamówień wymaga dysponowania stosownymi uprawnieniami wynikającymi z ustawy z 7.07.1994 roku – Prawo budowlane[4], ustawy z 27.03.2003 roku o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym[5] oraz ustawy z 21.08.1997 roku o gospodarce nieruchomościami[6].

1. Zjawiska kryzysowe w gospodarce polskiej

Według opinii jednego z profesorów ekonomii Uniwersytetu Łódzkiego, z którą trudno się nie zgodzić „źródeł (obecnego) kryzysu należy upatrywać w amerykańskim systemie finansowym. Składają się na to, z jednej strony, błędy w polityce pieniężnej i nadzorczej Banku Rezerw Federalnych, z drugiej zaś, chciwość instytucji finansowych. Za ważniejszą należy uznać pierwszą z wymienionych przyczyn…”[7]. Inna istotna opinia zacytowanego specjalisty wskazuje na fakt, iż kryzys w naszym kraju, mając charakter wtórny, nie powinien być głęboki, aczkolwiek z pewnością dotknie on niektóre branże.

Obserwacja danych statystycznych o charakterze makroekonomicznym wydaje się potwierdzać tę ostatnia tezę. Kształtowanie się wielkości produkcji sprzedanej przemysłu, rozmiarów sprzedaży detalicznej towarów oraz poziomu stopy bezrobocia w Polsce w okresie od lipca 2008 roku do marca 2009 roku przedstawia tabela i 2.

Tabela 1. Produkcja sprzedana przemysłu w Polsce w okresie VII.2008 – III.2009

Miesiące		Produkcja sprzedana przemysłu (ceny bieżące)	
		Ogółem (mln zł)	Analogiczny okres roku poprzedniego = 100%
2008	VII	71 441,1	104,8
	VIII	65 542,2	95,6
	IX	75 674,2	105,5
	X	77 012,1	98,0
	XI	66 889,5	89,4
	XII	65 023,9	94,4
2009	I	62 409,7	84,7
	II	65 264,4	85,4
	III	75 180,0	98,0

Źródło: www.stat.gov.pl

[3] W obecnym stanie prawnym szczegółowa treść i forma tych ogłoszeń wynikają z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 16.10.2008 roku w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 188, poz. 1153).

[4] J.t. Dz. U. Nr 207 z 2003 roku, poz. 2016, ze zm.

[5] Dz. U. Nr 80, poz. 717, ze zm.

[6] J.t. Dz. U. Nr 261 z 2004 roku, poz. 2603, ze zm.

[7] Kryzys pod lupą. Rozmowa z prof. S. Rudolfem, Kronika, Pismo Uniwersytetu Łódzkiego, nr 1 z 2009 roku, s. 6.

Tabela 2. Sprzedaż detaliczna towarów w Polsce w okresie VII.2008 – III.2009

Miesiące		Sprzedaż detaliczna towarów w cenach bieżących (100,0 = analogiczny okres roku poprzedniego)	Stopa bezrobocia rejestrowanego
2008	VII	114,7	9,2
	VIII	108,3	9,1
	IX	112,4	8,9
	X	109,2	8,8
	XI	103,2	9,1
	XII	106,9	9,5
2009	I	101,3	10,5
	II	98,4	10,9
	III	99,2	11,2

Źródło: jak w tabeli 1.

Jak wynika z danych zawartych w tabelach, konsekwencje kryzysu dały się w ostatnich miesiącach zaobserwować w sferze polskiej gospodarki realnej, aczkolwiek ich natężenie było, jak dotąd, dość ograniczone.

2. Podstawowe trendy na badanych rynkach zamówień publicznych w latach 2000-2008

2.1. Strona popytowa rynków

Stronę popytową analizowanych rynków zamówień publicznych zbadano na podstawie ogłoszeń o wszczęciu postępowań jakie publikowane były w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) w latach 2000-2008. Rozmiary tych rynków, określone na podstawie ogólnej ilości ogłoszeń o wszczęciu postępowania prezentuje tabela 3.

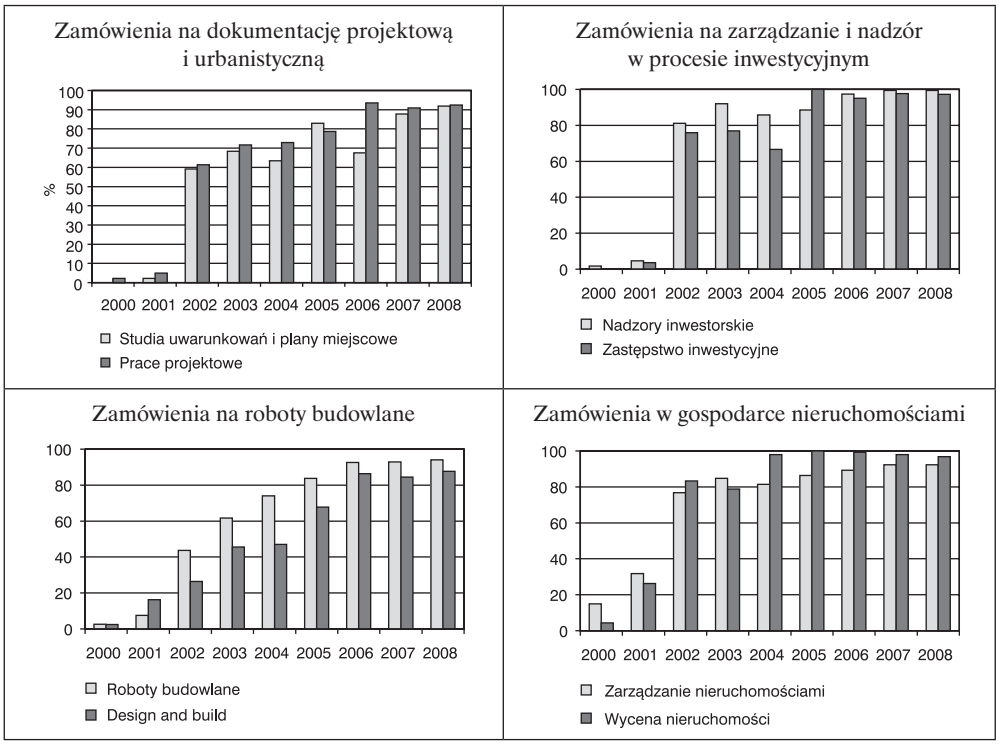
W tabeli tej przedstawiono również wskaźniki ilustrujące skłonność zamawiających do żądania od wykonawców wadium obliczone jako udział zamówień, w których żądanie takie było postawione do całkowitej liczby zamówień należących do danego zbioru. Na uwagę zasługuje bardzo wyraźny spadek tych wskaźników na wszystkich rynkach objętych badaniem. Ta wyraźna tendencja spadkowa jest wynikiem zarówno zmian w przepisach, jak i coraz bardziej liberalnej w tym zakresie postawy zamawiających, którzy nie chcieli żądaniem wpłaty wadium zniechęcać dodatkowo wykonawców do udziału we wszczynanych przez siebie postępowaniach.

Tabela 3. Zbiory zamówień publicznych w procesie inwestycyjno-budowlanym i gospodarce nieruchomościami w latach 2000-2008

Rok		Zamówienia na dokumentację projektową i urbanistyczną				Zamówienia na zarządzanie i nadzór w procesie inwestycyjnym				Zamówienia na roboty budowlane				Zamówienia w gospodarce nieruchomościam			
		Studia uwarunkowań		Prace projektowe		Nadzory inwestorskie		Zastępstwo inwestycyjne		Roboty budowlane		Projekt i wykonanie		Zarządzanie nieruchomościami		Wycena nieruchomości	
		liczba postępowań	skłonność do wadium*	liczba postępowań	skłonność do wadium	liczba postępowań	skłonność do wadium	liczba postępowań	skłonność do wadium	liczba postępowań	skłonność do wadium	liczba postępowań	skłonność do wadium	liczba postępowań	skłonność do wadium	liczba postępowań	skłonność do wadium
2000	A	160	94,37	805	89,06	59	96,61	52	96,15	17318	99,12	281	4,27	60	90,00	23	100,00
	B	151		717		57		50		17166		12		54		23	
2001	A	190	92,63	775	91,74	44	95,45	55	96,36	17781	98,34	569	44,81	66	81,81	20	85,00
	B	176		711		42		53		17487		255		54		17	
2002	A	138	97,10	614	89,57	54	98,14	29	100,00	18355	95,83	510	46,66	87	93,10	23	26,08
	B	134		550		53		29		17591		238		81		6	
2003	A	193	99,48	845	85,56	50	98,00	13	100,00	15712	98,81	418	59,09	76	97,36	35	94,28
	B	192		723		49		13		15526		247		74		33	
2004	A	52	88,46	643	90,66	58	98,27	9	77,77	11744	97,63	236	82,62	61	93,44	49	83,67
	B	46		583		57		7		11466		195		57		41	
2005	A	46	91,30	626	91,69	62	98,38	18	94,44	11821	97,66	379	96,83	45	91,11	113	63,71
	B	42		574		61		17		11545		367		41		72	
2006	A	48	77,08	654	78,28	39	84,21	22	90,90	17143	85,87	412	83,00	30	76,66	131	33,58
	B	37		512		32		20		14721		342		23		44	
2007	A	326	20,24	4003	26,03	188	14,89	43	41,86	35728	45,00	845	46,98	39	46,15	440	3,40
	B	66		1042		28		18		16081		397		18		15	
2008	A	563	17,58	5461	24,40	495	15,75	71	32,39	53318	37,13	1125	38,75	44	31,81	816	4,16
	B	99		1333		78		23		19799		436		14		34	

* obliczono jako udział postępowań w których wadium było żądane do całkowitej ilości zamówień należących do danego zbioru.
Źródło: obliczenia własne.

Kolejnym istotnym problemem strony popytowej badanych rynków jest popularność jedno i wielokryteriowych modeli oceny ofert. Popularność tych modeli w okresie objętym badaniem przedstawia wykres 1.



Wykres 1. Popularność modelu *price only* w badanych zamówieniach publicznych w latach 2000–2008

Udział postępowań, w których został zastosowany jednokryteriowy model oceny ofert w stosunku do ogółu postępowań, jak wynika z wykresu, szczególnie od roku 2002 gwałtownie wzrastał na wszystkich badanych rynkach. W odniesieniu do niektórych rynków fakt ten musi budzić zdziwienie, natomiast w przypadku zamówień publicznych na prace projektowe powinien on stać się przedmiotem poważnej analizy krytycznej. Powszechność dokonywania wyborów wykonawców prac projektowych według formuły „najtańszy wygrywa", z pominięciem jakichkolwiek innych kryteriów oceny ofert dopuszczonych przez prawo – w tym zwłaszcza kryteriów odnoszących się do sposobu wykonywania zamówienia, trudno uznać za pozytywny objaw funkcjonowania systemu zamówień publicznych na tym rynku.

2.2. Strona podażowa rynków

Intensywność konkurencji na badanych rynkach zamówień publicznych wyrażona średnią ilością ofert składanych na jedno postępowanie, w latach 2000-2008 wykazywała w większości przypadków do roku 2007 tendencje spadkowe. Wydaje się, iż duża ilość

zleceń sektora prywatnego powodowała zmniejszenie się zainteresowania wykonawców rynkami zamówień publicznych. Rynki te często nie miały „dobrej prasy", natomiast procedury ubiegania się o zamówienia publiczne wielu przedsiębiorców postrzegało jako wymagające a zarazem zbiurokratyzowane i korupcjogenne. Poziom konkurencyjności na badanych rynkach w okresie objętym analizą przedstawia tabela 4.

Szczególnym aspektem konkurencji jest konkurencja cenowa. W obecnym stanie prawnym w systemie zamówień publicznych wiążą się z nią często takie negatywne zachowania cenotwórcze jak dumping cenowy czy oferowanie rażąco niskiej ceny. W tym zakresie rynek budowlany, na tle innych rynków sektora inwestycyjno-nieruchomościowego, wypada zdecydowanie najlepiej. Poziom dyspersji cen był bowiem na tym rynku stosunkowo stabilny oraz, w całym badanym okresie, relatywnie niewielki. Stwierdzenia te znajdują swoją ilustrację w danych liczbowych zawartych w tabeli 5.

Tabela 4. Intensywność konkurencji w badanych zamówieniach publicznych w latach 2000-2008

Rok	Zamówienia na dokumentację projektową i urbanistyczną		Zamówienia na zarządzanie i nadzór w procesie inwestycyjnym		Zamówienia na roboty budowlane		Zamówienia w gospodarce nieruchomościami	
	Studia uwarunkowań i plany miejscowe	Prace projektowe	Nadzory inwestorskie	Zastępstwo inwestycyjne	Roboty budowlane	Projekt i wykoanie	Zarządzanie nieruchomościami	Wycena nieruchomości
2000	3,63	4,90	4,03	5,25	5,05	3,93	1,75	5,59
2001	4,48	5,49	3,41	5,31	5,35	4,03	3,33	7,13
2002	5,18	5,14	3,34	4,53	4,75	3,69	2,48	4,74
2003	4,46	4,53	2,92	3,53	4,70	4,08	3,45	6,41
2004	3,35	3,22	2,46	2,17	3,99	3,10	2,27	2,53
2005	1,66	2,99	2,84	2,94	3,48	2,47	1,65	1,33
2006	2,22	2,70	2,69	2,08	2,99	2,51	10,62	2,00
2007	2,74	2,23	2,31	2,69	2,55	2,00	1,82	2,71
2008	2,84	2,40	2,67	2,20	3,05	2,24	1,83	2,82

Źródło: obliczenia własne.

Tabela 5. Zróżnicowanie cen ofertowych w badanych zamówieniach publicznych w latach 2000-2008*

Rok	Zamówienia na dokumentację projektową i urbanistyczną		Zamówienia na zarządzanie i nadzór w procesie inwestycyjnym		Zamówienia na roboty budowlane		Zamówienia w gospodarce nieruchomościami	
	Studia uwarunkowań i plany miejscowe	Prace projektowe	Nadzory inwestorskie	Zastępstwo inwestycyjne	Roboty budowlane	Projekt i wykoanie	Zarządzanie nieruchomościami	Wycena nieruchomości
2000	2,00	2,46	1,98	2,89	1,43	1,70	1,36	2,16
2001	2,44	2,59	2,34	3,10	1,42	1,63	2,49	5,90
2002	2,64	2,61	1,72	3,83	1,43	1,66	1,27	3,15
2003	2,23	2,38	1,80	2,31	1,39	1,72	2,22	2,69
2004	1,98	1,93	1,76	3,25	1,33	1,36	1,95	1,78
2005	2,32	1,78	3,27	2,25	1,28	1,57	1,27	1,66
2006	1,56	1,79	1,71	1,20	1,27	1,27	1,11	1,62
2007	1,68	1,66	1,65	1,83	1,28	1,26	1,48	1,73
2008	1,63	1,68	1,89	1,32	1,36	1,49	1,26	2,14

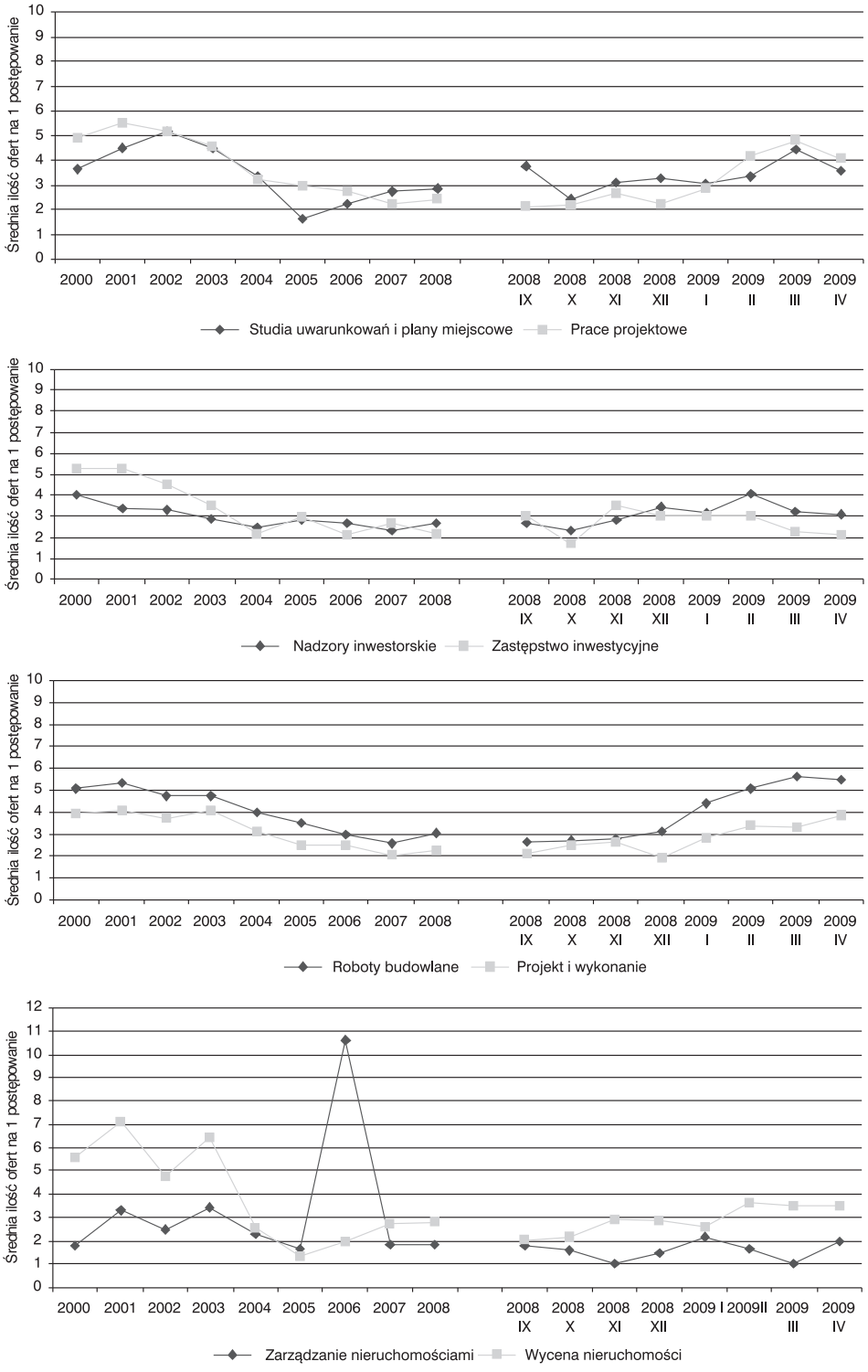
* Zróżnicowanie cen ofertowych obliczono według wzoru $W_z = \frac{\sum_{i=1}^{n} \frac{c_{max}}{c_{min}}}{n}$,

gdzie: c_{min}, c_{max} = najniższa i najwyższa cena w danym postępowaniu, n = liczba badanych postępowań.

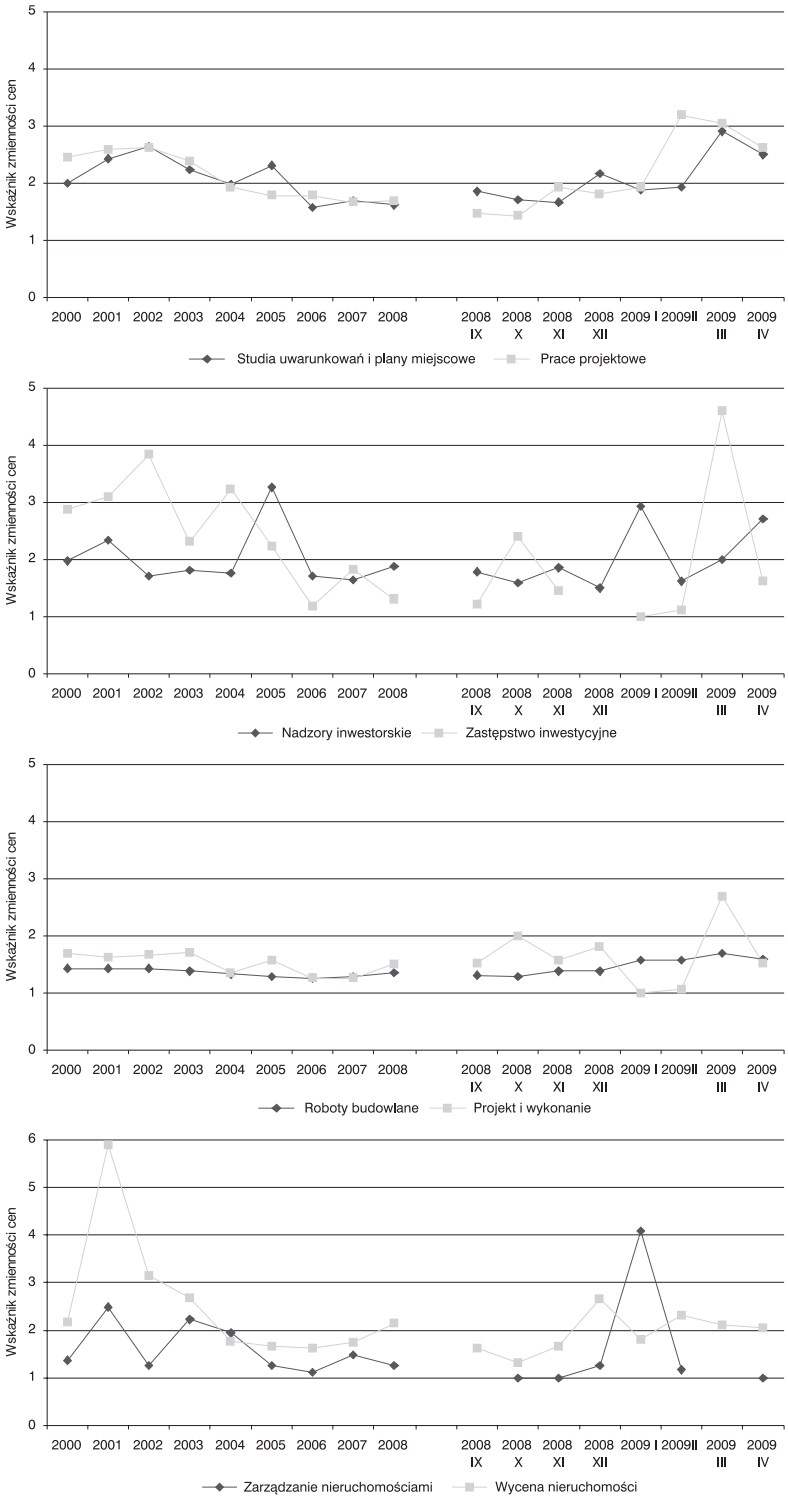
Źródło: obliczenia własne.

3. Wpływ kryzysu gospodarczego na badane rynki zamówień publicznych

W tym punkcie referatu stawiamy tezę, iż oddziaływanie zjawisk kryzysowych powinno w pierwszym rzędzie przejawić się w przebiegu tendencji charakteryzujących procesy konkurencji na badanych rynkach. Opierając się na informacjach możliwych do uzyskania z ogłoszeń o udzielanych zamówieniach dokonano obliczeń wskaźników średniej ilości ofert na jedno postępowanie oraz dyspersji cen ofertowych dla okresów miesięcznych. Kształtowanie się tych wskaźników w przedziale czasowym od września 2008 do kwietnia 2009 na tle średniookresowych tendencji z lat 2000-2008 przedstawiają kolejne wykresy.



Wykres 2. Intensywność konkurencji na badanych rynkach w okresie 2000-2008 oraz $2008_{IX} - 2009_{IV}$



Wykres 3. Dyspersja cen ofertowych na badanych rynkach w okresie 2000-2008 oraz $2008_{IX} – 2009_{IV}$

Analiza wykresów potwierdza tezę postawioną na wstępie niniejszego punktu. W okresie kryzysu gospodarczego ogólna intensywność konkurencji wyrażona średnią ilością ofert na jedno postępowanie na wszystkich badanych rynkach wykazała tendencję wzrostową. Nasilała się zarazem na głównych rynkach analizowanego sektora tzn. rynku zamówień publicznych na roboty budowlane oraz rynku zamówień publicznych na prace projektowe, intensywność konkurencji cenowej wyrażająca się rosnącym z okresu na okres wskaźnikiem zróżnicowania cen.

Stwierdzone tendencje jako pochodna kryzysu gospodarczego na rynkach zamówień publicznych stawiają zamawiających wobec konieczności bardzo starannego przygotowania i przeprowadzenia postępowań. Nasilającą się intensywność konkurencji z jednej strony należy ocenić pozytywnie, jednakże z drugiej strony może ona rodzić dążenie wykonawców do zdobywania kontraktów publicznych za wszelką cenę. Kontrakt publiczny, zwłaszcza w przypadku zamówień na roboty budowlane, może być bowiem podstawą utrzymania się danego wykonawcy na rynku i przetrzymania okresu kryzysowego.

Podobnie nasilająca się na niektórych rynkach intensywność konkurencji cenowej powinna stymulować zamawiających do bardzo starannego i przemyślanego formułowania w SIWZ swoich wymagań dotyczących sposobu obliczania cen oraz do szczególnie starannego badania cen ofertowych, zwłaszcza z punktu widzenia takich ewentualnych nieprawidłowości i patologii cenotwórczych jak proponowanie rażąco niskich cen czy też cen o charakterze dumpingowym.

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE– EFEKTYWNY INSTRUMENT PRAWNY CZY BIUROKRATYCZNA PROCEDURA?

Janusz Dolecki
– doktor inżynier, ekspert w zakresie zamówień publicznych

Trochę historii

Mija 15 lat od przyjęcia w dniu 10 czerwca 1994 r. przez Sejm Rzeczypospolitej ustawy o zamówieniach publicznych[1]. Prace nad ustawą rozpoczęły się już w 1992 r. Pierwotny projekt rządowy bazował na przygotowanym przez polsko-amerykańską firmą prawniczą Hogan&Hartson (wybraną w procedurze przetargu ogłoszonego przez Pełnomocnika Rządu do Sprawy Reformy Administracji Publicznej). Wielomiesięczne prace, szerokie konsultacje zarówno – krajowe jak i zagraniczne oraz dokonane uzgodnienia międzyresortowe zaowocowały projektem przekazanym w marcu 1994 r. do Sejmu, który stał się przedmiotem prac Nadzwyczajnej Komisji Sejmowej. Proces legislacyjny trwał bardzo krótko, a projekt popierany przez wszystkie kluby poselskie, został przyjęty prawie jednogłośnie.

Przyjęcie tej regulacji prawnej utożsamiane jest dość powszechnie z naszymi aspiracjami europejskimi i koniecznością pilnego dostosowania prawa krajowego do wymogów prawa europejskiego. Jest w tej opinii zapewne wiele racji, a swoistym dowodem może być bez mała „proroczy", jak na warunki prawne 1994 r., przepis art.31 odnoszący się do publikacji ogłoszeń, w którym na 10 lat przed (!) uzyskaniem członkowstwa w Unii Europejskiej wprowadzony został przepis, iż:

„Zamawiający obowiązany jest przekazać do publikacji w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich ogłoszenie o postępowaniu o zamówienie publiczne."

Czy jednak tylko dążność do harmonizacji polskiego prawa z prawem europejskim była przesłanką do wprowadzenia do prawa krajowego regulacji dotyczących udzielania zamówień publicznych?

Warto zapewne wrócić do nieco bardziej odległej historii i przypomnieć, że już w II Rzeczpospolitej mieliśmy wcale niezłą ustawę regulującą procedury dostaw i robót budowlanych na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego[2] oraz wydane w delegacji art.1 ust.1 tej ustawy Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego.[3]

O wysokiej wartości merytorycznej zawartych w tych przepisach regulacji prawnych świadczyć może fakt, iż wiele przepisów z przedwojennego rozporządzenia zostało bez mała, wprost, po usunięciu pewnych anachronizmów językowych, przeniesionych do ustawy z 1994 r. A jedna z pierwszych nowelizacji[4], liberalizująca przepisy ustawy wprowadzała dodatkową przesłankę uprawniającą do udzielenia zamówienia w trybie **zamówienia z wolnej ręki**, jeżeli:

[1] Dz.U.1994.76.344

[2] Ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego (Dziennik Ustaw z dnia 24 marca 1933 r. nr 19 poz.127).

[3] Dziennik Ustaw z 1937 r. nr 13 poz.92

[4] Ustawa z dnia 6 lipca 1995 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U.1995.99.488)

„wartość zamówienia nie przekracza równowartości **1000 ECU** lub udział środków publicznych w finansowaniu zamówienia nie przekracza równowartości 1000 ECU."

która odpowiadała, co do swojego charakteru i zapewne nieprzypadkowo, co do wartości nominalnej, tyle że w innej walucie, regulacji Rozdziału V rozporządzenia z 1937 r., stanowiącego iż:

„§ 39. (1). Zakup bezpośredni **za zwykłym rachunkiem** polega na uskutecznieniu dostawy lub roboty w drodze ustnej umowy.

(2) Zakupy bezpośrednie za zwykłym rachunkiem dozwolone są w przypadkach, gdy ogólna wartość całej dostawy lub roboty nie przekracza kwoty **zł 1 000**."

Konieczność wprowadzenia regulacji prawnych dotyczących procedur postępowania przy wydatkowania środków publicznych, występujące na styku „urzędnik" – „przedsiębiorca" są bezdyskusyjną koniecznością w każdym, właściwie uporządkowanym systemie prawnym, gdzie z jednej strony pojawiają się dysponenci środków publicznych, dysponujący własnym budżetem i realizujący określone potrzeby (w polskich przemianach politycznych po roku 1989 dotyczyło to zwłaszcza przywrócenia samorządów), a z drugiej – przedsiębiorcy działający na konkurencyjnym rynku (przywrócenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej).

Myślę, że przy okazji XV-lecia obowiązującego systemu prawnego w zakresie zamówień publicznych warto jest pamiętać – zwłaszcza nam, „zamówieniowcom" – o tej pięknej tradycji polskiego prawa II Rzeczpospolitej.

O ewolucji, jaką przeszedł polski system prawny zamówień publicznych świadczyć może i ta oczywiście, że w znacznej mierze uproszczona, statystyka dotycząca pierwszej wersji ustawy z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych:

- ustawa regulowała procedury udzielania zamówień 92 artykułami (pozostałych pięć stanowiły zmiany w innych ustawach oraz przepisy wprowadzające),
- ustawa zawierała tylko 4 delegacje zobowiązujące lub upoważniające Radę Ministrów do wydania rozporządzeń,
- przesłanki stanowiące o wyłączeniu obowiązku stosowania ustawy dotyczyły tylko dwóch okoliczności (!),
- a jedna z pierwszych publikacji na temat zamówień publicznych[5] obejmująca pełny tekst ustawy i wprowadzenie do ustawy (rodzaj komentarza) zawierała się łącznie na 83 stronach formatu B5 (!).

Zamówienia publiczne – efektywny instrument prawny czy biurokratyczna procedura ?

Poszukiwania odpowiedzi na pytanie postawione w tytule mojego wystąpienia, a przynajmniej wątpliwości, jakie nasuwają się w aspekcie moich wieloletnich doświadczeń chciałbym odnieść do wybranych kwestii w trzech podstawowych aspektach:

i. przygotowania postępowania,
ii. przeprowadzenia postępowania,
iii. sposobu realizacji zamówienia.

[5] Marian Lemke. Zamówienia publiczne. Wprowadzenie do ustawy. Wydawca Fundacja Rozwoju Demokracji Lokalnej. Centrum Szkoleniowe w Białymstoku. Białystok 1994 r.

Realizacja celów czy dbałość o procedurę

Do dzisiaj pamiętam rozmowę na początku roku 1995 z jednym z wójtów, który po przedstawieniu na spotkaniu szkoleniowym regulacji prawnych dotyczących udzielania zamówień publicznych stwierdził: „*Wie Pan, u nas to ta ustawa się raczej nie przyjmie*." Przyjąłem to stwierdzenie z małym uśmiechem a później, niejednokrotnie przy okazji różnych dyskusji, przywoływałem tę wypowiedź nieomalże jako anegdotę.

Dzisiaj mam już inną ocenę tego stwierdzenia. Tak. Wówczas odebrałem, można powiedzieć, przede wszystkim jej formę – a nie zrozumiałem, pewnie niezbyt czytelnie wyrażonych, treści. Bo co miał na myśli ów wójt – wątpliwość? Po co nam kolejna, a niech i ogólnopolska, procedura? Przecież gminy już i z początkiem lat dziewięćdziesiątych miały swoje własne regulaminy wyboru oferenta, które ze znaczącym rygoryzmem stosowały, wymieniając się doświadczeniami i „ulepszając" je.

Tak – zabrakło już na starcie systemu, właściwego nacisku, uwypuklenia i uświadomienia potrzeby wdrożenia, a może właśnie tylko przywrócenia w aspekcie ustawy z 1933 r. w polskim systemie prawnym dziedziny dotyczącej zamówień publicznych – CELÓW, jakie ma realizować ustawa z dnia 24 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych.

Niejednokrotnie, czy to w trakcie szkoleń czy wykładów, zadaję słuchaczom prozaiczne pytanie – a tak naprawdę to jakie cele mamy realizować lub jaki efekt uzyskiwać przy dokonywaniu zakupów poprzez stosowanie procedur określonych przepisami dotyczącymi zamówień publicznych ?

Myślę, że każdy z nas – próbując odpowiedzieć na to pytanie może mieć pewien problem z ich wskazaniem.

A przecież system prawny zamówień publicznych nie może być postrzegany tylko i wyłącznie jako PROCEDURA, mniej czy bardziej sformalizowana będąca wartością samą w sobie, ale przede wszystkim jako system prawny pozwalający na uzyskiwanie określonych efektów.

Jakich?

Nie kuszę się o próbę ich zhierarchizowania, ale w mojej ocenie, cele te są albo wprost określone w niektórych przepisach prawa albo też wynikają z innych przepisów.

Niewątpliwie należy do nich zaliczyć, spójną w pewnym zakresie celów, ustawę z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych[6], w której art.35 wskazuje się, iż:

„Wydatki publiczne powinny być dokonywane:
1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów;
2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań."

To, na co chciałbym zwrócić szczególną uwagę, to dyspozycja, iż wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób:

- oszczędny,
- z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z ponoszonych nakładów.

I już tylko na przykładzie tej regulacji prawnej warto chyba postawić istotne dla oceny

[6] Dz.U.2005.249.2104 wraz ze zmianami

funkcjonującego systemu pytanie – na ile prowadzone postępowania o udzielenie zamówienia publicznego realizują powyższą dyspozycję, a na ile postępowania prowadzone są z nadrzędnym, a myślę że nazbyt często, z jedynym celem – poprawności procedury i dbałości o kompletność dokumentacji ?

Skoro system prawny zamówień publicznych musi, właśnie za sprawą określonych i sformalizowanych procedur, zapewnić właściwe relacje na styku „urzędnik" – „przedsiębiorca" to niewątpliwie musi gwarantować przede wszystkim:

- przejrzystość procedur,
- jawność postępowania,
- zachowanie zasad uczciwej konkurencji,
- równe traktowanie wszystkich wykonawców, bez możliwości preferowania lub dyskryminowania któregokolwiek, a tym zwłaszcza równy dostęp do informacji i określone ograniczenia w arbitralności stawiania wymagań dotyczących warunków udziału jak i przedmiotu zamówienia (zasada proporcjonalności).

Powyższy katalog należy niewątpliwie poszerzyć o następstwa prawne przepisów, wiążącego przecież również nas, układu z dnia 25 marca 1957 r. ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą (Traktatu Rzymskiego). Do najważniejszych zasad traktatowych w aspekcie udzielania zamówień publicznych należą bezspornie:

- zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość,
- zasada swobodnego przepływu towarów,
- zasad swobody świadczenia (przepływu) usług,
- zasada swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

Listę celów, jakie powinny być realizowane poprzez procedury udzielania zamówień publicznych trzeba jeszcze poszerzyć o nadrzędne cele polityki Unii Europejskiej, do których zaliczyć trzeba:

- zapewnienie trwałego i długoterminowego wzrostu gospodarczego,
- tworzenie nowych miejsc pracy,
- rozwój konkurencyjności przedsiębiorstw,
- innowacyjność,
- zapewnienie wysokiego standardu jakości usług publicznych,
- polityka proekologiczna („zielone zamówienia"),
- zmniejszenie ryzyka nadużyć i korupcji w administracji.

Pewnie nie pomylę się zbyt wiele, jeżeli stwierdzę, że nie o wszystkich tych celach pamiętamy. A bez świadomości i rozumienia, a przede wszystkim akceptacji powyższych celów, system prawny zamówień publicznych rzeczywiście jawi się jedynie jako sformalizowana procedura, co do zasadności wprowadzenia której ów wójt miał tyle wątpliwości.

Tak więc, aby móc pokusić się o znalezienie odpowiedzi na pytanie będące tytułem mojego wystąpienia, trzeba jej poszukiwać także w odpowiedzi na pytanie – czy i w jakim stopniu powszechna praktyka udzielania zamówień publicznych wypełnia wymienione wyżej cele?

Oczywiście, że zarówno w teorii zamówień publicznych, jak i w polityce państw członkowskich Unii Europejskiej toczyła się i nadal trwa dyskusja, czy celem procedur zamówień publicznych ma być wyłącznie maksymalizacja korzyści ekonomicznych dla zamawiającego wynikających z konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia (cel pierwotny) czy też zamówienia publiczne powinny być również narzędziem polityki gospo-

darczej i społecznej państwa oraz instrumentem dla osiągania także innych, dodatkowych celów z zakresu polityki gospodarczej i społecznej (cele wtórne)[7].

Znaczącą część celów osiągana jest wprost w wyniku przeprowadzenia poprawnie procedury uregulowanej przepisami prawa, ale stopień wypełnienia pozostałych zależy już tylko od decyzji zamawiających i kształtowanych szczegółowo warunków konkretnego postępowania.

Jednym z niepokojących objawów, stanowiących pośrednio dowód na to, iż jednak nadrzędnym dla wielu postępowań (dla postępowań czy dla osób je przygotowujących i prowadzących ?) celem jest tylko i wyłącznie dbałość o poprawność procedury i stanowienie tylko jedynego kryterium wyboru – cena ofertowa. Nie jest moim celem negowanie zasadności i racjonalności przyjmowania przez zamawiających wyłącznie kryterium ceny, jako rozstrzygającego o wyborze najkorzystniejszej oferty – w znaczącym odsetku postępowań jest to niewątpliwie najkorzystniejsza oferta. Niepokojąca być jednak musi wyraźnie obserwowana, chociażby na przestrzeni ostatnich lat, tendencja do unikania stanowienia innych kryteriów wyboru oferty.

Odsetek postępowań, w których stosowano tylko jedno kryterium – cena ofertowa – wynosiły w ostatnich latach odpowiednio:

- w roku 2005 53% postępowań
- w roku 2006 64% postępowań
- w roku 2007 87% postępowań[8].

Nie będę szerzej rozwijał tego wątku, ale nie jest chyba nazbyt polemicznym stwierdzenie, że zakup „najtańszy" nie zawsze jest dowodem realizacji zasady uzyskiwania najlepszych efektów z ponoszonych nakładów, a wybór „najtańszej oferty" nie powinien być traktowany jako wyznacznik kreowania konkurencyjności wykonawców.

Co jest powodem tak znaczącego zaniechania stanowienia innych kryteriów i świadomej rezygnacji zamawiających z możliwości wyboru najlepszych (najkorzystniejsza to oferta wybierana zgodnie z przyjętymi kryteriami) ofert ?

W mojej ocenie, wynikającej zarówno z doświadczenia, jak i z praktyki i oglądu systemu z punktu widzenia administrowania nim, nazbyt dominująca polityka okresu kilku lat, kiedy to podkreślano i uwypuklano konieczność wprowadzania regulacji prawnych, których zasadniczym celem było ograniczenie okoliczności stwarzających możliwości nieuczciwych zachowań i korupcji spowodowała, że inne cele przestały być prawie w ogóle dostrzegane.

Niewątpliwie – zapobieganie korupcji jest jednym z celów, jakie powinien być uzyskiwany przy wydatkowaniu środków publicznych, poprzez udzielanie zamówień publicznych. Ale kreowanie tego przesłania, jako celu wręcz nadrzędnego, w podejmowanych inicjatywach legislacyjnych i przyjmowanych regulacjach prawnych, w kontekście ogólnej atmosfery podejrzliwości w stosunku do nieomal każdego udzielanego zamówienia spowodowało, że absolutna większość urzędników uznała, iż ważniejsze jest poczucie własnego bezpieczeństwa.

Najniższa cena jako jedyne kryterium czyni zadość przepisom dotyczącym finansów publicznych, jest najłatwiejsza w ocenie i najtrudniejsza do skutecznego oprotestowania.

---

[7] Zielona księga. Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. W poszukiwaniu rozwiązań. Komunikat zatwierdzony przez Komisję 27 listopada 1996 r.

[8] Sprawozdanie z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2007 roku. Urząd Zamówień Publicznych. Warszawa, maj 2008

Przyjęcie innego, poza ceną, kryterium wyboru najkorzystniejszej – rzeczywiście najlepszej – oferty stwarzało niestety niejednokrotnie konieczność odpowiadania na zarzuty pokontrolne, czym kierowano się przyjmując określoną wagę dodatkowego kryterium lub dodatkowych kryteriów, zwłaszcza w sytuacji, gdy procedura wyboru nie wskazywała na najtańszą ofertę.

Nikt, nigdy (a w każdym razie ja nie znam takiego przypadku) nie wymagał natomiast wyjaśnień, dlaczego w postępowaniu zrezygnowano z możliwości zakupu np. sprzętu lepszego, nowocześniejszego, o wyższych parametrach niż ustanowione minimum. Dlaczego nie premiowano poprzez dodatkowe kryteria innowacyjności oferowanych rozwiązań? nie preferowano aspektów ekologicznych? nie uwzględniano szerzej kosztów przyszłej eksploatacji? itp. Lista tych pytań może być znacznie dłuższa.

Koncentrując kontrolę wyłącznie na poprawności procedury, a przy tym na dodatek czyniąc nie zawsze zasadne zarzuty, w atmosferze – przynajmniej medialnej – wszechogarniającej korupcji przy udzielaniu zamówień, skutecznie zniechęcono zamawiających do podejmowania jakichkolwiek działań, których celem byłaby realizacja także innych celów, jakie powinny być także uzyskiwane przy udzielaniu zamówień publicznych.

Konieczny formalizm czy zbędna biurokracja

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tego kluczowego, w praktycznie prawie wszystkich postępowaniach dokumentu, sporządzanego przez zamawiających, którego minimalny zakres określony jest szczegółowo przepisami ustawy rozstrzygają nie tylko o przebiegu i poprawności przeprowadzenia postępowania ale także o uzyskiwanych efektach i stopniu wypełnienia celów systemowych.

Niezbyt fortunna nazwa, do której zapewne przyzwyczailiśmy się, spowodowała, iż przypisywano i niestety nadal przypisuje się wszystkim, bez wyjątku postanowieniom specyfikacji rozstrzygające i bezwzględnie stanowiące znaczenie. Trwale ugruntował się pogląd, iż „nieprotestowane postanowienia SIWZ" chociażby i wadliwe lub niezgodne z przepisami ustawy wiążą uczestników postępowania. Można powiedzieć, że SIWZ nadano w praktyce prawie rangę dokumentu urzędowego, wiążącego bezwzględnie uczestników zawartymi w niej zapisami.

A przecież **Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia**, to nic innego jak **Wyszczególnienie Najważniejszych Wymagań (Warunków) Umowy w sprawie zamówienia publicznego**. I w takim zakresie te najważniejsze postanowienia powinny być hierarchizowane –jako ważne, znaczące i bezwzględnie wiążące oraz inne, pozostałe. Przy czym mając na uwadze, że SIWZ jest dokumentem mającym znamiona oświadczenia woli zamawiającego (zamawiający wszczynając postępowanie postanowieniami SIWZ oświadcza, że chce udzielić zamówienia tj. zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w tym dokumencie) treść tych, ale rzeczywiście najważniejszych warunków czy wymagań, zawartych w specyfikacji powinny być chyba interpretowane zgodnie z przepisem art.65 §1 Kodeksu cywilnego:

„Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje."

Zmiany w przepisach prawa, dokonane nowelizacjami w ostatnich latach, a zwłaszcza nowelizacja z 2008 r., dopuszczające przede wszystkim możliwość wprowadzania zmian do postanowień SIWZ, oczekiwana i pożądana liberalizacja biurokratycznych wręcz procedur związanych z prowadzeniem postępowania oraz badania i oceny ofert wyraźnie wskazują na wadliwość czy też nieracjonalność uprzednio obowiązujących rozwiązań prawnych.

Zachowując wymagany i konieczny formalizm – na niezbędnym poziomie – udało się, w zakresie regulacji prawnych stworzyć możliwość efektywnego prowadzenia procedur.

W tym aspekcie wydaje mi się za celowe rozważenie możliwości dokonania jeszcze zmian w przepisach art. 87 ust. 2 odnoszącego się do „poprawiania" ofert przez zamawiającego. Przepis ten jednoznacznie nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia oferty – „Zamawiający poprawia w ofercie …(…)." O ile w punktach 1 i 2 przepisy odnoszą się do poprawiania „oczywistych omyłek", o tyle wykonanie dyspozycji punktu 3, wskazującego na obowiązek poprawienia także innych „omyłek", nie mających już charakteru „oczywistych", a niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, nie jest chyba w większości przypadków możliwe bez dopuszczenia przedłożenia przez wykonawcę wyjaśnień lub wręcz **uzupełnienia oferty** o brakujące informacje lub dokumenty.

Wydaje się, iż brak w ustawie regulacji wskazującej na możliwość uzupełnienia oferty o wskazane w specyfikacji i wymagane informacje lub dokumenty (podobnie, jak w odniesieniu do dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału), które bardzo często nie mają de facto istotnego znaczenia, na etapie badania i oceny oferty, procedury wyboru najkorzystniejszej oferty ani też nie uniemożliwiają zawarcia umowy i realizacji zamówienia na warunkach wymaganych przez zamawiającego a stanowią mankament oferty poprzez jej niepełną zgodność ze szczegółowymi wymaganiami specyfikacji. A są to braki, których zamawiający sam – bez dodatkowej wiedzy, jaką uzyskać może tylko od wykonawcy – „poprawić" nie może.

Posłużę się tu kilkoma prostymi przykładami:

- brak wskazania przez wykonawcę formy, w jakiej zobowiązuje się do wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia,
- niekompletny harmonogram realizacji zamówienia,
- brak – przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia – wymaganej informacji o przyjętym przez wykonawcę sposobie kalkulacji ceny ofertowej,
- brak w złożonych dokumentach „tygodniowej karty rozliczeń" świadczonych usług itp.

W żadnym z powyższych przypadków zamawiający nie jest w stanie „poprawić" oferty, gdyż faktycznie musiałby sam „tworzyć" takie dokumenty za wykonawcę. Ta procedura doprowadzania zgodności treści oferty ze specyfikacją może zostać dokonana tylko poprzez wezwanie wykonawcy do uzupełnienia, w tym zakresie, złożonych dokumentów lub – i to obawiam się, że zabrzmi to w naszych „zamówieniowych" nawykach jak herezja – uznanie, iż są to mankamenty, które bez uszczerbku dla obowiązujących zasad prowadzenia postępowania, można na etapie badania i oceny ofert pominąć, a wykonawca może je uzupełnić na etapie zawierania umowy. Tak aby wyeliminować obawy zamawiających i nie było konieczne poddawanie tych czynności ocenie Krajowej Izby Odwoławczej lub sądów okręgowych. Orzecznictwo w tym zakresie, zwłaszcza wydane w ostatnim okresie wyroki, potwierdza poprawność takich działań i decyzji.

Rozwiązaniem może też być nieco inne ukształtowanie regulacji prawnych dotyczących „specyfikacji **istotnych** warunków zamówienia", poprzez wyraźne zróżnicowanie rzeczywiście „istotnych warunków" od innych, niezbędnych dla wykonawcy informacji dotyczących jednak tylko przebiegu procedury, sposobu przygotowania oferty, koniecznych do wypełnienia formalności warunkujących zawarcie umowy czy też pouczeń itp., pozwalających wykonawcy prawidłowo i terminowo złożyć ofertę oraz skutecznie ubiegać się o uzyskanie zamówienia.

Tym bardziej, że są to kwestie, do których nie odnosi się szczegółowo prawo europejskie, pozostawiając ich regulacje krajom członkowskim.

Reasumując – nie mam żadnych wątpliwości, co do konieczności zachowania określonego poziomu formalizmu przy udzielaniu zamówień publicznych (relacja „urzędnik" – „przedsiębiorca" musi być sformalizowana także po to, aby chronić wykonawcę przed próbami narzucenia nadmiernego „władztwa" administracji), ale ten formalizm nie może być celem samym w sobie, gdyż inaczej staje się tylko całkowicie zbędną biurokracją.

A że jest to możliwe przywołam tylko jeden przykład. Ewolucję, a może „rewolucję" jaką w tym zakresie przeszedł system prawny niech zilustruje przesłanka zobowiązująca (wcale nie tak dawno) do odrzucanie oferty za „nieponumerowane" strony, jeżeli tak wymagał w SIWZ zamawiający, w stosunku do obowiązującego dzisiaj nakazu poprawienia oferty przez zamawiającego.

Efektywna realizacja potrzeb czy formalne wypełnianie pierwotnie wskazanego zakresu

I ostatni aspekt, który chcę poruszyć w swoim wystąpieniu – odnoszący się do wykonywania (realizacji) zamówienia, w wyniku zawartej umowy. W tym zakresie chciałbym podnieść kwestię występujących konieczności lub pojawiających się możliwości wprowadzenia zmian do pierwotnie przyjętych ustaleń.

Mając na uwadze, z jednej strony czas, jaki mija od przygotowania postępowania do realizacji zamówienia, z drugiej strony dynamicznie zmieniającą się ofertę rynkową, w wielu przypadkach nieistniejącą w momencie wszczęcia postępowania lub udzielania zamówienia, zamawiający natrafiają na nadmierny chyba rygoryzm związany z ograniczeniami w zakresie uprawnień do wprowadzenia uzasadnionych zmian. Prowadzi to w konsekwencji w licznych przypadkach do nieefektywnego lub nieakceptowanego społecznie wydatkowania środków lub podejmowaniu decyzji, które z kolei są negatywnie oceniane w przypadku przeprowadzonych kontroli.

Chciałbym być dobrze zrozumiany – daleki jestem od opowiadania się za przyzwoleniem na wprowadzanie zmian do udzielonego i realizowanego zamówienia mających na celu kreowanie *de facto* nowego zamówienia czy też swobodnego poszerzanego pierwotnie ustalonego zakresu zamówienia. Jednak w licznych przypadkach – zaistnienie okoliczności, których nie przewidziano przy zachowaniu „należytej staranności" przez zamawiającego lub których, z obiektywnych powodów – przewidzieć nie można było – nie powinny być obejmowane bezwzględnym wręcz zakazem dopuszczalności wprowadzenia.

Zasada ***Pacta sunt servanda*** jest niewątpliwie nadrzędną, zwłaszcza w mających w dużej mierze charakter administracyjny, procedurach zamówieniowych. Ale kwestie, do których się odnoszę nie dotyczą już arbitralnego stanowienia warunków przez zamawiającego (oczywiście w granicach obowiązującego prawa), jak ma to miejsce na etapie procedury zmierzającej do udzielenia zamówienia, ale zgody – ***consensusu*** – stron umowy.

Aby wyjść poza może nazbyt ogólnie brzmiące stwierdzenia posłużę się również kilkoma przykładami.

- dokumentacja projektowa, przygotowana ze stosownym wyprzedzeniem czasowym w stosunku do planowanej realizacji, procedura udzielenia zamówienia, a następnie wielomiesięczna realizacja spowodowały, iż niektóre wymagania stały się zbędne a inne, konieczne dla właściwego wypełniania nowych obowiązków – np. rezygnacja z wykonania i wyposażenia sali konferencyjnej na rzecz wykonania w to miejsce dodatkowej serwerowni z wymaganym systemem niezawodnego zasilana i układem precyzyjnej klimatyzacji;

- w trakcie wykonywania zamówienia mieszkańcy gminy zgłosili potrzebę poszerzenia funkcji budowanego nowego domu kultury o wyposażenie sali widowiskowej w urządzenia umożliwiające projekcję filmów;
- w trakcie realizacji dostaw wykonawca oferuje zamianę oferowanych w ofercie urządzeń na urządzenia nowszej generacji, spełniających efektywniej wszystkie wymagania określone w przedmiocie zamówienia przez zamawiającego;
- w trakcie budowy nowej drogi czy sieci kanalizacyjnej z uwagi na realizowane w jej bezpośrednim sąsiedztwie inne, prywatne inwestycje, wystąpiła konieczność budowy dodatkowego przepustu lub przyłącza do sieci kanalizacyjnej.

Żadna z tych kilku, przykładowo przytoczonych okoliczności, nie miała przecież wpływu na wynik postępowania – udział i wybór wykonawcy czy cenę ofertową, gdyż zaistniały już w trakcie wykonywania zamówienia i w takim samym stopniu i zakresie odnoszą się do wykonywania zamówienia, bez względu na to kto je realizuje. W żadnym z tych przypadków nie ulega zmianie cel, w jakim udzielono zamówienia – budowa obiektu na potrzeby instytucji, budowa domu kultury, dostawa sprzętu o określonej funkcji, budowa drogi ….

Czy jednak mieścić się będą w zakresie dopuszczanych, w ocenie przeprowadzanych kontroli, zmian ?

Nie spełniają przecież przesłanek „zamówienia dodatkowego" – bez ich wykonania można (?) zrealizować zamówienie podstawowe; nie są zamówieniem uzupełniającym – to z kolei musi być przewidywane przez zamawiającego nie tylko w zakresie wartości, ale co nie budzi żadnych zapewne wątpliwości, również w zakresie przedmiotowym. Można mieć również wątpliwości czy „mieści się" w zakresie uprawnień wynikających z dyspozycji art.144 ust.1? A jeżeli tak, w jakim zakresie szczegółowości zamawiający zobowiązany jest uwzględnić, w ogłoszeniu lub w specyfikacji, zakres dopuszczalnych zmian w postanowieniach zawieranej umowy? A przecież żaden, racjonalnie działający inwestor, poza sferą zamówień publicznych, nie zrezygnuje z wprowadzenia takich zmian co do sposobu wykonywania umowy.

Nic nie jest stałe oprócz zmian [Heraklit 513 r. p.n.e.] – to stwierdzenie starożytnego myśliciela nie tylko, że nie straciło niczego na swojej aktualności, ale zwłaszcza w świetle oceny formalizmu procedur zamówień publicznych, stanowić może znakomite motto poszukiwania dobrych rozwiązań prawnych.

Podsumowanie

XV lat systemu prawnego zamówień wykazało, iż ustawa „*się przyjęła*". Nie tylko dlatego, że za naruszenie jej postanowień grożą sankcje związane z określonymi przepisami ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, utrata możliwości uzyskania dofinansowania ze źródeł zewnętrznych, w tym zwłaszcza środków europejskich czy też sankcje finansowe w postaci kar pieniężnych. Ale przede wszystkim dlatego, że jest powszechne zrozumienie i akceptacja dla tych zasad wyboru wykonawców. Nie jest już chyba dla nikogo, zobowiązanego do stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych, wątpliwością wartość, jaką w znaczącym zakresie spełnia ten system prawny. Świadomość potrzeby, zasadności i konieczności wydatkowania „pieniędzy podatnika" w jawnych, gwarantujących równoprawność wykonawców i zachowywanie zasad uczciwej konkurencji oraz efektywnych procedurach, dzięki którym realizowane są także inne, nie tylko wprost ekonomiczne, wartościowe cele.

Pozostają jednak nadal obszary, przynajmniej w mojej ocenie, którym warto poświęcić

należytą dbałość i poszukiwać dla nich najlepszych, najbardziej racjonalnych rozwiązań prawnych – skutecznych, zrozumiałych i akceptowanych oraz efektywnych w ocenie wydatkowanych środków, lub aktywniej podejmować działania zmierzające do upowszechniania właściwego rozumienia i poprawnego stosowania obowiązującego prawa. Tak, aby już przy następnej, najbliższej „okrągłej" rocznicy funkcjonowania systemu nie było wręcz miejsca na dylematy, które podnoszę w swoim wystąpieniu.

Zwłaszcza w tych obszarach, gdzie przepisy prawa europejskiego nie regulują szczegółowo określonych rygorów lub nie stanowią istotnych ograniczeń odnośnie regulacji prawa krajowego państw członkowskich.

MIEJSCE PRAWA O ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH W PRAWIE ADMINISTRACYJNYM

Sławomir Fundowicz
– ksiądz profesor doktor habilitowany Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego

1. Prawo zamówień publicznych jako prawo szczególne podmiotów publicznych

Cały obszar prawa zwykło się dzielić na prawo publiczne i prawo prywatne. Wśród teorii tłumaczących ten dualizm prawa trzy mają podstawowe znaczenie: teoria interesu, teoria podporządkowania (teoria podmiotowa albo teoria większej wartości), teoria podmiotu (teoria praw szczególnych, teoria przyporządkowania). Zgodnie z teorią podmiotu podmiotami przyporządkowanymi w prawie prywatnym są dowolne osoby, natomiast prawo publiczne obejmuje te normy prawne, których przyporządkowanym podmiotem uprawnionym lub zobowiązanym jest wyłącznie podmiot władzy publicznej. Publicznoprawnymi są więc te obowiązki, uprawnienia, roszczenia i stosunki prawne, które wynikają z jakiejś normy prawnej, która zobowiązuje lub uprawnia (potencjalnie lub aktualnie) nie każdego, ale wyłącznie państwo lub jakiś podmiot, który na podstawie aktu państwowego zobowiązany jest do przejęcia wspólnych spraw grupy ludzi wychodzącej ponad indywidualne stosunki. Musi podmiot ten być uprawnionym właśnie w ramach tej swojej właściwości[1].

W tym kontekście istotne znaczenie ma zakres podmiotowy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych[2]. Zgodnie z art. 3 ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez:

1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
   a) finansują je w ponad 50%, lub
   b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
   c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
   d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;
4) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3;
5) inne niż określone w pkt 1-4 podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1-3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:
   a) finansują je w ponad 50 % lub

[1] S. Fundowicz, *Dychotomiczny podział prawa*, „Samorząd Terytorialny", 1-2/2000, s. 47-57.
[2] T. jedn. z Dz. U. 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.

b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
d) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego;

6) inne niż określone w pkt 1 i 2 podmioty, jeżeli łącznie zachodzą następujące okoliczności:
   a) ponad 50 % wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1-4,
   b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
   c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi;
7) inne, niż określone w pkt 1 i 2, podmioty, jeżeli zamówienie jest finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedury udzielania zamówienia określonej w ustawie;
8) podmioty, którym podmioty określone w pkt 1-4 udzieliły koncesji na roboty budowlane, na podstawie ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi[3] w zakresie, w jakim udzielają zamówienia w celu jej wykonania.

Zamienne są uwagi komentatorów w odniesieniu do pkt 3 cytowanego przepisu.

P. Granecki zauważył, że odstąpiono wprawdzie od terminologii unijnej, ale w ten sposób wprowadza się do polskiego prawa tzw. „instytucję prawa publicznego". Instytucją prawa publicznego będzie więc każdy podmiot, który będzie spełniał jednocześnie trzy warunki:

– będzie posiadał osobowość prawną;
– zostanie utworzony w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nieprzemysłowym i niehandlowym;
– będzie faktycznie zależny od innych instytucji prawa publicznego, jednostek sektora finansów publicznych lub państwowych jednostek organizacyjnych, nieposiadających osobowości prawnej poprzez powiązania finansowe, właścicielskie lub kontrolno-nadzorcze[4].

M. Płużański stwierdził natomiast, że art. 3. ust. 1 pkt 3 Pzp wdrożył do polskiego prawa pojęcie „podmiotu prawa publicznego" występujące w art. 1b dyrektyw 93/37/EWG, 93/36 /EWG i 92/50/EWG koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Przepis ten został zastąpiony przez art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zgodnie z którym podmiot prawa publicznego oznacza każdy podmiot:

– ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego i handlowego;

[3] Dz. U. Nr 19, poz. 101.

[4] P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 34 i n. Podobnie: . Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 37 i n.

– posiadający osobowość prawną;
– finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego[5].

Wydaje się, że warto byłoby w tym miejscu przypomnieć konstrukcję osoby prawnej prawa publicznego. Podstawowym założeniem powinno być to, że osobowość prawna jest jedna na całym obszarze prawa i dlatego błędne jest konstruowanie osobowości publicznoprawnej jako odpowiednika osobowości prywatnoprawnej, bowiem istota osobowości prawnej jest zawsze taka sama. Składają się na nią:

a) zdolność posiadania interesów wynikająca z prowadzenia celowej działalności;
b) zdolność wykonywania prawa;
c) trwałość.

Inaczej mówiąc dla osobowości prawnej wymagane są dwa elementy: organizacja i działanie.

Osobami prawnymi prawa prywatnego są te osoby prawne, które są przez prawo pozytywne określone jako osoby prawne prawa prywatnego, a mianowicie:

1) te, które przez normę prawną, szczególnie ustawę, są określone jako osoby prawne prawa prywatnego
albo w przypadku braku takiej normy prawnej:
2) te, które w ramach obrotu prawnego powszechnie są uważane osobami prawnymi prawa prywatnego.

Osobami prawnymi prawa publicznego są te osoby prawne, które są przez prawo pozytywne określone jako osoby prawne prawa publicznego, a mianowicie:

1) te, które przez normę prawną, szczególnie przez ustawę, są określone jako osoby prawne prawa publicznego.
albo w przypadku braku takiej normy prawnej:
2) te, które w ramach obrotu prawnego powszechnie są uważane za osoby prawne prawa publicznego,
albo w przypadku braku takiego powszechnego mniemania:
3) te, które na podstawie bezspornego, niebudzącego wątpliwości domniemania są osobami prawnymi prawa publicznego, jeśli prawo nie klasyfikuje tej osoby prawnej jako osoby prawnej prawa prywatnego.

Ponadto osoby prawne prawa publicznego wykonują zadania publiczne we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność. Zadanie publiczne zaś polega na zaspokajaniu zbiorowych i indywidualnych potrzeb obywateli wynikających ze współżycia ludzi w społecznościach[6].

[5] M. Płużański, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 150.
[6] Por. S. Fundowicz, *Pojęcie osoby prawnej prawa publicznego*, „Przegląd Sejmowy" 2(31)/99, s. 64-86

2. Prawo zamówień publicznych jako *lex specialis* kodeksu cywilnego

W ustawie Prawo zamówień publicznych kilkakrotnie znaleźć można odwołanie do kodeksu cywilnego. W art. 14 wprowadzono zasadę, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny[7], jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Podobnie w art. 139 wpisano, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

P. Granecki stwierdza, że art. 14 jest jednym z najważniejszych przepisów ustawy z punktu widzenia praktyki udzielania zamówień publicznych, gdyż w przypadku nieznalezienia odpowiedzi na wątpliwości prawne na gruncie ustawy, mamy uprawnienie oraz obowiązek korzystania z regulacji zawartych w kodeksie cywilnym[8]. Nieco innej interpretacji tego przepisu dokonał M. Płużański. Według niego ustawa Prawo zamówień publicznych jest ustawą szczególną w stosunku do kodeksu cywilnego i dlatego jej przepisy mają pierwszeństwo przed kodeksem, który natomiast reguluje wszelkie sprawy nieopisane w ustawie, a należące do materii prawa cywilnego. Stosunki między zamawiającymi a wykonawcami regulowane są więc prawem cywilnym, a nie administracyjnym. Strony postępowania o zamówienie publiczne uczestniczą w nim na równych zasadach. Równość ta jednak jest zachwiana na korzyść zamawiającego. To on bowiem tworzy warunki uczestnictwa w postępowaniu i jest stroną wiodącą. Dla zrównoważenia wykonawcy otrzymali narzędzia kontroli działań zamawiającego, takie jak jawność postępowania i środki ochrony prawnej[9].

Podobny przepis znajdował się w obowiązującej do 1997 roku ustawie o gospodarce gruntami i wywłaszczeniu nieruchomości. Spotkał on się ze zdecydowanie negatywną oceną E. Drozda. W sprawach cywilnych kodeks cywilny znajduje bowiem zastosowanie bez potrzeby zamieszczania jakiegoś specjalnego przepisu, który zezwalałby na to. Taki przepis jest zbędny, a może być nawet szkodliwy. E. Drozd zauważył bowiem, że kodeks cywilny stosowany jest z własnej mocy, a nie z nadania mu takiej mocy przez przepisy innej ustawy. Ustawa o gospodarce gruntami i wywłaszczeniu nieruchomości przedstawia się jako *lex specialis*, a zatem kodeks cywilny nie ma zastosowania tylko co do tych kwestii objętych wspólną regulacją, które w ustawie są odmiennie regulowane. Kodeks cywilny może stosować się do spraw nieuregulowanych w ustawie, które mają charakter cywilny, nie zaś do wszystkich spraw objętych materią ustawy, jednak przez nią nieuregulowanych. Do spraw o charakterze cywilnym stosuje się nie tylko k.c., ale i inne ustawy, np. ustawę o księgach wieczystych i hipotece, do których ustawa nie odsyła. Ma znaczenie tylko dla czynności z zakresu prawa cywilnego, a nie dla wszystkich czynności. Ponadto stosuje się go tylko do spraw nieuregulowanych w ustawie. Nie można także zapominać, że kodeks cywilny nie stanowi jedynego aktu normatywnego w prawie cywilnym[10].

W tym kontekście warto przypomnieć normy kolizyjne wypracowane przez Ch. Pestalozzę, a które wyznaczają zasady stosowania prawa prywatnego przez podmioty publiczne[11]. Pierwsza z tych norm określa prawo publiczne jako obowiązkowe prawo szczególne dla państwa. Normy, które wiążą państwo, wiążą je zawsze. Normy prawa prywatnego

---

[7] Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

[8] P. Granecki, dz. cyt., s. 85.

[9] M. Płużański, dz. cyt., s. 218.

[10] E. Drozd, Z. Truszkiewicz, *Gospodarka gruntami i wywłaszczenie nieruchomości. Komentarz*., Poznań-Kluczbork 1994, s. 46.

[11] Ch. Pestalozza, *Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht. Öffentliches Recht als zwigendes Sonderrecht für den Staat*, Die öffentliche Verwaltung" 1974, z. 188 I n. Szerzej na ten temat także: Ch. Pestalozza, "*Formenmißbrauch" des Staates. Zur Figur und Folgen des "Rechts mißbrauchs" und ihrer Anwendung auf staatliches Verhalten*, München 1973.

wiążą państwo wtedy, kiedy brakuje normy prawa publicznego albo kiedy wyraźnie lub pośrednio dopuszczone jest zastosowanie normy prywatnoprawnej. Pojęcie prawa szczególnego ma więc podwójne znaczenie: 1) jako przyporządkowanie odpowiedniej normy do państwa; 2) przymusowe obowiązywanie normy dla państwa[12]. Według drugiej zasady kolizyjnej prawo prywatne jest możliwym prawem szczególnym jednostki. Tak jak prawo publiczne jest przymusowym prawem szczególnym dla państwa, może się okazać, że także prawo prywatne nosi charakter prawa szczególnego. Także prawo prywatne zawiera normy kolizyjne, tzn. zasady co do tego, kto może być zdatnym podmiotem prawa prywatnego. Każda powoływana norma cywilnoprawna może być badana pod względem, czy ona w ogóle obowiązuje dla państwa albo, ze względu na jej sens i powiązanie, tylko do osób prywatnych. Przed każdym prywatnoprawnym działaniem państwa stoi więc podwójna zapora kolizyjno prawna: możliwość opuszczenia obszaru swojego prawa szczególnego (pierwsza zapora), co jednak nie oznacza, że każda norma prawa prywatnego może być przez państwo stosowana (zapora druga). Można więc powiedzieć, że prawo prywatne obowiązuje dla państwa subsydiarnie[13]. Wydaje się, że ta teoria może być też odczytana w kontekście znaczenia prawa zamówień publicznych w polskim systemie prawa.

3. Ograniczenia w działalności prywatnoprawnej osób prawnych prawa publicznego w świetle niemieckiej teorii prawa

Ograniczeń w zakresie działania osób prawnych prawa publicznego należy szukać przede wszystkim w przepisach konstytucyjnych określających ich pozycję prawną. Ze względu na umieszczenie ich w obszarze administracji publicznej za podstawową zasadę wyznaczającą granice działania należy uznać zasadę praworządności. Należy jednak zbadać, na ile znajduje ona wyraz w zastrzeżeniach wyłącznej materii ustawowej oraz w zasadzie pierwszeństwa ustawy.

Osoby prawne prawa publicznego podlegają w swoich działaniach władczych, przez które wkraczają w zakres praw i własności obywateli, ogólnym charakterystycznym dla państwa zastrzeżeniom wyłączności regulacji przez ustawę. Dyskusja dotyczy natomiast zakresu stosowania tychże zastrzeżeń w odniesieniu do administracji świadczącej, administracji wykonywanej w formach prywatnoprawnych oraz co do działań prywatnoprawnych osób prawnych prawa publicznego. Zwykle bowiem zastrzeżenia ustawowe były rozumiane wąsko. Najnowsza jednak doktryna dąży do rozszerzenia obszaru zastosowania zastrzeżeń ustawowych. Nie można bowiem przeoczyć wzajemnego oddziaływania między świadczeniem a jednoczesną ingerencją i wymagania istnienia dla tego rodzaju przypadków formalno-ustawowego upoważnienia[14]. Nie można więc utrzymywać w „zryczałtowanej" formie tezy o pełnej wolności od ustawy czy o nieobowiązywalności zastrzeżeń ustawowych w odniesieniu do administracji świadczącej[15].

Największe znaczenie dla rozszerzenia zakresu obowiązywania zastrzeżeń ustawowych mają poglądy D. Jescha[16] oraz H. Ruppa[17].

---

[12] Ch. Pestalozza, *Kollisionsrechtliche Aspekte*, s. 190.

[13] Tamże, s. 191. Por. S. Fundowicz, *Dychotomiczny podział prawa*, s. 57.

[14] BVerwGE 6, 282; 58, 45.

[15] J. Winterfeld, *Grenzen des Handelns juristischer Personen des öffentlichen Rechts im Privatrechtsnerkehr – Zur Lehre vom beschränkten Wirkungskreis öffentlich-rechtlicher Rechtssubjekte*, Bonn 1986, s. 41-42.

[16] D. Jesch, *Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzipes*, Tübingen 1961.

[17] H. Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis.,* Tübingen 1965, s. 113 i n.

D. Jesch próbował określić treść zasady praworządności przez odwołanie się do jej historycznego rozwoju. Klasyczne ujęcie tej zasady pochodzi z czasów monarchii konstytucyjnej. Wraz ze zmianami ustrojowymi trzeba jednak na nowo określić i treść zasady praworządności, jest ona bowiem funkcją struktury ustrojowej[18]. Według D. Jescha egzekutywa straciła swoją wcześniejszą wolność działania i teraz dla każdej czynności wymaga parlamentarnego upoważnienia, przy czym otwartym pozostaje jego rodzaj[19].

Natomiast H. Rupp rozwija pierwotne pojęcie państwa prawnego i rozszerza pojęcie wolności. Wychodzi on od nauki G. Jellinka, w której brakuje mu już tylko małego kroku od funkcji normy prawnej jako granicy ingerencji do zakresu legitymizacji działań administracyjnych, do prawnego „musieć". Dla H. Ruppa nie ma dla egzekutywy w stosunkach państwo-obywatel wolnej od prawa przestrzeni, bo mogłoby to jedynie oznaczać despotyzm. Po upadku starej, monarchistycznej struktury władzy zastrzeżenia ustawowe nadal zachowały swoje umacniające wolność znaczenie. Także w demokratycznie ukształtowanym państwie przeciwstawiają się interesy wspólnoty – państwa i interesy indywidualne, przy czym te pierwsze są reprezentowane przez administrację. W tym wzajemnym sprzężeniu istotne znaczenie ma pojęcie wolności jako wynik obowiązywania zastrzeżeń ustawowych. Prawo, ustawa ma być według Ruppa uzasadnieniem niezależności jednostki[20].

Wprawdzie tezy Jescha i Ruppa spotkały się najpierw z ostrą krytyką, z czasem jednak w sposób znaczący zaczęły oddziaływać na orzecznictwo Związkowego Sądu Najwyższego i na rozumienie funkcji i treści zastrzeżeń ustawowych[21]. Związkowy Sąd Konstytucyjny potwierdził, że w ramach demokratyczno-parlamentarnego ustroju państwowego, jaki przewiduje niemiecka ustawa zasadnicza, należy przyjąć zasadę, według której rozstrzygnięcia wszystkich podstawowych problemów, które dotyczą obywateli, powinny zostać uregulowane w ustawie, aby uniemożliwić ingerencje według zasad określonych przez zmienną praktykę[22]. Dodał później, że do ustawodawcy należą wszystkie obiektywnie istotne rozstrzygnięcia[23]. W ten sposób w odniesieniu do problematyki zastrzeżeń ustawowych Związkowy Sąd Najwyższy zaczął odwoływać się do tzw. teorii istotności (Wesentlichkeitstheorie). Szukano najróżniejszych kryteriów wyznaczających ową istotność[24]. Ostatecznie jednak można stwierdzić, że istotność ta jest mierzona według jej realnego związania z prawami podstawowymi, przy czym współczesne rozumienie tych praw nie może ograniczać ich do charakteru obronnego. Tą tezę można sformułować w inny sposób, a mianowicie, że wszystkie rozstrzygnięcia, które znajdują się w sferze oddziaływania praw podstawowych, muszą być uznane za istotne. Proponowane zaś kryteria, jak „regulacja podstawowych obszarów życia" albo regulacja „warunków porządku, bezpieczeństwa i skuteczności państwa, jak i potrzeb życiowych oraz możliwości rozwoju obywateli" są tylko próbą określenia granic, jakie prawa podstawowe wyznaczają. Poza tym zawsze

[18] „Das Gesetzmäßigkeitsprinzip ist eine Funktion der Verfassungsstruktur"; D. Jesch, dz. cyt., s. 66.

[19] Dla D. Jescha Parlament jest najwyższym organem państwowym, któremu przysługuje pozycja kierownicza; zob. D. Jesch, dz. cyt., s. 205. Jeśli chodzi o rodzaj upoważnienia, to wystarczającym może być nawet budżetowe zabezpieczenie świadczeń, o ile wystarczająco określony został cel; zob. D. Jesch, dz. cyt., s. 227.

[20] H. Rupp, dz. cyt., s. 142.

[21] Można wskazać na następujące orzeczenia: BVerfGE 8, 155; 33, 303; 40, 237; 41, 251; 45, 440; 47, 46; 49, 89; 58; 257.

[22] Zob. BVerfGE 40, 237 (249).

[23] Zob. BVerfGE 68, 1 (109). W konkretnym przypadku Związkowy Sąd Konstytucyjny wskazał na Art. 59 Abs. 2 S. 1 i Art. 24 Abs. 1 GG, które jednakże otrzymują w obejmowanym przez nie zakresie rzeczowym ostateczną regulację, obok której obowiązek ustawowy z punktu widzenia istotności okazuje się niesamodzielnym.

[24] Zob. J. Winterfeld, dz. cyt., s. 55-65.

należy badać każdy przypadek, czy ze względu na inne aspekty nie należałoby wyjść od „istotnych" rozstrzygnięć[25].

Dalszym komponentem współczesnej nauki o zastrzeżeniach ustawowych jest teza o instytucjonalnych zastrzeżeniach, które mają podstawowe znaczenie dla określenia zakresu działania osób prawnych prawa publicznego. Dla obszaru administracji związkowej takie instytucjonalne zastrzeżenia zostały wyraźnie określone w Art. 87 Abs. 3 GG, według którego dla spraw, w których Związek ma uprawnienia ustawodawcze, mogą być na mocy ustawy związkowej tworzone samodzielne naczelne władze związkowe oraz nowe korporacje związkowe i instytucje prawa publicznego. Wychodząc stąd rozważano takie zastrzeżenie dla środków w ramach samorządu terytorialnego oraz izb zawodowych jako ogólną zasadę wypływającą z konstytucji[26]. Wynika to z następującego procesu myślowego[27]: Wszelka władza państwowa wyprowadzana jest na podstawie przewidzianej w ustawie zasadniczej zasady demokracji z narodu. Naród wypełnia władzę poprzez wybory i głosowania oraz przez właściwe organy[28]. Ta uregulowana w ustawie zasadniczej legitymizacja wymaga nieprzerwalnego łańcucha legitymizującego („ununterbrochene Legitimationskette") od narodu do organów i osób piastujących urząd, które są odpowiedzialne za zadania państwowe. Nie musi przy tym za każdym razem chodzić o legitymizację przez bezpośrednie wybory, a wystarczającym jest, że w sposób pośredni wskazać można na naród jako podmiot władzy państwowej[29]. Obowiązuje zasada indywidualnego powołania osób pełniących funkcje urzędowe przez naród albo przez organy wybrane przez naród. Jest to minimalny wymóg ukształtowania rzeczowego funkcji państwa przez suwerena. Demokratycznie legitymizowane ustanowienie osoby pełniącej funkcje organu jest sposobem demokratycznej legitymizacji rozstrzygnięć. Każda zaś autonomizacja w formie osoby prawnej prawa publicznego działa w kierunku przeciwnym demokracji, ponieważ zostaje przerwany „łańcuch legitymizujący". Dostrzec to można zarówno w odniesieniu do korporacji, zwłaszcza korporacji samorządowych, które z reguły podlegają jedynie pod nadzór prawny, jak i w odniesieniu do zakładów, które przez nadanie osobowości prawnej zyskują samodzielność i własną odpowiedzialność[30]. W związku z tym wymóg ustawowej regulacji gwarantuje prewencyjną kontrolę obszaru autonomicznego. Związkowy Sąd Konstytucyjny dodał zaś, że tutaj jest zagwarantowane dla Parlamentu rozważanie rozstrzygnięć między ingerencją administracji publicznej a prawami podstawowymi, gdyż nie może on zostać zastąpiony przez reprezentację części narodu – członków korporacji. Parlament stanowi reprezentację całego narodu, jest także upoważniony do reprezentowania interesów partykularnych występujących w społeczeństwie[31].

Tak rozumiane zastrzeżenie wyłącznej materii ustawowej ma też znaczenie dla wskazania zadań osób prawnych prawa publicznego. Orzecznictwo do tej pory zajmowało się tym problemem głównie w odniesieniu do przekraczania zakresu zadań z punktu widzenia naruszenia praw podstawowych, zwłaszcza wynikającej z Art. 2 GG osobistej wolności, dla członków przymusowych korporacji[32]. Związkowy Sąd Administracyjny stwierdził, że gdy ustawodawca nie określił zadań związku, które naruszają roszczenie jego członków o wolność przed niedozwolonym przymusowym członkostwem, również związek nie ma

[25] J. Winterfeld, dz. cyt., s. 65.

[26] E.W. Böckenförde, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland.*, Berlin 1964., s. 98 i n.

[27] Por. J. Winterfeld, dz. cyt., s. 68-70.

[28] Art. 20 GG.

[29] BVerfGE 47, 275.

[30] E.W. Böckenförde, dz. cyt., s. 96 i n.

[31] BVerfGE 33, 303.

[32] Zob. BVerwGE 64, 298; 68, 193; BVerfGE 38, 281.

kompetencji do stworzenia sobie odpowiedniego pola działania[33]. Już ten aspekt wskazuje wyraźnie, że określenie zadań osób prawnych prawa publicznego należy do wyłącznej materii ustawowej. Dalsze wymagania ustawowej regulacji zadań osób prawnych prawa publicznego powstają w przypadku podejmowania przez nie zarobkowej działalności gospodarczej. W ramach prywatnej konkurencji zawsze należy się obawiać naruszenia praw podstawowych, także wtedy, gdy niebezpieczeństwo monopolu, który ma wyraźny charakter ingerencji w prawa podstawowe, jeszcze nie powstało[34]. Udział państwa w prywatnej konkurencji zawsze może przybrać postać ingerencji w sferę praw podstawowych i nie zmienia tego fakt, że posługuje się ono tutaj narzędziami prywatnoprawnymi[35]. Dla określenia zadań osób prawnych prawa publicznego co do ich udziału w wolnorynkowej gospodarce oznacza to uwzględnienie powstających, przeciwstawnych sobie interesów oraz konieczność ustanowienia uprawnionych celów publicznych, aby usprawiedliwić naruszenie praw podstawowych. Osoba prawna prawa publicznego może działać na tym obszarze wyłącznie w ramach określonych przez ustawodawcę. Ustawowe określenie zadań osób prawnych prawa publicznego wymagane jest także z powodu umieszczenia ich w ramach porządku publicznego. Chodzi tutaj o ustawową regulację wszystkich spraw należących do zakresu dobra wspólnego. Można to zauważyć na przykładzie banku centralnego[36]. W ramach przyznanej mu autonomii bank centralny przejął istotne zadania gospodarcze, zwłaszcza w zakresie polityki walutowej, pieniężnej i bankowej. Nie wkraczając w poszczególnych przypadkach w sferę praw podstawowych, każdym rozstrzygnięciem istotnie wpływa na cały rozwój gospodarczy, a w ten sposób i na sytuację życiową jednostek. Poza tym trzeba uwzględnić wzajemne oddziaływanie na siebie osób prawnych prawa publicznego i państwa. Najlepiej widać to w odniesieniu do banku centralnego, który jest zobowiązany do uwzględniania polityki rządu, ale jednocześnie rząd w ustalaniu swojej polityki musi uwzględniać zdanie banku centralnego. Każde działanie państwa wymaga legitymizacji reprezentacji narodu. Dla osób prawnych prawa publicznego dochodzą jeszcze nowe motywy: wskazanie własnego zakresu decydowania w ramach egzekutywy, prawna samodzielność podmiotów administracji, niezwiązanie wskazaniami ministrów, redukcja parlamentarnej odpowiedzialności oraz pomniejszenie kompetencji kontrolnych[37]. Tak więc konieczność regulacji ustawowej zadań osób prawnych prawa publicznego wynika z ochrony konstytucyjne przymusowych członków korporacji, ochrony konstytucyjnej osób trzecich oraz z konstytucyjnej zasady demokracji. Nie wyłącza to jednak autonomii osób prawnych prawa publicznego. Prawo korporacyjne zna bowiem zadania obowiązkowe oraz takie, które korporacja przejmuje według własnego uznania. Kiedy jednak czyni użytek ze swojej autonomii, nie może wykraczać poza ustawowo określony zakres działania, ponieważ autonomia ma granice wyznaczone przez ustawę. Dla każdej osoby prawnej prawa publicznego wymagana jest osobna regulacja ustawowa. Dla zachowania zasady wyprowadzania wszelkich kompetencji od suwerena wystarczającym jest jednak, gdy dla określonych, typowych grup zostanie wydana ustawa modelowa (Modellgesetz), która będzie zawierała tylko istotne postanowienia. Istniejące normy prawne i ich wykonanie wskazują na praktyczne znaczenie tej zasady[38].

---

[33] „Wo es dem Gesetzgeber versagt ist, Verbandsaufgaben zu bestimmen, die den Anspruch des Einzelnen auf Freiheit vor unzulässiger Pflichtmitgliedschaft verletzen, fehlt auch dem Verband die Befugnis, sich ein entsprechendes Betätigungsfeld zu schaffen", BVerwGE 64, 298; podobnie BVerwGE 59, 231.

[34] BVerwGE 17, 306 (309 i n.); 39, 329 (336 i n.). Z problemem tym będą się wiązały prawa podstawowe określone w art. 14 GG (własność); Art. 12 GG (wolność wyboru zawodu) oraz Art. 2 GG (wolność osobista).

[35] Por. F. Pestalozza, Formenmißbrauch, s. 170-184.

[36] Por. Gesetz über die Deutsche Bundesbank vom 26.7.1957, BGBl. I, s. 745.

[37] J. Winterfeld, dz. cyt., s. 80.

[38] W taki sposób został określony zakres działania licznych izb zawodowych, tak powstały studenckie organizacje samopomocowe, a także publicznoprawne kasy oszczędnościowe. Zob. J. Winterfeld, dz. cyt., s. 85.

Tak więc już tam, gdzie nie mówi się wprawdzie o ingerencji w prawa podstawowe, ale wkracza się w obszar chroniony i porządkowany przez prawa podstawowe wymagana jest ustawowa regulacja. Także poza obszarem relewantnym dla praw podstawowych ze względu na zapewnienie parlamentarno-demokratycznej kontroli usamodzielnionych jednostek organizacyjnych potrzebne jest wcześniejsze ustawowe określenie zadań[39].

Egzekutywa związana jest w swoim działaniu nie tylko tym, że część spraw wymaga ustawowej regulacji, ale też i hierarchicznym uporządkowaniem źródeł prawa, gdzie na pierwszych miejscach wymienia się konstytucję (ustawy zasadnicze) i ustawy.[40] Ma to także dla osób prawnych prawa publicznego duże znaczenie, gdyż wiele z nich powstało na mocy ustaw ostatecznie regulujących zakres działania osoby prawnej prawa publicznego, tak że przekroczenie tak ustalonych granic musi być traktowane jako niezgodne z prawem. Nie można bezpośrednio stosować tej zasady w odniesieniu do przypadków, gdy ustawa nie określa wyczerpująco zadań[41]. Jednakże zastrzeżenie wyłącznej materii ustawowej i zasada pierwszeństwa ustawy działają razem w ten sposób, że skonstruowane w ustawie przesłanki każdej działalności osób prawnych prawa publicznego prowadzą jednocześnie do ograniczenia do dotychczasowego uregulowanego katalogu zadań. Przez obowiązywanie zastrzeżenia wyłącznej materii ustawowej dochodzimy każdorazowo do praktycznego określenia zakresu zadań jako odwrotnej strony ograniczenia zakresu działania. Z tego wynika, że każde przekroczenie zakresu działania, także przy niedostatecznym wskazaniu w ustawie zadań, należy traktować jako naruszenie zasady pierwszeństwa ustawy[42].

Z zasady praworządności administracji można wyprowadzić tezę o ograniczonym zakresie działania osób prawnych prawa publicznego. Czynności prawne wykraczające poza ustawowo określony zakres działania są nieskuteczne. Do takiego wniosku mogą jednak prowadzić różne drogi.

Najczęściej wskazuje się tutaj na częściową zdolność prawną podmiotów prawa publicznego. Chociaż podmioty te są określane jako osoby prawne, a z tym określeniem zasadniczo związana jest zdolność prawna, przypisuje się im jednak pomniejszoną, zgodną z celem ich ustanowienia zdolność prawną. Następstwem takiego poglądu jest to, że czynności prawne, które wykraczają poza cel ustanowienia osoby prawnej prawa publicznego są nieskuteczne.

Inni autorzy uznając pełną zdolność prawną osób prawnych prawa publicznego, wskazują na brak umocowania ich organów do działania wykraczającego poza cel osoby prawnej prawa publicznego. Umocowanie organu byłoby więc ograniczone przez i na podstawie określenia celu.

Wreszcie J. Winterfeld w swojej monografii poświęconej zagadnieniom zakresu działania osób prawnych prawa publicznego zaproponował nowe rozwiązanie: zasada praworządności i wynikające z niej ograniczenie zakresu działania powinno być rozumiane jako zakaz ustawowy przewidziany w niemieckim kodeksie cywilnym. Podobny zakaz jednak znajduje się i w polskim kodeksie cywilnym[43].

---

[39] „Schon dort, wo nicht von einem Eingriff in Grundrechte gesprochen werden kann, aber der „Schutz– Ordnungsbereich von Grundrechten" betroggen ist, muß ein Gesetz ordnen wirken. Jedoch auch außerhalb des grundrechtsrelevanten Bereichs fordert der Aspekt der Sicherung der parlamentarisch-demokratischen Kontrolle verselbständiger Einheiten die vorherige gesetzliche Aufgabendetermination", J. Winterfeld, dz. cyt., s. 86.

[40] Art. 20 Abs. 3 GG

[41] D. Jesch, dz. cyt., s. 190.

[42] J. Winterfeld, dz. cyt., s. 86-87.

[43] S. Fundowicz, *Granice działania osób prawnych prawa publicznego w ramach prawa prywatnego (na przykładzie niemieckiego systemu prawa)*, w: *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia. Materiały konferencji naukowej Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego. Łódź. Wrzesień 2000, Łódź 2000*, s. 119-140

4. Prawo zamówień publicznych a publicznoprawne formy działania administracji publicznej

Przepisy ustawy wskazują, że zachowanie podmiotów publicznych dokonujących zamówień publicznych poddane jest kontroli i ocenie dokonywanej przez wykonawców, w formie przyznanych im środków ochrony prawnej oraz kontroli i ocenie wykonywanej przez organ administracji publicznej – Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a także podmioty zewnętrzne: Najwyższą Izbę Kontroli lub Regionalną Izbę Obrachunkową. Ustawa przewiduje także możliwość korygowania naruszającego prawo zachowania zamawiającego, a także sankcje w wypadku stwierdzenia tych naruszeń. Można więc przyjąć, że ustawa przewiduje środki prawne o charakterze oceniająco-korygującym zachowanie podmiotów publicznych jako zamawiających występujące w postaci:

– środków ochrony prawnej;
– środków kontrolnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych;
– środków kontrolnych podmiotów zewnętrznych;
– środków restrykcyjno-sanacyjnych[44].

Do pierwszej grupy należą: protest, odwołanie i skarga do sądu[45]. Środki te pozostają w ścisłym związku proceduralnym. Odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia lub odrzucenia protestu oraz w przypadku rozpatrzenia protestu w terminie. Odwołanie rozstrzyga wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza. Na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Przepisy w tym zakresie są przykładem wymieszania języka z zakresu prawa administracyjnego oraz z zakresu prawa cywilnego. Główne pojęcia zaczerpnięte zostały z terminologii prawa o postępowaniu administracyjnym i sądowo administracyjnym, a postępowanie próbowano ubrać w gorset przepisów o postępowaniu cywilnym. Znamiennym przykładem jest tutaj przepis art. 184 ust 6 Pzp, zgodnie z którym do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego[46] o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Można ogólnie zauważyć, że rozwiązania przyjęte w ustawie kłócą się z istotą sądu polubownego uregulowanego w Kodeksie postępowania cywilnego. Ale, co jeszcze bardziej wymowne, powszechnie uznaje się, że przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia wykonawcze regulujące aspekty postępowania odwoławczego regulują całokształt postępowania odwoławczego, zatem odniesienie do przepisów o sądzie polubownym ma w przeważającej mierze charakter bezprzedmiotowy[47]. Nie rozwiązują tych problemów projektowane zmiany ustawy – Prawo zamówień publicznych[48], a w pewnym zakresie pogłębiają problemy przez wyeliminowanie z systemu środków ochrony protestów. Pierwszą czynnością procesową staje się odwołanie, które miałoby przysługiwać od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobo-

[44] M. Guziński, *Środki prawne w ustawie – Prawo zamówień publicznych (wybrane zagadnienia)*, W: *Środki prawne publicznego prawa gospodarczego*, red. L. Kiers, Kolonia Limited 2007, s. 23.

[45] Zob. E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 285 i n.; E. Komorowski, *Środki ochrony prawnej*, w: *Zamówienia publiczne w Polsce. Studium prawne*, Warszawa 2005, s. 235 i n.; J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, s. 382 i n.

[46] Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

[47] Por. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych*, s. 462.

[48] http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/legislacja/projekty-aktownormatywnych/projekt_na_uzgodnienia_02.04.09/projekt-ustawy-2-04-09

wiązany na podstawie ustawy[49]. Byłby to chyba pierwszy przypadek w polskim systemie prawa wnoszenia odwołania od czynności. Można ponadto zauważyć, że niezgodność z przepisami ustawy będzie dopiero przedmiotem postępowania, a więc nie można jej stwierdzić w odwołaniu. Taka terminologia została narzucona prawdopodobnie ze względu na utrzymanie nazwy Krajowej Izby Odwoławczej. Wydaje się, że projektowane odwołanie powinno być zastąpione wnioskiem o zbadania zgodności z prawem czynności zamawiającego albo o stwierdzenie zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany. A do postępowania w sprawie środków prawnych w prawie zamówień publicznych możnaby z łatwością zastosować podobne rozwiązania do tych, które zostały przyjęte w prawie o ochronie konsumenta i konkurencji.

Zgodnie z art. 161 Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę udzielania zamówień. Celem tej kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy[50]. Przepisy ustawy określają procedurę dokonywania tej kontroli, dokumenty i informacje, jakie jej podlegają, sposoby jej dokonywania i sposoby dokumentowania wyników kontroli. Kontrolę w doktrynie prawa administracyjnego określa się jako:

1) badanie zgodności stanu istniejącego ze stanem postulowanym,
2) ustalenie zasięgu i przyczyn rozbieżności;
3) przekazanie wyników tego ustalenia, a czasem i wynikających stąd dyspozycji zarówno podmiotowi kontrolowanemu, jak i podmiotowi organizacyjnie zwierzchniemu[51].

Choć może się tak zdarzyć, jednak co do zasady wnioski pokontrolne nie mają charakteru decyzji administracyjnej, a postępowanie kontrolne jest innym niż postępowanie administracyjne regulowane w kodeksie postępowania administracyjnego[52]. Nie zmienia to jednak faktu, że mamy tutaj do czynienia z postępowaniem w sferze administracji publicznej.

Takie same uwagi odnieść można do kontroli prowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli oraz regionalne izby obrachunkowe, przy czym w tym pierwszym przypadku postępowanie kontrolne regulowane jest przepisami Konstytucji RP oraz ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli[53], a w tym drugim przypadku postępowanie kontrolne uregulowane jest ustawą z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych[54]

Środki represyjno-sanacyjne wynikają z naruszenia zasad, form lub trybu postępowania przy udzielaniu zamówienia publicznego. W odniesieniu do jednostek sektora finansów publicznych stosuje się tutaj sankcje za naruszenie dyscypliny finansów publicznych[55]. W odniesieniu zaś do innych podmiotów publicznych może zostać nałożona przez Prezesa

[49] Art. 180 projektu ustawy.

[50] Por. P. Szustakiewicz, *Kontrola Prezesa Urzędu Zamówień* Publicznych, w: *Zamówienia publiczne w Polsce. Studium prawne*, s. 343 i n.;

[51] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Kolonia limited 2007, s. 376.

[52] Słusznie więc stwierdził Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 29 grudnia 2005 r. (III SA/Wa 3202/05): „Zaskarżony wynik kontroli uprzedniej nie podlega zaskarżeniu do WSA, ponieważ wskazuje wyłącznie określone uchybienia oraz dokonuje ustaleń faktycznych, a nie dotyczy przyznania, stwierdzenia albo uznania uprawnień bądź obowiązków wynikających z przepisów prawa"; por. M. Guziński, dz. cyt., s. 28.

[53] Dz. U. z 2001 r. Nr 85, poz. 937 z późn. zm.

[54] Dz. U. z 2001 r. Nr 55, poz. 577 z późn. zm.

[55] Por. ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.).

Urzędu Zamówień Publicznych w drodze decyzji administracyjnej kara pieniężna[56]. Słusznie zauważa się tutaj dualizm odpowiedzialności za naruszenia ujawnione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zróżnicowanie dotyczy zarówno wymiaru i rodzaju kar, jak i określenia podmiotu karanego (osoba fizyczna lub zamawiający), a także zakresu odpowiedzialności[57].

[56] Por. art. 200-203 Pzp.
[57] Por. M. Guziński, dz. cyt., s. 32.

ODSZKODOWANIE ZA NADUŻYCIE ŚRODKÓW ODWOŁAWCZYCH W RAMACH PROCEDURY O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Maciej Gnela
– doktorant Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

1. Zarys problematyki

W myśl ustawodawstwa europejskiego środki odwoławcze w ramach procedury o udzielenie zamówienia publicznego mają być wzmocnieniem gwarancji należytego stosowania prawa. Do elementów przesądzających o istnieniu takiej „gwarancji" należy zaliczyć unormowania, które zapewniają wykonawcom brak dyskryminacji oraz udzielenie zamówienia wedle obowiązujących zasad i procedur. Innymi słowy ustawodawca powinien stworzyć takie prawo zamówień publicznych aby zapewnić potencjalnym i konkretnym wykonawcom, że zamawiający dokona wyboru najkorzystniejszej oferty spośród wszystkich przedstawionych mu do oceny w procedurze o udzielenie zamówienia publicznego.

W prawie wspólnotowym dużą wagę przywiązuje się do należytych procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych. Świadczy o tym przyjęcie nowej dyrektywy z dnia 11 grudnia 2007 r. Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/12/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych[1]. Te zmiany w prawie wspólnotowym spotkały się z zainteresowaniem w literaturze[2], wymuszą także konieczność zmian w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[3].

Wydaje się, że ustawodawca wspólnotowy i ustawodawca polski zajmują się regulacją problematyki środków odwoławczych z punktu widzenia interesów wykonawców oraz innych osób niż zamawiający, a zapominają o tym, że te środki, nadużywane przez uprawnionych (przede wszystkim przystępujących do procedury przetargowej) mogą stanowić przyczynę szkód powstających w majątku zamawiającego. W polskim systemie prawnym szkody te ponoszą m.in. Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego oraz inne publiczne osoby prawne. O tym, że środki odwoławcze stają się w praktyce także przedmiotem nadużyć świadczy ich bezzasadność. Tytułem przykładu – statystyka odwołań wnoszonych w postępowaniach na roboty budowlane w okresie od 1 stycznia do 30 czerwca 2008 r. świadczy o tym, że Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) uwzględniła 40% złożonych odwołań, zatem aż ich 60% było niezasadnych[4]. Nadmierne korzystanie przez niektórych wykonawców ze środków ochrony prawnej określa się „pieniactwem" [5]. Trudno dociec, czy w wypadku wnoszenia bezzasadnych środków ochrony prawnej chodzi o swoisty „odwet" na zamawiającym czy wykonawcy, któremu udzielono zamówienia publicznego, czy też o to, że bez żadnych konsekwencji można skorzystać ze wspomnianych środków na za-

[1] OJ L 335 z dnia 20 grudnia 2007, s. 31.

[2] Zob. np. D. Piasta, Kierunki zmian w dyrektywach odwoławczych dotyczących udzielania zamówień publicznych, PZP 2008, nr. 4, s. 172 i nast., A. Sołtysińska, Poprawa skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych poprzez wprowadzenie wymogu minimalnego okresu zawieszenia typu stndstill, PZP 2008, nr 4, s. 210 i nast.

[3] t. jedn. Dz. U z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.

[4] Por. M. Stręciwilk, Efektywność zamówień publicznych na roboty budowlane w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, PZP 2008, nr 4, s. 222.

[5] M. Stręciwilk, Efektywność.., s.222.

sadzie „a może się uda", albo (w co można wątpić) ta tendencja wynika z nieznajomości prawa zamówień publicznych przez uprawnionych do wnoszenia omawianych środków. W każdym razie statystyka potwierdza występującą w systemie odwoławczym tendencję wskazującą na niezasadność większej części odwołań wnoszonych w sprawie zamówień publicznych, a z problemem tym „borykają się" zamawiający i jak twierdzi się „trudno w tym przedmiocie znaleźć jakieś środki zaradcze"[6]. Czy rzeczywiście?

Szkody ponoszone przez zamawiających w związku z bezzasadnymi protestami są prawdopodobnie duże i można tylko ubolewać, że nikt nie podjął się zbadania, jakiego są one rzędu. Wobec tego należy rozważyć takie rozwiązanie prawne, które umożliwiałoby zawarcie umowy w wyniku udzielenia zamówienia publicznego, gdyż przeciwdziałałoby wnoszeniu bezzasadnych protestów. Chodzi o to, aby tryb odwoławczy w zamówieniach publicznych nie stawał się „środkiem walki z przedsiębiorcą – konkurentem" ani źródłem szkód po stronie zamawiającego, a jednocześnie w zgodzie z prawem wspólnotowym tryb ten był rzeczywistą gwarancją prawidłowego udzielania zamówień publicznych. Zasada wstrzymania zawarcia (podpisania) umowy do czasu rozpatrzenia protestu, pomimo licznych wyjątków, pozostaje głównym problemem procedury zamówień publicznych, wymagającym optymalnego rozwiązania normatywnego.

Wydaje się, że czynnikiem determinującym liczbę wnoszonych protestów jest dostępność jego wniesienia i nieodpłatność. Zamawiający w ramach swoich obowiązków rozpatruje wszystkie wnioski i uwagi dotyczące przebiegu procedury, chyba że ustawa stanowi inaczej. Krótkie terminy do wniesienia protestu też nie pozostają bez wpływu na procedurę udzielania zamówień publicznych. W szczególności ze względu na te terminy nie wydaje się możliwym zapoznanie się z rzeczywistymi przesłankami odrzucenia oferty skarżącego wykonawcy. Prawo umożliwia złożenie środka ochrony prawnej, bez sporządzania uzasadnienia prawnego, a jedynie z określeniem przedmiotu zaskarżenia. Być może zatem warto zrezygnować z protestu a przewidzieć tylko środek zaskarżenia wnoszony za pośrednictwem zamawiającego, który przed przesłaniem go do KIO miałby możliwość uznania zarzutów za uzasadnione[7]. Można też rozważyć wprowadzenie do ustawy Prawo zamówień publicznych sankcji dla wnoszącego środek zaskarżenia, który następnie okaże się bezzasadny? Takie rozwiązanie znane są naszemu prawu. Jako pierwszy przykład można przytoczyć art. 423 § 2 Kodeksu spółek handlowych[8], w myśl którego: „*W przypadku wniesienia oczywiście bezzasadnego powództwa o uchylenie uchwały walnego zgromadzenia sąd, na wniosek pozwanej spółki, może zasądzić od powoda kwotę do dziesięciokrotnej wysokości kosztów sądowych oraz wynagrodzenia jednego adwokata lub radcy prawnego. Nie wyłącza to możliwości dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych*". Drugim bardziej adekwatnym przykładem wydaje się art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[9]. W myśl tego przepisu w razie wniesienia oczywiście bezzasadnego powództwa z tytułu nieuczciwej konkurencji, pozwany, u którego na skutek wniesienia tego powództwa, powstała szkoda, może żądać jej naprawienia na zasadach ogólnych. Podobne rozwiązanie, uprawniające zamawiającego do żądania odszkodowania w razie nadużycia środków ochrony prawnej przez nieuczciwego wykonawcę przewiduje prawo niemieckie[10].

Wydaje się, że przytoczone przykłady uzasadniają wprowadzenie do ustawy Prawo zamówień publicznych przepisu przewidującego możliwość żądania wspomnianego od-

[6] M. Stręciwilk, Efektywność.., s. 223.

[7] Zob. D. Piasta, Kierunki zmian.., s. 184.

[8] Ustawa z dnia 15 września 2000r.– Kodeks spółek handlowych, Dz. U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.

[9] t. jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.

[10] Zob. R. Szostak, Rozstrzyganie sporów przedumownych wynikających z uchybień popełnianych przy udzielaniu zamówienia publicznego, Przegląd Sądowy 2007, Nr 3/2007 s. 85.

szkodowania. Uprawnieni rzeczywiście przekonani o swoich racjach podejmą ryzyko wniesienia środków ochrony prawnej, pozostali zastanowią się nad ich wnoszeniem. Oczywiście taką możliwość ma także zamawiający na tle obowiązującego prawa cywilnego. Co prawda o takiej możliwości ustawa PZP nie wspomina, ale wynika ona z art. 415 i nast. Kodeksu cywilnego[11]. Wobec tego w celach edukacyjnych można w ustawie PZP odesłać do Kodeksu cywilnego w zakresie roszczeń odszkodowawczych zamawiającego wynikających z wniesienia bezzasadnego środka ochrony prawnej. Można także postulować wprowadzenie do ustawy PZP nowego przepisu dotyczącego odpowiedzialności odszkodowawczej, oderwanego od zasady winy, skoro na zasadzie ryzyka opiera się art. 93 ust. 4 PZP[12]. Zanim jednak zostanie rozwinięty ten wątek warto prześledzić, jak w ustawie PZP chronione są prawa uprawnionych do wnoszenia środków zaskarżenia, a jak prawa zamawiającego, realizującego bardzo często zadania publiczne, mające ogromne znaczenie nie tylko dla jego działalności.

2. Protest i odwołanie na gruncie polskiego prawa zamówień publicznych

2.1. Uwagi ogólne

Jednym z głównych celów procedur o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór spośród wszystkich złożonych, oferty najkorzystniejszej potencjalnego wykonawcy (wykonawców). Prowadzi on do zawarcia umowy cywilnoprawnej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Wybór powinien być najkorzystniejszy z punktu widzenia interesów zamawiającego (bezpośrednio), ale również z punktu widzenia wielkości uszczuplenia zasobów środków publicznych, jakie są przeznaczone na sfinansowanie zamówienia (pośrednio). Przy dokonaniu takiego wyboru muszą być spełnione przesłanki legalności proceduralnej zapewniające, że procedura wyboru była: niedyskryminacyjna, uczciwa i przejrzysta[13]. Zakłada się, że podmioty legitymowane do wyboru ofert działają zgodnie z prawem i w dobrej wierze. Powinny zatem dokonywać oceny przedłożonych ofert zgodnie z przepisami prawa, doświadczeniem zawodowym, oraz innymi wymogami określonymi przez prawo.

Uprawniony do wniesienia środka odwoławczego, najczęściej wykonawca, ma z kolei interes prawny w uzyskaniu zamówienia, a zatem może wskazać uchybienia, które mogą być w jego ocenie na tyle istotne, że gdyby powtórzyć procedurę z uwzględnieniem złożonego zastrzeżenia, zamawiający podjąłby inną decyzję przy wyborze oferty.

Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 179 ust. 1 PZP).

Środkami ochrony prawnej są protest, odwołanie i skarga do sądu. Zamawiającemu na gruncie ustawy PZP przysługuje jedynie jeden środek ochrony, tj skarga do sądu (art. 179 ust. 1a PZP).

---

[11] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r., – Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

[12] R. Szostak Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne. Wyd. Akademii Ekonomicznej w Krakowie, Kraków 2005 r., s. 168

[13] A. Łazowski, Procedury odwoławcze w prawie zamówień publicznych Wspólnot Europejskich, Fundusz Współpracy, Warszawa 2000 r., s. 6.

2.2. Protest

Podstawowym instrumentem ochrony prawnej jest protest, który stanowi sprzeciw rozpoczynający bezpośredni tryb dochodzenia praw poprzedzający wszczęcie procesu sądowego lub arbitrażowego[14]. *Uprawniony* nie może zatem dochodzić swoich praw, jeżeli nie zostanie złożony formalnie poprawny protest. Zakres przedmiotowy protestu określa art. 180 ust. 1 PZP.

Protest jest swoistym środkiem samoochrony pokrzywdzonego, a zarazem środkiem prawa materialnego o funkcjach sygnalizacyjno – reklamacyjnych[15].

Ustawa PZP wskazuje szeroki krąg uprawnionych do składania protestu i odwołania. Oprócz wykonawców i uczestników konkursu w art. 179 ust. 1 PZP wskazano „inne osoby", którym środek ochrony prawnej służy wówczas, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Takie rozwiązanie normatywne uprawnia do złożenia protestu wiele osób, które w rzeczywistości nie mają interesu w uzyskaniu zamówienia publicznego, choć z punktu widzenia ustawy PZP są uprawnione do wniesienia protestu (np. podmioty wymienione w art. 179 ust. 3 PZP).

Legitymację materialnoprawną wnoszenia środków odwoławczych ma zatem każdy kto wykaże, że interes prawny w uzyskaniu zamówienia przez wykonawców, uczestników konkursów oraz innych osób doznał lub mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy[16]. Naruszenie musi istnieć w momencie składania protestu.

Zamawiający rozpatruje środki odwoławcze jedynie w zakresie uszczerbku, jakiego miał doznać poszczególny wykonawca, ale nie ich w interesie ogółu wykonawców[17].

Postępowanie protestacyjne toczy się przed zamawiającym. Jest ono jawne, dzięki czemu wszyscy uczestnicy postępowania o zamówienie publiczne mają prawo do aktywnego w nim uczestnictwa. Dodatkowo zamawiający ma obowiązek poinformować pozostałych uczestników postępowania o wniesieniu protestu. Ci uczestnicy mogą przystąpić do protestu.

Minimalne wymogi protestu to określenie w jego treści przedmiotu naruszenia, oznaczenie zaskarżanej czynności (lub zaniechania) a także wskazanie żądania usunięcia naruszenia. Protest wymaga jedynie przytoczenia zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających fakt jego wniesienia [18].

Najpoważniejszą konsekwencją wniesienia protestu jest zakaz zawarcia umowy, a trwa on aż do momentu ostatecznego rozstrzygnięcia wniesionego środka ochrony. Ustawodawca przewiduje tylko jeden wyjątek. W myśl art. 182 PZP, Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) może cofnąć zakaz podpisania umowy, na wniosek zamawiającego, jeżeli brak zawarcia umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Te okoliczności

[14] R. Szostak, Przetarg nieograniczony …, s. 115.

[15] Bliżej na ten temat zob. R. Szostak, Rozstrzyganie sporów…, s. 73 i n.

[16] P. Graniecki, A. Panasiuk, Zamówienia Sektorowe; Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 197.

[17] Wyrok KIO z 4 stycznia 2008 roku KIO/UZP 12/07, KIO 13/07

[18] J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo Zamówień Publicznych – Komentarz; Wyd. III, 2007 r.; Wyd. LEX (w: System Informacji Prawnej). Komentarz do art. 180 akapit 4

muszą być w najwyższym stopniu ekstraordynatoryjne, a ich nieuwzględnienie przyniosłoby szczególne straty interesowi publicznemu[19].

2.3. Odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO)

Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje uprawnionym odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (art. 184 ust. 1 PZP) z wyjątkiem wypadków wymienionych w art. 184 ust. 1a PZP. Można zatem składać ten środek ochrony prawnej od rozstrzygnięcia protestów w sprawach o wartości przedmiotu zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP. Jeżeli ta wartość jest mniejsza wtedy odwołanie przysługuje jedynie gdy dotyczy:

- 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,
- odrzucenia oferty.

Środek ustawowo zwany „odwołaniem" od oddalenia (odrzucenia) protestu stanowi w istocie zwyczajny wniosek o rozpoznanie sprawy przez działający w charakterze organu władzy publicznej zespół arbitrów, posiadający kompetencje do wydania wyroku zastępującego rozstrzygnięcie sądu państwowego[20]

W myśl art. 182 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 3) PZP wniesienie odwołania wstrzymuje możliwość podpisania umowy do czasu wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

3. Nadużycie środków odwoławczych jako przesłanka odpowiedzialności

Ustawodawca nie skonkretyzował, na czym ma polegać „interes prawny" uprawnionego. Natomiast w orzecznictwie[21] wyrażono pogląd, że naruszenie interesu prawnego zachodzi jedynie wtedy, gdy poprzez naruszenie przez zamawiającego przepisów o zamówieniach publicznych, wykonawca traci szanse na wygranie konkretnego przetargu (konkursu).

Wydaje się, że wobec milczenia ustawy PZP przez „interes prawny" należy rozumieć „interes" prawem chroniony. Czy pojęcie „interes" można utożsamiać z „prawem podmiotowym"? Jeżeli tak, to prawo do wnoszenia środków odwoławczych w postaci protestu i odwołania można rozpatrywać jako prawo podmiotowe.

W myśl art. 5 k.c. nikt nie może czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jeżeli środki odwoławcze w ramach procedury zamówień publicznych są prawami podmiotowymi przysługującymi uprawnionym, to tym uprawnionym nie wolno ich nadużywać. Skoro składający protest lub odwołanie wie, że przesłanki do skorzystania z tych środków nie istnieją, korzystanie z nich jest nadużyciem prawa.

[19] Ibidem.
[20] R. Szostak, Rozstrzyganie sporów…, s. 74-75.
[21] Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku II Ca 85/06, niepublikowany.

Fakt nadużywania wspomnianych środków potwierdzają nie tylko przytoczone wyżej dane, ale także statystyka wskazana w Biuletynie Informacyjnym UZP nr 3/2009 za I kwartał 2009 roku, z której wynika, że tylko 30% odwołań zostało uwzględnianych. Natomiast aż 48% zostało oddalonych. Oznacza to brak podstaw do skutecznego wzruszenia udzielenia zamówienia publicznego. Naturalnie nie można odmówić stronom postępowania możliwości wnoszenia środków zaskarżenia, jednak wydaje się, że należy zapobiegać działaniom nie zasługującym na ochronę.

Przenoszenie na grunt ustawy PZP konstrukcji art. 5 k.c. może budzić wątpliwości. Wobec tego bardziej realistyczny wydaje się postulat wprowadzenia do ustawy PZP przepisu naśladującego wspomniane wyżej przepisy art. 423 k.s.h, lub art. 22 ust. 2 u.z.n.k. przewidujące sankcje majątkowe za wnoszenie środków odwoławczych, które okazały się oczywiście bezzasadne, w tym odesłanie do odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych.

4. Nadużycie środków odwoławczych jako czyn niedozwolony

Wnoszenie środków odwoławczych (ochrony prawnej) oczywiście bezzasadnych jest sprzeczne z prawem, a jeżeli nosi cechy czynu zawinionego, i powoduje powstanie szkody, wyczerpuje pojęcie czynu niedozwolonego w rozumieniu art. 415 k.c.

Jeżeli chodzi o art. 415 k.c. to poszkodowany (np. zamawiający) powinien wykazać: wniesienie środka oczywiście bezzasadnego, szkodę i jej wysokość, związek przyczynowo – skutkowy między szkodą a wniesieniem tego środka, oraz winę podmiotu, który wniósł ten oczywiście bezzasadny środek[22].

W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca oferujący mniej korzystne warunki umowy, może uniemożliwić podpisanie umowy z podmiotem, któremu udzielono zamówienie publiczne, poprzez złożenie bezzasadnego protestu a następnie bezzasadnego odwołania do KIO. W tym czasie u zamawiającego „spoczywa" wadium, od którego „wnoszącemu" nie przysługują odsetki. W przypadku robót budowlanych nierzadko są to kwoty wielomilionowe. Dla przedsiębiorców wnoszących takie wadium jego przetrzymywanie przez zamawiającego na skutek trwającej procedury odwoławczej oznacza niejednokrotnie nawet utratę płynności finansowej.

W przypadku zamawiającego, który rozpatruje protest, a następnie oczekuje na rozstrzygnięcie odwołania od protestu i ewentualnie skargi do sądu, niejednokrotnie oznacza to ogromne straty spowodowane odroczeniem terminu zawarcia umowy, a zatem także opóźnieniem wykonania inwestycji lub dostarczeniem towaru w sytuacji, gdy środki ochrony prawnej zostały wniesione jako oczywiście bezzasadne.

Jeszcze raz warto podkreślić, że ustawodawca w ustawie PZP nie przewiduje możliwości dochodzenia żądania odszkodowania od podmiotów wnoszących oczywiście bezzasadne środki odwoławcze, ale taką możliwość stwarzają art. 415 i nast. k.c., jeżeli zostaną spełnione następujące przesłanki:

- składający protest lub odwołanie działa ze świadomością bezzasadności tych środków albo o ich bezzasadności mógł wiedzieć,
- powstała szkoda majątkowa,
- istnieje związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy złożeniem bezzasadnego środka odwoławczego a powstałą szkodą.

[22] Por. Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania – część ogólna, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 190 i nast.

Czynem niedozwolonym może być zachowanie się człowieka sprzeczne z prawem, rodzące obowiązek naprawienia szkody[23]. Czynu niedozwolonego może także dopuścić się osoba prawna (np. art. 416 k.c.), odpowiedzialność deliktowa może być za winę w wyborze (art. 429 k.c.) lub za podwładnego (art. 430 k.c.) . Konstrukcja wymienionych przykładowo przepisów Kodeksu cywilnego jest różna. Biorąc jednak pod uwagę strukturę organizacyjno – prawną wnoszącego bezzasadny środek odwoławczy oraz osoby działające w jego imieniu, w konkretnym wypadku mogą mieć zastosowanie różne przepisy Kodeksu cywilnego o czynach niedozwolonych.

Stosowanie art. 415 k.c. w omawianych sprawach jest niedogodne dla poszkodowanego, który musi udowodnić nie tylko przesłanki ujętej w tym przepisie odpowiedzialności, ale także motyw tej odpowiedzialności, czyli winę sprawcy szkody (wnoszącego bezzasadne środki ochrony prawnej). Dowód winy jest bardzo trudny, dlatego należałoby do ustawy PZP wprowadzić szczególny przepis dotyczący odpowiedzialności odszkodowawczej za szkody spowodowane bezzasadnym wnoszeniem środków ochrony prawnej, oparty na zasadzie ryzyka (skoro w art. 93 ust. 4 PZP ustawodawca już wprowadził przepis szczególny oparty na zasadzie ryzyka).

Gdyby ustawodawca uznał ten postulat za zbyt daleko idący, należałoby (jak już wspomniano) wprowadzić do ustawy PZP przepis, w myśl którego podmioty, które poniosły szkodę w wyniku wniesienia bezzasadnego środka odwoławczego mogą dochodzić roszczenia o naprawienie szkody na podstawie art. 415 i nast. k.c. Ten przepis miałby charakter wyłącznie informacyjny, ale umieszczenie go w ustawie PZP przyczyniłoby się, jak się wydaje, do zmniejszenia wnoszenia bezzasadnych środków zaskarżenia i do ograniczenia szkód, jakie ponoszą w szczególności zamawiający w wyniku braku zawarcia umowy w ramach procedury o udzielenie zamówienia publicznego.

[23] K. Pietrzykowski (red.) Kodeks Cywilny. Komentarz Tom I. Wydawnictwo C.H. Beck, wyd. III, Warszawa 2002 str. 891

NIEZBĘDNA WIEDZA JAKO WARUNEK UBIEGANIA SIĘ O BUDOWLANE ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Michał Konieczny
– doktorant Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

Zamówienia na roboty budowlane obejmują największą pod względem wartości część rynku zamówień publicznych w Polsce. Z uwagi na oczekiwania i znaczenie społeczne pełnią również istotną funkcję publiczną. Bez względu na to czy budowany jest most, szkoła, czy sąd – zawsze wzbudza to zainteresowanie społeczne, zwłaszcza z punktu widzenia efektywności przedsięwzięcia. Stąd zamówienia publiczne powinny być powierzane tylko takim podmiotom, które są w stanie należycie je wykonać, zwłaszcza terminowo, bez usterek i oszczędnie[1]. Aby dobrze wyselekcjonować wykonawców ubiegających się o budowlane zamówienie publiczne zamawiający powinien zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp ustalić i określić warunki wymagane od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne. Spełnienie tych warunków wykonawca potwierdza składając oświadczenie lub odpowiednie dokumenty. Trudność polega jednak na tym, iż zwłaszcza dyspozycje punktów 2 i 3 przywołanego przepisu mają w istocie charakter blankietowy[2] co powoduje konieczność ich rozwinięcia przez zamawiających w ogłoszeniu i specyfikacji (lub zaproszeniu).[3] Do tego konieczna jest znajomość rynku.[4] To znajomość reguł procesu inwestycyjnego, technologii wykonywania robót budowlanych, a zwłaszcza znajomość dokumentacji, na podstawie której, realizowana będzie robota budowlana – leżą u podstaw prawidłowego określenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Przy czym obowiązek określania proporcjonalnych i związanych z przedmiotem zamówienia warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika bezpośrednio z Dyrektywy 2004/18/WE. Zgodnie z treścią art. 44 ust. 2 tej dyrektywy zamawiający mogą określić minimalne wymogi, jakie muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne. Przy czym art. 48 precyzuje, iż w zależności od charakteru, ilości i znaczenia przedmiotu zamówienia, jako dowodów możliwości wykonawcy może żądać jednego lub kilku wymienionych w artykule środków.[5]

Pojęcie i dokumentowanie „niezbędnej wiedzy"

O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę – przy czym to obowiązkiem zamawiającego jest doprecyzowanie jaka wiedza jest niezbędna dla wykonania konkretnego zamówienia. Posiadanie wiedzy (jako zbioru informacji którym przypisuje się wartość poznawczą lub praktyczną) należy postrzegać w tym przypadku z perspektywy należytego wykonania przez wykonawcę konkretnego zamówienia.[6] W isto-

[1] G. Bednarczyk, Wiarygodność ekonomiczna wykonawcy, miesięcznik Zamówienia Publiczne Doradca 2008 Nr 2

[2] J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych Komentarz, Wydanie 8, Warszawa 2007 s. 101

[3] W doktrynie i orzecznictwie dominuje pogląd nakazujący zamawiającym dookreślenie, konkretyzację warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 pkt 2 i 3 por.: wyrok KIO/UZP 126/07 z dnia 4 lutego 2008 r., wyrok KIO/UZP 1/07 z dnia 7 grudnia 2007 r.

[4] Szerzej na ten temat w: M. Konieczny, Zdolność do należytego wykonania zamówienia przesłanką jego efektywności, kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych nr 4(19)/2008

[5] A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych Komentarz, Kraków 2006 s. 378

[6] J. E. Nowicki, Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych 2005 Nr 4

cie krótki zapis przysparza jednak wiele kłopotów. Posiadanie niezbędnej wiedzy to dysponowanie zasobem wiadomości z danej dziedziny, znajomość technologii i metodologii dotyczącej wykonania zamówienia.[7] Nie chodzi tutaj jednak o wszelką wiedzę, lecz o tę dotyczącą tego jednego zamówienia.

W innym znaczeniu wiedzę można zdefiniować jako utrwalone w umyśle ludzkim połączenie doświadczenia i informacji, pozyskanych w konkretnym celu, odnoszącym się do konkretnej sytuacji.[8] Tak więc warunkiem udziału w postępowaniu (wykonywaniu roboty budowlanej) powinno być zawsze posiadanie niezbędnej wiedzy rozumianej jako wiedza selektywna odnosząca się ściśle do przedmiotu zamówienia. Naturalną rzeczą jest, iż warunek posiadania niezbędnej wiedzy odnosi się nie tyle do samego wykonawcy ile do jego personelu, osób wykonujących zamówienie.[9] Wiedza jest elementem składowym kapitału ludzkiego, który z kolei stanowi jeden z czynników składających się na kapitał intelektualny przedsiębiorstwa. Kapitał intelektualny zaś jest kapitałem niefinansowym odzwierciedlającym swoistą lukę pomiędzy wartością rynkową a wartością księgową przedsiębiorstwa. Przy czym kapitał intelektualny ma charakter zobowiązania, a nie majątku.[10] Poprzez żądanie od oferentów posiadania konkretnej wiedzy zamawiający wpływają niejednokrotnie na konieczność podnoszenia kwalifikacji personelu co w efekcie prowadzi do zwiększenia wartości przedsiębiorstw; zauważyć tutaj należy, iż zamówienia publiczne pełnią tu często niedocenianą rolę stymulatora rynku.

W praktyce zamówień publicznych w Polsce problem z dokumentowaniem wiedzy sprowadza się do złożenia oświadczenia. Wiedzę posiadają konkretne osoby i na pierwszy rzut oka zamawiający nie ma uprawnienia do żądania dyplomów, certyfikatów czy świadectw na udokumentowanie posiadania wiedzy. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie przewiduje żadnego dokumentu jaki potwierdzały posiadanie wiedzy. Niemniej niezbędną wiedzę dokumentuje się przede wszystkim poprzez żądanie *„wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia(…)”*

Zatem dość zawiła i myląca jest konstrukcja przywołanego wyżej rozporządzenia. Otóż punkt 2 w paragrafie 1 odnosi się faktycznie do dokumentowania warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3. Myląc tutaj jest to, iż w przywołanym punkcie katalog dokumentów otwiera *„wykaz wykonanych robót(…)”*, czyli dokument odzwierciedlający doświadczenie wykonawcy. Wymienione w dalszej kolejności dokumenty odnoszą się do narzędzi, urządzeń i (na końcu) do osób wykonujących zamówienie.

Jeśli z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynika, że *„o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenia oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia(…)”* to w konsekwencji aby w przyszłości uniknąć nieporozumień związanych z dokumentowaniem posiadania niezbędnej wiedzy wskazanym byłoby uporządkowanie ww. przepisów. Można tego dokonać na dwa sposoby. Pierwszy sposób polegałby na zmianie cytowanego rozporządzenia w taki sposób, iż katalog dokumentów w punkcie 2 otwierałby: *„wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu*

[7] P. Wiśniewski, Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych 2006 Nr 3

[8] Zarządzanie zasobami ludzkimi, praca zbiorowa pod redakcją H. Króla, Warszawa 2002 s. 696

[9] R. Szostak, O niektórych warunkach ubiegania się o zamówienie publiczne po nowelizacji ustawy Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych 2008 Nr 3

[10] Zarządzanie zasobami ludzkimi, praca zbiorowa pod redakcją H. Króla, Warszawa 2002 s. 94

zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia(…)". Drugi sposób polegałby na wprowadzeniu zmiany w art. 22 ust. 1 pkt 2 w następujący sposób: *„o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędne doświadczenia oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami, które posiadają niezbędną wiedzę i są zdolne do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób które posiadają niezbędną wiedzę i są zdolne do wykonania zamówienia"*

Konsekwencją złożenia nieprawdziwego oświadczenia jest odpowiedzialność karna z tytułu wyłudzenia zamówienia publicznego. Jest z tym związana dyspozycja art. 297 kk, który przewiduje karalność dla osób składających fałszywe lub stwierdzające nieprawdę dokumenty w celu uzyskania zamówienia publicznego. Przepis ten należy uznać za podstawowy instrument zapobiegawczo represyjny, w odniesieniu do kontrahentów, którzy chcieliby pozyskać środki finansowe w nieuczciwy sposób.[11]

Ustawodawca odrębnie od posiadanej wiedzy żąda od wykonawców posiadania odpowiedniego doświadczenia. Chodzi tu jednak o doświadczenie rozumiane jako umiejętność zdobytą i ugruntowaną w praktyce, nabycie wprawy i biegłości. W literaturze szczególnie zwraca się uwagę na określenie „niezbędne" w odniesieniu do doświadczenia i wiedzy[12], ponieważ „niewiedza" po stronie osób wykonujących zamówienie powoduje często błędy w realizacji zamówień, a nawet bywa przyczyną katastrof budowlanych. Brak niezbędnej wiedzy prowadzi do sytuacji trudnych do wyobrażenia, bagatelizowanie tego elementu zdolności do wykonania zamówienia jest często przyczynkiem do niemożliwości wykonania zamówienia.

„Wiedza" w robotach budowlanych

Prawo budowlane[13] określa w szczególności kto i na jakich warunkach może pełnić samodzielne funkcje w budownictwie. Posiadanie samodzielnych funkcji w budownictwie i związana z nimi przynależność do odpowiednich izb samorządu zawodowego są warunkiem koniecznym do pełnienia szeregu funkcji w każdym procesie inwestycyjnym, zarówno w fazie projektowej, jak i podczas realizacji. Posiadanie nieodpowiednich lub niepełnych uprawnień przez osoby, które wykonywać miały zamówienia wielokrotnie było powodem wykluczenia wykonawcy. Tymczasem żądanie przez zamawiających dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień przez osoby, które realizować będą dokumentację lub robotę budowlaną jest w samej istocie sprawdzaniem wiedzy tych osób. Bowiem aby zdobyć uprawnienia, należy zgodnie z prawem budowlanym ukończyć odpowiedni kierunek studiów, odbyć stosowną praktykę zawodową, a całość zwieńczyć egzaminem przed właściwym organem samorządu zawodowego.

W jednym ze swoich orzeczeń Naczelny Sąd Administracyjny orzekł[14], iż art. 14 ust.4 prawa budowlanego nie uzależnia zaliczenia praktyki od tego, czy praca wykonywana jest w jednostce sektora uspołecznionego, czy prywatnego, ani też nie wykluczył możliwości wykonywania praktyki we własnej firmie; przepis ten kładzie nacisk nie na charakter fir-

[11] R. Zabłocki w Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz Tom II pod red. A. Wąska, Warszawa 2004

[12] M. Konieczny, Zdolność do należytego wykonania zamówienia przesłanką jego efektywności, kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych nr 4(19)/2008

[13] Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 roku Nr 156 poz. 1118 z późn. zm.)

[14] Wyrok NSA z 13 czerwca 2001 r., IV SA 774/99 cytuję za: Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz pod redakcją H. Kisielowskiej, Warszawa 2008

my, lecz na to aby praca była wykonywana pod kierownictwem osoby mającej stosowne uprawnienia. Do organu oceniającego spełnienie przez osobę ubiegającą się o uprawnienia należy ocena rzetelności zawartych w tym zaświadczeniu stwierdzeń, a w szczególności oceny teoretycznej i praktycznej znajomości zawodu, dokonanej przez osobę nadzorującą praktykę.

Zatem wykonawca, który dysponuje osobami posiadającymi stosowne uprawnienia i który legitymuje się tym zamawiającemu składając wniosek lub ofertę w wielu wypadkach udowadnia w ten sposób, iż posiada niezbędną wiedzę pozwalającą mu na realizację zamówienia na roboty budowlane bądź prace projektowe.

Możliwość przejęcia „wiedzy"

Na powyższą problematykę rozważania nowe światło rzuca postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2008 roku (III CZP-87/08)[15]. Sąd Okręgowy w T. rozpoznając skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dotyczący wykluczenia przedsiębiorcy z ubiegania się o zamówienie publiczne powziął wątpliwość prawną w zakresie wykładni art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wystąpił do Sądu Najwyższego o wyjaśnienie tej wątpliwości przedstawiając do rozstrzygnięcia kwestię: czy nabywca przedsiębiorstwa może ubiegać się o udzielenie zamówienia, powołując się na nabyte wraz z przedsiębiorstwem niezbędną wiedzę i doświadczenie w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w sytuacji, w której zbywca – przedsiębiorca jednoosobowy – prowadzi nadal tę samą działalność gospodarczą? Sąd Najwyższy postanowieniem z 7 października odmówił podjęcia uchwały rozstrzygającej ten dylemat, w uzasadnieniu podając iż, w istocie nie dotyczy on kwestii prawnych, lecz faktycznych. W uzasadnieniu swojego stanowiska Sąd Najwyższy zawarł kilka ważnych spostrzeżeń o charakterze merytorycznym. Istota problemu sprowadza się do tego, czy nabywca przedsiębiorstwa nabywa jednocześnie wiedzę i doświadczenie, o jakich mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, czy przymioty te nie wchodzą w skład pojęcia przedsiębiorstwa, pozostając cechami osobistymi zbywcy.

Sąd Najwyższy wrócił uwagę, że **„***przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy nie może być rozumiany dosłownie, bowiem gdy zamawiającym jest osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, nie można stwierdzić, czy posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie. Przez „posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia" trzeba zatem rozumieć stan, w którym wykonawca dysponuje osobami zapewniającymi prawidłowe wykonanie zamówienia. Pojęcie to obejmuje jednak także takie składniki przedsiębiorstwa, jak know-how, tajemnice przedsiębiorstwa, dokumentacja, goodwill, renoma itp. Reasumując, pojęcie „niezbędna wiedza i doświadczenie" w rozumieniu powołanego przepisu obejmuje zarówno składniki niematerialne przedsiębiorstwa, jak i dobra osobiste związane z przedsiębiorcą lub pracownikami przedsiębiorstwa."*

Istotna dla niniejszych rozważań jest zwłaszcza kwestia mieszanego charakteru „wiedzy i doświadczenia wykonawcy" a także możliwość „przekazania ich nabywcy przedsiębiorstwa". Oba te zagadnienia mają duże znaczenie praktyczne i niewątpliwie będą mieć wpływ na ocenę zdolności wykonawców ubiegających się o zamówienie w ramach konsorcjum lub wykonawcy deklarującego zaangażowanie podwykonawców[16]. Analizując przedmiotowe postanowienie SN można potwierdzić pogląd, że ten kto dysponuje osobą posiadającą wiedzę, pośrednio „dysponuje" też samą wiedzą. Osobą zaś dysponować

[15] Do przywołanego postanowienia SN została opublikowana glosa – R. Szostak, Glosa do postanowienia SZ z 7.10.2008 r., III CZP-87/08, kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych nr 1(20)/2009

[16] tamże

można tylko dobrowolnie, zwłaszcza umownie. Jaki jest status osoby zdolnej do wykonania zamówienia? Może to być zarówno pracownik, jak i zleceniobiorca, ale również podwykonawca. Są to osoby pozostające pod kierownictwem wykonawcy. Zgodnie z przywoływanym wcześniej rozporządzeniem zamawiający bada wiedzę i kwalifikacje tych osób na podstawie złożonych dokumentów. Swego czasu dyskusja toczyła się wokół zagadnienia, czy osoby te muszą być pracownikami zamawiającego jednak sprawa została ostatecznie rozstrzygnięta orzecznictwie[17] oraz znalazła odzwierciedlenie w nowelizacji ustawy z 2008 roku[18]. Tego rodzaju wiedza osobista nie przechodzi jednak automatycznie na nabywcę przedsiębiorstwa, ponieważ pracownicy wraz ze swoją wiedzą nie wchodzą do składników przedsiębiorstwa. Jednakże zgodnie z art. 23^1 kodeksu pracy w razie przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę staje się on z mocy prawa stroną w dotychczasowych stosunkach pracy. W konsekwencji nabywca przedsiębiorstwa może powoływać się na wiedzę nowych pracowników w oderwaniu od przedmiotu transakcji polegającej na nabyciu przedsiębiorstwa. Przypomnieć także należy, iż warunek „posiadania niezbędnej wiedzy" dotyczy aktualnej sytuacji wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, na dzień złożenia oferty, której towarzyszy zapewnienie o spełnianiu żądanego warunku[19].

Kierunki projektowanej nowelizacji

W opracowanym w marcu 2009 roku przez Urząd Zamówień Publicznych projekcie nowelizacji prawa zamówień publicznych [20] proponuje się osiągnięcie zwiększonej konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego poprzez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (poprzez dodanie artykułu 26 ust. 2a) a także „uelastycznienie" sposobu potwierdzania tych warunków (poprzez dodanie artykułu 26 ust. 2b i 2c). Zgodnie z proponowanymi zmianami na żądanie zamawiającego i w terminie przez niego wskazanym (jednak nie później niż na dzień składania ofert lub wniosków) wykonawca zobowiązany będzie wykazać, iż spełnia warunki wynikające z art. 22 ust. 1 ustawy i brak jest podstaw do wykluczenia go na podstawie art. 24 ust.1 i 3. Wprowadzenie art. 26 ust. 2b jest dalszym dostosowaniem do wymogów wynikających wprost z Dyrektywy 2004/18/WE, a w szczególności do postanowień art. 47 ust. 2 i 48 ust. 2. Zgodnie bowiem z przywołaną dyrektywą wykonawca może polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Zamawiający nie może w żaden sposób wskazywać wykonawcom w jakiej formie i na jakich zasadach mają współpracować, czy też jaką mają zawrzeć umowę. To wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami, których nie posiada lecz należą do osób trzecich.[21] Wprowadzenie tej zmiany jest konsekwencją i uzupełnieniem wcześniejszej nowelizacji, która wprowadziła zmiany bezpośrednio w art. 22 ust. 1 dotyczące dopuszczenia możliwości złożenia zobowiązania innego podmiotu

[17] Por. Wyroki Sądów Okręgowych w Warszawie (IV Ca 239/05 z dnia 05-08-2005) oraz w Katowicach (IV Ca 392/05 z dnia 04-10-2005) – nie można żądać aby wykonawca zatrudniał pracowników na umowę o pracę. Cytuję za: P. Garnecki, Prawo Zamówień Publicznych, Warszawa 2007

[18] w art. 22 w ust. 1 pkt 2 otrzymuje brzmienie: „2) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia;"; Ustawa z dnia 27 czerwca 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U 171 poz 1058)

[19] Szostak, Glosa do postanowienia SZ z 7.10.2008 r., III CZP-87/08, kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych nr 1(20)/2009

[20] Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Przesłany w dniu 13 marca 2009 do Sekretarza Komitetu Rady Ministrów i opublikowany na stronie internetowej www.uzp.gov.pl

[21] A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych Komentarz, Kraków 2006 s. 371

do udostępnienia potencjału technicznego lub osób zdolnych do wykonania zamówienia. Proponowany art. 26 ust. 2b mówi wprost, że *„wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązaniem takich podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia."* Takie sformułowanie nowego przepisu w czytelny sposób uzupełnia wcześniejszą nowelizację i pozwoli uniknąć szeregu wątpliwości interpretacyjnych w tym obszarze.

Ponadto projekt noweli (z uwagi na zmieniającą się w sytuację gospodarczą), zakłada wprowadzenie przepisu pozwalającego zamawiającemu określenie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z jego realizacją. Przy czym wymagania te wynikać muszą ze względów społecznych, a dotyczyć mają w szczególności zatrudnienia przy realizacji zamówienia osób bezrobotnych oraz niepełnosprawnych. Proponowana zmiana choć podyktowana jest względami społecznymi w przypadku jej przyjęcia w takim brzmieniu prawdopodobnie nie będzie zbyt często wykorzystywana w praktyce. Przyczyną takiego stanu rzeczy będą trudności w zachowaniu warunków umowy w trakcie jej realizacji. Ponadto niezbyt czytelne i chyba nie do końca przemyślane jest wprowadzenie tego przepisu w rozdziale dotyczącym przygotowania postępowania, pomiędzy przepisami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia. Prawdopodobnie w przypadku wymogu zatrudnienia osób bezrobotnych zamawiający nie będzie wymagał od tych osób informacji na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia.

Dysponowanie niezbędną ale konkretną wiedzą jest elementarnym warunkiem ubiegania się o zamówienie publiczne, zwłaszcza to, którego przedmiotem jest realizacja roboty budowlanej. Jak potwierdził Sąd Najwyższy przez „posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia" należy rozumieć stan, w którym wykonawca dysponuje osobami zapewniającymi prawidłowe wykonanie zamówienia. Tak zdobyta i ugruntowana wiedza wielokrotnie udokumentowana posiadaniem odpowiednich uprawnień może w istocie być zbyta i nabyta wraz z przedsiębiorstwem. Warunkiem skuteczności takiego nabycia jest dalsze dysponowanie osobami posiadającymi wiedzę. W artykule omówiono również szeroko rozumiane dysponowanie niezbędną wiedzą i wynikające z tego tytułu konsekwencje uwzględnione w najnowszym projekcie nowelizacji ustawy.

DZIAŁALNOŚĆ PREZESA UZP W ZAKRESIE WYDAWANIA AKTÓW ADMINISTRACYJNYCH W OKRESIE OBOWIĄZYWANIA USTAWY O ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH ORAZ USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Izabela Łazuga
– doktorant Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

1. Wprowadzenie

Pierwszym aktem[1], który po 1989 roku kompleksowo regulował problematykę zamówień publicznych w Polsce, była ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych[2] (zwana dalej ustawą o zp). Regulacja ta wprowadziła instytucję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako centralnego organu administracji państwowej właściwego w sprawach zamówień publicznych[3]. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[4] (zwana dalej ustawą Pzp) przejęła rozwiązania dotyczące Prezesa Urzędu[5]. Obydwa akty prawne określają zakres działania Prezesa, jednakże katalog czynności wymienionych w ustawie z 2004 r. bardzo różni się od kompetencji określonych w ustawie z 1994 r. Kompetencje, które na mocy ustawy z 2004 r. posiada Prezes, obejmują wydawanie decyzji, postanowień, wykonywanie czynności o charakterze materialno-technicznym[6] oraz podejmowanie działań o charakterze niewładczym[7]. Prezes Urzędu jest organem administracji rządowej, a decyzje przez niego wydawane są decyzjami administracyjnymi[8] w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego[9].

[1] Wcześniejszymi aktami prawnymi z zakresu zamówień publicznych były: w okresie międzywojennym – Ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz. U. z 1933 r. Nr 19, poz.127) oraz Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz. U. z 1937 r. Nr 13, poz.92); po roku 1945– Ustawa z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz. U. z 1948 r. Nr 63, poz. 494) oraz Ustawa z dnia 28 grudnia 1957 r. dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych (Dz. U. z 1958 r. Nr 3 poz.7).

[2] Ustawa z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych– Dz. U. z 1994 r. Nr 76, poz.344.

[3] Art. 8 ust. 1 ustawy o zp.

[4] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych – Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058 z późń. zm.

[5] Art. 152 ust. 1 ustawy Pzp.

[6] Do czynności materialno– technicznych Prezesa można zaliczyć na przykład wydawanie w formie elektronicznej Biuletynu Zamówień Publicznych, w którym zamieszczane są ogłoszenia przewidziane ustawą (art. 154 ust. 1 pkt 3) jak również opracowywanie i przedstawianie Radzie Ministrów oraz Komisji Europejskiej rocznego sprawozdania o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych (art. 154 ust. 1 pkt 16).

[7] Działaniem o charakterze niewładczym jest inicjatywa, opracowywanie i organizacja programów szkoleń, upowszechnianie przykładowych wzorców umów czy też regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień (art. 154 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp).

[8] Por. szerzej decyzji administracyjnej: Z. Leoński: *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2006 r., s. 280 i nast. oraz B. Adamiak, J. Borkowski: *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2004 r., s. 557 i nast.

[9] Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego– Dz. U. z 1960 r. Nr 30, poz. 168.

W związku z częstymi zmianami regulacji dotyczącej uprawnień decyzyjnych Prezesa Urzędu, które były systematycznie przez ustawodawcę ograniczane, przedmiotem niniejszego opracowania jest omówienie działalności Prezesa w zakresie wydawania aktów administracyjnych w sprawach zamówień publicznych.

2. Działalność Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie wydawania aktów administracyjnych w latach 1994– 2009

Analizę działalności Prezesa Urzędu w zakresie wydawania aktów administracyjnych należy przeprowadzić zarówno na podstawie regulacji z 1994 r. jak i z 2004 r. Przedmiotem decyzji w sprawach zamówień publicznych wydawanych przez Prezesa w pierwotnym brzmieniu ustawy z 1994 r. było wydawanie zgody na zatwierdzenie trybu postępowania innego niż przetarg nieograniczony przy zamówieniach, których wartość przekraczała równowartość kwoty 200 000 ECU[10], odmowa zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych[11] oraz wyrażenie zgody na skrócenie terminu składania ofert[12]. Prezes wyrażał również zgodę na przygotowanie oferty w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym[13], jak i na odstąpienie od obowiązku wnoszenia wadium[14] oraz na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu[15]. To samo dotyczyło zgody na odstąpienie od zastosowania preferencji krajowych[16] oraz na wykonanie całości prac przy udziale podmiotów i wykorzystaniu surowców i produktów krajowych[17] jak również na obniżenie udziału surowców lub produktów krajowych[18].

Zawarta w pierwszej ustawie o zp duża liczba kompetencji decyzyjnych statuowała Prezesa Urzędu jako ważne ogniwo w procesie udzielania zamówień, nie tylko w ogólnie rozumianym systemie zamówień publicznych, ale także w ramach konkretnych postępowań. Należy zwrócić uwagę, że jeśli zamawiający chciał skrócić czas trwania procedury, musiał zwracać się do Prezesa o wydanie decyzji na każdym etapie postępowania i w związku z tym, częściowo również od Prezesa, a nie tylko od uczestników postępowania przetargowego, uzależniony był czas trwania postępowania[19]. Przez tak sformułowane uprawnienia decyzyjne Prezes postrzegany był przez biorących udział w procedurach przetargowych jako uczestnik postępowania, a nie jako organ administracyjny, który posiadał kompetencje decyzyjne w sprawach zamówień publicznych. Poza tym, uprawnienia pozwalały Prezesowi nie tylko ingerować w procesy udzielania zamówień, ale również powodowały w mojej ocenie nadmierny formalizm oraz zbędne wydłużanie czasu trwania postępowania o zamówienie publiczne.

Określone wyżej uprawnienia Prezesa Urzędu nadane ustawą o zamówieniach publicznych z 1994 r. w pierwotnym brzmieniu, zostały zmienione w 1997 r. Ustawa z 29

[10] Art. 15 ust. 2 ustawy, o której mowa w przypisie 2.
[11] Art. 29 ust. 2 ustawy, o której mowa w przypisie 2.
[12] Art. 38 ust. 3 ustawy, o której mowa w przypisie 2.
[13] Art. 37 ust. 2 ustawy, o której mowa w przypisie 2.
[14] Art. 41 ust. 3 ustawy, o której mowa w przypisie 2.
[15] Art. 81 ust. 2 ustawy, o której mowa w przypisie 2.
[16] § 4 ust. 2 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 1994 r. w sprawie stosowania preferencji krajowych przy udzielaniu zamówień– Dz. U. z 1994 r. Nr 140, poz. 776.
[17] § 3 ust. 1 rozporządzenia, o którym mowa w przypisie 16.
[18] § 1 ust. 5 rozporządzenia, o którym mowa w przypisie 16.
[19] Najwięcej decyzji wydanych przez Prezesa na początku obowiązywania ustawy o zp dotyczyło skrócenia na wniosek zamawiającego terminu na składanie ofert w postępowaniu; zob. tabela nr 1.

sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych[20] odebrała Prezesowi możliwość zatwierdzania wyboru trybu innego niż przetarg ograniczony, przy zamówieniach, których wartość przekraczała równowartość kwoty 200 000 ECU[21] oraz możliwość odmowy zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia, które nie spełniało wymogów określonych w ustawie[22]. Wymóg uzyskania przez zamawiającego zgody na skrócenie terminu składania ofert ograniczony został do zamówień, których wartość przekraczała 50 000 ECU[23]. W doktrynie podkreślano, że zgodę taką należało uzyskać przed rozpoczęciem procedury o udzielenie zamówienia, ponieważ w toku postępowania nie było już możliwości skrócenia wcześniej podanych terminów[24]. Niezbędnym elementem proceduralnym było uzyskanie zgody Prezesa na zawarcie umowy na czas dłuższy niż 3 lata[25] oraz zgody na odstąpienie od stosowania przepisów ustawy w przypadku zamówienia finansowanego z udziałem środków zagranicznych[26]. Znaczący wzrost liczby decyzji w sprawach zamówień publicznych spowodowany był wprowadzeniem regulacji o zatwierdzeniu przez Prezesa Urzędu, wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, jeśli wartość zamówienia przekraczała równowartość kwoty 20 000 ECU[27]. Do czasu wejścia w życie noweli, zamawiający sam decydował o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki, przy zaistnieniu przesłanek określonych w ustawie.

Wydawać by się mogło, że zmiana polegająca na wprowadzeniu unormowania obligującego zamawiającego do uzyskania zgody na zastosowanie trybu z wolnej ręki zamiast ubiegania się o wyrażenie zgody na odstąpienie od trybu przetargu nieograniczonego była korzystniejsza dla zamawiającego, gdyż ograniczyła formalizm w procedurach przetargowych. Jednak wzrastająca z roku na rok liczba wydanych w tym zakresie decyzji[28] wskazywała, że nowelizacja spowodowała jedynie biurokratyczne utrudnienie i blokowanie sprawnego przeprowadzenia postępowań o zamówienie publiczne. Zwiększająca się ilość decyzji zatwierdzających tryb zamówienia z wolnej ręki świadczyła również o innych zjawiskach zachodzących w tym czasie w systemie zamówień publicznych. Z jednej strony, w stosunkowo krótkim okresie obowiązywania ustawy znacznie wzrosła świadomość prawna zamawiających, którzy coraz lepiej wykorzystywali przysługujące im uprawnienia i udzielali więcej zamówień w trybie z wolnej ręki, co było znacznie mniej skomplikowane niż postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego. Z drugiej jednak strony, doprowadziło to do patologii polegającej na nadużywaniu tego trybu przez zamawiających. Zamawiający po uzyskaniu zgody Prezesa na zastosowanie trybu z wolnej ręki, mógł ograniczyć formalizm postępowania do minimum (nie musiał sporządzać specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też dotrzymywać określonych prawem terminów, a przede wszystkim mógł niemal dowolnie wybrać wykonawcę).

Nowelizacja ustawy z 21 czerwca 2001 r.[29] spowodowała, że skrócenie terminu składania ofert[30] oraz na sporządzenie oferty w języku powszechnie używanym w handlu między-

---

[20] Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych– Dz. U. z 1997 Nr 123, poz. 778.

[21] Art. 1 pkt 11 ustawy, o której mowa w przypisie 20.

[22] Art. 1 pkt 18 ustawy, o której mowa w przypisie 20.

[23] Zgodnie z art. 1 pkt 25 ustawy, o której mowa w przypisie 2.

[24] J. Pieróg: *Przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony* [w:] W. Łysakowski, J. Pieróg: *Ustawa o zamówieniach publicznych. Komentarz*, Warszawa 1998 r., s. 153.

[25] Art. 1 pkt 46 ustawy, o której mowa w przypisie 20.

[26] Art. 1 pkt 2 ustawy, o której mowa w przypisie 20.

[27] Art. 1 pkt 44 ustawy, o której mowa w przypisie 20.

[28] Zob. tabela nr 1.

[29] Ustawa z dnia 21 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych– Dz. U. z 2001 r., Nr 76, poz. 813 .

[30] Art. 1 pkt 31 ustawy, o której mowa w 29.

narodowym[31] nie wymagało uzyskania decyzji pozytywnej[32] Prezesa Urzędu. Zamawiający został zobowiązany do uzyskania zgody na zastosowanie trybu z wolnej ręki, jeśli wartość zamówienia przekraczała równowartość kwoty 20 000 euro[33]. Wydawać by się mogło, że zmiana progu, od którego zamawiający mógł występować z wnioskiem o wydanie zgody na wykorzystanie trybu zamówienia z wolnej ręki, ograniczy nie tylko ilość wniosków kierowanych do Prezesa o wydanie decyzji w tym zakresie, ale również spowoduje wykorzystywanie przez zamawiających właściwych trybów konkurencyjnych. Zamawiający jednak nie tylko bardzo często błędnie szacowali wartość zamówienia, ale również celowo zaniżali jego wartość, żeby w przypadku decyzji odmownej Prezesa i tak zastosować tryb z wolnej ręki. Działania te ewidentnie zorientowane były na uniknięcie stosowania przepisów ustawy. Wskazane wyżej nieprawidłowości wynikały jednak nie tyle z niedoskonałości prawa, co z nadużywania uprawnień przez zamawiających oraz z niewłaściwego stosowania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych.

Kolejna nowelizacja z 2001 r.[34] wyposażyła Prezesa Urzędu w kompetencje decyzyjne w zakresie wpisu na listę organizacji pracodawców i przedsiębiorców zrzeszających dostawców lub wykonawców uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec czynność podjętych przez zamawiającego[35]. Nowela ta uregulowała też kwestie związane z uprawnieniami władczymi Prezesa w stosunku do arbitrów rozstrzygających sprawy z zakresu zamówień publicznych[36]. Mimo tego, że zespoły arbitrów były organami niezawisłymi, to organizacyjnie podlegały Prezesowi. Jego kompetencje w tym zakresie dotyczyły ustalania składów orzekających, poprzez wyłączenie arbitra ze składu, aż do skreślenia z listy arbitrów. Zastanowić się należy, jaką rolę odgrywał Prezes Urzędu i jaki wywierał wpływ na postępowanie odwoławcze, toczące się przed zespołem arbitrów. Na merytoryczną część postępowania odwoławczego Prezes nie miał wpływu. Oczywiście, poprzez wpływ na obsadę składów orzekających i innych uprawnień w zakresie działalności arbitrów, można by odnieść wrażenie, że Prezes mógł wpływać na rozstrzygnięcia. Tak postawiona teza byłaby jednak niewłaściwa, gdyż zespoły arbitrów podległe były Prezesowi Urzędu tylko organizacyjnie, a wolą ustawodawcy było, aby Prezes wpływał jedynie na właściwy tok postępowania odwoławczego. Zarówno ilość uprawnień, również tych w stosunku do arbitrów, mogły powodować iluzję scentralizowanego w rękach Prezesa systemu zamówień publicznych. Podkreślenia wymaga jednak fakt, że Prezes nie był centralnym zamawiającym dokonującym zakupów w trybie przetargowym, jak również nie przekazywał dyspozycji zamawiającym co do preferencji w konkretnych postępowaniach. To zamawiający samodzielnie określali swoje potrzeby, a następnie realizowali je przy wykorzystywaniu dostępnych instrumentów zgodnie z obowiązującym prawem.

W związku z dużą liczbą kompetencji decyzyjnych Prezesa w sprawach zamówień publicznych należałoby się zastanowić, czy decyzje te wywoływały skutki materialnoprawne czy proceduralne[37]. Ponieważ decyzje wydawane były głównie w toczącym się postępowa-

[31] Art. 1 pkt 30 ustawy, o której mowa w przypisie 29.

[32] Decyzje pozytywne to decyzje, które w całości uwzględniają żądanie stron, a gdy decyzja wydawana jest z urzędu, decyzje pozytywne to te, które nadają stronie uprawnienie, zob. szerzej: Z. Leoński: *Zarys…*, s. 285.

[33] Art. 1 pkt 45 ustawy, o której mowa w przypisie 29.

[34] Ustawa z dnia 26 lipca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych– Dz. U. z 2001 r. Nr 113, poz. 1208.

[35] Art. 1 pkt 19 ustawy, o której mowa w przypisie 34.

[36] Zgodnie z art. 1 pkt 19 ustawy powołanej w przypisie 34, Prezes Urzędu, po zaistnieniu określonych prawem przesłanek, mógł skreślić arbitra z listy arbitrów w drodze decyzji administracyjnej.

[37] Decyzja administracyjna wywołująca skutki materialnoprawne ustala sytuację prawną strony, natomiast decyzja wywołująca skutki proceduralne kończy sprawę w danej instancji, zob. M. Jaśkowska, A. Wróbel*: Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Kraków 2005 r., s. 615.

niu jak również w związku z postępowaniu odwoławczym, wydawać się może, że miały one charakter formalny. Jednak w przypadku zatwierdzenia trybu postępowania zamówienia z wolnej ręki, kwestia ta wydaje się dyskusyjna. Decyzja taka skutkowała tym, że w przypadku braku zgody na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, zamawiający musiał przeprowadzić postępowanie w innym trybie, co wiązało się z koniecznością wydłużania czasu postępowania. Konsekwencją takiego stanu rzeczy mogło być nie tylko przesunięcie środków w roku budżetowym, ale w razie ich niewykorzystania – utrata funduszy na zrealizowanie założeń określonych w planie zamówień lub planie wdrażania projektów finansowanych ze środków pomocowych. W związku z tym jednoznaczne określenie, czy decyzja dotycząca zatwierdzenia trybu zamówienia z wolnej ręki była decyzją wywołującą skutki materialnoprawne czy też proceduralne, winna być poprzedzona szczegółową analizą wykraczającą poza zakres niniejszego opracowania.

Inaczej ukształtowane zostały uprawnienia decyzyjne Prezesa Urzędu w sprawach z zakresu zamówień publicznych w ustawie Pzp. Celem wprowadzenia nowej ustawy dotyczącej zamówień publicznych było zapewnienie spójnej, kompleksowej regulacji uwzględniającej zróżnicowanie procedur udzielania zamówień, uzależniając je od wartości oraz dostosowującej polskie prawo o zamówieniach publicznych do wymogów Unii Europejskiej. Unormowanie to miało na celu również likwidację zbędnych obciążeń biurokratycznych i wprowadzenie rozwiązań ułatwiających przedsiębiorcom dostęp do rynku zamówień[38]. W porównaniu do ustawy z 1994 r., kompetencje Prezesa do wydawania decyzji administracyjnych zostały znacznie ograniczone, co jednak nie oznaczało zmniejszonej liczby decyzji w początkowej fazie obowiązywania ustawy[39]. Przepisy zawarte w ustawie Pzp, dotyczące decyzji wpisują się w tendencję decentralizacji systemu zamówień publicznych. Istota tej zasady polega na gwarancji dla zamawiającego samodzielności działania przy udzielaniu zamówień[40]. Podkreślić należy, że zawarte w ustawie z 1994 r. uprawnienia władcze Prezesa Urzędu, ograniczały faktycznie możliwości zamawiającego, zwłaszcza w wielu aspektach proceduralnych postępowania, lecz i tak pozostawiały zamawiającemu samodzielność w podejmowaniu decyzji oraz odpowiedzialność za przeprowadzone postępowanie.

Wejście w życie nowej ustawy nie spowodowało znacznego spadku liczby decyzji wydanych przez Prezesa, mimo tego, że w ustawie Pzp w pierwotnym brzmieniu[41], obowiązek uzyskiwania przez zamawiających decyzji administracyjnych od Prezesa Urzędu został ograniczony do kilku sytuacji. Przedmiotem uprawnień władczych Prezesa w sprawach zamówień publicznych było zatwierdzenie zastosowania trybu z wolnej ręki[42] i trybu negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli wartość zamówienia publicznego przekroczyła wyrażoną w złotych równowartość kwoty 60 000 euro[43] oraz trybu negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych przekraczała wyrażoną w złotych równowar-

[38] Uzasadnienie do projektu ustawy z 29 stycznia 2004 r., druk nr 2218, źródło: www.sejm.gov.pl oraz www.senat.gov.pl.

[39] Zob. tabela nr 2.

[40] Decentralizacja w prawie zamówień publicznych polega na przesunięciu kompetencji, uprawnień i samodzielności i odpowiedzialności za procesy decyzyjne na zamawiającego. Art. 15 ustawy Pzp w sposób jednoznaczny określa, że postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Ponadto art. 18 wskazuje, że za te wszystkie czynności odpowiada kierownik zamawiającego. Zamawiający może upoważnić inne podmioty do działania w jego imieniu. Nie zmienia to faktu, że pełną odpowiedzialność ponosi zamawiający; zob. P. Szustakiewicz: *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007 r., s. 132 i nast.

[41] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych– Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177.

[42] Art. 67 ust. 2 ustawy, o której mowa w przypisie 41.

[43] Art. 62 ust. 2 ustawy, o której mowa w przypisie 41.

tość kwoty 10 000 000 euro, a dla dostaw lub usług– 5 000 000 euro[44]. Tak sformułowana regulacja wywoływała podobne do uprzednio obowiązującej ustawy skutki. Po pierwsze, w dalszym ciągu postępowanie było zbyt sformalizowane, gdyż zamawiający musiał występować z wnioskiem o wydanie decyzji i to jeszcze przed rozpoczęciem postępowania[45], po drugie samodzielność zamawiającego, nie znajdowała pełnego odzwierciedlenia w poszczególnych postępowaniach. Ponadto, zgoda Prezesa niezbędna była na wielu innych etapach udzielania zamówień, jak chociażby do zawarcia umowy, której przedmiotem były świadczenia okresowe lub ciągłe, na czas dłuższy niż 3 lata[46] oraz do zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu[47], jak również na odstąpienie przez zamawiającego od ustawowego obowiązku żądania wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy[48]. Zgodnie z regulacją zawartą w ustawie, Prezes Urzędu dokonywał wpisu lub skreślenia z listy arbitrów oraz zawieszenia arbitra w jego prawach i obowiązkach[49], a także decydował w sprawie wpisu lub odmowy dokonania wpisu na listę organizacji uprawnionych[50] do wnoszenia środków ochrony prawnej[51]. Środki te, poza organizacjami, co do zasady przysługują wykonawcom, uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeśli ich interes prawny[52] w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy[53] (regulacja Pzp w tym zakresie do dziś nie została zmieniona). Natomiast organizacja wpisana na listę, o której jest mowa wyżej, nie ma obowiązku wykazania interesu prawnego przy wnoszeniu środków ochrony prawnej[54].

W ustawie Pzp usankcjonowana została również odpowiedzialność zamawiającego za naruszenie przepisów ustawy. Zgodnie z Pzp, zamawiający, który udziela zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia, bez wymaganego ogłoszenia, unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki unieważnienia

[44] Art. 55 ust. 2 ustawy, o której mowa w przypisie 41.

[45] Zob. T. Kwieciński: Zamówienie z wolnej ręki [w:] J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, pod. red. T. Czajkowskiego, Warszawa 2004 r., s. 189.

[46] Art. 142 ust. 2 ustawy, o której mowa w przypisie 41.

[47] Art. 182 ust. 3 ustawy, o której mowa w przypisie 41.

[48] Art. 147 ust. 4 ustawy, o której mowa w przypisie 41.

[49] Art. 173 ust. 9 ustawy, o której mowa w przypisie 41.

[50] Przez organizacje zrzeszające wykonawców, uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, należy rozumieć organizacje działające na podstawie: ustawy z dnia 20 maja 1989 r. o izbach gospodarczych– Dz. U. z 1989 r. Nr 35, poz. 195 z późń. zm.; ustawy z dnia 22 marca 1989 r. o rzemiośle– t. j. Dz. U. z 2002 r. Nr 112, poz. 797 z późń. zm.; ustawy z dnia 30 maja 1989 r. o samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców– Dz. U. z 1989 r. Nr 35, poz. 194 z późń. zm.; ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców– Dz. U. z 1991 r. Nr 55, poz. 235 z późń. zm. oraz ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów– Dz. U. z 2001 r. Nr 5, poz. 42 z późń. zm. Po wydaniu w kwietniu 2009 r. decyzji w sprawie wpisu na listę jednej z organizacji, działającej na podstawie przepisów omówionych wyżej, lista liczy 126 organizacji.

[51] Art. 179 ust. 4 ustawy, o której mowa w przypisie 41.

[52] Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 8 stycznia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 38/07), interes prawny wnoszącego środek odwoławczy ocenia się w konkretnym postępowaniu, w którym jest ten podmiot uczestnikiem i polega na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. (…) W tak przedstawionym zakresie interesu prawnego uczestnika, ewentualne rozważania o tym, czy w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty dojedzie do zawarcia umowy, czy też z przyczyn wynikających z prawa cywilnego lub prawa zamówień publicznych, efekt taki nie zostanie uzyskany, są bezprzedmiotowe.

[53] Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

[54] W. Łysakowski: *Środki ochrony prawnej* [w:] J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, pod. red. T. Czajkowskiego, Warszawa 2007 r., s. 505.

oraz dokonuje czynności przewidzianych w ustawie bez wymaganej zgody Prezesa Urzędu jak również dokonuje zmian w zawartej umowie z naruszeniem przepisów ustawy podlega karze pieniężnej[55]. Karę tą nakłada Prezes Urzędu w drodze decyzji administracyjnej[56]. Do 2007 r. Prezes Urzędu nie wydał żadnej decyzji nakładającej karę[57], mimo tego, że katalog przesłanek, których wystąpienie skutkować mogło karą, był począwszy, od pierwszej nowelizacji ustawy Pzp rozszerzany[58]. Warto zauważyć, że decyzja ta wywołuje skutek materialnoprawny, gdyż powoduje po stronie zamawiającego powstanie obowiązku w postaci wniesienia określonej kwoty, stanowiącej dochód budżetu państwa.

Wątpliwości budzi kwestia, czy nałożenie kary na zamawiającego w myśl art. 202 ust. 2 ustawy Pzp jest uprawnieniem czy obowiązkiem Prezesa. W doktrynie przyjmuje się, że Prezes Urzędu nie tylko jest uprawniony, ale i obowiązany do wydania decyzji administracyjnej o nałożeniu kary pieniężnej[59]. Należy rozważyć czy regulacja dotycząca decyzji w zakresie nakładania kary jest zasadna oraz czy faktycznie należy traktować ją jako obowiązek Prezesa, a nie prawo. Wydaje się, że tak obszerne unormowanie sankcji w stosunku do zamawiającego w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy Pzp jest zbędne. W wyniku przeprowadzonych kontroli postępowań, po stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy Pzp, Prezes zamiast nałożenia kary pieniężnej może podjąć inne działania. Zgodnie z Pzp, może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w całości lub w części oraz zawiadomić właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych[60] lub wystąpić z wnioskiem o ukaranie za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do właściwej komisji orzekającej[61]. W związku z tym, skoro w sytuacji stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp, Prezes ma inne możliwości niż nałożenie kary, to wydaje się, że określenie kompetencji do wydania decyzji o karze pieniężnej nie jest obowiązkiem, ale uprawnieniem Prezesa.

W dniu 7 kwietnia 2006 r. uchwalona została ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych[62]. Nowelizacja ta przyniosła wiele zmian w obszarze wydawania decyzji administracyjnych przez Prezesa Urzędu. Uchylona została regulacja dotycząca zatwierdzenia trybu negocjacji z ogłoszeniem, Ustawodawca zastąpił ją zawiadomieniem Prezesa o wyborze tego trybu z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego[63]. Podobnie ustawodawca unormował kwestię zatwierdzania trybu w przypadku negocjacji bez ogłoszenia[64] oraz trybu zamówienia z wolnej ręki[65]. Zamawiający samodzielnie decydował o zastosowaniu jednego z wymienionych wyżej trybów, jednak uzyskiwał uprawnienie do zastosowania trybu innego niż podstawowe, wyłącznie po zaistnieniu określonych w Pzp przesłanek.

---

[55] Art. 200 ust. 1 ustawy Pzp.

[56] W brzmieniu ustalonym przez art. 202 ust. 1 ustawy w brzmieniu, o którym mowa w przypisie 40.

[57] Decyzja taka może być wydana, jeśli w wyniku postępowania kontrolnego zostały ujawnione naruszenia przepisów ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia jak również w wyniku przeprowadzenia innego postępowania administracyjnego.

[58] Zob. tabela nr 2.

[59] Zob.: J. Baehr, T. Kwieciński, J. Roliński: *Odpowiedzialność za naruszenie przepisów ustawy* [w:] J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, pod. red. T. Czajkowskiego, Warszawa 2004 r., s. 424.

[60] Działalność rzecznika dyscypliny finansów publicznych uregulowana jest w ustawie z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych– Dz. U. z 2004 r. Nr 14, poz. 114 z późń. zm.

[61] Art. 168 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

[62] Ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych– Dz. U. z 2006 r. Nr 79, poz. 551.

[63] Art. 1 pk 18 ustawy, o której mowa w przypisie 62.

[64] Art. 1 pk 40 ustawy, o której mowa w przypisie 62.

[65] Art. 1 pk 43 ustawy, o której mowa w przypisie 62.

Między innymi z tego powodu nowelizacja ograniczyła w znacznej mierze ilość wydawanych aktów administracyjnych[66]. Wątpliwości budzi jednak charakter zawiadomienia, o którym mowa w art. 67 ust. 2 ustawy, który stanowi, że jeśli wartość zamówienia była równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia. Z jednej strony, zamawiający nie musi uzyskiwać zgody na zastosowanie trybu, można więc przyjąć, że nadmierny formalizm postępowania został zlikwidowany, ponieważ zamawiającemu została pozostawiona pełna samodzielność w zakresie wyboru trybu postępowania. Z drugiej jednak strony, skoro zawiadomienie nie ma nic wspólnego z decyzją, to należy rozważyć czemu ma ono służyć oraz czy nie stanowi kolejnego obowiązku dla zamawiającego, o którego dopełnieniu musi bezwzględnie pamiętać, aby postępowanie prowadzone było zgodnie z obowiązującym prawem. Wydaje się, że obowiązek zawiadomienia Prezesa został wprowadzony przez ustawodawcę jako sygnał do ewentualnej kontroli przeprowadzonego postępowania, gdyby podane w zawiadomieniu informacje budziły wątpliwości co do zasadności wybranego trybu. W poprzedniej regulacji, decyzja o zatwierdzeniu trybu była pewnego rodzaju kontrolą uprzednią– brak zgody powodował, że postępowanie w tym trybie nie mogło zostać wszczęte. W mojej ocenie, mimo tego, że zawiadomienie jest jedną z formalności w postępowaniu o udzielanie zamówienia, to po pierwsze w znacznym stopniu mniej utrudniającym procedurę, niż uzyskanie decyzji, a po drugie stanowi niezwykle pomocny instrument w kontroli prawidłowości wydatkowania środków publicznych przy zastosowaniu trybu niekonkurencyjnego w postaci zamówienia z wolnej ręki.

Nowela uchyliła również unormowanie w zakresie wydawania decyzji administracyjnych przez Prezesa dotyczących wyrażenia zgody na zawarcie umowy, której przedmiotem były świadczenia okresowe lub ciągłe, na czas dłuższy niż 3 lata[67] oraz wyrażenia zgody na odstąpienie od ustawowego obowiązku żądania wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy[68]. Znacznie rozszerzony został katalog przesłanek[69], których wystąpienie uprawniało Prezesa Urzędu do nałożenia kary pieniężnej, jednak z analizy dotychczasowej praktyki wynika, że ilość kar nakładanych przez Prezesa w trybie art. 202 ustawy Pzp nie wzrosła znacząco.

Po zmianie ustawy Pzp w 2008 r.[70], Prezes Urzędu może wydać decyzję jedynie w dwóch przypadkach. Prezes posiada obecnie uprawnienia władcze w zakresie nałożenia kary pieniężnej na zamawiającego, a także wpisania lub skreślenia z listy organizacji zrzeszających wykonawców, uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej[71]. W pierwszym przypadku, jest to decyzja obciążająca zamawiającego. W drugim natomiast, wpis powoduje uprzywilejowanie pewnej grupy podmiotów wnoszących środki ochrony prawnej w stosunku do innych uprawnionych podmiotów, polegające na braku konieczności wskazywania interesu prawnego przy wnoszeniu tych środków. Podmiotowi, który nie jest wpisany na listę organizacji uprawnionych, środki prawne przysługują wyłącznie wtedy, jeśli jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać

[66] Zob. tabela nr 2.

[67] Zgodnie z art. 1 pkt 63 ustawy przywołanej w przypisie 62, jeżeli wartość zamówienia, jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający, w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania, zawiadamia Prezesa Urzędu o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata, podając uzasadnienie faktyczne i prawne

[68] Art. 1 pk 66 ustawy, o której mowa w przypisie 62.

[69] Dodatkowe przesłanki zostały określone w art. 1 pkt 97 ustawy powołanej w przypisie 62.

[70] Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych– Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058.

[71] Art. 179 ust. 4 ustawy Pzp.

uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy[72]. Dotychczasowa kompetencja Prezesa polegająca na wyrażaniu zgody w formie decyzji na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (na wniosek zamawiającego), zostało przekazane Krajowej Izbie Odwoławczej. W związku z powyższym, liczba wydanych decyzji w sprawach zamówień publicznych od początku obowiązywania ustawy Prawo zamówień publicznych, zmniejszyła się z kilku tysięcy do kilku decyzji wydanych w 2009 r.[73].

3. Wnioski końcowe i de lege ferenda

Prezes Urzędu jako organ administracji centralnej, wydaje decyzje w toczącym się postępowaniu administracyjnym. Mimo tego, że obecnie obowiązująca ustawa Pzp w stosunku do ustawy o zamówieniach publicznych, w znacznym stopniu ograniczyła liczbę władczych uprawnień w sprawach z zakresu zamówień publicznych, nie zmienia to faktu, że w dalszym ciągu Prezes w określonych prawem sytuacjach ma kompetencje do wydawania decyzji w sprawach zamówień publicznych. Należałoby rozważyć, czy posiadanie uprawnień decyzyjnych przez Prezesa w tym zakresie jest zasadne. Innymi słowy, czy Prezes będący organem administracji centralnej powinien wywierać wpływ na kształtowanie systemu zamówień publicznych poprzez wydawanie decyzji administracyjnych w sprawach zamówień publicznych. Dane dotyczące liczby decyzji sprzed obowiązywania ustawy Pzp[74], pokazują, że im więcej decyzji w sprawach zamówień publicznych mógł wydawać Prezes, tym postępowanie o udzielenie zamówienia było bardziej skomplikowane, co wydłużało czas jego trwania. Niewydanie decyzji w terminie, a tym samym wydłużony czas oczekiwania na decyzję wpływał na ogólny czas trwania postępowania. Praktyka dowodzi, że im mniej decyzji w sprawach zamówień publicznych wydawanych jest przez Prezesa, tym bardziej samodzielni są zamawiający i znacznie sprawniej funkcjonuje system zamówień, bez zbędnych, biurokratycznych obciążeń.

Liczba negatywnych decyzji[75] wydanych w okresie obowiązywania ustawy z 1994 r., wskazuje na niewłaściwe stosowanie przesłanek zamówienia z wolnej ręki i chęć nadużywania tego trybu przez zamawiających. Zasadność tych rozstrzygnięć potwierdzają statystki, które wykazują niewielką liczbę skarg na decyzje Prezesa, a wyniki rozstrzygnięć dokonywanych przez Naczelny Sąd Administracyjny[76] świadczą o minimalnej liczbie uchybień w decyzjach wydanych przez Prezesa. Podkreślić należy, że tendencja wzrostowa ilości decyzji, zwłaszcza dotyczących zatwierdzenia trybu zamówienia z wolnej ręki w okresie obowiązywania regulacji o zamówieniach publicznych była konsekwencją wzrostu świadomości prawnej zamawiających, którzy początkowo mieli problemy ze stosowaniem przepisów ustawy, ale z czasem zaczęli w pełni wykorzystywać przysługujące im uprawnienia.

Zasygnalizować należy również kwestię uregulowania ustawowego kompetencji Prezesa Urzędu w zakresie podjęcia, prowadzenia oraz zakończenia kontroli. Ustawa Pzp reguluje kwestie związane z kontrolą, lecz nie wskazuje, w jakiej formie następuje wy-

[72] Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

[73] Zob. tabela nr 2.

[74] Zob. tabela nr 2.

[75] Zgodnie z danymi zawartymi w sprawozdaniu z funkcjonowania Urzędu Zamówień Publicznych za rok 1995, 85 % decyzji dotyczyła odmowy zatwierdzenia trybu zamówienia z wolnej ręki– www.uzp.gov.pl– w zakładce zagadnienia merytoryczne– analizy systemowe– roczne sprawozdania– art. 98 Pzp .

[76] W wyniku reformy sądownictwa administracyjnego, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2004 r., sądem właściwym do rozpatrywania skarg na decyzje administracyjne (po wyczerpaniu toku administracyjnego zwrócenia się z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy) jest aktualnie wojewódzki sąd administracyjny w Warszawie– art. 13 ust. 2 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi– Dz. U. z 2002 r. nr 153, poz. 1270 z późń. zm.

dawanie konkretnych rozstrzygnięć przez Prezesa ani jaki jest charakter prawny tych rozstrzygnięć. Ustawa stanowi, że Prezes może wszcząć kontrolę doraźną[77]. Wątpliwości budzi zagadnienie ochrony praw uczestników postępowania, w sytuacji gdy Prezes nie skontroluje postępowania, ponieważ jest to jego uprawnienie, a nie obowiązek. W konsekwencji, w postępowaniach o bardzo dużej wartości, Prezes może, ale nie musi prowadzić kontroli. W mojej opinii nie jest to regulacja właściwa, gdyż pozostawia znaczną swobodę zamawiającym, podczas gdy przeprowadzenie kontroli doraźnej może stanowić niekiedy jedyną formę kontroli działań zamawiającego i dlatego też luka w tym obszarze powinna zostać jak najszybciej usunięta.

W przypadku kontroli uprzedniej zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, jeśli wartość zamówienia albo umowy ramowej dla robót budowlanych jest równa lub przekracza 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług– 10 000 000 euro, Prezes jest zobowiązany do prowadzenia kontroli[78]. Jednak pomimo ustawowego obowiązku prowadzenia kontroli po zaistnieniu wyżej określonych przesłanek, kwestia konsekwencji w przypadku niewszczęcia kontroli również nie została uregulowana. Prezes może odstąpić od przeprowadzenia kontroli, jeśli z wnioskiem o odstąpienie wystąpi instytucja zarządzająca[79]. Ustawodawca nie określił formy prawej czynności odstąpienia rozstrzygnięcia, a przecież rozstrzygnięcie to wywołuje doniosłe skutki prawne, zarówno dla zamawiającego jak i dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Po przeprowadzeniu kontroli, Prezes przekazuje zamawiającemu informację o wyniku kontroli[80], która może zawierać również zalecenia pokontrolne w przypadku wykazania w kontroli rażących naruszeń[81]. Zalecenia te są niezwykle istotne, gdyż wskazują popełnione w postępowaniu naruszenia, jednak zamawiający nie jest nimi związany. Można odnieść zatem wrażenie, że znaczenie zarówno kontroli, jak i jej rezultatów, jest deprecjonowane. Związanie zamawiającego wynikami kontroli z całą pewnością spowodowałoby uniknięcie podobnych naruszeń w innych postępowaniach prowadzonych przez tego zamawiającego. W związku z tym uregulowanie ustawowe prawnych form działania Prezesa Urzędu w zakresie wszczęcia, prowadzenia oraz zakończenia kontroli jest wręcz niezbędne nie tylko dla zgodnego z prawem wydatkowania środków publicznych, ale równie dla prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce.

Tabela 1. Liczba decyzji administracyjnych wydana przez Prezesa UZP w latach 1995–2003

Lp.	Przedmiot decyzji administracyjnej	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
1.	Odstąpienie od trybu przetargu nieograniczonego/wyrażenie/ niewyrażenie zgody na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki	524	1635	1623	5 817	6 874	7 971	10 298	14 791	12 549

[77] Art. 165 ust. 1 ustawy Pzp.
[78] Art. 169 ust. 2 ustawy Pzp.
[79] Art. 169 ust. 4 ustawy Pzp.
[80] Art. 171 ust. 1 ustawy Pzp.
[81] Art. 171 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

2.	Skrócenie terminu składania ofert	2 124	*	5645	4 358	4 274	4 308	4 591	348	119
3.	Wyrażenie zgody na przygotowanie oferty w języku powszechnie używanym w handlu międzynarodowym	4	*	9			35	40		
4.	Odstąpienie od obowiązku wnoszenia wadium			95	226	268	248	239	129	122
5.	Zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu	17	*	18			12	26	29	34
6.	Odstąpienie od preferencji krajowych	101	*	185	279	281	311	263	300	359
7.	Zawarcie umowy na czas dłuższy niż 3 lata						1 020	1 641	2 093	1 967
8.	Wpis/ odmowa wpisu na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej								61	40
9.	Razem:	2 770	1 635	7 575	10 680	11 697	13 905	17 098	17 751	15 190

*– brak danych

Opracowanie własne na podstawie sprawozdań z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w latach 2004– 2008 zamieszczonych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce zagadnienia merytoryczne– analizy systemowe– roczne sprawozdania– art. 98 Pzp (www.uzp.gov.pl)

Tabela 2. Liczba decyzji administracyjnych wydana przez Prezesa UZP w latach 2004– 2009

Lp.	**Przedmiot decyzji administracyjnej**	**2004**	**2005**	**2006**	**2007**	**2008**	**– do 15 maja 2009**
1.	Zastosowanie trybu innego niż przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony	6 188	4 698	1 488			
2.	Opublikowanie ogłoszenia w BZP postępowania o wartości niższej niż 60 000 euro	79					
3.	Zawarcie umowy na czas dłuższy niż 3 lata	786	573	137			

4.	Wpis/ odmowa wpisu na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej	42	45	7	2		2
5.	Zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu	51	222	57	39	16	
6.	Odstąpienie od ustawowego obowiązku żądania wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy	19	27	31			
7.	Wpis lub skreślenie z listy arbitrów oraz zawieszenie arbitra w jego prawach i obowiązkach	376	8		9		
8.	Odstąpienie od preferencji	78					
9.	Skrócenie terminu składania ofert	40	27				
10.	Zwolnienie z wadium	24					
11.	Nałożenie kary pieniężnej				5	9	1
12.	Razem:	7 683	5 600	1 720	55	25	3

Opracowanie własne na podstawie sprawozdań z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w latach 2004– 2008 zamieszczonych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych w zakładce zagadnienia merytoryczne– analizy systemowe– roczne sprawozdania– art. 98 Pzp (www.uzp.gov.pl)

WARUNKI WYMAGANE OD ARCHITEKTÓW W ZAKRESIE ZDOLNOŚCI DO NALEŻYTEGO WYKONANIA ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Michał Łuc
– doktorant Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

W celu zapewnienia właściwego i rzetelnego wykorzystania środków publicznych ustawa Prawo zamówień publicznych[1] nakłada na jednostki zarządzające takimi środkami obowiązek udzielenia zamówienia publicznego jedynie takiemu podmiotowi, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia[2]. Doprecyzowanie tej zasady zawarte zostało w art. 22 p.z.p., który to stanowi, że podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego powinny posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień (ust. 1); posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia (ust. 2) znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (ust. 3) oraz nie podlegać wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia (ust. 4). Przesłanki te stanowią podstawę do oceny podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem ich ewentualnego wykluczenia z postępowania, natomiast nie mają one bezpośredniego wpływu na wybór jednej z ofert[3], przy czym nieprawidłowe ich określenie przez zamawiającego stanowi naruszenie jego obowiązków, co może doprowadzić do wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego[4]. Mając na uwadze blankietowy charakter art. 22 p.z.p. należy uznać, że zadaniem podmiotu organizującego postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest skonkretyzowanie wymogów stawianych uczestnikom takiego postępowania, a więc ustalenie minimalnych wymogów, których spełnienie jest niezbędne, aby zostały osiągnięte cele leżące u podstaw uchwalenia p.z.p.[5] I tak, w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia będzie wykonanie prac projektowych należy rozważyć, w celu jak najlepszego rozdysponowania środków publicznych, jakie wymogi podmiotowe mogą i powinny być stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Znalezienie odpowiedzi na tak postawione pytanie pozwoli nam na zweryfikowanie, czy dany podmiot jest w stanie zrealizować zamówienie w sposób odpowiadający zamawiającemu i z należytą starannością[6].

Przede wszystkim należy więc zauważyć, że ustawa p.z.p. wprowadza wymagania odnoszące się do posiadania odpowiednich uprawnień przez podmioty zajmujące się działalnością projektową[7]. Obowiązek taki wynika wprost z ustawy prawo budowlane[8], gdzie

[1] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r., tekst jednolity: Dz. U. 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm., dalej jako: p.z.p.

[2] E. Norek, *Prawo zamówień publiczny. Komentarz*, Warszawa 2008, wyd. 3, s.

[3] Por. art. 24 i 91 p.z.p., J. Baehr, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, pod red. T. Czajkowskiego, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 125.

[4] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18 września 2006 r., UZP/ZO/0-2471/06, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 25 stycznia 2006 r. UZP/ZO/0-153/06.

[5] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 czerwca 2006 r., UZP/ZO/0-1757/06.

[6] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 czerwca 2006 r., UZP/ZO/0-1757/06.

[7] Por. J. Baehr, *Prawo zamówień…*, s. 126.

[8] Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r., tekst jednolity: Dz. U. 2006 r. Nr 156 poz. 1118 z późn. zm.

w art. 20 oraz art. 35 ust. 1 pkt 4) wskazano, że wykonanie projektu powinno nastąpić przez osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia budowlane, a więc przez podmiot wykonujący samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu rozdziału II ustawy Prawo budowlane[9]. Koniecznym jest więc, aby jednostka przygotowująca postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wprowadziła wymóg posiadania przez uczestników takiego postępowania odpowiednich uprawnień uzależnionych od rodzaju planowego przedsięwzięcia[10]. Niezbędnym staje się zatem określenie, czy wymagane są uprawnienia nieograniczone, czy o ograniczonym zakresie, jak i określenie specjalności wymaganej u osób, które mają wykonać zadanie publiczne. Kwestią oczywistą jest przy tym, że zamawiający może wymagać, aby uczestnicy posiadali uprawnienia w różnych specjalnościach niezbędnych do wykonania zadania, ewentualnie aby zapewnili oni uczestnictwo podmiotów posiadających takie uprawnienia[11]. Zamawiający powinien także sprawdzić, czy przedstawione przez podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia uprawnienia odpowiadają rzeczywistym potrzebom związanym ze specyfiką konkretnego zadania publicznego. Jest to problem o tyle istotny, że z uwagi na zmieniające się ustawodawstwo w zakresie dotyczącym uprawnień zawodowych projektantów możemy spotkać się z przypadkami, gdy zakres uprawnień osoby, która uzyskała je na podstawie nieobowiązujących już przepisów, nie będzie tożsamy z zakresem uprawnień obecnie uzyskiwanych, pomimo podobnej lub wręcz identycznej nazwy uzyskanej specjalności[12]. Bezsprzecznie należy przy tym uznać, że zarówno zamawiający, jak i inni uczestnicy postępowania nie mają możliwości kwestionowania uprawnień innego z uczestników, o ile ten ostatni otrzymał uprawnienia zgodnie z przepisami ustawy. Nawet więc w sytuacji, gdy zamawiający nie zgadza się z tym, aby zamówienie wykonywała osoba, która uprawnienia uzyskała np. na podstawie przepisów umożliwiających pełnienie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie osobom, które nie mają odpowiedniej praktyki na „placu budowy", a uzyskały ją wykonując czynności inspekcyjno-kontrolne[13], musi w warunkach udziału zastrzec dodatkowe wymogi odnoszące się do doświadczenia, a nie żądać, aby uczestnikami były jedynie osoby, które uprawnienia uzyskały na podstawie aprobowanych przez zamawiającego przepisów.

Znacznie bardziej skomplikowane problemy związane są z wymogami posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (ewentualnie przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia). Określenie bowiem wymaganego doświadczenia i wiedzy w korelacji do konkretnego zamówienia w sposób, który nie będzie utrudniać uczciwej konkurencji[14], często jawi się jako przeszkoda nie do przezwyciężenia, co w konsekwencji prowadzi do unieważnienia postępowań o udzielenie zamówienia.

---

[9] Por. też: B. Czarakcziew, E. Witkowska, *Projekt budowlany. Vademecum projektanta i inwestora*, Kraków 2004, wyd. I, s. 21 i nast.

[10] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24 marca 2006 r., wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 lutego 2006 r., UZP/ZO/0-383/06.

[11] Należy bowiem zdaniem autora stwierdzić, że pomimo dosłownego brzmienia art. 22 ust. 1, który to wskazuje, że to wykonawca ma posiadać odpowiednie uprawnienia, wymóg posiadania odpowiednich uprawnień budowlanych powinien odnosić się do osób, które wykonawca „zapewnia" na potrzeby postępowania, a więc takich, przy pomocy których zamówienie będzie realizowane.

[12] A więc uprawnień uzyskanych przed wejściem w życie ustawy Prawo budowlane (por. art. 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów, Dz. U. z 2001 r. Nr 5, poz. 42 z późn. zm.).

[13] Por. ust. 3 i 4 § 3 rozporządzenia Ministra transportu i budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, Dz. U. Nr 83, poz. 578, dodane rozporządzeniem z dnia 5 listopada 2007 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, Dz. U. Nr 210, poz. 1258.

[14] Art. 22 ust. 2 p.z.p.

Aby móc właściwie przedstawić wzmiankowaną problematykę, punktem wyjścia należy uczynić omówienie specyfiki pracy architekta. Zauważyć bowiem należy, że zadanie postawione przed architektem może w szczególności polegać na przygotowaniu projektu koncepcyjnego, projektu budowlanego, projektu wykonawczego lub też projektu powykonawczego[15], a więc jego praca może przybrać postać od najogólniejszego projektu (koncepcja), po opracowanie szczegółowej dokumentacji umożliwiającej zrealizowanie zadania budowlanego. Mając więc na uwadze, że wymagania stawiane architektom w postępowaniu są uzależnione od przedmiotu zamówienia, należy uznać, że w wypadku konieczności opracowania projektu koncepcyjnego zamawiający może w znacznej mierze zrezygnować z konieczności wprowadzania wymogów, o których mowa w art. 22 ust. 2 p.z.p.[16] W przypadku takim zamawiający zainteresowany jest bowiem w uzyskaniu rozwiązania, które w jak najpełniejszy sposób będzie odpowiadało jego wizji i potrzebom, a możliwość jego uzyskania wymaga co do zasady jedynie często innowacyjnego podejścia lub wykazania talentu artystycznego, a więc wymogów, co do których dodatkowe doświadczenie i wiedza nie są niezbędne. Należy więc uznać, że w sytuacji gdy zamawiający jest zainteresowany jedynie w uzyskaniu koncepcji projektu nie powinien on wymagać od potencjalnych wykonawców spełnienia dodatkowych wymagań o których mowa w ust. 2 art. 22 p.z.p.[17].

Inaczej rzecz przedstawia się w przypadku kolejnych „etapów" pracy architekta. W ich przypadku – mając na uwadze, że są one niezbędne do uzyskania pozwolenia na budowę (projekt budowlany), czy też prowadzenia prac realizacyjnych (projekt wykonawczy) – jak najbardziej uzasadnione jawi się wprowadzenie przez zamawiającego wymogu dotyczącego posiadania odpowiedniej wiedzy czy też doświadczenia po stronie wykonawcy. Podobnie należy odnieść się do wykonywania projektów powykonawczych – w ich zakresie sam „talent" i wiedza oraz doświadczenie potwierdzone uzyskaniem uprawnień mogą okazać się niewystarczające i uzasadnione staje się wprowadzenie dodatkowych wymogów w zakresie ich wykazania. Autor stoi przy tym na stanowisku, że dla wykazania doświadczenia i wiedzy w wykonywaniu projektów budowlanych wykonawcy mogą przedstawiać, mając na uwadze znaczne podobieństwo wymogów, także wykonane projekty wykonawcze, przy czym zachodzi także korelacja odwrotna, tj. w celu wykazania odpowiedniego doświadczenia w realizacji projektów wykonawczych można posiłkować się opracowanymi projektami, na podstawie których można uzyskać pozwolenia na budowę[18]. Nie można natomiast wykazywać spełnienia przesłanek doświadczenia i wiedzy wymaganych dla sporządzenia projektu budowlanego, czy też wykonawczego przez wykazywanie doświadczenie w sporządzeniu projektów powykonawczych. Z drugiej strony należy uznać, że podmiot posiadający odpowiednie doświadczenie w tworzeniu projektów budowlanych i wykonawczych może podjąć się wykonywania projektów powykonawczych[19].

Kontynuując temat posiadania odpowiedniego doświadczenia i wiedzy w zakresie działalności projektowej[20] należy rozstrzygnąć zagadnienie od kogo powinniśmy wymagać

[15] B. Czarakcziew, E. Witkowska, *Projekt budowlany…*, s. 17 i nast.

[16] I ograniczyć się np. do posiadania przez architekta doświadczenia wymaganego ustawą do zdobycia uprawnień.

[17] Należy przy tym zastrzec, że przepisy prawa autorskiego nie stoją na przeszkodzie udzielenia zamówienia jedynie w celu uzyskania koncepcji projektu. Kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia mające na celu wyłonienie wykonawcy, który przygotuje projekt budowlany, może bowiem zakończyć się wyborem innego podmiotu aniżeli twórca koncepcji, z tym zastrzeżeniem, że jako twórca koncepcji będzie podawany jej autor, a jako twórca projektu – podmiot nowo wybrany. Pozwala nam to zatem wybrać na potrzeby postępowania podmiot

[18] Por. art. 34 i 35 ustawy Prawo budowlane.

[19] W ten też sposób należałoby zdaniem autora uszczegółowić tezę wyroku Zespołu Arbitrów z dnia z dnia 10 maja 2006 r. UZP/ZO/0-1301/06.

[20] A więc intelektualnej.

spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ustawodawca w art. 22 p.z.p. bezsprzecznie wskazał, że to wykonawca ma posiadać odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Powstaje zatem pytanie, jak należy badać doświadczenie oraz wiedzę uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem czy przedmiotem naszego zainteresowania powinno być badanie, czy to konkretna jednostka organizacyjna ubiegająca się obecnie o udzielenie zamówienia „opracowywała" w przeszłości projekty, czy też wymóg posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia powinniśmy odnosić do konkretnych osób uprawnionych do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie, którymi jednostka – wykonawca dysponuje. Aby omówić to zagadnienie zasadnym wydaje się wcześniejsze zwrócenie uwagi na następujące kwestie. Otóż przy działalności projektowej wymagane jest zazwyczaj powołanie osoby pełniącej funkcję koordynatora wszelkich innych prac projektowych[21]. Jest to podmiot pełniący funkcję głównego projektanta, który jest odpowiedzialny za zapewniający prawidłowość całego projektu, w tym jego zgodności z przepisami prawa, przy czym kwestią oczywistą jest wymóg posiadania przez niego odpowiednich uprawnień. Ponadto zgodnie z wykształconą praktyką dowodzenie doświadczenia następuje w drodze przedkładania referencji, które „muszą być wystawione na wykonawcę a nie na jego pracownika"[22], natomiast same prace projektowe mogą być wykonane jedynie przez osobę fizyczną, która swoim podpisem potwierdzi zgodność projektu z zasadami wiedzy technicznej i przepisami prawa. Zestawienie tych reguł na tle dosłownego brzmienia przepisu nie daje, zdaniem autora[23], jednoznacznej i racjonalnej odpowiedzi, co do tego, od kogo możemy wymagać doświadczenia i wiedzy. Wątpliwości mogą jednakże powstać w sytuacji, gdybyśmy uznali, że powinniśmy badać doświadczenie danego wykonawcy (nie będącego osobą fizyczną, która pełniła funkcje głównego projektanta), podczas gdy na dzień przedkładania referencji żadna z osób uczestniczących w wykonywaniu ukończonych projektów (czy po prostu główny projektant) nie byli już do dyspozycji wykonawcy (np. zaprzestali współpracy z wykonawcą). Dlatego też, zdaniem autora, podstawą do badania doświadczenia i wiedzy danego wykonawcy w zakresie działalności projektowej powinno być nie tyle doświadczenie samego wykonawcy, tj. jednostki organizacyjnej „dysponującej" projektantami, ile doświadczenie konkretnych projektantów, a w szczególności głównego. Inaczej rzecz ujmując – w przypadku prac, których wykonanie zależy od osobistych przymiotów osób, którymi dysponuje wykonawca, badanie odpowiedniego doświadczenia i wiedzy powinno być dokonywane mając na uwadze dalsze brzmienie ust. 2 art. 22 p.z.p., a więc sformułowania „dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia"[24]. Tak też powinny być udzielane referencje za wykonanie konkretnych prac (wskazanie zarówno wykonawcy, jak i głównego projektanta, ewentualnie osoby sprawdzającej[25]).

Kolejnym zagadnieniem związanym z posiadaniem odpowiedniego doświadczenia i wiedzy po stronie wykonawcy jest kwestia odniesienia tych wymogów do rodzaju wykonanych prac. Nie budzi bowiem wątpliwości stwierdzenie, że dany uczestnik spełni warunki udziału w postępowaniu dopiero wówczas, gdy wykaże, że w zakresie objętym zamówieniem posiada on już odpowiednie doświadczenie[26]. Tak więc konieczne będzie ustalenie, czy prace projektowe już wcześniej wykonane odpowiadają charakterowi prac będących przedmiotem ogłoszonego postępowania. Powstaje zatem kolejne pytanie – jak należy badać tę adekwatność? Zdaniem autora należałoby sprawdzić takie kwestie jak: wartość wykonanych prac, przy czym aby móc twierdzić o posiadaniu odpowiedniego doświad-

[21] Por. art. 20 ust. 1a) ustawy Prawo budowlane.
[22] Postanowienie Zespołu Arbitrów z dnia 28 czerwca 2006 r., UZP/ZO/0-1831/06.
[23] W szczególności na tle wykształconej praktyki zgodnej z dosłownym brzmieniem ustawy.
[24] Tak też zdaje się M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych*. *Komentarz*, LEX 2007, wyd. 3.
[25] Por. art. 20 ust. 2 ustawy Prawo budowlane.
[26] Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 sierpnia 2006 r. UZP/ZO/0-2296/06.

czenia konieczne byłoby, aby wartość wcześniej wykonanych prac nie odbiegała znacznie od wartości prac, o które dany podmiot się stara[27], przeznaczenie danych prac[28], czy też uwarunkowania geograficzne w ramach których projektant ma działać. Dopiero więc po ustaleniu, że dany wykonawca posiada doświadczenie i wiedzę w zakresie wykonywania danego typu projektów będziemy mogli zgodnie z interesem publicznym dopuścić go do wykonywania przedmiotu zamówienia.

Odnośnie kolejnej przesłanki określonej w ust. 2 art. 22 p.z.p. tj. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wydaje się, że mając na uwadze specyfikę prac projektowych, wymóg ten nie będzie często stawiany architektom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Podobnie rzecz przedstawia się także w innych przypadkach, gdy przedmiotem zamówienia są usługi „intelektualne". Odnosząc się natomiast do wymogu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia należy uznać, że tak jak przy określeniu i zbadaniu przez zamawiającego wymaganych uprawnień i doświadczenia wykonawcy (głównego projektanta) tak samo należy od zamawiającego wymagać dochowania szczególnej staranności w zakresie ustalania kwalifikacji podmiotów, przy pomocy których praca projektowa będzie wykonana. Tym samym oprócz możliwości wprowadzania wymogów dotyczących ilości pracowników zatrudnionych u wykonawcy, można warunki udziału w postępowaniu uzależnić od przedstawienia przez wykonawcę wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności[29].

Kolejnym wymogiem wynikającym z p.z.p. jest posiadanie odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej możliwość wykonania zamówienia. Co do zasady wykonawca w przypadku realizacji prac projektowych nie będzie musiał znajdować się w żadnej specyficznej sytuacji ekonomicznej. Wykonawca taki nie musi przecież zakupywać drogich materiałów, czy też przeznaczać znacznych środków finansowych na zakup odpowiednich urządzeń. Zazwyczaj jest on w stanie wykonać swoje obowiązki z wykorzystaniem sprzętu wykorzystywanego w codziennej pracy architektów. Z tej też racji niezasadne, jako zasada, jawi się wprowadzanie wymogu posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej czy też finansowej po stronie uczestników postępowania o udzielenie zamówienia na prace projektowe. Wyjątek może stanowić wymóg posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na kwotę zabezpieczającą ewentualne roszczenia zamawiającego związane z nienależytym wykonaniem prac projektowych[30]. Kwestia ta jest szczególnie ważna mając na uwadze wpływ, jaki na wykonanie całego zadania ma właściwe przygotowanie projektu, co tym samym wysoko wyznacza granice odpowiedzialności architekta.

Ostatni warunek udziału w postępowaniu wymieniony w art. 22 p.z.p. jest jednakowy dla każdego wykonawcy – dany wykonawca nie może podlegać wyłączeniu w rozumieniu

---

[27] Dopuszczalne różnice, aby uznać, że wartość prac wykonanych odpowiada wartości prac zamawianych powinna wynosić nie więcej niż 30%.

[28] Przy czym trudno abstrakcyjnie określić kiedy mamy do czynienia z pracami podobnymi z uwagi na przeznaczenie – można wskazywać np. że zaprojektowanie biurowca z przeznaczeniem dla urzędników miejskich jest jakościowo różne od zaprojektowania stadionu, ale nie mamy już takiej pewności w przypadku biurowca z budynkiem mieszkalnym.

[29] Por. § 1 ust. 2 pkt 4 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.).

[30] Por. § 1 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów…

art. 24 p.z.p. Z uwagi na uczynienie przedmiotem niniejszego referatu wymogów stawianych architektom, a więc omówienia kwalifikacji, jakie projektanci powinni posiadać w celu należytego wykonania przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 1-3 p.z.p.) rozważania dotyczące wspomnianej przesłanki negatywnej nie będą prowadzone.

Na koniec należy zauważyć, że w przypadku prac projektowych szerokie zastosowanie może znaleźć postępowanie konkursowe. W jego wyniku dochodzi do możliwości porównania podmiotów startujących w konkursie pod względem wykazania przez nich odpowiednich cech podmiotowych, a zatem wiedzy i zdolności koncepcyjnych oraz innych zdolności intelektualnych wykonawców[31]. Z tej też racji po pozytywnym zweryfikowaniu wiedzy i kwalifikacji wykonawcy na podstawie przeprowadzonego konkursu zamawiający może w znacznym zakresie odstąpić od określania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia opierając się w tym zakresie na wyniku konkursu.

Podsumowując omawianą problematykę należy stwierdzić, że w zakresie usług „intelektualnych", a więc w szczególności takich, które polegają na wykonywaniu prac projektowych warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia określone w art. 22 p.z.p. mogą budzić pewne wątpliwości interpretacyjne. Właściwe ich wyjaśnienie powinno zmierzać do ustalenia konieczności badania wymogów udziału w postępowaniu w odniesieniu do osoby pełniącej funkcje głównego projektanta, jak i sprawdzaniu przesłanek doświadczenia oraz wiedzy mając na uwadze nie tylko wartość i charakter wykonywanych prac, ale także ich rodzaj (prace koncepcyjne, prace projektowe). Dopiero takie podejście do problematyki warunków udziału w postępowania o udzielenie zamówienia zapewnia osiągnięcie celów prawa zamówień publicznych, gwarantując właściwe zagospodarowanie funduszy publicznych.

[31] R. Szostak, *Zamawianie prac projektowych w trybie konkursu, cz. I*, Zamówienia Publiczne DORADCA nr 1/2008, s. 8 i nast.

PRZESŁANKI SKUTECZNEGO WNOSZENIA ŚRODKÓW OCHRONY PRAWNEJ W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Ambroży Mituś
– doktor Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

Istota środków ochrony prawnej

Celem każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie umowy z wykonawcą, który po pierwsze – przedstawił ofertę najkorzystniejszą, a po drugie – gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Na straży realizacji tego celu stoi szereg instytucji prawnych, a w szczególności system środków ochrony prawnej, służący kontroli (weryfikacji) zachowań zamawiającego w toku postępowania.

Aby móc skutecznie skorzystać z środków ochrony prawnej ustawa prawo zamówień publicznych[1] wymaga ziszczenia się kilku podstawowych przesłanek, a mianowicie[2]:

1) środek ochrony prawnej musi wnieść podmiot uprawniony,
2) musi nastąpić realny lub potencjalny uszczerbek w interesie prawnym podmiotu uprawnionego,
3) musi nastąpić naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy,
4) musi istnieć adekwatny związek przyczynowy między naruszeniem przepisów a uszczerbkiem w interesie prawnym.

Ustawa prawo zamówień publicznych do środków ochrony prawnej zalicza:

a) Protest wnoszony do Zamawiającego (art. 180-183 Ust.Pzp).

Protest inicjuje swoiste postępowanie reklamacyjne, którego przedmiotem może być każda czynność albo zaniechanie zamawiającego, do której jest on obowiązany na podstawie ustawy[3]. Protest można także wnieść wobec treści ogłoszenia o zamówieniu (konkursie), postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), regulaminu konkursu (art. 180 ust. 1 Ust.Pzp).

Protest musi wskazywać oprotestowaną czynność albo zaniechanie zamawiającego, a także zawierać żądanie wraz z zwięzłym przytoczeniem zarzutów (brak przedstawienia zarzutów uniemożliwia merytoryczne odniesienie się do złożonego środka ochrony prawnej[4]) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu (art. 180 ust. 8 Ust.Pzp).

b) Odwołanie wnoszone do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 184-193a Ust.Pzp), a rozpatrywane przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO).

---

[1] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwana dalej Ust.Pzp.

[2] A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych*, UZP, Warszawa 2006, s. 6-7.

[3] J. Pokrzywniak, T. Kwieciński, J. Baehr, *Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych*, UZP, Warszawa – Katowice 2006, s. 6.

[4] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej UZP z dnia 28 grudnia 2007 r. (KIO/UZP/1454/07), LexPolonica nr 1809788.

Odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu. Przy czym, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych[5], odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego (art. 184 ust. 1a Ust.Pzp):

– 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;
– odrzucenia oferty.

Postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny do którego stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego[6] o sądzie polubownym (arbitrażowym).

c) Skarga do sądu powszechnego (art. 194-198 Ust.Pzp).

Skarga do sądu powszechnego na orzeczenie KIO przysługuje stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego. Jest ona nadzwyczajnym środkiem ochrony prawnej, łączącym w sobie pewne elementy apelacji, kasacji i zażalenia. Celem jej jest (podobnie jak odwołania), by podmiot niezależny od zamawiającego przeprowadził kontrolę jego zachowania, i w razie stwierdzania naruszenia przepisów wymusił na zamawiającym przywrócenie stanu zgodnego z prawem.

Środki ochrony prawnej można podzielić na dwie grupy, tj. zwykłe środki kontroli, do których zaliczymy protest i odwołanie, oraz nadzwyczajne środki kontroli, do których zaliczymy skargę do sądu powszechnego (kontrola sądowa). Postępowanie w ramach zwykłych środków kontroli jest *sui generis* dwuinstancyjnym postępowaniem protestacyjno-odwoławczym, gdzie:

– w I instancji rozstrzygnięcie podejmuje sam zamawiający, ustosunkowując się w jego treści do podjętego lub zaniechanego przez siebie działania,
– w II instancji rozstrzygnięcie wydaje Krajowa Izba Odwoławcza, na skutek wniesionego do Prezesa UZP odwołania.

Wniesienie środka ochrony prawnej, do innego podmiotu niż wskazany ustawowo, skutkuje tym, że podmiot uprawniony nie skorzysta z przysługującej mu ochrony prawnej. Jest to konsekwencją braku istnienia w systemie zamówień publicznych normy, jaka występuje w innych postępowaniach, że „wniesienie pisma do organu niewłaściwego przed upływem przepisanego terminu, uważa się za wniesione z zachowaniem terminu".

Ponadto „instancyjna" konstrukcja środków ochrony prawnej powoduje, że przedstawienie w postępowaniu wyższej instancji zarzutów, które nie były objęte postępowaniem niższej instancji nie jest skuteczne[7]. Jednakże, gdy złożony środek ochrony prawnej nie zostanie w całości uwzględniony, podmiot uprawniony ma interes prawny we wnoszeniu środków w nie uwzględnionym zakresie[8].

[5] Obecnie: Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z 2007 r. Nr 241, poz. 1762).

[6] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296).

[7] J. Pokrzywniak, T. Kwieciński, J. Baehr, *Środki ochrony* …, s. 7.

[8] A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Analiza wyroków* …, s. 14.

Podmioty uprawnione do wnoszenia środków ochrony prawnej

W myśl art. 179 ust. 1 Ust.Pzp, środki ochrony prawnej przysługują „wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom", pod warunkiem, że ich interes prawny doznał lub może doznać uszczerbku[9]. Oznacza to, że podmiotem uprawnionym do wnoszenia środków ochrony prawnej jest tylko ten, kto wykaże, że:

– należy do którejkolwiek z w/w kategorii podmiotów (tj. wykonawca, uczestnik konkursu lub inny podmiot),
– jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku.

Choć zgodnie z art. 2 pkt 11 Ust.Pzp pod pojęciem wykonawcy (definicja legalna) należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego to jednak o tym, czy danemu podmiotowi przysługuje status wykonawcy decyduje zarówno tryb postępowania, jak i etap w którym dane postępowanie się znajduje. Zasadniczo w postępowaniach otwartych status wykonawcy przysługuje każdemu podmiotowi, który w jakikolwiek sposób przejawił wobec zamawiającego chęć uzyskania zamówienia, a w postępowaniach zamkniętych status wykonawcy przysługuje tylko podmiotom zaproszonym do udziału w postępowaniu. Dlatego do momentu składania ofert status wykonawcy przysługuje każdemu podmiotowi, który ujawnił chęć uzyskania zamówienia, a po upływie terminu składania ofert – status wykonawcy przysługuje tylko podmiotom, które złożyły ofertę.

Możliwość wniesienia środka ochrony prawnej przed terminem składania ofert wynika z założenia, że środki te powinny być dostępne także podmiotom, które są zainteresowane danym zamówieniem, ale jednak nie mogą wziąć udziału w postępowaniu wskutek dyskryminacyjnego sformułowania warunków udziału w postępowaniu[10].

W odniesieniu do środków ochrony prawnej ustawowe pojęcie wykonawcy ulega ograniczeniu o podmiot, który zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, jako że wniesienie środka ochrony prawnej (protestu) jest dopuszczalne tylko przed zawarciem umowy (art. 108 ust 6 Ust.Pzp).

Drugą kategorię podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej stanowią uczestnicy konkursu. Pierwotnie, na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych[11], możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej przez uczestników konkursu została umożliwiona dopiero uchwałą Sądu Najwyższego, która przesądziła, że także „uczestnikom konkursu (…) przysługują środki odwoławcze"[12].

Zgodnie z obecnie obowiązującą regulacją prawną przez uczestników konkursu, rozumie się osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Przy czym, jeżeli przepisy szczególne wymagają posiadania uprawnień do opracowania pracy konkursowej, uczestnikami konkursu mogą być tylko i wyłącznie

[9] Wyrok Zespołu Arbitrów – UZP z dnia 24 stycznia 2006 r. (UZP/ZO/0-144/06), LexPolonica nr 1121557.

[10] Zob.: Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (Szósta Izba) Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG przeciwko Republice Austrii z dnia 12 lutego 2004 r., Sprawa C-230/02, LexPolonica nr 370041.

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

[12] Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 31 marca 2004 r. (III CZP 7/2004), LexPolonica nr 366234.

osoby fizyczne posiadające wymagane uprawnienia lub podmioty posługujące się osobami fizycznymi posiadającymi takowe uprawnienia (art. 118 ust. 2 Ust.Pzp).

O ile dość łatwo jest określić krąg wykonawców i uczestników konkursu jako podmiotów legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej, o tyle trudno jest, a zwłaszcza wyczerpująco określić krąg „innych osób". Na pewno istnienie tej kategorii podmiotów jest swoistym „wentylem bezpieczeństwa", zapewniającym ochronę osobom mającym interes prawny w uzyskaniu zamówienia, lecz nie posiadającym statusu wykonawcy albo uczestnika konkursu. Do tej kategorii osób można zaliczyć na przykład osoby, które zamierzają ubiegać się o dopuszczenie do udziału w konkursie albo osoby nie zaproszone do udziału w postępowaniu, choć taki obowiązek ciążył na zamawiającym[13].

Przed upływem terminu do składania ofert, w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, do podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej należą także organizacje zrzeszające wykonawców, wpisane na listę prowadzoną przez Prezesa UZP. Na chwilę obecną jest 126 organizacji (stan na kwiecień 2009)[14], które mogą występować zarówno w interesie konkretnego wykonawcy, jak i w interesie określonej grupy zawodowej[15].

Zgodnie z art. 179 ust. 3 Ust.Pzp przez organizacje zrzeszające wykonawców, należy rozumieć podmioty działające na podstawie przepisów:

1) ustawy z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych (Dz.U. z 1989 r. Nr 35, poz. 195),
2) ustawy z dnia 22 marca 1989 r. o rzemiośle (tj.: Dz.U. z 2002 r. Nr 112, poz. 979 z późn. zm.),
3) ustawy z dnia 30 maja 1989 r. o samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców (Dz.U. z 1989 r. Nr 35, poz. 194),
4) ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców (Dz.U. z 1991 r. Nr 55, poz. 235),
5) ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz.U. z 2001 r. Nr 5, poz. 42).

Organizacje zrzeszające wykonawców wpisane na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej stanowią odrębną kategorię podmiotów od kategorii „innych osób". Ich uprawnienie ma charakter formalnoprawny, gdyż wnoszą środki ochrony prawnej nie w swoim, lecz w cudzym interesie, tj. w interesie swoich członków[16]. Statuują to przepisy w/w ustaw na podstawie których działają podkreślające, że ich celem jest „reprezentowanie interesów członków"[17]. Wnoszony przez organizację środek ochrony prawnej będzie przede wszystkim dotyczył treści SIWZ, ze względu na to, że uprawnienie organizacji kończy się z chwilą upływu terminu składania ofert (art. 179 ust. 2 Ust.Pzp).

Ponieważ w systemie zamówień publicznych środki ochrony prawnej, poza protestem, nie mają charakteru samoistnego (ich wniesienie uwarunkowane jest wniesieniem środka wcześniej przysługującego), krąg podmiotów uprawniony do wniesienia środka ulega stopniowemu ograniczeniu. Stąd, aby być uprawnionym do wniesienia odwołania, należy

[13] T. Czajkowski (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. II, UZP, Warszawa 2006, s. 386.

[14] www.uzp.gov.pl (30-04-2009).

[15] J. Pokrzywniak, T. Kwieciński, J. Baehr, *Środki ochrony* …, s. 22.

[16] A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Analiza wyroków* …, s. 8.

[17] Zob.: art. 4 ustawy o samorządzie zawodowym niektórych przedsiębiorców; art. 7 ust. 5 pkt 4 ustawy o rzemiośle; art. 2 ustawy o izbach gospodarczych.

wcześniej wnieść protest lub przystąpić do takiego protestu. Z kolei, aby być uprawnionym do złożenia skargi należy być stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Jedynym środkiem ochrony prawnej, jaki może wnieść zamawiający jest skarga do sądu powszechnego na orzeczenie KIO. Ta możliwość początkowa była kwestionowana, z uwagi na brak wymienienia w art. 179 Ust.Pzp „zamawiającego" jako uprawnionego do wniesienia środka ochrony prawnej. Pośrednio na dopuszczalność wniesienia skargi przez zamawiającego wskazywał art. 196 ust. 2 Ust.Pzp, posługujący się zwrotem „zamawiający w skardze". Uprawnienie to w 2005 r. zostało potwierdzone uchwałą Sądu Najwyższego stwierdzającą, że „zamawiającemu przysługuje legitymacja do wniesienia skargi do sądu"[18]. Ostatecznie wątpliwości te zostały usunięte przez dodanie do art. 179 Ust.Pzp ustępu 1a, stanowiącego *expressis verbis* o możliwości wnoszenia skargi do sądu przez zamawiającego.

Uprawnionym do wniesienia skargi jest także Prezes UZP, który z tego uprawnienia może skorzystać w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia KIO.

Interes prawny w uzyskaniu zamówienia

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Ust.Pzp, warunkiem skutecznego wniesienia przez podmiot uprawniony środka ochrony prawnej jest wykazanie, że jego interes prawny w uzyskaniu danego zamówienia, wskutek naruszenia przepisów ustawy, doznał lub może doznać uszczerbku. Inaczej mówiąc, podmiot uprawniony, aby skutecznie wnieść środek ochrony prawnej musi wykazać, że gdyby postępowanie było prowadzone zgodnie z przepisami, miałby szansę na uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy. Niewykazanie istnienia interesu prawnego skutkuje oddaleniem wniesionego środka, nawet wówczas, gdy wykazane zostanie naruszenie przepisów prawnych przez zamawiającego[19]. Z drugiej strony „nie odniesie oczekiwanego skutku środek odwoławczy wobec czynności zamawiającego, która wprawdzie narusza interes prawny wykonawcy, ale została dokonana zgodnie z prawem, tak samo jak bezskuteczne będzie zaskarżanie niezgodnej z ustawą czynności zamawiającego, która nie narusza interesu prawnego wykonawcy"[20].

Mając na uwadze powyższe, w systemie środków ochrony prawnej, zasadniczą kategorią prawną jest pojęcie „interesu prawnego".

Choć ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji „interesu prawnego", to wydaje się, że należy go interpretować w myśl ustaleń doktryny i judykatury poczynionych przede wszystkim na gruncie prawa cywilnego[21]. Przy czym, w systemie zamówień publicznych należy go oceniać nie tylko w aspekcie przepisów z zakresu zamówień publicznych, ale także pod kątem zgodności z całym systemem prawnym i zasadami współżycia społecznego[22].

Dokonując wykładni językowej wyrażenia „interes prawny" stwierdzamy, że przez

[18] Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 14 stycznia 2005 r. (III CZP 71/2004; OSNC 2005/12 poz. 201), LexPolonica nr 372704.

[19] W. Łysakowski, *Środki ochrony prawnej. Poradnik*, UZP, Warszawa 2004, s. 21.

[20] Wyrok Zespołu Arbitrów – UZP z dnia 23 kwietnia 2007 r. (UZP/ZO/0-445/07), LexPolonica nr 1998665.

[21] Wyrok Zespołu Arbitrów – UZP z dnia 23 sierpnia 2006 r. (UZP/ZO/0-2320/06), LexPolonica nr 1955760.

[22] Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 31 marca 2004 r. (III CZP 7/2004), LexPolonica nr 366234

zwrot „interes" rozumie się „pożytek, korzyść, zysk"[23]. Natomiast epitet „prawny" przesądza, że chodzi o interes mający uzasadnienie w prawie (wynikający z konkretnego prawa lub stosunku prawnego). Podkreśla to jeden z wyroków Zespołu Arbitrów, w którym czytamy, że „epitet *„prawny"* wskazuje sferę prawa jako płaszczyznę odniesienia, do której interes będzie odnoszony. *„Prawny"* oznacza, że dany interes musi mieć podstawę w normie prawnej, czyli inaczej mówiąc: korzyść, jaką zamierza się osiągnąć, musi mieć swoje źródło w prawie"[24]. Dlatego interes prawny nie może być utożsamiany z interesem faktycznym, mającym charakter subiektywny, i w związku z tym nie mogącym stanowić „podstawy żądania protestującego"[25].

Na pewno interes prawny to interes zgodny z wolą ustawodawcy i oceniany przez niego jako zasługujący na ochronę[26]. Istotą interesu prawnego jest „jego związek z konkretną normą prawa materialnego – taką normą, którą można wskazać jako jego podstawę i z której podmiot legitymujący się tym interesem może wywodzić swoje racje. Może to być norma należąca do każdej gałęzi prawa (...), ale za każdym razem norma dająca się indywidualnie określić i wyodrębnić spośród innych norm – norma, której treść można do końca ustalić"[27]. Szczególną cechą interesu prawnego „jest jego realność (i konkretność – przypis autora). Nie może to być interes tylko przewidywalny w przyszłości, hipotetyczny, ale rzeczywiście istniejący"[28]. Wykazanie naruszenia interesu prawnego musi „opierać się na faktach, a nie na hipotezach i domysłach. Fakty te muszą być przy tym udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione"[29].

Interes prawny może być zarówno majątkowy (związany z możliwością uzyskania zamówienia), jak i nie majątkowy (związany np. z dobrą renomą podmiotu, tajemnicą handlową itp.)[30]. Nie jest też konieczne doznanie uszczerbku, a jedynie wystarczy jego zagrożenie. Najistotniejsze jest jednak, aby interes prawny był indywidualny, konkretny, realny i znajdował potwierdzenie w okolicznościach faktycznych, które uzasadniały zastosowanie normy prawa materialnego[31].

Dla przykładu interes prawny podmiotu uprawnionego doznaje uszczerbku w przypadku, gdy w następstwie uwzględnienia protestu lub odwołania, a następnie ponownej oceny ofert, oferta wnoszącego środek byłaby uznana za ofertę najkorzystniejszą[32]. Interes prawny podmiotu, którego dalszy udział w postępowaniu jest niemożliwy „nie może być oceniany przez pryzmat jego ewentualnego przyszłego i niepewnego udziału w przyszłym przetargu, który być może byłby przeprowadzony, co do którego skarżący nie może mieć jednak pewność, jaki byłby jego wynik. Interes prawny skarżącego musi

[23] Biblioteka Multimedialna PWN, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, Edycja 2003, Słownik języka polskiego PWN.

[24] Wyrok Zespołu Arbitrów – UZP z dnia 23 kwietnia 2007 r. (UZP/ZO/0-445/07), LexPolonica nr 1998665.

[25] A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, *Analiza wyroków* …, s. 10.

[26] M. Mincer-Jaśkowska, Glosa do Wyroku NSA – Ośrodek Zamiejscowy w Krakowie z dnia 3 stycznia 1995 r. (SA/Kr 2937/94; OSP 1996/2 str. 61), LexPolonica nr 286664.

[27] J. Zimmermann, Glosa do Wyroku NSA z dnia 2 lutego 1996 r. (IV SA 846/95; OSP 1997/4 str. 203), LexPolonica nr 287572.

[28] Ibidem.

[29] Wyrok Zespołu Arbitrów – UZP z dnia 31 marca 2003 r. (UZP/ZO/0-337/03), LexPolonica nr 372033; Wyrok Zespołu Arbitrów – UZP z dnia 7 maja 2007 r. (UZP/ZO/0-502/07), LexPolonica nr 2002356.

[30] Wyrok Zespołu Arbitrów – UZP z dnia 20 października 2006 r. (UZP/ZO/0-2635/06), LexPolonica nr 1966448.

[31] Wyrok NSA z dnia 24 listopada 2004 r. (OSK 919/2004; ONSAiWSA 2005/5 poz. 92), LexPolonica nr 387073.

[32] Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2003 r. (V Ca 165/2003), LexPolonica nr 395676.

doznać uszczerbku w konkretnym przetargu[33], w którym on uczestniczy i musi polegać na tym, że traci on możliwość jego wygrania"[34].

Dlatego wykonawca ostatecznie wykluczony lub którego oferta została odrzucona nie ma żadnego interesu prawnego. Aby można było mówić o istnieniu interesu prawnego, niezbędne jest „by dany wykonawca był nadal uczestnikiem postępowania (…), a także by składane przez niego środki ochrony prawnej dawały mu możliwość uzyskania zamówienia. Wykonawca, który nie oprotestuje czynności wykluczenia go z postępowania w terminie, przestaje być uczestnikiem takiego postępowania i w związku z tym nie ma możliwości uzyskania zamówienia, a zatem brak jest istniejącego po stronie takiego podmiotu interesu prawnego w kwestionowaniu działań zamawiającego, w tym także wyboru oferty najkorzystniejszej"[35]. W doktrynie można jednak znaleźć także pogląd odmienny, w którym podnosi się, że „nawet jeśli podmiot wykluczony z udziału w postępowaniu (…) traci status „wykonawcy", to nadal może być uznany za „inną osobę" w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Ma on legitymację do wnoszenia środków odwoławczych nie tylko wtedy, gdy jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia został już naruszony, ale i wówczas, gdy może być naruszony w przyszłości, w nowym postępowaniu"[36]. Wydaje się jednak, że zarówno w świetle obowiązujących przepisów, jak i istniejącego orzecznictwa jest to daleko idąca interpretacja, nie znajdująca uzasadnienia prawnego. Na pewno takim uzasadnieniem nie jest argumentacja, że na ochronę zasługuje interes prawny, który „może być naruszony w przyszłości, w nowym postępowaniu", choćby dlatego, że interes prawny wnoszącego środek ochrony prawnej „ocenia się w konkretnym postępowaniu, w którym jest ten podmiot uczestnikiem i polega na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą"[37]. Ponadto takowa „ochrona na przyszłość" nie ma znaczenia dla nowego postępowania, które od samego początku – jak każde postępowanie – może być weryfikowane przy pomocy właściwych mu środków ochrony prawnej.

Należy także podnieść, że „interes prawny wykonawcy w zaskarżaniu decyzji zamawiającego bądź braku tych decyzji zamawiającego ograniczony jest do uszczerbku w interesie poszczególnego wykonawcy, a nie w interesie innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu bądź w interesie ogólnej normy obowiązku przestrzegania ustawy"[38].

Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy

Środki ochrony prawnej, chroniąc wykonawców przed dowolnością zachowań ze strony zamawiającego, mają na celu przywrócenie prawa, którego został on pozbawiony wskutek naruszenia określonych zasad postępowania przy udzielaniu zamówienia. Choć ustawa Prawo zamówień publicznych mówi o naruszeniu „przepisów ustawy", a nie naruszeniu zasad postępowania, to oczywistym jest, że naruszenie jakiegokolwiek przepisu ustawy pociąga za sobą naruszenie co najmniej jednej z zasad udzielania zamówień publicznych.

---

[33] Zob.: Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 23 lutego 2005 r. (III CK 298/2004), LexPolonica nr 1825226; Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 19 sierpnia 2004 r. (I PK 621/2003; OSNP 2005/9 poz. 125), LexPolonica nr 377089.

[34] Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2003 r. (V Ca 165/2003), LexPolonica nr 395676.

[35] Wyrok Zespołu Arbitrów – UZP z dnia 18 stycznia 2007 r. (UZP/ZO/0-20/07, UZP/ZO/0-21/07), LexPolonica nr 1806338.

[36] Szerzej zob.: J. Pokrzywniak, T. Kwieciński, J. Baehr, *Środki ochrony* …, s. 15.

[37] Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2008 r. (KIO/UZP 38/07) [w:] M. Stręciwilk, J. Chabasiewicz, M. Grabarczyk, *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej*, z. 1, Warszawa 2008, s. 82.

[38] Ibidem.

Na równi z naruszeniem „przepisów ustawy" należy traktować naruszenie przepisów wydanych z upoważnienia ustawowego[39]. Podstawą wniesienia środka ochrony prawnej może być także naruszenie przepisów innych ustaw oraz przepisów prawa wspólnotowego. Przy czym, jeżeli naruszenie przez zamawiającego przepisów innych ustaw nie stanowi jednocześnie naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych, powołanie się na to naruszenie może nie być wystarczające[40].

Na koniec należy podkreślić, że podmiot uprawniony, aby skutecznie wnieść środek ochrony prawnej musi wykazać istnienie tzw. adekwatnego związku przyczynowego, pomiędzy naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, a doznaniem lub możliwością doznania uszczerbku w interesie prawnym.

[39] Zespołu Arbitrów – UZP z dnia 23 kwietnia 2007 r. (UZP/ZO/0-445/07), LexPolonica nr 1998665.
[40] J. Pokrzywniak, T. Kwieciński, J. Baehr, *Środki ochrony* …, s. 16.

PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH – POJĘCIE I ZAKRES REGULACJI

Henryk Nowicki
– doktor Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, członek Rady Zamówień Publicznych

Dokonując analizy pojęcia Prawo zamówień publicznych, jak również wskazując na zakres regulacji, nie sposób odnieść się tylko do aktualnej regulacji prawnej. Należy te rozważania ująć również w kontekście ich ewolucji w okresie ostatnich piętnastu lat, tj. od dnia uchwalenia ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku[1] do dnia dzisiejszego. Analizując zaś aktualne regulacje prawne dotyczące zamówień publicznych nie możemy ograniczyć się tylko do ustawy z 29 stycznia 2004 roku[2] czy też ustawy o finansach publicznych[3].

Niezbędne zatem jest przedstawienie podstawowych instytucji prawnych odnoszących się do wydatkowania środków publicznych poprzez system zamówień publicznych. Złożoność regulacji prawnych i ich rozległość rodzi problemy związane z stosowaniem jak i interpretacją poszczególnych norm zawartych w aktach prawnych dotyczących omawianego zakresu regulacji.

Prowadząc rozważania związane z pojęciem prawa zamówień publicznych należy odnieść się do podstawowych kwestii terminologicznych związanych z ujmowaniem tego zagadnienia. Niezbędnym zatem będzie, w pierwszej kolejności, zdefiniowanie pojęcia „zamówienia publicznego", aby następnie można było przejść do terminu „prawo zamówień publicznych".

Ustawodawca wprowadzając w 1994 roku do polskiego systemu prawa regulacje o zamówieniach publicznych wskazał, że określa ona zasady, formy i tryb udzielania zamówień publicznych, organ właściwy w sprawach o zamówienia publiczne, a także tryb rozpatrywania protestów i odwołań złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego[4]. Przy czym pod pojęciem zamówień publicznych należało rozumieć zamówienia na roboty budowlane, dostawy oraz wykonywanie usług, opłacane ze środków publicznych[5]. Powołany został również centralny organ administracji rządowej, właściwy w sprawach zamówień publicznych, tj. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podległy Prezesowi Rady Ministrów i przez tegoż powoływany i odwoływany. Przy Prezesie utworzono organ doradczy i opiniodawczy, którym zostało Kolegium. Ustawa w kształcie pierwotnym w sposób jednoznaczny zawierała głównie przepisy o charakterze publicznoprawnym. Dopiero w części poświęconej umowom w sprawach zamówień publicznych ustawodawca nadał ustawie charakter lex specjalis w stosunku do kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania cywilnego[6]. Również do odpowiedniego, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, stosowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego ustawa odsyłała w przypadku postępowania

[1] Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst pierwotny Dz. U. nr 76, poz. 344).

[2] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2006 r. nr 164, poz. 1163 z zm.) dalej w tekście cytowana jako „Ustawa".

[3] Ustawa z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 15, poz. 148 z zm.).

[4] Art. 1 ustawy z 1994 r.

[5] Art. 2 pkt 4 ustawy jak wyżej.

[6] Art. 72 ustawy z 1994 r. w tekście pierwotnym: Do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego i Kodeksu postępowania cywilnego, jeżeli przepisy niniejsze ustawy nie stanowią inaczej.

odwoławczego[7]. Natomiast w przepisach przejściowych i końcowych ustawodawca wskazał[8] jako organ kontrolny, właściwy w sprawach zamówień publicznych, regionalne izby obrachunkowe, a naruszenie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych zakwalifikował jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych[9].

Ważnymi, z rozważanego punktu widzenia, zmianami była nowelizacja z 29 stycznia 1997 roku[10], w której ustawodawca w szerszym, niż dotychczas zakresie, odwołał się do innych regulacji ustawowych. Już w artykule 2, będącym „słownikiem" ustawy, odstąpiono do własnego definiowania pojęć na rzecz odesłania do innych ustaw prawa materialnego. Określając roboty budowlane odwołano się do ustawy Prawo budowlane[11], podobnie uczyniono definiując inne pojęcia[12]. Istotną zmianą było dodanie nowego art. 6a w którym wprowadzono odwołanie się do stosowania, do czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, dostawców lub wykonawców przepisów Kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie i przepisach odrębnych[13]. Uczestnikom postępowania odwoławczego przyznano prawo zaskarżania, do sądu powszechnego, orzeczeń zespołu arbitrów na zasadach określonych w Kodeksie postępowania cywilnego[14]. Nowelizacją z września 2000 roku dokonano penalizacji niektórych działań związanych z procesem udzielania zamówień publicznych[15]. W czerwcu 2001 roku kolejną nowelizacją ustawy dokonano dalszego odwołania do innych ustaw, rozbudowano szereg regulacji odnoszących się do udzielania zamówień publicznych oraz uszczegółowiono regulacje dotyczącą skargi, kierowanej tym razem już do Sądu Okręgowego w Warszawie, bez prawa kierowania kasacji do Sądu Najwyższego[16]. Ustawą z lipca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych dokonano poszerzenia kręgu podmiotów do których adresowane są normy prawne tej ustawy, poprzez przyznanie prawa do składania środków odwoławczych organizacjom pracodawców i przedsiębiorców zrzeszających dostawców lub wykonawców wpisanych na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu[17]. Kolejną nowelizacją z grudnia 2001 roku zmieniono usytuowanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w systemie administracji rządowej przyznając uprawnienia do wykonywania nadzoru nad tym organem ministrowi właściwemu do spraw administracji publicznej[18]. W listopadzie 2002 roku uchwalono[19] przepis określający zasady jawności umów w sprawach zamówień pu-

[7] Art. 87 ustawy z 1994 r.

[8] Art. 93 ustawy jak wyżej.

[9] Art. 94 ustawy jak wyżej.

[10] Ustawa z dnia 29 stycznia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 123, poz. 778).

[11] Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity:. Dz. U. nr 89, poz. 414 z zm.).

[12] Odwołano się, między innymi, do ustawy z dnia 5 stycznia 1991 r. Prawo budżetowe (Dz. U. z 1993 r. nr 72, poz. 344 z zm.); ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 1993 r. nr 7, poz. 34 z zm.); ustawy z dnia 9 stycznia 1997 r. Kodeks celny (Dz. U. nr 23, poz. 117 z zm.)

[13] Art. 1 pkt 5 ustawy zmieniającej z 29 stycznia 1997 r.

[14] Art. 1 pkt 57 ustawy jak wyżej dodał art. 91a w ustawie o zamówieniach publicznych.

[15] Ustawa z dnia 9 września 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy – Prawo bankowe (Dz. U. nr 93, poz. 1027).

[16] Art. 1 pkt 53 ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 76, poz. 813).

[17] Art. 1 pkt 19 ustawy z dnia 26 lipca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 113, poz. 1208).

[18] Art. 14 ustawy z dnia 21 grudnia 2001 r. o zmianie ustawy o organizacji i trybie pracy Rady Ministrów oraz o zakresie działania ministrów, ustawy o działach administracji rządowej oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. nr 154, poz. 1800).

[19] Ustawa z dnia 22 listopada 2002 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2003 r. nr 2, poz. 16).

blicznych poprzez poddanie tego obowiązku zasadom wynikającym z ustawy o dostępie do informacji publicznej[20].

Nieco odmiennie zakres regulacji ujęty został w nowej ustawie z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[21] poprzez wskazanie, że ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Jednocześnie ustawa w swych postanowieniach odsyłała do kolejnych ustaw. W artykule 2 znajdujemy odesłanie przy definiowaniu pojęcia: ceny – do ustawy o cenach[22], robót budowlanych oraz wykonywaniu robót budowlanych – do ustawy prawo budowlane[23], środków publicznych i jednostek sektora finansów publicznych – do przepisów o finansach publicznych[24]. Wprowadzając wyłączenia stosowania ustawy do zamówień, których przedmiotem jest uzbrojenie następuje również odwołanie do odpowiedniej ustawy[25]. Natomiast w artykule 13 ust. 1 następuje bezpośrednie odesłanie do rozporządzenia w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień[26]. Odesłanie do prawa Unii Europejskiej wystąpiło również w związku z wprowadzoną procedurą atestacyjną[27]. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 14, stosuje się przepisy kodeksu cywilnego[28], jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Stosowanie przepisów kodeksu cywilnego zostało również utrzymane do umów w sprawach zamówień publicznych, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej[29]. Natomiast w postępowaniu odwoławczym i postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi do sądu, ustawa wskazała na odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu postępowania cywilnego[30], w pierwszym przypadku o sądzie polubownym, w drugim zaś o apelacji, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W ustawie występuje również odesłanie do szeregu innych ustaw, których jednak ze względu na ich tylko pomocnicze znaczenie nie będę przywoływał[31], chodzi tu o ustawy wprost powołane w Pzp, ale również takie, do stosowania których odwołanie ma charakter pośredni np. wydawanie decyzji administracyjnych czy też stosowanie polskich norm.

Kolejne nowelizacje Pzp nie przyniosły zasadniczych zmian w zakresie odwoływania się do innych aktów prawnych, które odpowiednio należy stosować w procesie udzielania zamówień publicznych. Wyjątkiem szczególnym może być wprowadzenie[32] do zmienionego punktu 10 artykułu 2 pojęcia usługi poprzez odwołanie się bezpośrednie do dyrektyw

[20] Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. nr 112, poz. 1198).

[21] Dz. U. Nr 19, poz. 177 z dnia 9 lutego 2004 r., Ustawa zwana dalej Pzp.

[22] Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. nr 97, poz. 1050 z zm.).

[23] Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r. nr 207, poz. 2016 z zm.).

[24] Ustawa z dnia z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 15, poz. 148 z późn. zm.).

[25] Ustawa z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. nr 119, poz. 1250 z zm.)

[26] Rozporządzenie nr 2195/2002 z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (Dz. Urz. WE L 340).

[27] Art. 134 ust. 6 – Dyrektywa Rady nr 92/13/EWG

[28] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 93 z zm.)

[29] Art. 139 ust. 1 Pzp.

[30] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. nr 43, poz. 296 z zm.).

[31] Ustawa z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskie Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. nr 109, poz. 1158 z zm.) – art. 45 ust. 6 pkt 5; Ustawa z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe (Dz. U. nr 130, poz. 1188) – art. 67 ust. ust. 3 pkt 5; Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (Dz. U. z 2002 r. nr 49, poz. 447 z zm.) – art. 120 ust. 2;

[32] Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 171, poz. 1058).

2004/18/WE i 2004/17/WE[33] Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku. Podobnie w art. 5 odwołano się do treści regulacji wspomnianych dyrektyw.

Oczywiste, że wprowadzane kolejne zmiany ustawy w sposób zasadniczy zmieniały zakres regulacji poprzez np. powołanie Krajowej Izby Odwoławczej[34]. Zmiany te jednak nie wpłynęły na zasadniczy charakter regulacji ustawowej.

Z pojęciem zamówienia publicznego spotykamy się na gruncie ustawy[35], która to ustawa w artykule drugim zamieszcza ustawową definicję zamówień publicznych pod którym rozumie „umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane". Zatem z ustawowej definicji wynika jednoznacznie, że zamówienie publiczne wykonuje się /realizuje/ z wykorzystaniem prawnej formy działania jaką jest umowa, przy czym ustawodawca odsyła do trzech podstawowych umów z jednoczesnym rozszerzeniem ich katalogu. Czyni to poprzez zdefiniowanie pojęcia dostawy pod którym rozumie nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Ustawodawca używając określenia „w szczególności" wskazał, że dostawa może być realizowana również na podstawie innych umów określonych przepisami kodeksu cywilnego i to zarówno umów nazwanych jak i nienazwanych. Jednocześnie pojęcie umowy dostawy zostało rozszerzone w stosunku do postanowień k.c.[36] poprzez objęcie nią nabywania nie tylko rzeczy lecz również praw i innych dóbr. Ustawowo zostało również określone pojęcie robót budowlanych[37], przez które należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy prawo budowlane[38], która to ustawa pod pojęciem robót budowlanych rozumie budowę ale również przebudowę, montaż, remont lub rozbiórkę obiektu budowlanego[39]. Podobnie uczynił ustawodawca, wzorując się na regulacji dyrektywy 2004/18/WE, z zdefiniowaniem usług poprzez przyjęcie tzw. definicji negatywnej, pod pojęciem których należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy.[40] Nie dokonując, w tym miejscu, szerszego omówienia problematyki umów zawieranych dla realizacji zamówień publicznych należy wskazać, że same umowy są tylko prawną formą realizacji zadań, przez zamawiającego, jakimi jest dokonywanie zakupów.

Określając zakres regulacji ustawodawca dokonał tego w ujęciu przedmiotowym oraz podmiotowym. Przedmiotem regulacji ustawy są: 1/ zasady udzielania zamówień publicznych, 2/ tryby udzielania zamówień publicznych, 3/ środki ochrony prawnej, 4/ kontrola udzielania zamówień publicznych, 5/ organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Tytuł ustawy, jak i jej zakres przedmiotowy nie wskazują, aby celem regulacji ustawowej było szersze uregulowanie problematyki umów w zamówieniach publicznych. Ustawa, w swej treści, zawiera głównie regulacje określające prowadzenie postępowań,

[33] Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

[34] Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustaw (Dz. U. nr 82, poz. 560).

[35] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 z zm.) dalej w tekście cytowana jako „Ustawa".

[36] Art. 605 i nast. k.c.

[37] Określenie roboty budowlane w Ustawie zostało dostosowane do określenia wprowadzonego w art. 1.2.b dyrektywy 2004/18/WE.

[38] Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2006 r. nr 156, poz. 1118 z zm.).

[39] Art. 3 pkt 7 ustawy jak wyżej.

[40] Art. 2 pkt 10 Ustawy.

których celem jest udzielanie zamówień publicznych w wyniku których dochodzi do zawarcia umów na realizację zamówień publicznych, natomiast stosunkowo niewiele zawiera regulacji dotyczących bezpośrednio treści umów i ich wykonywania.

Prowadząc rozważania dotyczące prawa zamówień publicznych zasadne będzie umiejscowienie tej regulacji w systemie prawa, a tym samym dokonanie analizy pojęcia „Prawa zamówień publicznych". Chodzi tu nie o tylko o zakres przedmiotowy regulacji prawnej, ale również o metodę regulacji i w konsekwencji przyporządkowanie prawa zamówień do jednej z gałęzi prawa lub też jego wyodrębnienie w systemie prawa. Zagadnienie to jest ważne zarówno z punktu widzenia teoretycznego jak i praktycznego, co ma istotne znaczenie dla podmiotów uczestniczących w zamówieniach publicznych i właściwych organów stosujących te przepisy. Wśród autorów spotkać można odmienne próby zaliczenia przepisów „Prawa zamówień publicznych" do prawa prywatnego czy też do prawa publicznego[41]. Przepisy ustawy w sposób jednoznaczny, moim zdaniem, wskazują na publicznoprawny charakter unormowań. Pogląd taki, co prawda w stosunku do ustawy z 1994 o zamówieniach publicznych, wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 13 września 2001 r.[42], w którym to wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że celem ustawy jest ochrona interesu publicznego a zatem normy tam zawarte mają charakter norm publicznoprawny. Pogląd ten jest również aktualny w odniesieniu do Ustawy z 2004 roku. Trudno zresztą uznać za poważny argument, wskazujący na cywilnoprawny charakter tej ustawy, fakt odesłania w ustawie do odpowiedniego stosowania w relacjach zamawiający – wykonawca kodeksu cywilnego[43]. Należy zauważyć, że ustawa odwołuje się do wielu ustaw, o czym była mowa wyżej, należących do różnych gałęzi prawa, do przepisów, które muszą być stosowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też ważnym jest określenie przedmiotu regulacji pod którym rozumiemy „prawo zamówień publicznych". W literaturze, jak dotąd, nie wypracowano jednoznacznego określenia dla tej regulacji prawnej. Celem niniejszego opracowania jest wskazanie na potencjalne możliwości rozumienia pojęcia „prawo zamówień publicznych". Termin ten możemy rozumieć przynajmniej w kilku znaczeniach:

1/ w ujęciu najwęższym pojęcie „prawo zamówień publicznych" będziemy odnosili do regulacji zawartej w tekście ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[44] oraz w przepisach wykonawczych do tej ustawy,

2/ w ujęciu szerszym pojęcie „prawo zamówień publicznych" możemy odnosić do regulacji – zawartych w punkcie powyższym, – przepisy zawarte w innych ustawach, do których bezpośrednio Ustawa się odwołuje /np. powoływana już ustawa o ocenach, Prawo budowlane, ale i ustawa o finansach publicznych itd./, – przepisy zawarte w innych ustawach które stosuje się uzupełniająco w stosunku do Ustawy /„jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej" np. – ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny; – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego/ przepisy innych ustaw, które to ustawy odwołują się i zobowiązują do stosowania, w określonych procedurach, przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych /np. ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej[45], ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym[46] itd./,

---

[41] Zob. J. Sadowy, Prawo zamówień publicznych. Zarys wykładu, Wszechnica Polska, Szkoła Wyższa TWP, Warszawa 2007, s. 10; M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych, Wprowadzenie, Zakamycze 2004, s. 15; R. Szostak, Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2005, s. 7-8.

[42] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2001 r. (IVCKN 381/00), w: OSNC 2002r. nr 6, poz. 75.

[43] Odmienny pogląd zob. np. P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 77 i 78.

[44] Tj. Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 z zm.

[45] Dz. U. z 1997 r. nr 97, poz. 43 z zm.

[46] Dz. U. z 2009 r. nr 19, poz. 100.

3/ natomiast w ujęciu najszerszym pojęcie „prawo zamówień publicznych" będziemy odnosili do aktów prawnych /które zostały wymienione wyżej/ oraz regulacji Unii Europejskiej odnoszące się do zamówień publicznych[47] w tym dyrektyw[48] i umów[49], których stroną jest UE i odnoszących się do zamówień publicznych. Niezależnie od charakteru tych aktów prawnych /Unii Europejskiej/ treść tych aktów bezpośrednio bądź pośrednio kształtuje sytuację prawną podmiotów uczestniczących w zamówieniach publicznych realizowanych w Polsce, kształtują one również sytuację prawną polskich uczestników zamówień publicznych realizowanych w krajach objętych tymi regulacjami.

Przyjmując różne rozumienie terminu prawo zamówień publicznych musimy mieć świadomość bardzo złożonego charakteru tych pojęć, gdyż w ujęciu szerszym do tego zakresu regulacji zaliczamy przepisy prawa administracyjnego, finansowego, cywilnego, postępowania cywilnego, karnego. Natomiast w ujęciu najszerszym pojawia się problematyka prawnomiędzynarodowa i relacji unormowań tam zawartych do regulacji krajowych. Nie predystynując do wydzielenia „prawa zamówień publicznych" jako gałęzi prawa, pozwolę sobie jednak dokonać bliższego jego określenia. W podstawowym zakresie prowadzona analiza dokonywana jest w oparciu o regulacje zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych. Takie podejście do tematu w sposób zdecydowany uprości nasz zakres rozważań.

Biorąc powyższe pod uwagę można sformułować następujące wnioski odnoszące się do terminu „prawo zamówień publicznych", które to wnioski pozwolą na jego wyodrębnienie w systemie prawa.

---

[47] Należy zaznaczyć, że CPV z woli ustawodawcy, art. 227 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Polska stosuje Wspólny Słownik Zamówień w Unii Europejskiej od dnia 1 maja 2004 r. Wspólny Słownik został wprowadzony Rozporządzeniem (WE) Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 (Dz.U.UE.L.02.340.1) zmienionym Rozporządzeniem (WE) nr 2151/2003 z 16 grudnia 2003 r. zmieniające Rozporządzenie (WE) Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego oraz Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). Zgodnie z postanowieniami Rozporządzenia 2151/2003 stosowanie kodów CPV do określania przedmiotu zamówienia przez zamawiających z obecnych Państw Członkowskich UE stało się obowiązkowe z dniem 20 grudnia 2003 r.

[48] Dyrektywa 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. dotycząca koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (D.U.UE.L.89.395, s. 33, ze zmianami), – dyrektywa 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektora gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U.UE.L92.76, s.14 ze zmianami), – Dyrektywa 2004/17/WE (sektorowa) Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. Koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U.UE.L.04.134, s. 1, ze zmianami), – Dyrektywa 2004/18/WE (klasyczna) Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.UE.L.04.134, s. 114, ze zmianami).

[49] Przykładem mogą być umowy: 1) Porozumienie w sprawie zamówień publicznych zawarte 15 kwietnia 1994 r. w ramach Światowej Organizacji Handlu (Dz.U.UE.L.94.336.273 z dnia 23 grudnia 1994 r.), 2) Umowa między Wspólnotą Europejską a Państwem Izrael w sprawie zamówień udzielanych przez operatorów telekomunikacyjnych (Dz.U.UE.L.97.207.74 z dnia 30 lipca 1997 r.), 3) Umowa między Wspólnotą Europejską a Państwem Izrael w sprawie zamówień publicznych (Dz.U.UE.L.97.202.85 z dnia 30 lipca 1997 r.), 4) Porozumienie między Wspólnotą Europejską a Konfederacją Szwajcarską w sprawie niektórych aspektów zamówień rządowych (Dz.U.UE.L.02.114.430 z dnia 30 kwietnia 2002 r.), 5) Porozumienia w formie wymiany listów między Wspólnotą Europejską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki w sprawie zamówień publicznych (Dz.U.UE.L.95.134.26 z dnia 20 czerwca 1995 r.), 6) Umowa o partnerstwie gospodarczym oraz koordynacji politycznej i współpracy między Wspólnotą Europejską i jej Państwami Członkowskimi, z jednej strony, a Meksykańskimi Stanami Zjednoczonymi, z drugiej strony (Dz.U.UE. L.00.276.45 z dnia 28 października 2000 r.).

1/ Prawo zamówień publicznych stanowi zwarty system regulacji prawnych odnoszących się do „przedmiotu" jakim jest udzielanie zamówień publicznych (z tego też względu można wskazywać na wyodrębnienie przedmiotowe).

2/ Prawo zamówień zawiera regulacje prawne wskazujące na określony krąg podmiotów uczestniczących w procesie udzielania zamówień publicznych, podmiotami tymi są: zamawiający, wykonawcy, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza, Rada Zamówień Publicznych, Sądy okręgowe, biegli, pełnomocnicy itd. Ustawa wskazując zakres podmiotowy jednocześnie określa zadania i uprawnienia poszczególnych uczestników tworząc tym samym krąg podmiotów uczestniczących, w tym organów uprawnionych do podejmowania rozstrzygnięć władczych w stosunku do innych uczestników (można tutaj mówić o tzw. wyodrębnieniu podmiotowym[50]).

3/ Zakres regulacji ustawy wskazuje na jej ścisłe i główne powiązanie z publicznym prawem gospodarczym (w tym administracyjnym prawem gospodarczym) i posługiwanie się w procesie udzielania zamówień publicznych prawnymi formami działania właściwymi dla tej regulacji prawnej tj. metodami administracyjnymi (kryterium metody regulacji jako podstawy wyodrębniania gałęzi prawa). Przykładem mogą być uprawnienia władcze Prezesa UZP w zakresie wydawania decyzji administracyjnych czy też uprawnienia władcze zamawiającego w zakresie odrzucania oferty czy też wykluczania wykonawców. Ustawodawca w sposób świadomy użył w art. 1 określenia „organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie" wskazując na tzw. funkcjonalne określenie organu, w miejsce poprzednio używanego pojęcia jakim było „organ właściwy". Termin ten zawarty w ustawie z 1994 roku wskazywał na organ właściwy jakim był Prezes Urzędu. Obecne określenie wskazuje, że właściwymi w sprawach są również inne organy przywołane w Ustawie.

4/ Za publicznoprawnym charakterem Prawa zamówień świadczy również fakt, że podmioty realizujące zamówienia publiczne w zdecydowanej większości dysponują środkami publicznym, a więc ich wydatkowanie jest jednocześnie (obok dokonywania zakupów) gospodarowaniem mieniem publicznym, którego jednym ze składników są środki publiczne[51]. Naruszenie przepisów Ustawy, w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, może być podstawą do uznania takiego działania jako nieprzestrzeganie dyscypliny finansów publicznych[52] i stanowić przesłankę do pociągnięcia do odpowiedzialności za naruszenie ustawy[53].

5/ Prawo zamówień publicznych zawiera normy należące do różnych gałęzi prawa i jego wyodrębnienie następuje na podstawie tzw. poziomego /wtórnego/ podziału prawa.

6/ Regulacje prawne przynależne do innych gałęzi prawa mają charakter uzupełniający i służący realizacji podstawowych celów ustawy, jakimi są między innymi, racjonalne wydatkowanie środków publicznych oraz ochrona interesu prawnego wykonawców w procesie udzielania zamówień publicznych.

7/ Posługiwanie się pojęciem zamówienia publicznego jako umowy nie wskazuje na przynależność tej regulacji do prawa cywilnego lecz wskazuje na umowę jako prawną

---

[50] Zob. na temat kryteriów wyodrębniania gałęzi prawa L. Morawski, Wstęp do prawoznawstwa, Toruń 1996 r. s. 86 i nast.

[51] Zob. M. Guziński (w:) A. Borkowski, A Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, Administracyjne prawo gospodarcze, Kolonia Limited 2003, s. 269.

[52] Zob. M. Guziński, Środki prawne w ustawie – Prawo zamówień publicznych (w:) L. Kieres (red.) Środki prawne publicznego prawa gospodarczego, Kolonia Limited 2007 s. 31.

[53] Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. nr 14, poz. 114 z zm.).

formę działania administracji publicznej, która swoje zadania realizuje nie tylko poprzez akty administracyjne.[54]

8/ Regulacja prawna zawarta w ustawie Prawo zamówień publicznych dotyczy w głównej mierze „udzielania zamówień publicznych", zatem regulacja ta skierowana jest na postępowanie, którego celem jest zawarcie umowy. Natomiast sama umowa i jej wykonywanie w Ustawie są ujęte w bardzo ograniczonym zakresie.

Dokonując analizy pojęcia Prawo zamówień publicznych oraz zakresu regulacji należy wskazać na kilka istotnych wniosków:

1) używając pojęcia Prawo zamówień publicznych musimy brać pod uwagę również inne akty prawne, które odnoszą się do przedmiotu regulacji – przedmiotem regulacji jest „udzielanie zamówień publicznych",

2) Prawo zamówień publicznych skierowane jest do określonego kręgu podmiotów zobowiązanych do stosowania tej regulacji prawnej, krąg ten w dużej części jest stały (zamawiający i inne organy uczestniczące w procesie udzielania zamówień publicznych),

3) Ustawodawca jako podstawową metodę regulacji przyjmuje metodę publiczno-prawną.

Zatem 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 z możliwością stosowania form władczych zmierzających do osiągania określonych celów.

[54] Na temat prawnych form działania administracji zob.: E. Ochendowski, Prawo administracyjne, Toruń 2005 s. 169 i nast., szerzej: Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania, Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusz Ochendowskiego, Toruń 2005.

KONSENSUALNE FORMY REALIZACJI ZADAŃ PUBLICZNYCH W ŚWIETLE NAJNOWSZYCH UREGULOWAŃ PRAWNYCH

Andrzej Panasiuk
– doktor habilitowany, profesor nadzwyczajny Uniwersytetu w Białymstoku,
członek Rady Zamówień Publicznych

W zamierzeniu autora niniejsze opracowanie jest próbą ustosunkowania się do najnowszych rozwiązań prawnych w zakresie umowy partnerskiej, koncesji i klasycznego zamówienia publicznego na tle prawnych form realizacji zadań publicznych przez podmioty publiczne. Opracowanie dotyczy jedynie aspektów związanych z wpływem najnowszych rozwiązań prawnych na katalog prawnych form działania administracji publicznej, świadomie pomijając inne prawne i pozaprawne aspekty omawianej problematyki. Mam nadzieję, że przedstawione przeze mnie rozważania teoretyczne spotkają się z zainteresowaniem, a w szczególności będą zachętą do podjęcia głębszych i bardziej szczegółowych badań.

Pojęcie „zadania publiczne" stanowi przedmiot licznych analiz na gruncie w szczególności nauki prawa administracyjnego, jako oś będącą wyznacznikiem kierunków działań administracji publicznej. Aparat pojęciowy zadań publicznych jest na tyle rozległy, że śmiało możemy pokusić się o stwierdzenie, że zadania publiczne wyznaczają cele funkcjonowania administracji publicznej[1]. Cele te zaś muszą być wynikiem przyjętej koncepcji administrowania zależnej w sposób bezpośredni od prawa materialnego, które określając zakres zadań i organizując proces ich wykonania realizuje podstawowe zasady konstytucyjne. Nieodłącznym elementem celowości działania administracji w perspektywie wykonywanych zadań publicznych jest związanie obowiązującymi przepisami prawa.

Doktryna wypracowała teoretyczny model zadania publicznego, zwracając uwagę w szczególności na następujące elementy składowe:

– określenie zadania publicznego prawem powszechnie obowiązującym,
– wykonywanie go w formach prawnych,
– wykonywanie według procedur określonych prawem,
– finansowanie przez środki zapewnione przez państwo,
– poddanie jego wykonania kontroli sprawowanej przez organy państwa[2].

Poprzez związanie zadań publicznych z celem działania administracji publicznej wynikającym z woli prawodawcy, możemy stwierdzić, że zadania publiczne są obowiązkiem prawnym nałożonym przez ustawodawcę na aparat administracji publicznej. Traktowanie zadań publicznych jako uprawnienia administracji publicznej z założenia ma wadę logiczną w postaci umożliwienia samej administracji wyboru urzeczywistnienia interesu publicznego w wyniku możliwości podjęcia realizacji wybranych zadań publicznych[3].

W wypracowanym teoretycznym modelu pojęcia „zadania publiczne" podkreśla się konieczność zapewnienia finansowania przez państwo realizacji tychże zadań. Wydaje się, że

[1] W kategorii celu, ujmował zadania publiczne Z. Cieślak, Prawo administracyjne. Część ogólna, Warszawa 2002 r., s. 93.

[2] M. Tabernacka, Konstrukcja prawna zadania publicznego (w:) Współczesne europejskie problemy prawa administracyjnego i administracji publicznej, red. A. Błaś, K. Nowacki, Wrocław 2005 r., s. 411.

[3] A. Błaś, Granice prywatyzacji zadań publicznych w państwie prawa, (w:) Samorząd terytorialny III Rzeczypospolitej 10 lat doświadczeń, S. Michałowski (red.) Lublin 2002 r., s. 307.

państwo ma jedynie obowiązek zbudowania określonego montażu finansowego niezbędnego do sprawnego wykonywania zadań publicznych nań nałożonych wolą ustawodawcy.

Sektor publiczny w Polsce staje coraz to przed nowszymi wyzwaniami związanymi z realizacją zadań publicznych, do realizacji których nie zawsze jest w pełni przygotowany w szczególnie z braku właściwego przygotowania merytorycznego do realizacji określonych zadań w szczególności zadań użyteczności publicznej, jak również, a może przede wszystkim z braku dostatecznych środków finansowych, na sprawne wykonywanie tychże zadań. Podmioty publiczne aby sprostać wymogom stawianym przez szereg przepisów prawnych warunkujących prawidłowe wykonywanie zadań publicznych (np. przepisy dotyczące ochrony środowiska, gospodarki wodno – ściekowej), niejednokrotnie zmuszone są do modernizacji istniejącej infrastruktury lub budowy nowej, co przy braku wystarczających środków finansowych, jest znacznie ograniczone. Stąd jednym z możliwych rozwiązań jest znalezienie właściwego podmiotu prywatnego, z którym przy ściśle określonej współpracy dojdzie do realizacji zadań publicznych. W związku z powyższym widziałbym rolę sektora publicznego jak organizatora sprawnego procesu realizacji zadań publicznych, przede wszystkim w sferze finansowej. Takie spojrzenie na rolę państwa w procesie realizacji zadań publicznych wymusza siłą rzeczy również przemodelowanie prawnych form działania administracji za pomocą których zadania publiczne są realizowane. W wyniku wprowadzania coraz to nowych form współpracy podmiotów publicznych z prywatnymi, następuje zmiana struktury metod działania administracji publicznej, przede wszystkim powoli ogranicza się funkcje administracji świadczącej, samodzielnie realizującej zadania publiczne. W zamian za to pojawia się model administracji sprawującej funkcje kontrolno administracyjne w procesie wykonywania zadań publicznych przez podmioty prywatne[4].

Jak widzimy, potrzeby i możliwości administracji w danym momencie wywierają znaczny wpływ na sposób postrzegania charakteru prawnego pojęcia „zadania publiczne".

Administracja by sprawnie realizować nałożone na nią zadania musi posiadać sprawne instrumentarium w postaci odpowiednio dopasowanego do okoliczności katalogu prawnych form jej działania. Generalnie pojęcie prawnych form działania administracji definiuje się w literaturze przedmiotu jako sposób realizacji zadań administracji publicznej[5]. Za prawną formę działania administracji przyjęto uznawać prawem określony typ działania administracji o pewnych utrwalonych cechach, pozwalających na wyodrębnienie go od innych działań administracji[6]. Pod pojęciem prawnych form działania administracji rozumie się również typ konkretnej czynności organu administracji[7].

Katalog prawnych form ograniczony tylko do form o charakterze jednostronnym skrytykował Fortshoff, uważał on, że obok jednostronnych form działania administracji powinny być również formy będące efektem porozumienia stron[8]. Od rodzaju zadań administracji, jej struktury oraz generalnie prowadzonej polityki administrowania zależy katalog prawnych form działania administracji publicznej. W chwili obecnej w związku z dynamicznym rozszerzaniem się zadań do wykonania przez administrację publiczną następuje również ewolucja form w jakich zadania te będą wykonywane.

Należy przede wszystkim odpowiedzieć sobie na pytanie, czy dotychczasowe formy w jakich administracja realizowała zadania publiczne są na tyle skuteczne, by efektywnie re-

[4] A. Panasiuk, Zinstytucjonalizowane formy współpracy podmiotów publicznych z prywatnymi, Warszawa 2008 r., s. 6.

[5] *Z. Leoński, Zarys prawa administracyjnego, Warszawa 2003 r., s. 352.*

[6] *K. Ziemski, Indywidualny akt administracyjny jako forma prawna działania administracji, Poznań 2005 r., s. 113 i n.*

[7] M. Wierzbowski (red.), Prawo administracyjne, Warszawa 2003 r., s. 265.

[8] E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, Erster Band, Munchen 1973 r., s. 273 i n.

alizować nałożone na administrację zadania. W celu odpowiedzi na to pytanie należy cofnąć się do końca lat siedemdziesiątych i początku lat osiemdziesiątych minionego wieku, który przywitał kraje rozwinięte falą kryzysów finansowych, co zmusiło cały sektor publiczny do poszukiwania nowych źródeł i pomysłów realizacji zadań publicznych. W latach osiemdziesiątych minionego wieku sektor publiczny dotknęły problemy budżetowe będące wynikiem recesji i długoterminowych strukturalnych wahań pomiędzy wydatkami i spodziewanymi dochodami. Wzrost podatków i zmniejszenie się wydatków publicznych było powodem zmniejszenia się wzrostu sektora publicznego[9]. Trzeba więc było przedefiniować rolę podmiotów publicznych w procesie realizacji zadań publicznych. Pojawiły się więc znaczne perspektywy dla sektora prywatnego współuczestniczącego w realizacji zadań publicznych. Krytyka Państwa za brak efektywności, słabe przygotowanie urzędników oraz rozbudowaną biurokrację uniemożliwiającą sprawną realizację zadań, spowodowała szukanie nowych możliwości we współpracy sektora publicznego z sektorem prywatnym. Upatrywano w takiej współpracy przede wszystkim redukcji kosztów transakcji oraz bardziej efektywnego wyboru podmiotu prywatnego z zachowaniem reguł konkurencji, wyższą jakość świadczonych usług dzięki większemu profesjonalizmowi, kompetencjom i konkurencyjności[10]. Sektor prywatny był bowiem bardziej wydajny od sektora publicznego, co dawało optymalne możliwości przy współpracy obu sektorów. W tym też czasie zwrócono baczną uwagę na możliwość wykorzystywania pomocy i środków sektora prywatnego przy realizacji zadań publicznych w tym zadań o charakterze użyteczności publicznej[11]. W okresie tym formy współpracy obu sektorów rozwijały się dynamicznie, nie tylko poprzestając na finansowaniu inwestycji publicznych przez sektor prywatny, lecz również przechodząc do zarządzania, administrowania i operowania powstałą infrastrukturą przez podmioty prywatne. Realizacja zadań publicznych przy pomocy podmiotów prywatnych jest wynikiem czysto pragmatycznej spekulacji podmiotów publicznych. Ograniczenia finansowo – kadrowe występujące w sektorze publicznym utrudniają a niekiedy wprost uniemożliwiają realizację zadań publicznych w dotychczasowych ramach podmiotowych. Kwalifikacje kadrowe pracowników sektora publicznego również mogą pozostawiać wiele do życzenia w związku z silną fluktuacją kadr z sektora publicznego do prywatnego. Wzrost wymagań społecznych w związku z wyższym poziomem życia w krajach starej piętnastki UE, odgrywa również niebagatelne znaczenie. W takiej sytuacji, przy obecnej tendencji rozwijania się ogólnoświatowej recesji, rezygnacja z wykonywania zadań publicznych przez państwo przyczynia się do poprawy stanu finansów publicznych oraz do lepszego wykonywania zadań publicznych z jednej strony, z drugiej zaś umożliwi funkcjonowanie sektora prywatnego[12].

W takich warunkach pojawienie się nowych sposobów realizacji zadań publicznych spotkało się z wielką przychylnością wielu środowisk. W dniu 20 lutego 2009 r. weszła w życie ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi[13], zaś w dniu 27 lutego 2009 r. ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym[14]. Regulacje prawne koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwa publiczno – prywatnego mają na celu odpowiednie ukształtowanie procesu wydatkowania w szczególności środków publicznych, poprzez stworzenie systemowych rozwiązań prawnych w tym zakresie, mogą wpływać na eliminowanie z rynku lub też znacznie ograniczać udział niektórych potencjalnych wykonaw-

[9] A. Erridge, R. Fee, J. Mcilroy, Involvement of SMEs in public procurement, in Public Procurement law review, London Sweet & Maxwell 1998, (ed.) Sue Arrowsmith, pg. 37.

[10] A. Erridge, R. Fee, J. Mcilroy, op. cit., s. 38.

[11] Szeroko o zachodzących w tym okresie przemianach pisał, E. S. Savas, Privatizing the Public Sektor, Chacham 1982 r., N. J.

[12] Przedmiotową problematykę poruszał S. Biernat, Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna, Warszawa – Kraków 1994 r., s. 9.

[13] Dz. U. Nr 19, poz. 101.

[14] Dz. U. Nr 19, poz. 100.

ców, a zwłaszcza na ich dyscyplinowanie w sferze polityki finansowej. Głównym celem nowych regulacji prawnych obejmujących swym reżimem prawnym możliwość nawiązania współpracy pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym w wyniku osiągnięcia konsensusu, jest optymalizacja wykonania zadania publicznego, czy wręcz możliwość jego wykonania w określonym czasie i warunkach. Należy zgodzić się z szeroko prezentowanym w literaturze stanowiskiem, iż partnerstwo publiczno-prywatne to partnerstwo „między sektorem publicznym oraz prywatnym w celu realizacji projektu lub świadczenia usług tradycyjnie świadczonych przez sektor publiczny, gdzie obie strony osiągają korzyści odpowiednie do stopnia realizowania przez nie zadań. Celem inicjatyw partnerskich zawieranych w wyniku osiągnięcia konsensusu będzie zatem kształtowanie takich stosunków między stronami, aby ryzyko ponosiła ta strona, która najlepiej potrafi je kontrolować[15]. Dlatego niezwykle ważne jest odpowiednie zrozumienie i zbilansowanie w zawieranej umowie celów przyświecających każdej ze stron umowy partnerskiej. Przede wszystkim musimy pamiętać, że podmiot prywatny współpracuje z podmiotem publicznym w celu osiągnięcia zysku, zaś podmiot publiczny w celu sprawnego realizowania nałożonych nań przez ustawodawcę zadań publicznych.

Przechodząc do krótkiej analizy istoty obu instrumentów prawnych należy zauważyć, że koncesja na roboty budowlane była już przedmiotem rozstrzygnięć prawa europejskiego od 1989 r. Przyznawanie koncesji na roboty budowlane było możliwe jedynie zgodnie z zasadami Traktatu Europejskiego[16]. Koncesja na roboty budowlane pojawiła się w prawie polskim wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Było to wynikiem implementacji odpowiednich rozstrzygnięć dyrektyw unijnych. Koncesje na roboty budowlane zostały zdefiniowane po raz pierwszy, w art. 1 lit. d) dyrektywy 93/37/EWG dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane[17]. Oprócz koncesji na roboty budowlane, przepisy dyrektywy w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi[18] definiują również pojęcie koncesji na usługi (*Art. 1 ust. 4 Dyrektywy 2004/18/WE, definiuje koncesje na usługi jako umowę tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.)*, nie wprowadzając jednak szerszej regulacji prawnej tej instytucji.

Odmiennie niż to ma miejsce w przypadku wyboru zamawiającego w ustawie – Prawo zamówień publicznych, sposób i tryb wyboru koncesjonariusza nie został zdeterminowany przez przepisy prawa wspólnotowego. Dyrektywa wskazuje jedynie, że w odniesieniu do koncesji na roboty budowlane postępowanie musi być poprzedzone ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz, że termin na składanie wniosków o dopuszczenie do postępowania nie może być krótszy niż 52 dni lub 45 dni, jeżeli ogłoszenie przekazywane jest za pomocą odpowiednich środków elektronicznych. Tak skonkretyzowanych obowiązków nie ma w stosunku do koncesji na usługi, których udzielanie wyłączone zostało wprost spod postanowień Dyrektywy. Jednakże jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości udzielanie koncesji na roboty budowlane lub usługi musi

[15] European Commission, Guidelines for successful public-private partnerships, B. P. Korbus, M. Strawiński, Partnerstwo publiczno – prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych. Wyd. I, Warszawa 2006, s. 19.

[16] *Preliminary considerations and key contents of a possibile inititive on concessions, European Commission CC/2007/12 EN, Brussels 8 June 2007 r.*

[17] Następnie przedmiotowa dyrektywa została zmieniona dyrektywą 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Do porządku prawa polskiego koncesja została wprowadzona przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.), art. 128 – 131.

[18] *Dyrektywa 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.*

być zgodne z postanowieniami Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Trybunał wskazuje iż, mimo że umowy koncesyjne są co do zasady wyłączone z zakresu obowiązywania Dyrektywy, organy udzielające koncesji mają ogólny obowiązek przestrzegania podstawowych zasad Traktatu, w tym w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Zakaz wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową został ustanowiony w art. 12 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Bardziej szczegółowe postanowienia Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską dotyczące koncesji zawarte są między innymi w art. 43 Traktatu, którego pierwszy akapit stanowi, że ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane, oraz w art. 49 Traktatu, którego pierwszy akapit stanowi, że ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty są zakazane w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie Wspólnoty innym niż państwo odbiorcy świadczenia. Zasady te są implementacją zasad postępowania wyrażonych na poziomie Wspólnoty w Traktacie. Wszystkie zasady postępowania wynikają z przepisów Traktatu Wspólnot Europejskich określonych w art. 43 EC i art. 49 EC. Powyższe normy nie zawierają jedynie zasad niedyskryminacji i równego traktowania, lecz również zasady przejrzystości, wzajemnego traktowania oraz proporcjonalności[19]. Cały dorobek legislacyjny oraz orzeczniczy Wspólnoty został ujęty w normach ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Jeżeli chodzi o kolejną nową regulację prawną jaką jest ustawa o partnerstwie publiczno – prywatnym, da się zauważyć zdecydowaną zmianę spojrzenia na inicjatywy partnerskie w porównaniu do wcześniejszych inicjatyw legislacyjnych w tym zakresie. Główne kierunki zmian widoczne są w szczególności w podejściu do istoty partnerstwa publiczno – prywatnego, traktowanego nie tak jak dotychczas, jako instrument pomocny sektorowi publicznemu w sprawnym realizowaniu zadań publicznych, lecz jako instrument umożliwiający obopólne zbilansowanie możliwości oraz korzyści w realizacji zadań publicznych obu sektorów. Partnerstwo publiczno-prywatne jest uważane za formę długoterminowej współpracy sektorów publiczno – prywatnych przy realizacji zadań publicznych. Celem współpracy ma być zgodnie z Raportem Amerykańskiej Izby Handlowej osiąganie obopólnych korzyści zarówno w wymiarze celów społecznych, jak i komercyjnych danego przedsięwzięcia[20]. Z kolei zdaniem niektórych autorów, celem partnerstwa publiczno – prywatnego jest sprawne wywiązywanie się z określonych zadań, a nie budowa lub modernizacja infrastruktury. Cała bowiem infrastruktura jest jedynie konsekwencją nawiązanej współpracy podmiotu publicznego z prywatnym, lub warunkiem sprawnego wykonywania zadań publicznych[21]. Partnerstwo publiczno – prywatne bywa również uważane za wspólne porozumienie publiczno – prywatne, które uwypukla różne atuty obu sektorów przy realizacji zadań publicznych[22]. Często w świadomości sektora publicznego dominuje pogląd, że partnerstwo publiczno – prywatne jest niejako lekarstwem na złą sytuację finansową sektora publicznego[23].

W przeciwieństwie do regulacji prawnych zamówień publicznych, przedmiotem wyboru w przypadku partnerstwa publiczno – prywatnego, będzie wybór partnera, a nie zakup określonej usługi czy też realizacja dostawy.

---

[19] *European Public Private Partnership Law Review, The Legal Publisher Lexxion, vol. 3, nr 1 z 2008 r., Editorial, s. 1.*

[20] *Partnerstwo publiczno – prywatne jako metoda rozwoju infrastruktury w Polsce. Raport Amerykańskiej Izby Handlowej w Polsce z 2006 r., s. 3 i n.*

[21] *B. P. Korbus, M. Strawiński, Partnerstwo publiczno – prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych. Wyd. I, Warszawa 2006, s. 23.*

[22] *M. Moszoro, Partnerstwo publiczno – prywatne w monopolach naturalnych w sferze użyteczności publicznej, SGH Warszawa 2005 r., s. 47.*

[23] Patrz Kettinger, Die Offentliche Verwaltung (DOV) 1996, s. 794, Heinz (ed.), Public – Private Partnership – ein neuer Weg zur Stadtentwicklung, 1993.

Również Komisja Europejska zwróciła uwagę na wagę problemu związanego z właściwym rozumieniem i definiowaniem istoty partnerstwa publiczno – prywatnego. Nie definiuje ona jednak jednoznacznie partnerstwa publiczno – prywatnego, a jedynie zakreśla pewne ramy, w których mieszczą się zróżnicowane, zależne od specyfiki przedsięwzięcia i jego uczestników, relacje pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym. Do najistotniejszych elementów na które trzeba zwracać uwagę zdaniem Komisji przy nawiązywaniu współpracy podmiotu publicznego z prywatnym, należy w szczególności[24]:

1. zapewnienie otwartego dostępu podmiotów prywatnych do realizacji zadań publicznych, poprzez umocnienie zasady jawności dokonywanych działań,
2. zapewnienie uczciwej konkurencji w procedurze wyboru partnera, przy zastosowaniu prawidłowych zasad zamówień publicznych,
3. ochrona szeroko pojętego interesu publicznego,
4. przejrzyste i precyzyjne określenie optymalnego poziomu zaangażowania środków publicznych niezbędnych dla osiągnięcia celu przedsięwzięcia, jak i zapobieżenia pozyskania nienależnego zysku przez partnera prywatnego,
5. wybór optymalnego modelu partnerstwa publiczno – prywatnego,
6. maksymalizacja wartości dodanej uzyskiwanej dzięki partnerstwu publiczno – prywatnemu w stosunku do innych sposobów realizacji zadań z zapewnieniem jasnych zasad ogólnych i szczegółowych realizacji projektu.

Najkorzystniejszym modelem współpracy partnerskiej zdaniem Komisji Europejskiej z perspektywy sektora prywatnego, będą takie przedsięwzięcia które wykażą się odpowiednim poziomem popytu, minimalizującym ryzyko ekonomiczne ponoszone w znacznej mierze przez stronę prywatną. Ponadto przedsięwzięcia, które będą charakteryzowały się potencjałem rozwojowym i możliwością efektywnego generowania zysku przy jednoczesnym silnym wsparciu lokalnych czynników politycznych.

Działania administracji ukierunkowane na zaspokajanie potrzeb społecznych związanych między innymi z koniecznością budowy infrastruktury drogowej, sportowej czy też socjalnej, wymuszają na administracji stosowanie w jej działaniach coraz bardziej elastycznych metod działania. Akt administracyjny właściwy w przypadku administracji ingerującej jest nieefektywny w przypadku administracji organizującej czy też samodzielnie świadczącej usługi publiczne. Administracja zaczyna więc sięgać do negocjacyjnych form jej działania, form które prowadzą do załatwienia sprawy w sposób satysfakcjonujący obie strony negocjacji. Prawo zatem musi rozluźnić swoje rygory przy działaniach administracji, by móc swobodnie stosować negocjacyjne działania. Obie wyżej omawiane metody realizacji zadań publicznych oparte zostały na założeniu konieczności osiągnięcia konsensusu pomiędzy zainteresowanymi stronami, w tym przypadku pomiędzy sektorem publicznym i sektorem prywatnym. Zaś sposób dojścia do osiągnięcia konsensusu między stronami został tak określony, aby nie tracić z pola widzenia interesów obu negocjujących stron.

Podsumowując możemy stwierdzić, że problematyka współdziałania podmiotów publicznych z prywatnymi staje się obecnie bardzo doniosła nie tylko z punktu widzenia poszczególnych podmiotów publicznych, lecz również z punktu widzenia całej administracji widzianej w perspektywie interesów państwa[25].

[24] Por. Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, opublikowane przez KE w marcu 2003 r., Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, COM(2004)327 final.

[25] Por . szerzej A. Panasiuk, Zinstytucjonalizowane formy współpracy podmiotów publicznych z podmiotami prywatnymi, Warszawa 2008 r., s. 7 – 8.

PRZESTĘPCZOŚĆ GOSPODARCZA W SFERZE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH REALIZOWANYCH W RESORCIE OBRONY NARODOWEJ W LATACH 2004–2009

Krzysztof Parulski
– pułkownik, Naczelny Prokurator Wojskowy, Zastępca Prokuratora Generalnego

Zmiany ustrojowe zaistniałe po 1989 roku w Państwie Polskim następczo skutkowały także koniecznością wprowadzenia zmian strukturalno-organizacyjnych i funkcjonalnych w resorcie obrony narodowej. Odstępstwo od scentralizowanego systemu dystrybucji środków finansowych pochodzących z budżetu stało się powodem powstania w strukturach jednostek i instytucji wojskowych różnorodnych stanowisk i ciał kolegialnych uczestniczących w procesie podejmowania decyzji o wydatkowaniu znacznych publicznych środków finansowych na wszelkie zamówienia i dostawy na rzecz wojska.

Początkowo niespójny system prawny (zwłaszcza w aspekcie prawa wewnątrz resortowego – na poziomie przepisów wykonawczych), brak właściwego przygotowania ekonomicznego i menadżerskiego żołnierzy zawodowych, którzy nagle zmuszeni zostali do funkcjonowania w warunkach gospodarki wolnorynkowej, a także czynniki „ludzkie" – chciwość i relatywnie niewysokie uposażenie skutkowały zrodzeniem się zjawiska korupcji w wojsku.

W miarę rozwoju działalności gospodarczej zjawisko to ulegało transformacji. Oprócz ujawnianych przykładów charakterystycznych dla korupcji indywidualnej, zaczęły pojawiać się w obszarach związanych z operowaniem środkami finansowymi przejawy zorganizowanych form działalności korupcyjnej. Coraz częściej okoliczności ujawnianych sprzecznych z prawem działań na niwie realizowanych w wojsku zamówień publicznych wskazywały na fakt, iż zachowania te przybierały formę i metody postępowania znane dotychczas wyłącznie z działalności zorganizowanych grup przestępczych specjalizujących się w przestępczości ekonomicznej.

Specyficzną cechą charakteryzująca tę sferę działalności przestępczej w wojsku pozostaje bezsprzecznie wykorzystywanie do prowadzenia przez osobę kierującą zorganizowaną grupą przestępczą legalnej działalności służbowej danej jednostki lub instytucji wojskowej. Osobą kierującą grupą jest najczęściej osoba zajmująca stanowisko kierownicze lub funkcyjne – nierzadko usytuowane w instytucjach centralnych resortu obrony narodowej. Wykorzystując fakt zależności służbowych, kontaktów towarzyskich, zależności interpersonalnych (często inspirowanych prowokacją lub szantażem) – osoba ta pozyskuje najczęściej do działalności przestępczej grupę kilku lub kilkunastu osób. Często są to osoby zajmujące się kompleksowo danym typem działalności lub danym jej etapem (np. w realizacji zamówień publicznych – przygotowanie, wybór, dostawa, płatności). Działalność ta wiąże się z wejściem w porozumienie w zakresie wysokości i form gratyfikacji materialnej lub osobistej dla całości grupy lub poszczególnych jej członków podejmujących indywidualne korzystne dla wręczającego łapówkę decyzje.

Ujawnienie tego rodzaju działalności jest niezwykle utrudnione nie tylko ze względu na solidarność wewnątrz grupy współdziałających ze sobą sprawców przestępstwa, zmowę milczenia do której niejednokrotnie dochodzi, ścisłe zależności służbowe wiążące osoby współdziałające w popełnianiu przestępstwa, obawę przed represjami za nawiązanie

współpracy z organami ścigania lub prokuraturą (obawa nie tylko o bezpieczeństwo fizyczne), ale także z przyczyn socjalnych takich jak – utrata pracy, możliwości uzyskania wcześniejszej emerytury, obniżenie uposażenia. Kompleksowy zakres działalności grupy pozostaje najczęściej tożsamy z zakresem kompetencji służbowych jej członków, pozwala to na stosunkowo duże możliwości ukrycia procederu poprzez fałszowanie dokumentacji z poszczególnych etapów decyzyjnych, czy realizacyjnych. Uwarunkowania te w istotny sposób utrudniają wczesne wykrycie zaistniałych nadużyć, zwłaszcza w wypadku mało wnikliwego audytu wewnętrznego lub zewnętrznych czynności kontrolnych.

Niezwykle symptomatycznym przykładem ilustrującym charakterystyczne cechy przestępczości powiązanej z realizacją zamówień publicznych na rzecz wojska pozostaje postępowanie karne dotyczące dostaw materiałów i części zamiennych na rzecz Marynarki Wojennej, określane mianem „ Ośmiornicy w Marynarce Wojennej".

Oto główne okoliczności obrazujące to postępowanie oraz sposób działania objętej nim grupy przestępczej:

- wieloosobowa grupa przestępcza o rozległym terytorialnie i personalnie układzie strukturalnym działała w niczym nie zakłócony sposób w strukturach Dowództwa Marynarki Wojennej przez okres ponad 3 lat, pomimo wielokrotnych wewnętrznych i zewnętrznych kontroli;
- w różnych okresach czasu i różnej konfiguracji współdziałało w ramach grupy około 100 osób;
- skład grupy to: żołnierze zawodowi (od stopnia komandora do marynarza), przedstawiciele firm cywilnych współpracujących z Marynarką Wojenną, przedstawiciele firm cywilnych – byli żołnierze zawodowi, osoby wykorzystywane przez grupę do produkcji fałszywych dokumentów (tzw. firmy „słupy" , firmy „krzaki"), osoby wykonujące działania pomocnicze – na przykład transportujące – będące przedmiotem zamówienia części, osoby zatrudnione na złomowiskach zajmujące się „praniem części";
- straty MON poniesione w następstwie działalności grupy przestępczej to około 20 milionów zł (5 mln Euro);
- w wyniku śledztwa odzyskano mienie o wartości blisko 2 milionów zł;
- wobec 47 spośród jej członków skierowano już akty oskarżenia, w większości zostały one rozpoznane a sprawcy skazani.
- ustalony wynikami śledztwa schemat sposobu działania grupy przedstawiał się następująco :
  1. wwóz na teren Polski odpadów z terenu Rosji (Obwód Kaliningradzki).
  2. fałszowanie dokumentów klasyfikujących odpady jako pełnowartościowy sprzęt wyposażenia okrętów wojennych, (firma „W", były oficer MW RP).
  3. ustawienie przetargu.
  4. sprzedaż odpadów Marynarce Wojennej RP jako pełnowartościowego sprzętu.
  5. brak kontroli jakości sprzedanego sprzętu, fałszowanie dokumentacji.
  6. klasyfikacja zakupionego sprzętu jako odpadu (piąta kategoria).
  7. odbiór odpadów od MW, (wyłączność firma „V").
  8. firma „V" odsprzedaje sprzęt firmie „E".
  9. firma „E" staje do przetargu oferując odpady jako sprzęt nowy.
  10. zmowa przetargowa – zakup sprzętu od firmy „E".
  11. wybrakowanie sprzętu zakupionego od firmy „E" jako odpadu – odbiór firma „V".
  12. powtórzenie cyklu.

Należy przy tym zwrócić uwagę na szczególną wagę i rangę przestępstw dotyczących

zamówień publicznych realizowanych na rzecz wojska oraz ich wieloaspektowy negatywny wpływ ich skutków dla bezpieczeństwa realizacji zadań służbowych przez żołnierzy Polskich Sił Zbrojnych. Oprócz tego, że godzą one bezpośrednio w fundamentalne zasady dystrybucji publicznych środków finansowych oraz w prawidłowe funkcjonowanie armii jako instytucji państwa, to pośrednio naruszają najbardziej żywotne interesy Sił Zbrojnych RP oraz regulujące ich działanie zasady dyscypliny i porządku wojskowego. Wywierają tym samym ujemny wpływ na zdolności do pełnej, efektywnej i bezpiecznej realizacji ustawowych zdań w zakresie obronności przez polskich żołnierzy tak w kraju, jak i poza jego granicami w ramach działalności Polskich Kontyngentów Wojskowych.

Środki finansowe przeznaczone na rzecz obrony narodowej pozostają „łakomym kąskiem" dla podmiotów działających w sferze gospodarczej, w tym także tych szykujących się do uzyskiwania krociowych zysków w następstwie nielegalnych działań. Budżet MON na 2009 rok to ponad 24,5 mld zł (w 2008 roku także około 24 mld zł). Kontrakty których wartość globalna sięga progu kilkunastu, czy kilkudziesięciu milionów złotych nie należą do rzadkości.

W tym stanie rzeczy nie należy dziwić się, iż przetargi na rzecz wojska cieszą się dużym zainteresowaniem ze strony zarówno uczciwych, jak też nieuczciwych kontrahentów.

Skuteczne eliminowanie tych ostatnich z przygotowywanych procedur zamówień publicznych, przeciwdziałania nieprawidłowościom, czy też finalne – ujawnianie i ściganie przestępstw zależy od wielu uwarunkowań. Do podstawowych zaliczyć należy w mojej ocenie stworzenie właściwego instrumentarium prawnego normującego tę sferę działalności służbowej związanej z dystrybucją środków publicznych ujętych w budżecie MON, zapewnienie właściwego funkcjonowania audytu wewnętrznego, skuteczną działalność komórek kontroli wewnątrz resortowej, aż wreszcie odpowiednie przygotowanie w zakresie wiedzy prawnej i świadomości ekonomicznej funkcjonariuszy organów ścigania, służb specjalnych, a także prokuratorów i sędziów wojskowych w zakresie meandrów związanych z funkcjonowaniem polskiego systemu zamówień publicznych.

Odnosząc się do tej ostatniej kwestii – pragnę zauważyć, iż świadomość konieczności podnoszenia kwalifikacji zawodowych prokuratorów w zakresie znajomości unormowań regulujących zagadnienia zamówień publicznych skutkowała podjęciem przez Stowarzyszenie Prokuratorów Rzeczypospolitej Polskiej w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych" cyklu szkoleń, w których aktywnie uczestniczyli również przedstawiciele Uniwersytetu Mikołaja Kopernika jak i Urzędu Zamówień Publicznych.

W latach 2004– 2009 w wojskowych jednostkach organizacyjnych prokuratury zarejestrowanych zostało ogółem 133 śledztwa w sprawach których przedmiot obejmował podejrzenie popełnienia przestępstw związanych z działalnością w sferze zamówień publicznych realizowanych w resorcie obrony narodowej.

Przedmiotowe postępowania przygotowawcze odnosiły się do różnorodnych trybów realizacji zamówień publicznych, wielorakiego asortymentu dostaw na rzecz resortu obrony narodowej, jak też rozbieżnego spektrum wartości przedmiotu zamówień. Różnorodny był też sposób realizacji zachowań przestępczych osób współuczestniczących w popełnianiu przestępstw oraz konfiguracje osobowe. Bezsprzecznie cechą wspólną charakteryzującą wszystkie te postępowania było wykorzystanie do przygotowania, a następnie do realizacji przestępstw, sformalizowanych struktur służbowych funkcjonujących wewnątrz resortu ON i obowiązujących zależności służbowych.

Spośród wskazanej puli 133 postępowań zarejestrowanych w repertoriach prokuratur wojskowych do chwili obecnej zakończono 95 spraw. Aktualnie w biegu pozostaje 38 śledztw.

Sprawy te zakończone zostały:

- aktami oskarżenia – w 22 sprawach obejmujących ogółem 81 oskarżonych;
- umorzeniami śledztwa, opartymi o wielorakie przesłanki prawne – w 43 sprawach;
- odmowami wszczęcia śledztwa – w 18 sprawach;
- przekazaniem śledztw według właściwości do powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury – w 10 sprawach.

Zjawiskiem zauważalnym w następstwie analizy przedmiotowej kategorii spraw w ujęciu retrospektywnym jest systematyczne zmniejszanie się ich ilości.

Przyczyn tego stanu rzeczy upatrywać należy w coraz bardziej szczelnym systemie profilaktyki i przeciwdziałania nieprawidłowościom w postępowaniach o zamówienia publiczne przeprowadzanych na rzecz jednostek i instytucji resortu obrony narodowej. Bezsprzecznie determinantami tego pozytywnego obrazu jest także zwiększona aktywność i skuteczność czynności kontrolnych podejmowanych przez wewnątrz resortowe komórki kontrolne i analityczne, a także działania operacyjne podejmowane przez Żandarmerię Wojskową, Służbę Kontrwywiadu Wojskowego i Centralne Biuro Antykorupcyjne. W znacznym stopniu zwiększyła się również w ostatnim okresie aktywność osób fizycznych, które w poczuciu obywatelskiej powinności zawiadamiały organy ścigania i jednostki organizacyjne prokuratury o powzięciu informacji wskazujących na uzasadnione podejrzenie zaistnienia przestępstw powiązanych z przetargami dokonywanymi na rzecz MON.

Dla zilustrowania powyższych zjawisk przydatnym jest przedstawienie analizy źródeł informacji, które stanowiły podstawę do wdrożenia postępowań sprawdzających lub przygotowawczych we wskazanej puli 133 spraw zarejestrowanych w wojskowych jednostkach organizacyjnych prokuratury w latach 2004 – 2009.

I tak – podstawy do zainicjowania wskazanych powyżej postępowań stanowiły :

- w 40 sprawach – materiały uzyskane w następstwie czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez ŻW, SKW lub CBA;
- w 25 sprawach – zawiadomienia o popełnieniu przestępstw skierowane do prokuratur przez NIK lub Departament Kontroli MON;
- w 22 sprawach – zawiadomienia o popełnieniu przestępstw skierowane do prokuratur przez osoby fizyczne;
- w 19 sprawach – materiały uzyskane w toku czynności procesowych prokuratury wojskowej prowadzonych w innych postępowaniach karnych, wyłączone następnie celem przeprowadzenia odrębnych śledztw;
- w 10 sprawach – zawiadomienia o popełnieniu przestępstw skierowane do prokuratury przez podmioty uczestniczące w procedurze przetargowej;
- w 8 sprawach – zawiadomienia o popełnieniu przestępstw skierowane do prokuratur przez dowódców jednostek lub instytucji wojskowych;
- w 5 sprawach – doniesienia anonimowe;
- w 4 sprawach – materiały z publikacji w środkach masowego przekazywania.

Jest rzeczą symptomatyczną, iż w omawianym przedziale czasu – w następstwie zwiększenia się profesjonalizmu i różnorodności metod wykorzystywanych do przeciwdziałania i wykrywania przestępczości przetargowej w wojsku (szkolenia, środki prawne i techniczne) – około 63 % postępowań inicjowanych było w następstwie czynności służbowych podjętych przez przedstawicieli organów ścigania, służb specjalnych lub państwowych albo resortowych organów kontrolnych. Może to wskazywać na dużą aktywność i efektywność tych służb.

W tym miejscu zauważyć należy, iż dążenie do zwiększenia efektywności w zakresie ścigania przestępstw gospodarczych, w tym także przestępstw z omawianej sfery działalności gospodarczej prowadzonej w resorcie obrony narodowej stało się między innymi przyczyną podjęcia decyzji o utworzeniu z dniem 15 października 2007 roku w strukturze organizacyjnej wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury pionu ds. przestępczości zorganizowanej.

Wbrew sugerującej stosunkowo wąskie spektrum kompetencji nazwy tego pionu, pojęcie „przestępczości zorganizowanej w wojsku" – a tym samym zakres jego właściwości odnieść należy w przeważającej liczbie przypadków nie do czynów dokonywanych w ramach „cywilnych" struktur mafijnych, lecz do przestępczej działalności żołnierzy, pracowników cywilnych wojska i osób powiązanych z funkcjonowaniem resortu obrony narodowej – którzy nawiązując wzajemne relacje interpersonalne, w związku z podejmowaną działalnością służbową, przy wykorzystaniu istniejących struktur służbowych i uwarunkowań zależności służbowej – planują, przygotowują, a następnie realizują czyny przestępcze o bardzo ważkim ciężarze gatunkowym.

Zasadność podjętych decyzji potwierdziły wkrótce wyniki działalności nowoutworzonych komórek do spraw PZ. Skierowanie do pracy w nich wyselekcjonowanej grupy prokuratorów o wysokich kwalifikacjach zawodowych, zaowocowało w szybkim tempie między innymi ujawnieniem zorganizowanej działalności przestępczej związanej z realizacją przetargów na prace budowlane i remontowo-modernizacyjne ogłaszanych przez Rejonowe Zarządy Inwestycyjne w Zielonej Górze, Wrocławiu, Poznaniu i Krakowie. Śledztwa w przedmiotowych sprawach są aktualnie prowadzone. W ramach tych postępowań zarzuty popełnienia szeregu przestępstw – głównie przestępstw korupcyjnych – przedstawiono kilkudziesięciu osobom. Działalność grup polegała na „ustawianiu" przetargów na prace inwestycyjne i remontowe, fałszowaniu dokumentacji dotyczącej odbioru tych prac, poświadczaniu nieprawdy w dokumentacji – w zamian za udzielanie i przyjmowanie korzyści majątkowych. Procesowo udowodniono wręczanie korzyści majątkowych nawet w wysokości po 300 tys. zł dla danej osoby.

Podkreślenia wymaga sygnalizowany już fakt znacznej różnorodności form zachowań przestępczych.

Ilustracją tego stanu rzeczy jest bezsprzecznie zestawienie kwalifikacji prawnych, które uznać można za wiodące w odniesieniu do omawianej kategorii spraw.

Były nimi:

- w 41 sprawach – kwalifikacje z art. 231 § 2 k.k. (przestępstwo urzędniczego niedopełnienia lub przekroczenia obowiązków służbowych, popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przez funkcjonariusza publicznego działającego na szkodę interesu publicznego lub prywatnego);
- w 31 sprawach – kwalifikacje z art. 231 § 1 k.k. (przestępstwo urzędniczego niedopełnienia lub przekroczenia obowiązków służbowych popełnione przez funkcjonariusza publicznego działającego na szkodę interesu publicznego lub prywatnego);
- w 30 sprawach – kwalifikacje z art. 228 § 3 k.k. (przestępstwo łapownictwa biernego dokonanego za zachowanie stanowiące naruszenie prawa);
- w 8 sprawach – kwalifikacje z art. 296 k.k. (przestępstwo nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym);
- w 6 sprawach – kwalifikacje z art. 271 k.k. (przestępstwo poświadczenia nieprawdy);
- w 5 sprawach – kwalifikacje z art. 228 § 1 k.k. (przestępstwo łapownictwa biernego);
- w 4 sprawach – kwalifikacje z art. 286 k.k. (przestępstwo oszustwa);

- w 2 sprawach – kwalifikacje z art. 297 k.k. (przestępstwo oszustwa kredytowego, dotacyjnego, subwencyjnego);
- w 2 sprawach – kwalifikacje z art. 258 k.k. (przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie przestępczej);
- w jednej sprawie – kwalifikacja z art. 305 k.k. (przestępstwo naruszenia interesów majątkowych właściciela mienia objętego przetargiem publicznym);
- w jednej sprawie – kwalifikacja z art. 276 k.k. (przestępstwo zniszczenia, uszkodzenia, ukrycia lub usunięcia dokumentu).

Na dostrzegalne zmniejszenie skali nadużyć popełnianych w toku przygotowywanych i realizowanych wewnątrz MON procedur zamówień publicznych, a tym samym zmniejszenie się ilości śledztw dotyczących przestępczości przetargowej w wojsku wpływ miało także utworzenie w strukturze Ministerstwa Obrony Narodowej Biura Pełnomocnika ds. Procedur Antykorupcyjnych.

W listopadzie 2005 roku w wyniku analizy zagrożenia korupcją w działalności resortu obrony narodowej powołano w MON doradców ministra ds. działalności antykorupcyjnej, jako zespół ekspercki o kompetencjach opiniująco-doradczych. W maju 2006 roku zespół ten przekształcił się w formę w pełni zinstytucjonalizowaną Biura Pełnomocnika MON ds. Procedur Antykorupcyjnych.

Biuro ds. Procedur Antykorupcyjnych na podstawie § 50 ust. 1 Decyzji nr 291/MON z dnia 26 lipca 2006r. *w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony narodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy* prowadzi nadzór nad postępowaniami prowadzonymi w ramach realizacji centralnego planu modernizacji technicznej i dotyczącymi sprzętu i uzbrojenia wojskowego. Na podstawie art. 4 pkt 3 lit. f ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) *Prawo zamówień publicznych*, przedmiotowy sprzęt i uzbrojenie są w większości wyłączone ze stosowania niniejszej ustawy. Działania BPA wyrażane są w niewiążących opiniach, które mają posłużyć zamawiającemu – głównie Departamentowi Zaopatrywania Sił Zbrojnych oraz Departamentowi Polityki Zbrojeniowej (w zakresie prac badawczo – rozwojowych, prac wdrożeniowych) w celu wyeliminowania nieprawidłowości formalnych prowadzonych postępowań oraz zapewnić ich przejrzystość i zmniejszyć do minimum subiektywizm kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym można stwierdzić, iż działania Biura ds. Procedur Antykorupcyjnych mają charakter *quasi* kontroli prewencyjnej postępowania odnoszącej się jedynie do dokumentacji postępowania w postaci wniosku o wybór trybu postępowania – w zakresie zasadności wyłączenia ze stosowania ustawy prawo zamówień publicznych, warunków przetargu (odpowiednik Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pzp) lub zaproszenia do negocjacji (w wypadku negocjacji z jednym lub wieloma wykonawcami), protokołu postępowania, czy też zapisów umowy. W oparciu o dokonane analizy Biuro wskazuje konkretne zapisy przedkładanej dokumentacji, które naruszają obowiązujące przepisy, w większości nie wnioskując o pociąganie do odpowiedzialności konkretnych osób, biorących udział w prowadzeniu postępowania, ze względu na to, iż są to zazwyczaj jedynie projekty dokumentacji. Działanie Biura opiera się na zasadach audytowych, które na podstawie konkretnych treści proponuje skuteczne rozwiązania lub wskazuje nieprawidłowości, mogące w dalszym etapie prowadzenia postępowania zakłócić zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, biorących lub chcących brać udział w postępowaniu.

Jednocześnie należy wskazać, iż wszelkie decyzje dotyczące odpowiedzialności służbowej lub karnej osób uczestniczących w pracach komisji przetargowych, każdorazowo, władny jest podejmować dowódca jednostki lub szef instytucji (komórki) zamawiającej lub

osoby do tego upoważnione. W stosunku do postępowań prowadzonych przez Departament Zaopatrywania Sił Zbrojnych informacje o wszelkich naruszeniach otrzymuje Podsekretarz Stanu ds. Modernizacji Sił Zbrojnych oraz Dyrektor Departamentu Zaopatrywania Sił Zbrojnych MON, w Departamencie Polityki Zbrojeniowej – Dyrektor – i oni jako odpowiedzialni za prowadzenie postępowań oraz prace komisji przetargowych są władni podejmować decyzje w stosunku do swoich pracowników. Biuro zauważając konkretne naruszenia może jedynie wskazywać sankcje za ich naruszenie, pozostawiając inicjatywę co do jej nałożenia osobom odpowiedzialnym za bezpośredni nadzór nad postępowaniami.

Warto jednak podkreślić, iż hierarchia aktów prawnych oraz zasady prawodawstwa uniemożliwiają egzekwowanie odpowiedzialności w postępowaniach dotyczących dostaw sprzętu i uzbrojenia wojskowego, wzorem prawa zamówień publicznych.

W zakresie wydatkowania środków publicznych większe uprawnienia i szersze kompetencje posiada Żandarmeria Wojskowa, Departament Kontroli Ministerstwa Obrony Narodowej oraz podmioty niezależne – m.in. Najwyższa Izba Kontroli.

Jednocześnie należy zasygnalizować, iż obecnie prowadzone są prace legislacyjne, mające na celu wprowadzenie ustawowych regulacji dotyczących procedur pozyskiwania uzbrojenia i sprzętu wojskowego. Ponadto wewnętrzne regulacje będą dostosowane do przeciwdziałania ujawnianym w MON nieprawidłowościom w zakresie zasadności wyłączania zamówień ze stosowania ustawy prawa zamówień publicznych.

W sposób stały realizowane jest współdziałanie Biura z prokuraturą wojskową oraz Żandarmerią Wojskową. W ramach wdrażanych czynności prewencyjnych wskazać należy na przetarg elektroniczny, zwiększający transparentność realizowanych procedur przetargowych.

Reasumując – pomimo zaprezentowanych danych liczbowych świadczących o zmniejszającej się liczbie spraw karnych o przestępstwa związane z działalnością w sferze zamówień publicznych realizowanych na rzecz resortu obrony narodowej, daleki jestem od oczekiwań, iż konsekwentne doskonalenie różnorodnych form prewencji i profilaktyki, skutecznych metod ujawniania i zwalczania tej kategorii czynów, wykorzystywanych przez prokuratorów wojskowych oraz przedstawicieli współdziałających instytucji, doprowadzi do całkowitego wyeliminowania przedmiotowego zjawiska z życia jednostek i instytucji wojskowych. Oczekiwanie takie byłoby utopią. Niemniej jednak wykorzystywanie zróżnicowanych środków prawnych i podejmowanie nowych procesowych i operacyjnych metod ujawnia i zwalczania przestępstw gospodarczych (zwłaszcza tych, których motywem są zachowania korupcyjne) uznać należy za rzecz niezbędną w działalności organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości każdego cywilizowanego, demokratycznego państwa, gdyż jedynie w ten sposób możliwym jest ograniczenie tego niebezpiecznego – tak dla państwa, jak i jego obywateli – zjawiska.

UDZIELANIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH NA USŁUGI „NIEPRIORYTETOWE" ZGODNIE Z PRAWEM I ORZECZNICTWEM EUROPEJSKIM A PRZEPISY W POLSCE – RYS HISTORYCZNY, STAN OBECNY I POSTULATY DE LEGE FERENDA

Dariusz Piasta
– doktor, wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych

Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie wymogów wynikających z prawa europejskiego w zakresie udzielania zamówień publicznych na usługi tzw. niepriorytetowe oraz porównanie z tymi wymogami przepisów obowiązujących obecnie, ale także w przeszłości, w Polsce. W pierwszej kolejności zostaną więc zaprezentowane przepisy określone w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych. Oprócz przepisów określonych w dyrektywach udzielanie zamówień powinno być zgodne z fundamentalnymi zasadami określonymi w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską, tak jak zostały one zinterpretowane przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. W kolejnej części referatu autor przytacza kilkanaście przykładów regulacji obowiązujących w tym zakresie w wybranych krajach UE i porównuje je z wymogami obowiązującymi w Polsce zarówno na gruncie starej ustawy o zamówieniach publicznych jak i Prawa zamówień publicznych. Jak wynika z tej analizy przepisy obowiązujące w tym zakresie w Polsce są najbardziej liberalne i pozostawiają największą swobodę i uznaniowość zamawiającym. W zakresie wynikającym z cytowanego niżej orzecznictwa ETS są one przy tym niezgodne z wymogami prawa europejskiego.

Unijne dyrektywy dotyczące zamówień publicznych – Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (tzw. *dyrektywa klasyczna*) oraz Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (tzw. *dyrektywa sektorowa*) mają zastosowanie do zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane, których wartość szacunkowa przekracza pewne, określone w dyrektywach, minimalne progi[1]. Nawet jeżeli jednak wartość zamówienia wynosi więcej niż próg obowiązywania dyrektyw, zamawiający w pewnych sytuacjach nie mają obowiązku stosowania przepisów określonych w dyrektywie lub mają obowiązek stosowania jedynie ich niektórych przepisów. Przykładowo, z zakresu dyrektywy 2004/18 zostały wyłączone zupełnie koncesje na usługi, koncesje zaś na roboty budowlane podlegają jedynie niektórym przepisom dotyczącym w szczególności konieczności publikacji ogłoszenia o koncesji oraz wyznaczenia od-

[1] Progi obowiązywania dyrektywy są obecnie określone w Rozporządzeniu Komisji (WE) Nr 1422/2007 z dnia 4 grudnia 2007 r. zmieniającym dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień i wynoszą: 133.000 euro na dostawy i usługi udzielane przez Zamawiających wymienionych w załączniku IV (tzw. podmioty administracji centralnej), 206.000 euro w przypadku zamówień publicznych, których przedmiotem są dostawy lub usługi zamawiane przez pozostałych zamawiających oraz 5.150.000 euro dla zamówień publicznych na roboty budowlane; Z kolei dyrektywa sektorowa dotyczy zamówień o wartości nie mniejszej niż 412.000 euro w przypadku dostaw i usług oraz 5.150.000 euro dla robót budowlanych (progi te obowiązują do końca 2009 r.)

powiednio długich terminów składania wniosków o koncesję[2]. Jeżeli chodzi o zamówienia na usługi dyrektywa klasyczna oraz sektorowa przewidują zróżnicowany zakres stosowania ich przepisów, w zależności od tego, jaki rodzaj usługi jest przedmiotem zamówienia. I tak, do zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku IIA do dyrektywy klasycznej oraz XVIIA do dyrektywy sektorowej, postanowienia tej dyrektywy mają w całości zastosowanie: *„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II A, udziela się zgodnie z przepisami art. 23–55"* (art. 20 dyrektywy klasycznej). W załączniku tym zostały wymienione m.in. następujące rodzaje usług: usługi konserwacyjne i naprawcze, usługi transportu lądowego, usługi przewozu lotniczego, usługi ubezpieczeniowe, informatyczne, badania opinii publicznej, architektoniczne i inżynieryjne, poligraficzne, oraz usługi w zakresie utrzymania, sprzątania i zarządzania budynkami. Usługi wymienione z kolei w załączniku IIB lub XVIIB odpowiednio dyrektywy klasycznej i sektorowej podlegają jedynie niektórym, enumeratywnie wymienionym przepisom dyrektyw (o czym bardziej szczegółowo poniżej): *„Proces udzielania zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II B, regulują wyłącznie przepisy art. 23 i 35 ust. 4"* (art. 21 dyrektywy klasycznej). W załączniku tym zostały wymienione następujące usługi: usługi hotelarskie i restauracyjne, usługi transportu kolejowego, dodatkowe i pomocnicze, usługi transportowe, usługi prawnicze, usługi rekrutacji i pozyskiwania personelu, usługi detektywistyczne, bezpieczeństwa, z wyjątkiem usług samochodów opancerzonych, usługi edukacyjne i szkoleniowe, usługi społeczne i zdrowotne, usługi rekreacyjne, kulturalne i sportowe, oraz „inne usługi". Ostatnia kategoria obejmuje wszystkie usługi, które nie zostały wcześniej wymienione w innych kategoriach z załącznika A bądź B.

Różnica w traktowaniu usług priorytetowych i nieprioritetowych sprowadza się, zasadniczo do tego, że o ile te pierwsze podlegają w całości, po przekroczeniu oczywiście progów dyrektyw, ich postanowieniom, o tyle usługi nieprioritetowe są objęte zakresem jedynie kilku postanowień dyrektyw (patrz niżej). Powody dla zastosowania takiego rozróżnienia są wskazane w preambule do dyrektywy 2004/18:

„Do celów zastosowania reguł proceduralnych niniejszej dyrektywy oraz do celów monitorowania najlepszym sposobem definicji usług jest ich podział na kategorie odpowiadające poszczególnym pozycjom wspólnej klasyfikacji oraz wskazanie ich w dwóch załącznikach, II A i II B, w zależności od zasad, którym podlegają. W odniesieniu do usług wymienionych w załączniku II B stosuje się odpowiednie przepisy niniejszej dyrektywy bez uszczerbku dla wspólnotowych zasad szczególnych odnoszących się do tych usług"[3].

Rozróżnienie pomiędzy usługami typu A i B nie zostało wcale dokonane, jak to się często mylnie uważa, w oparciu o charakter danej usługi (zarówno w załączniku A jak i B są usługi, które co do zasady są świadczone w warunkach konkurencji) czy też tym bardziej właściwości wykonawców świadczących dane usługi, ale z uwagi na ewentualne zainteresowanie wykonawców z krajów EU ich transgranicznym świadczeniem (wykonawca z kraju X ubiega się o zamówienie udzielane w kraju Y) i co za tym idzie ich wpływem na funkcjonowanie wspólnego rynku w zakresie zamówień publicznych. Tak więc usługi, które są potencjalnie bardziej interesujące dla wykonawców z innych niż zamawiający państw członkowskich a zatem potencjalnie mają one większy wpływ na handel wewnątrz wspólnotowy, poddane zostały bardziej surowym regułom i wymogom aniżeli usługi, gdzie to potencjalnie transgraniczne zainteresowanie jest mniejsze (czyli odpowiednio usługi typu A i B). To rozróżnienie nigdy nie miało jednak nigdy charakteru wyrytego w kamieniu

[2] M. in. obowiązek publikacji ogłoszenia o koncesji oraz wyznaczenia odpowiednio długich terminów składania wniosków o koncesję.

[3] Motyw 18 preambuły do dyrektywy klasycznej.

– wprost przeciwnie w założeniu miało mieć charakter tymczasowy: *„W odniesieniu do zamówień publicznych na usługi, pełne zastosowanie niniejszej dyrektywy powinno zostać ograniczone, w okresie przejściowym* (podkreślenie autora)*, do zamówień, w przypadku których zastosowanie jej przepisów pozwoli na pełne wykorzystanie możliwości zwiększenia obrotu transgranicznego. Zamówienia na inne usługi powinny być monitorowane przez okres przejściowy zanim podjęta zostanie decyzja dotycząca pełnego zastosowania niniejszej dyrektywy. Z uwagi na to należy określić mechanizm tego monitorowania. Mechanizm ten powinien jednocześnie umożliwiać zainteresowanym stronom uzyskanie dostępu do odpowiednich informacji."*[4]

Co ciekawe, to skądinąd tymczasowe w założeniu rozwiązanie jest jednak równocześnie bardzo trwałe – znalazło się bowiem już w pierwszej dyrektywie dotyczącej zamówień publicznych na usługi – 92/50/EWG i od tego czasu w praktycznie niezmienionej postaci ostało się do dnia dzisiejszego.

Jakie są przepisy, które mają zastosowanie do usług typu B? Do usług wymienionych w załączniku IIB do dyrektywy klasycznej oraz XVIIB do dyrektywy sektorowej zastosowanie mają jedynie dwa przepisy dyrektywy klasycznej: art. 23 (art. 34 w dyrektywie sektorowej) dotyczący prawidłowego określania przedmiotu zamówienia oraz art. 35 ust. 4 wprowadzający wymóg przesłania do Komisji Europejskiej ogłoszenia o udzielonym zamówieniu (art. 43 dyrektywy sektorowej). Stosownie do tych wymogów zamawiający ma obowiązek określić przedmiot zamówienia w sposób niedyskryminacyjny i zgodny z wymogami wskazanymi w dyrektywie. Nie musi publikować w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszenia o zamówieniu (wszczynającego postępowanie) ale po udzieleniu takiego zamówienia (o ile jego wartość przekracza próg obowiązywania dyrektyw) powinien przekazać do Komisji Europejskiej ogłoszenie o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia (w ciągu 48 dni, a w przypadku podmiotów sektorowych 60 dni od udzielenia zamówienia). Ogłoszenie takie podlega publikacji tylko jeżeli zamawiający wyrazi na to zgodę.

Zasady wynikające z pierwotnego prawa UE

Poza wspomnianymi wyżej przepisami proceduralnymi z dyrektyw udzielanie zamówień na usługi nieprioritetowe jest objęte zakresem prawa pierwotnego (Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską). Jak wynika z orzecznictwa ETS, do zamówień publicznych nieobjętych zakresem dyrektyw, a zatem tym bardziej objętych jedynie częściowo, mają zastosowanie następujące przepisy wynikające z prawa pierwotnego (Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską). I tak, zastosowanie ma:

- zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość (art. 12 TWE);

Przepis ten zabrania stosowania jakiejkolwiek dyskryminacji czyli odmiennego, gorszego traktowania osób fizycznych oraz prawnych z innych państw Wspólnoty w stosunku do podmiotów krajowych. Zgodnie z orzecznictwem ETS zasada równości wprowadzona przez ten przepis ma na celu wyeliminowanie wszelkich środków, które nakładają na obywatela innego państwa członkowskiego większe obciążenia, lub stawiają go w sytuacji prawnej lub faktycznej mniej korzystnej, w porównaniu z sytuacją, w jakiej, przy zachowaniu tych samych warunków, znajduje się obywatel tego kraju [5]. Inaczej mówiąc, podobne sytuacje nie powinny być traktowane odmiennie, chyba że zachodzą obiektywne okoliczności uzasadniające takie odmienne traktowanie[6]. Przepis art. 12 obejmuje wszelkie środki

[4] Motyw 19 preambuły do dyrektywy klasycznej.
[5] Orzeczenie z 13 grudnia 1984 r. w sprawie 251/83, Haug– Adrian.
[6] Orzeczenie z 13 lutego 1985 r. w sprawie 293/83.

dyskryminacji bezpośredniej, zgodnie z którymi narodowość (obywatelstwo) jest czynnikiem warunkującym takie odmienne traktowanie, jak i dyskryminacji pośredniej (ukrytej), w przypadku której dany przepis, jakkolwiek wprowadzający kryteria na pierwszy rzut oka obiektywne, faworyzuje jednak podmioty krajowe[7].

- swobodny przepływ towarów (art. 28 TWE);

Przepis ten przewiduje zakaz wprowadzania pomiędzy państwami członkowskimi ograniczeń w zakresie importu i „wszelkich innych środków mających podobny skutek". Dotyczy on eliminacji wszelkich środków utrudniających handel wewnątrz Wspólnoty, niezależnie od tego czy dotyczą one bezpośrednio przepływu towarów pochodzących z innych państw członkowskich czy też w sposób pośredni utrudniają handel tymi towarami[8]. Pojęcie „środka mającego podobny skutek" zostało zdefiniowane w orzeczeniu Trybunału w sprawie C-8/74 „Dassonville"[9], gdzie za środki takie uznano „wszelkie ustanowione przez państwa członkowskie zasady handlowe, które mogłyby przeszkodzić bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie, handlowi wewnątrz Wspólnoty."

- swoboda zakładania i prowadzenia przedsiębiorstw oraz rozpoczynania i prowadzenia działalności gospodarczej we Wspólnocie (art. 43 TWE);

Przepis ten przewiduje wolny dostęp do rozpoczynania i wykonywania działalności gospodarczej oraz zakładania i prowadzenia przedsiębiorstw na terenie całej Wspólnoty.

- swoboda świadczenia usług (art. 49 TWE);

Przepis ten zabrania państwom członkowskim wprowadzania nowych i wymaga zniesienia istniejących ograniczeń w świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty przez jej obywateli i podmioty gospodarcze.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie zamówień wyłączonych z dyrektyw lub objętych tylko częściowo

Do podstawowych zasad wynikających z Traktatu WE Trybunał w swoim orzecznictwie zaliczył także wynikające z wyżej wymienionych podstawowych swobód zasadę przejrzystości, czyli informowania o planowanych (udzielanych) zamówieniach, zasadę równego traktowania, wzajemnego uznawania oraz proporcjonalności[10]. Zasady te, jako mające zastosowanie również do zamówień nie objętych zakresem dyrektyw zostały także przywołane w pkt 2 preambuły do dyrektywy 2004/18.

Na zasadę przejrzystości, jako wynikającą z zasady niedyskryminacji ETS powołał się po raz pierwszy w sprawie **C – 324/98** („Teleaustria")[11]. Sprawa ta dotyczyła zaproszenia do składania ofert, wystosowanego przez Telekom Austria, na koncesję na usługi dotyczące produkcji oraz publikacji książki telefonicznej. ETS uznał, że przedmiotowe zamówienie nie podlega postanowieniom dyrektywy 93/38, ponieważ jego przedmiotem była koncesja na świadczenie usług. Fakt, że zgodnie z prawem wspólnotowym koncesje na usługi były wyłączone z zakresu dyrektyw dotyczących zamówień publicznych nie oznacza jednak, że zamawiający nie ma obowiązku przestrzegania podstawowych zasad traktatowych, w tym za-

[7] Orzeczenie z 16 lutego 1978 r. w sprawie 61/77 Komisja przeciwko Irlandii.
[8] Orzeczenie w sprawie 45/87 Komisja przeciwko Irlandii („Dundalk").
[9] Orzeczenie z 11 lipca 1974 r.
[10] Patrz niżej omawiane orzeczenie w sprawie c – 324/98.
[11] Orzeczenie z 7 grudnia 2000 r.

sady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową[12]. Obowiązek przejrzystości ciążący na zamawiającym wymaga zagwarantowania wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu publiczności otwierającego drogę konkurencji w zakresie ubiegania się o koncesję oraz gwarantującego bezstronność jej udzielania. Sprawa z kolei C – 59/00[13] dotyczyła zastosowanego przez zamawiającego wymogu wykorzystania przy budowie segmentów mieszkalnych stolarki okiennej pochodzącej od określonego, wskazanego przez zamawiającego duńskiego producenta. Wartość zamówienia nie przekraczała wprawdzie progu obowiązywanie dyrektywy dotyczącej zamówień publicznych na roboty budowlane (5.000.000 euro) jednakże ETS uznał, że z faktu, iż szczegółowe dyrektywy wspólnotowe obejmują tylko zamówienia o dużej wartości, powyżej progów, nie wynika, iż małe zamówienia podprogowe są całkowicie wyłączone z prawa wspólnotowego. Nawet jeśli nie są objęte dyrektywami, sposób ich udzielania musi być zgodny z podstawowymi zasadami Traktatu. ETS uznał po raz kolejny, że zamówienia nie objęte zakresem dyrektyw zamówieniowych ze względu na swoją wartość objęte są nie mniej jednak podstawowymi zasadami traktatowymi. Sprawa C – 231/03 „Coname" dotyczyła zamówienia udzielonego przez włoską gminę Cingia (prowincja Cremona) na świadczenie usług polegających na zarządzaniu, dystrybucji oraz utrzymaniu urządzeń do dystrybucji gazu metanowego ze spółką Padania. Udziały w tej ostatniej spółce stanowiły własność prowincji Cremona oraz prawie wszystkich gmin z obszaru tej prowincji (sama gmina Cingia posiadała 0,97 % udziałów w spółce). ETS zauważył po pierwsze, że jego orzeczenie oparte jest na założeniu, że postępowanie toczące się przed sądem krajowym dotyczyło koncesji na usługi, nie zaś zamówienia publicznego. Ponieważ przepisy dyrektyw wspólnotowych nie dotyczą koncesji na usługi, ocena postępowania zamawiającego powinna być oparta na przepisach prawa pierwotnego (TWE), a konkretnie zasady swobody świadczenia usług na terenie WE. Jeżeli dana koncesja mogła być przedmiotem zainteresowania przedsiębiorców z innych krajów UE, brak upublicznienia informacji o możliwości ubiegania się o koncesję świadczy o nierównym traktowaniu przedsiębiorców zagranicznych – zostały one pozbawione możliwości wyrażenia swojego zainteresowania świadczeniem tych usług (złożenia oferty lub wniosku o koncesję). O ile to nierówne traktowanie nie jest uzasadnione obiektywnymi okolicznościami, nie wzięcie przez zamawiającego pod uwagę możliwości świadczenia usług przez przedsiębiorców zagranicznych jest przejawem pośredniej dyskryminacji ze względu na narodowość. ETS pozostawił sądowi krajowemu ocenę, czy udzielenie koncesji przez gminę Cignia było zgodne z zasadami przejrzystości. Równocześnie jednak podkreślił, że zasada przejrzystości niekoniecznie wymaga zaproszenia do składania ofert, lecz zapewnienia przedsiębiorstwom zagranicznym dostępu do informacji o udzielanej koncesji przed jej udzieleniem, tak aby przedsiębiorstwa te, jeśli są zainteresowane, mogły złożyć wniosek o udzielenie im koncesji. W innej sprawie dotyczącej koncesji (C – 458/03)[14] ETS podkreślił, że z zasady równego traktowania oraz niedyskryminacji ze względu na narodowość wynika obowiązek zapewnienia takiej przejrzystości postępowania, która umożliwi przestrzeganie dwóch wcześniej wymienionych zasad. Obowiązek ten wymaga, aby podmiot publiczny udzielający koncesji zapewnił, dla dobra potencjalnych koncesjonariuszy, taki poziom przejrzystości, który umożliwi otwarcie koncesji na usługi na konkurencję ze strony usługodawców z innych krajów UE oraz kontrolę bezstronności (podmiotów publicznych) w postępowaniu[15]. ETS kontynuował swoją argumentację stwierdzając, że rolą udzielającego koncesji jest ocenić, czy stosowanie przepisów dotyczących zaproszenia do konkurencji (publikacji ogłoszenia), właściwych dla zamówienia publicznego, jest odpowiednie w odniesieniu do konkretnej koncesji na usługi. Ocena ta oczywiście podlega kontroli sądowej.

[12] Patrz pkt 60 –63 orzeczenia.

[13]

[14] Orzeczenie ETS z 13 października 2005 r.

[15] patrz również orzeczenie ETS w sprawie C – 324/98 "Teleaustria".

W 2007 r. doszło do wydania przez ETS wyroku dotyczącego wprost usług nieprio-rytetowych. Sprawa **C – 507/03** *Komisja przeciwko Irlandii* została wniesiona do ETS przez Komisję, która dopatrzyła się naruszenia postanowień TWE, konkretnie przepisów dotyczących swobody przedsiębiorczości świadczenia usług (art. 43 i 49). Sprawa ta jest ciekawa z tego względu, że dotyczy stosowania zasad wynikających z prawa pierwotnego nie w stosunku do zamówień nie objętych w ogóle przepisami prawa wtórnego (dyrektywa-mi) lecz objętych jedynie w ograniczonym zakresie (usługi niepriorytetowe). Naruszenie prawa wspólnotowego miało zdaniem Komisji polegać na udzieleniu przez irlandzkie ministerstwo spraw socjalnych zamówienia na świadczenie określonych usług pocztowych poczcie irlandzkiej (An Post) bez publikacji stosownego ogłoszenia o udzielanym zamó-wieniu. Rząd irlandzki twierdził, że nie było w tej sytuacji obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu, ponieważ przedmiotowe usługi zostały wymienione przez obowiązującą wówczas dyrektywę 92/50 w załączniku I B, co oznacza, że zamawiający nie miał obowiąz-ku publikacji ogłoszenia o zamówieniu (usługi niepriorytetowe). Zdaniem Komisji fakt, że przedmiotowe usługi są objęte zakresem dyrektywy (w ograniczonym zakresie) nie wy-klucza obowiązku przestrzegania zasad wynikających z podstawowych swobód oraz zasad przewidzianych w Traktacie WE. Obowiązek spoczywający na państwach członkowskich polegający na przestrzeganiu tych ogólnych zasad jest zdaniem Komisji potwierdzony przez samą dyrektywę 92/50[16], której art. 3 ust. 2 przewiduje ogólny obowiązek zama-wiający nie dyskryminacji wykonawców usług. Obowiązek ten dotyczy zarówno usług priorytetowych (załącznik IA) jak i przedmiotowych usług niepriorytetowych (załącznik IB). Zdaniem Komisji tylko taki wniosek jest zgodny z „logiką wspólnego rynku". ETS oddalił wniosek Komisji, na tej podstawie, że Komisja zarzucając Irlandii naruszenie prawa wspólnotowego nie udowodniła wystąpienia takiego naruszenia: *„Komisja powinna dostarczyć Trybunałowi wszelkich informacji niezbędnych do tego, by zweryfikował on ist-nienie uchybienia i nie może przy tym opierać się na żadnym domniemaniu (…) tymczasem w niniejszym przypadku Komisja nie dostarczyła takich dowodów. Samo wskazanie istnienia skargi, która do niej wpłynęła w związku ze spornym zamówieniem, nie może być bowiem wystarczające w celu wykazania, że zamówienie to stanowiło niewątpliwy przedmiot zainte-resowania o charakterze transgranicznym, i stwierdzenia w związku z tym istnienia uchybie-nia"*. Równocześnie jednak ETS stwierdził, że *„Jeśli bowiem chodzi o usługi wymienione w załączniku I B do dyrektywy 92/50 i z zastrzeżeniem przyszłego przeglądu, o którym jest mowa w art. 43 tej dyrektywy, ustawodawca wspólnotowy wyszedł z założenia, że zamówienia dotyczące tego rodzaju usług nie stanowią a priori ze względu na ich szczególny charakter przedmiotu zainteresowania o charakterze transgranicznym, mogącego uzasadnić wymóg, by udzielano ich w wyniku postępowań przetargowych, które mają umożliwić przedsiębiorstwom z innych państw członkowskich zapoznanie się z ogłoszeniem o zamówieniu i złożenie oferty. Z tego względu dyrektywa 92/50 ogranicza się w odniesieniu do tego rodzaju usług do nakazu ogłaszania ex post. Niemniej bezsporny jest fakt, że udzielanie zamówień publicznych wciąż podlega podstawowym zasadom prawa wspólnotowego, a w szczególności wpisanym do trak-tatu zasadom w dziedzinie prawa przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług.* Celem dy-rektywy „jest bowiem wyeliminowanie praktyk ogólnie ograniczających konkurencję oraz ograniczających w szczególności udział w zamówieniach obywateli innych państw człon-kowskich, poprzez poprawę dostępu usługodawców do procedur udzielania zamówień". Zdaniem ETS systemu publikacji ogłoszeń przewidzianego przez dyrektywę w odniesieniu do usług typu B *„nie można interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie stosowa-niu zasad wynikających z art. 43 WE i 49 WE, jeżeli tego rodzaju zamówienia byłyby pomi-mo wszystko niewątpliwym przedmiotem zainteresowania o charakterze transgranicznym."*.

[16] Dyrektywa koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na usługi, jedna z poprzed-niczek dyrektywy 2004/18.

Jeżeli zatem zamówienie dotyczące usług wymienionych w załączniku I B stanowi przedmiot takiego zainteresowania, udzielenie tego zamówienia, przy całkowitym braku przejrzystości, przedsiębiorstwu znajdującemu się w państwie członkowskim instytucji zamawiającej stanowi przejaw różnego traktowania na niekorzyść przedsiębiorstw, dla których zamówienie to mogłoby być interesujące, a które znajdują się w innym państwie członkowskim".

Komunikat wyjaśniający Komisji Europejskiej w zakresie zamówień nieobjętych dyrektywami lub objętych częściowo

W lipcu 2006 r. Komisja Europejska opublikowała *Komunikat wyjaśniający dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych.* Celem Komunikatu była pomoc zamawiającym w stosowaniu zasad wynikających z prawa pierwotnego, w świetle orzecznictwa ETS. Komunikat dotyczy dwóch grup zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte zakresem dyrektyw: zamówień o wartościach nieprzekraczających progów określonych w dyrektywach oraz zamówień publicznych na usługi wymienione w załączniku IIB do dyrektyw 2004/18 oraz załączniku XVIIB (czyli tzw. usługi niepriorytetowe). Zdaniem Komisji potrzeba przyjęcia takiego komunikatu wynika z faktu, że zamówienia nie objęte zakresem dyrektyw stanowią ogromną większość zamówień udzielanych w krajach członkowskich (w niektórych państwach ponad 90 % udzielanych zamówień). Komunikat wyjaśnia w jaki sposób można zadośćuczynić wymogowi przejrzystości w przypadku zamówień małej wartości. W tym celu Komisja daje pewne wskazówki dotyczące metod publikacji, jaki mogą być zastosowane, oraz jakie elementy powinny być zawarte w ogłoszeniu. Ponadto, w komunikacie znalazły się także pewne wskazówki dotyczące samego przebiegu postępowania o zamówienie publiczne, w tym dotyczące przestrzegania zasady równego traktowania i bezstronności. Wreszcie, Komisja wyjaśnia również w jaki sposób wykonawcy mogli ewentualnie skorzystać ze środków zaskarżenia w stosunku do takich zamówień.

Komisja przypomina, że zgodnie z orzecznictwem ETS podmioty zamawiające pochodzące z państw członkowskich mają obowiązek przestrzegania postanowień i przepisów zawartych w Traktacie WE w każdym przypadku, gdy zawierają umowy w ramach zamówień publicznych objęte zakresem Traktatu. Zasady te obejmują omawiane wcześniej swobodny przepływ towarów, prawo przedsiębiorczości, swobodę świadczenia usług, niedyskryminację i równe traktowanie, przejrzystość, proporcjonalność i wzajemne uznawanie.

Zasady wynikające z Traktatu WE mają zastosowanie wyłącznie do zamówień, które są wystarczająco powiązane z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego. Jak przypomina Komisja ETS stwierdził, że w konkretnych przypadkach „z powodu szczególnych okoliczności, na przykład niewielkiego znaczenia gospodarczego" podmioty gospodarcze z siedzibą w innych państwach członkowskich nie byłyby zainteresowane uzyskaniem danego zamówienia. W takich przypadkach skutki dla podstawowych swobód rynku wewnętrznego „należałoby uznać za zbyt nieokreślone i pośrednie", aby uzasadniały stosowanie norm zaczerpniętych z prawa pierwotnego. Ocena czy poszczególne zamówienie może budzić zainteresowanie wykonawców z innych państw członkowskich. Ocena taka powinna zostać oparta na analizie konkretnych okoliczności danej sprawy, takich jak przedmiot zamówienia, jego szacunkowa wartość, specyfika danego sektora (rozmiar i struktura rynku, praktyki handlowe itp.) oraz geograficzna lokalizacja miejsca wykonania zamówienia. Jeżeli podmiot zamawiający uzna, że dane zamówienie może budzić zainteresowanie podmiotów zagranicznych, powinien przy jego udzielaniu przestrzegać zasad wynikających z prawa pierwotnego.

Szczególny nacisk został położony na wymogi związane z zasadą przejrzystości. Przestrzeganie tej zasady oznacza on, że przedsiębiorstwo z siedzibą w innym państwie członkowskim niż zamawiający powinno mieć dostęp do odpowiednich informacji dotyczących danego zamówienia przed jego udzieleniem i w konsekwencji mieć możliwość wyrażenia swojego zainteresowania danym zamówieniem. Zdaniem Komisji praktyka polegająca na kontaktowaniu się z licznymi potencjalnymi wykonawcami nie jest wystarczająca do uznania, że wymóg dotyczący zapewnienia przejrzystości został spełniony, nawet jeżeli zamawiający zwraca się do przedsiębiorców zagranicznych. Nie można bowiem wykluczyć w takiej sytuacji dyskryminacji potencjalnych wykonawców zamówienia, zwłaszcza spośród nowych uczestników rynku. To samo dotyczy wszystkich biernych form publikacji, kiedy zamawiający nie publikuje ogłoszenia w sposób aktywny lecz udziela odpowiedzi na zapytania przedsiębiorców, którzy dowiedzieli się sami o danym planowanym zamówieniu. Podobnie, nie jest wystarczające powołanie się przez zamawiającego na pojawiające się w mediach doniesienia, relacje z debat parlamentarnych i politycznych lub wydarzeń takich jak kongresy. Jedynym zdaniem Komisji sposobem na wypełnienie obowiązku wynikającego z orzecznictwem ETS jest publikacja wystarczająco dostępnego ogłoszenia przed udzieleniem zamówienia. Komisja stawia zatem znak równości pomiędzy upublicznieniem i publikacją ogłoszenia o zamówieniu. Decyzja o wyborze właściwych środków upublicznienia informacji o zamówieniach należy do zamawiającego. Przy dokonywaniu wyboru powinien on jednak kierować się oceną znaczenia zamówienia w kategoriach rynku wewnętrznego, w szczególności w świetle jego przedmiotu, wartości oraz zwyczajowych praktyk przyjętych w danym sektorze. Im większe znaczenie danego zamówienia dla potencjalnych oferentów z innych państw członkowskich, tym szerszy powinien być zakres upublicznienia.

Komisja wskazuje również na pewne zasady, wynikające z orzecznictwa ETS, które powinny być przestrzegane przy udzielaniu zamówień nie objętych dyrektywami. I tak, odnośnie przedmiotu zamówienia, niezbędne jest aby jego opis nie miał dyskryminacyjnego charakteru. Podobnie jak w przypadku zamówień objętych dyrektywami opis charakterystycznych cech danego produktu lub usługi nie może odnosić się do określonej marki lub źródła, szczególnych sposobów postępowania, patentów, rodzajów lub specyficznego pochodzenia, chyba że takie wskazanie jest podyktowane przedmiotem zamówienia oraz że wskazaniu takiemu będą towarzyszyć słowa „lub równoważne"; w każdym przypadku zalecane jest przez komunikat wykorzystanie ogólnego opisu dotyczącego wykonania lub zastosowania. Zamawiający ma obowiązek zapewnić:

- równy dostęp dla przedsiębiorców ze wszystkich państw członkowskich UE. Zgodnie z tym zabroniona jest dyskryminacja zarówno bezpośrednia jak i pośrednia, jak np. wymóg aby wykonawca zamówienia miał siedzibę w tym samym państwie lub regionie co zamawiający;
- jeżeli wymagane jest przedłożenie przez wnioskodawców lub oferentów określonych dyplomów, świadectw i innych dokumentów na potwierdzenie ich kwalifikacji dokumenty z innych państw członkowskich dające równoważną gwarancję powinny być akceptowane (zasada wzajemnego uznawania);
- odpowiednie terminy składania ofert lub wniosków, tak aby umożliwić wykonawcom z innych państw członkowskich wzięcie udziału w postępowaniu; oraz
- przejrzyste i obiektywne traktowanie wszystkich wykonawców – wszyscy wykonawcy powinni mieć jednakowe szanse zapoznania się z obowiązującymi przepisami.

Udzielanie zamówień na usługi w świetle ustawy o zamówieniach publicznych oraz Prawa zamówień publicznych

Przypomnijmy na wstępie krótko, jaka była historia rozwiązań w zakresie zamówień na usługi w naszym kraju. Poprzedniczka obecnie obowiązujących przepisów – ustawa z 22 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych nie przewidywała przez pierwsze lata swojego obowiązywania żadnego szczególnego traktowania usług ze względu na ich charakter. Wszystkie zamówienia o ile nie były wyłączone wprost spod ustawy podlegały temu samemu reżimowi. Wyjątek, ale znowu mający zastosowanie do wszystkich typów zamówień został przewidziany dla zamówień o wartości nie większej niż 30.000 euro. Zgodnie z art. 15 tejże ustawy w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż wyżej wymieniony próg nie był obowiązkowy tryb przetargu nieograniczonego i nie miały zastosowania przepisy dotyczące publikacji ogłoszeń o zamówieniach w Biuletynie Zamówień Publicznych, pisemności postępowania, protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówieniach, terminów, wadium, protestów i odwołań. Jeszcze mniej przepisów obowiązywało w stosunku do zamówień o wartości do 3.000 Euro (ustawa aż do 2001 r. nie przewidywała żadnego zwolnienia z obowiązku jej stosowania ze względu na wartość). Możliwość nie stosowania niektórych przepisów ustawy do określonych kategorii usług pojawiła się wraz z nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2001 r., której celem było dostosowanie polskiego prawa do prawa europejskiego (Dz.U.2001.76.813).

Art. 6 ust. 2 dotyczący usług niepriorytetowych w brzmieniu nadanym przez nowelizację stanowił:

„Przepisów ustawy, dotyczących publikacji ogłoszeń o planowanych zamówieniach publicznych, terminów, wadiów, przesłanek wyboru trybu w przypadku udzielania zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, dwustopniowego, negocjacji z zachowaniem konkurencji lub zapytania o cenę oraz obowiązku zatwierdzenia w tych przypadkach trybu przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a także zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy nie stosuje się do usług:

1) hotelowych i restauracyjnych,
2) w zakresie transportu kolejowego,
3) w zakresie transportu morskiego i żeglugi śródlądowej,
4) prawniczych,
5) w zakresie doradztwa personalnego,
6) w zakresie ochrony,
7) w zakresie szkolenia,
8) zdrowotnych i socjalnych,
9) w zakresie kultury,
10) w zakresie sportu i rekreacji."

Rozróżnienie pomiędzy usługami typu A i B, i co za tym idzie odmienne wymogi proceduralne, powtórzone zostało następnie w ustawie z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.07.223.1655 ze zm.). Art. 5 ustawy PZP dotyczący usług niepriorytetowych:

„Art. 5. 1. W postępowaniach o udzielenie zamówienia, których przedmiotem są usługi:

1) w zakresie ochrony, z wyjątkiem związanych z konwojowaniem pieniędzy i kosztowności,
2) socjalne,

3) hotelarskie,
4) restauracyjne,
5) transportu kolejowego,
6) transportu morskiego i żeglugi śródlądowej,
7) prawnicze,
8) w zakresie doradztwa personalnego,
9) w zakresie szkolenia,
10) zdrowotne,
11) w zakresie kultury,
12) w zakresie sportu i rekreacji,
13) detektywistyczne

– zamawiający może nie stosować przepisów ustawy dotyczących wstępnych ogłoszeń informacyjnych, terminów, wadium, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz innych niż dotyczące wartości zamówienia przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę, a dla zamówień określonych w pkt 3-13 również przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz obowiązku zatwierdzenia w tych przypadkach trybu przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Prezesem Urzędu”.”

Ustawodawca w nowej ustawie wyodrębnił grupę usług, w stosunku do których pozwolił na stosowanie łagodniejszego reżimu, innymi słowy dopuszczając możliwość nie stosowania określonych, enumeratywnie wskazanych przepisów ustawy. W ramach tych usług wyodrębnione zostały jeszcze dwie podgrupy: z jednej strony usługi w zakresie ochrony oraz socjalne, z drugiej pozostałe wymienione w tym przepisie. Wspólne dla obu grup zamówień było niestosowanie szeregu przepisów ustawy, dotyczących wstępnych ogłoszeń informacyjnych (ogłoszenie informacyjne było w początkowym okresie obowiązywania PZP obowiązkowe), terminów, wadium, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz możliwości dowolnego stosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę (w tym ostatnim przypadku zastosowanie zapytania o cenę było jednak dopuszczalne tylko do 60.000 euro). Pozostałe usługi wymienione w pkt 3 -13 zostały jeszcze dodatkowo objęte możliwością dowolnego stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (konsekwencja sformułowania, że nie stosuje się przepisów dotyczących przesłanek stosowania tego trybu). Porównując z przepisami ustawy o zamówieniach publicznych warto zwrócić uwagę na fakt, że o ile uzp nie dopuszczała, o ile nie zachodziły określone przesłanki, udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe w trybie zamówienia z wolnej ręki o tyle PZP już taką możliwość przewidywało (do części przynajmniej usług określonych w tym przepisie). Przekaz jaki płynął z tego przepisu był więc wyjątkowo niekonsekwentny: z jednej strony ustawodawca nakazywał stosowanie szeregu wymogów wynikających z PZP (zwalniając tylko z niektórych z nich) – można nie stosować niektórych przepisów co za tym idzie wszystkie pozostałe są obowiązkowe – z drugiej zaś dopuszczał nie stosowanie nawet namiastki konkurencyjnego, przejrzystego postępowania. Sposób uregulowania tej kwestii z jednej strony zdecydowanie wykraczał poza przepisy prawa europejskiego czyniąc polskie rozwiązania daleko bardziej rygorystycznymi niż by to wynikało z prawa europejskiego z drugiej zaś dopuszczał zachowanie zamawiającego sprzeczne z zasadami wynikającymi z prawa pierwotnego oraz orzecznictwa ETS.

I tak, polski ustawodawca był bardziej rygorystyczny niż unijny z uwagi na:

– odwrotny niż w UE mechanizm klasyfikowania usług – w UE zamknięty katalog usług typu A oraz otwarty typu B – w Polsce odwrotnie – łagodniej traktowane tylko usługi enumeratywnie wskazane (inaczej, usługi nie wymienione w art. 5 traktowane surowiej).

– zamknięty katalog przepisów nie mających zastosowania w Polsce podczas gdy w UE dokładnie odwrotnie – wskazane są tylko te przepisy, które powinny być stosowane;
– określenie procedur, które powinny być stosowane w Polsce (inna sprawa, że wg swobodnego uznania, z wyjątkami, samego zamawiającego) i milczenie dyrektyw w tym zakresie.

Sprzeczność z kolei z prawem europejskim to przede wszystkim konsekwencja tego, że usługi nieprioritetowe inaczej niż w UE zostały jedynie nazwane (przy zastosowaniu polskiej terminologii) nie zaś dookreślone poprzez wskazanie kodów CPC czy też CPV. Z drugiej strony przepis art. 5 dopuszczał swobodne stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, bez odwołania się do zasad niedyskryminacji, równego traktowania czy też przejrzystości. W konkretnym przypadku, kiedy zamawiający udzieliłby np. zamówienia na usługi szkoleniowe o sporej wartości, przekraczającej próg dyrektywy, z wolnej ręki, a Komisja Europejska doszłaby do wniosku, że takie zamówienie ma charakter transgraniczny, ponieważ potencjalnie budziłoby zainteresowanie wykonawców z innych krajów UE, groziłoby nam postępowanie o naruszenie zasad traktatowych.

Przepis art. 5 był od momentu jego przyjęcia kilkakrotnie nowelizowany. I tak, ustawa o zmianie PZP z 7 kwietnia 2006, która wdrażała postanowienia nowych dyrektyw UE zmieniła nieco katalog usług nieprioritetowych, na następujący:

„W postępowaniach o udzielenie zamówienia, których przedmiotem są usługi w zakresie ochrony osób i mienia, z wyjątkiem związanych z konwojowaniem pieniędzy i kosztowności,
2) socjalne,
3) hotelarskie lub restauracyjne,
4) transportu kolejowego,
5) transportu morskiego lub żeglugi śródlądowej,
6) prawnicze,
7) rekrutacji lub pozyskiwania personelu,
8) szkoleniowe lub edukacyjne,
9) zdrowotne,
10) w zakresie kultury, sportu lub rekreacji, z wyjątkiem usług kablowej sieci radiowej i telewizyjnej,
11) detektywistyczne,
12) związane bezpośrednio z prowadzeniem gospodarki leśnej."

Nieco inny był również katalog przepisów nieobowiązkowych: przepisy dotyczące terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, wadium, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz innych niż dotyczące wartości zamówienia przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę, licytacji elektronicznej, a dla zamówień określonych w pkt 3-12 – również przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz obowiązku informowania w tych przypadkach Prezesa Urzędu Zamówień.

Podobnie jak poprzednio cechą wspólną była dowolność wyboru trybu udzielania zamówienia (z wyjątkiem zapytania o cenę). Swego rodzaju kuriozum, powtórzonym zresztą za przepisem z 2004 r. było to, że w przypadku zamówienia np. na usługi szkoleniowe czy też prawnicze o wartości powyżej 60.000 euro zamawiający mógł zastosować zamówienie z wolnej ręki ale nie mógł skorzystać z zapytania o cenę.

Rewolucyjna zmiana została dokonana nowelizacją z 8 września 2008 r. (Dz.U.2008. 171.1058):

„Art. 5. 1. W postępowaniach o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi lub w załączniku XVII B do dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, zamawiający może nie stosować przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz innych niż dotyczące wartości zamówienia przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę, licytacji elektronicznej, a także przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz obowiązku informowania w tych przypadkach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Prezesem Urzędu".

Ustawodawca zastosował odwrotny mechanizm aniżeli ten wprowadzony stawą z 2004 r. zastępując otwarty katalog usług priorytetowych oraz zamknięty usług nieprioritetowych, wzorowanym na dyrektywie 2004/18 oraz 2004/17 mechanizmem, zgodnie z którym tylko w stosunku do wyliczonych enumeratywnie usług konieczne jest stosowanie wszystkich wymogów proceduralnych podczas, gdy pozostałe usługi są objęte znacznie łagodniejszym reżimem. Formalnie rzecz biorąc takie rozwiązanie jest zgodne z prawem EU, gdyż to nie definiuje, poza wyżej wymienionymi przypadkami procedur udzielania zamówień publicznych na usługi typu B. Problem dotyczy wszakże potencjalnego niebezpieczeństwa nadużycia trybu niekonkurencyjnego (bez zaproszenia do konkurencji) w konkretnym przypadku, kiedy zamówienie, ze względu na swój przedmiot oraz wartość mogłoby być przedmiotem zainteresowania wykonawców z innych krajów UE.

Przepisy dotyczące zamówień na usługi typu B w państwach członkowskich UE – przykłady rozwiązań

Jak to zostało już wcześniej podkreślone prawo europejskie nie definiuje szczegółów procedur udzielania zamówień publicznych pozostawiając to (swobodnemu) uznaniu państw członkowskich, oczywiście przy zachowaniu wskazanych wyżej zasad wynikających z prawa traktatowego. W konsekwencji rozwiązania przyjęte w krajach UE się różnią od siebie, inaczej niż w przypadku zamówień w pełni objętych dyrektywami; stosowane rozwiązania można jednak podzielić na kilka grup. W zasadzie przyjęte są cztery modele:

1. ustawodawca krajowy **wymaga co do zasady stosowania na usługi typu B tych samych procedur co na usługi typu A**, wprowadzając pewne wyjątki mające na celu uelastycznienie, odformalizowanie procedur ich dotyczących – możliwość odstąpienia od stosowania niektórych przepisów, wymogów i ograniczeń, krótsze terminy składania ofert itp.;
2. przepisy krajowe określają **odrębne procedury udzielania zamówień na usługi typu B**, opierając się wszakże na formalnych, „pełnych" procedurach, w stosunku do których zastosowanie mają jednak pewne wyjątki czy też ułatwienia;
3. **prawo krajowe wskazuje jedynie, jakie przepisy mają zastosowanie (katalog pozytywny)** pozostawiając zamawiającym swobodę w określeniu szczegółów stosowanych przez siebie procedur; ustawodawca **udziela przy tym jednak pewnych wskazówek, wytycznych, np. wskazując jakie zasady muszą być przestrzegane**;

4. **prawo krajowe definiuje w sposób pozytywny przepisy, które muszą być przestrzegane (zgodnie z dyrektywą), milcząc wszakże na temat procedur, jakie w konkretnym przypadku powinny być zastosowane**.

W UE dominuje obecnie model 1 oraz 4, przy czym rozwiązanie nr 1 jest szczególnie popularne w nowych krajach członkowskich. Znacznie mniej częste są modele nr 2 i 3.

I tak, rozwiązanie nr 1 występuje np. w Finlandii gdzie zamawiający udzielając zamówień typu B, zarówno powyżej progów UE jak i poniżej, stosują te same procedury co do zamówień podprogowych. Co do zasady, stosuje się przetarg nieograniczony lub ograniczony, oraz w sytuacjach wskazanych w ustawie także dialog konkurencyjny, procedurę negocjacyjną lub nawet zamówienie bezpośrednie. Procedura negocjacyjna może być co do zasady stosowana jeżeli wartość usługi typu B nie przekracza 50.000 euro (na usługi socjalne lub zdrowotne ustawa w ogóle nie ma zastosowania poniżej 50.000 euro). Ustawa wymaga także, aby o ile stosowana jest procedura konkurencyjna, publikowane zostało ogłoszenie o zamówieniu. W Bułgarii zamawiający muszą stosować na usługi typu B te same procedury co dla usług A procedura negocjacyjna z ogłoszeniem jest jednak równouprawniona z otwartą i ograniczoną. Podobnie w Czechach. Na Słowacji ustawa pozwala na stosowanie dla usług typu B procedur podprogowych co oznacza, że nawet jeżeli wartość usług jest powyżej progów UE zastosowanie mają krótsze terminy składania ofert czy też wniosków, nie jest konieczne publikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE itp. W Portugalii przepisy wprowadzają nie tylko rozróżnienie pomiędzy usługami typu A i B, ale również w obrębie samych usług niepriorytetowych bardziej elastyczne zasady obowiązują w stosunku do np. usług socjalnych, zdrowotnych oraz edukacyjnych, gdzie zamawiający nie muszą stosować proceduralnych przepisów ustawy, z wyjątkiem ogłoszenia o wyniku postępowania oraz specyfikacji technicznych. Jak się wydaje wszystkie pozostałe usługi typu B są objęte takimi samymi procedurami jak usługi A, zamawiający nie muszą jednak, niezależnie od wartości zamówienia publikować ogłoszenia o zamówieniu w Dz. Urz. UE. Podobnie w Estonii[17], gdzie ułatwienia dotyczące udzielania zamówień na usługi typu B dotyczą w zasadzie tylko usług prawniczych oraz zdrowotnych. Zamawiający nie mniej jednak muszą przestrzegać wymogów dotyczących określania przedmiotu zamówienia oraz publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Rozwiązanie nr 2

Rozwiązań, gdzie przepisy krajowe regulują procedury udzielania zamówień specjalnie dla usług niepriorytetowych nie ma zbyt wiele. W zasadzie takie rozwiązanie występuje jedynie na Litwie[18] oraz na Węgrzech. W pierwszym przypadku zamawiający stosują te same procedury co dla innych zamówień, ale w ich uproszczonej wersji: uproszczony przetarg nieograniczony, uproszczony przetarg ograniczony, uproszczona procedura negocjacyjna, konkurs na projekt itp. Przebieg procedur uproszczonych jest w zasadzie taki sam jak dla ich starszych sióstr. Uproszczenie polega np. na krótszych terminach (np. 14 dni w nieograniczonym przetargu). Podobnie na Węgrzech, gdzie tylko w przypadku usług prawniczych zamawiający nie muszą stosować żadnej konkretnej procedury.

Rozwiązanie nr 3

Ciekawy i dość oryginalny jest model francuski. Francuski *Code des Marchés Publics*[19] stanowi, że zamówienia, których przedmiotem są usługi niepriorytetowe mogą być udzie-

[17] Public Procurement Act, przyjęty 19 października 2000 z poprawkami.

[18] Law on public procurement**,** 13 August 1996, No. I-1491, (nowa wersja 22 December 2005, No. X-471)

[19] Code des marchés publics (édition 2006), Version consolidée au 22 juin 2008.

lane w procedurach, których szczegóły są definiowane samodzielnie przez zamawiających (tzw. *procedure adaptée*)[20]. Minimalne wymogi dotyczące tych procedur są określone w Art. 28, który z kolei odwołuje się do przepisu Art 30. I tak, zamawiający mają swobodę w zakresie decyzji, jak taka procedura powinna być wszczęta i prowadzona, postępując w zależności od konkretnych okoliczności, biorąc pod uwagę naturę oraz charakter swoich potrzeb, jak też liczbę oraz siedzibę wykonawców, którzy byliby potencjalnie zainteresowani. Co do konkretnych procedur, zamawiający mogą się wzorować na innych procedurach wskazanych w Kodeksie, bez konieczności przestrzegania wymogów proceduralnych przewidzianych w stosunku do tych ostatnich. Jednakże udzielenie zamówienia bez zaproszenia do konkurencji (czyli bezpośrednio) jest możliwe, tylko pod warunkiem, że jest to uzasadnione w danym przypadku (np. spełnione są przesłanki do procedury negocjacyjnej) lub wartość zamówienia nie przekracza 4000 EUR (bez VAT).

Rozwiązanie nr 4 w którym ustawodawca nie wychodzi ponad to, co określone w dyrektywach w czystej postaci występuje w takich krajach jak np. Hiszpania[21], W. Brytania, Irlandia, czy też Rumunia[22].

Podsumowanie

Rozwiązań przyjętych w Polsce, o których mowa powyżej nie sposób zaklasyfikować do żadnego z wyżej omawianych modeli obowiązujących w krajach UE. Nie ma bowiem drugiego takiego modelu, w którym ustawodawca z jednej strony przyjmuje formalnie rygorystyczne procedury, od których przewiduje pewne wyjątki mające na celu odformalizowanie tych procedur, z drugiej zaś w kolejnym przepisie pozostawia zamawiającym zupełną dowolność w stosowaniu lub nie tych procedur (w wyżej wymienionych krajach UE możliwość odstąpienia od konkurencyjnych procedur na rzecz zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczona tylko w stosunku do konkretnie wskazanych 2 – 3 typów usług). **W konsekwencji, przepisy obowiązujące w Polsce w zakresie usług nieprioritetowych są najbardziej liberalne w Unii Europejskiej, nigdzie indziej zamawiający nie mają takiej swobody.** Nawet bowiem w tych państwach członkowskich, gdzie przepisy dotyczące zamówień nie określają procedury udzielania zamówień publicznych zamawiający mają obowiązek przestrzegania podstawowych zasad takich jak niedyskryminacja, równe traktowanie, przejrzystość itp. Co za tym idzie, udzielenie zamówienia bezpośrednio bez przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania jest dopuszczalne o ile nie stoi to w sprzeczności z wyżej wymienionymi zasadami. Nie ulega wątpliwości, że kwestia uregulowania sposobu udzielania zamówień na usługi tzw. nieprioritetowe jest obecnie w Polsce jedną z bardziej drażliwych i kontrowersyjnych. Obecne problemy związane z art. 5 są konsekwencją błędu popełnionego przez ustawodawcę w 2004 r. czyli niekontrolowanego poluzowania reżimu udzielania zamówień na określone kategorie usług poprzez dopuszczenie ich udzielania **bez żadnych szczególnych warunków w trybie z wolnej ręki** (abstrahując od tego czy usługi te są zdefiniowane w sposób pozytywny czy negatywny). W ciągu ostatnich 5 lat zamawiający zdążyli się już przyzwyczaić do braku ograniczeń proceduralnych i wszelkie próby ograniczenia ich swobody w tych zakresie są traktowane niemalże jak zamach na określone, „nabyte" prawa. Takie wysiłki powinny być jednak podejmowane. Przepis w dotychczasowym brzmieniu jest sprzeczny zarówno z cytowanym wyżej Komunikatem ale także orzecznictwem ETS. Niezgodność tego przepisu

[20] Ibidem, Art. 30.

[21] Ley 30/2007 of 30 of October 2007 de Contratos del Sector Público.

[22] Law regarding the award of the public procurement contracts, public works concession contracts and services concession contracts

z Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską była podnoszona również w audytach przeprowadzanych przez audytorów Komisji Europejskiej. W kwietniu 2008 r. Urząd Zamówień Publicznych skierował do uzgodnień międzyresortowych projekt nowelizacji PZP, którego celem jest przede wszystkim dostosowanie polskiej ustawy do wymogów nowej dyrektywy odwoławczej – dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych[23]. Niejako przy okazji projekt ten zmienia także brzmienie przepisu art. 5. W tym zakresie projektodawca proponuje ograniczenie stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki przy udzielaniu zamówień na usługi niepriorytetowe do **uzasadnionych przypadków**. W szczególności zamawiający byliby uprawnieni zastosować ww. tryby, gdy zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasady celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków lub dokonywania wydatków w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań lub w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. Różnica z aktualnym stanem prawnym w ww. zakresie sprowadzałaby się zatem wyłącznie do wprowadzenia wymogu uzasadniania wyboru trybu niekonkurencyjnego dla zamówień na usługi niepriorytetowe – po to, aby stosowanie tych trybów nie było nadużywane. Celem proponowanego art. 5 ust. 1a jest w konsekwencji zapewnienie zgodności udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe z Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską oraz zwiększenie absorpcji środków unijnych.

[23] (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r. s. 31)

ELASTYCZNOŚĆ PROCEDUR A EFEKTYWNOŚĆ ZAMÓWIEŃ

Jerzy Pieróg
– radca prawny, ekspert w zakresie zamówień publicznych

Wstęp

Przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza procedur przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych i ocena ich wpływu na efektywność udzielanych zamówień.

Celem opracowania jest wykazanie, iż deregulacja procedur dotyczących zamówień publicznych jest korzystna dla wszystkich uczestników rynku zamówień publicznych, w tym także dla interesu publicznego. Analizie zostanie poddana ustawa w wersji uchwalonej w 2004 r.[1] oraz w wersji obowiązującej po większych nowelizacjach, mających miejsce w latach 2006[2], 2007[3]i 2008[4]. Wynika to z faktu, iż każda z tych nowelizacji prowadziła m. in. do przyspieszania i ułatwiania postępowań, łagodzenia procedur, zwiększania samodzielności zamawiającego, wzrostu konkurencyjności wśród wykonawców, a tym samym – do większej efektywności zamówień publicznych. Oczywiście nie zawsze się to udawało i niekiedy nowe przepisy wymagały kolejnych zmian. Ale założenia zawsze były podobne i miały na celu usprawnienie procedur. Ponieważ zarówno sama ustawa źródłowa, jak i ustawy nowelizujące, zawierają szereg różnych przepisów, mających większe lub mniejsze znaczenie dla wyników przedmiotowej analizy, szczególna uwaga zostanie poświęcona tym ustawowym procedurom, które mają znaczący wpływ na wykonywanie czynności przez zamawiającego oraz na wynik prowadzonych postępowań.

Przez ustawowe procedury należy rozumieć wszelkie przepisy określające sposób działania zamawiającego w trakcie prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Składają się na to przede wszystkim przepisy określające uprawnienia i obowiązki zamawiającego, możliwość podejmowania decyzji i odpowiedzialność w tym zakresie, samodzielność w decydowaniu, możliwość modyfikowania zamówień i poprawiania błędów w trakcie postępowania oraz przepisy pozwalające na sprawne prowadzenie postępowania. Natomiast efektywność udzielanych zamówień rozumiana jest w aspekcie prawnych możliwości sprawnego prowadzenia postępowań i wpływu określonych rozwiązań prawnych na konieczność unieważniania postępowań. Szczególne znaczenie ma tutaj też możliwość rzeczywistego wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego na podstawie kryteriów oceny ofert oraz opłacalność finansowa wybieranych ofert.

Wszelkie wnioski formułowane są na podstawie analizy przepisów i ich skutków, a nie na podstawie praktycznych działań zamawiających. Stąd przypadki przewlekania postępowań przez zamawiających, częste ustalanie ceny jako jedynego kryterium czy liczba wnoszonych środków ochrony prawnej nie są brane pod uwagę przy ocenie efektywności udzielanych zamówień.

---

[1] Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177)

[2] Ustawa z 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Nr 79, poz. 551)

[3] Ustawa z 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (|Dz. U. Nr 82, poz. 560)

[4] Ustawa z 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058)

Rozdział 1

Ustawa uchwalona w dniu 29 stycznia 2004 r. jest najbardziej restrykcyjną wersją ustawy regulującej udzielanie zamówień publicznych w Polsce od początku poddania tej sfery stosunków społeczno – gospodarczych regulacjom prawnym rangi ustawowej, czyli od 1 stycznia 1995 r., kiedy to weszła w życie ustawa o zamówieniach publicznych[5]. W stosunku do tej ostatniej została niewątpliwie lepiej napisana, z uwzględnieniem zasad techniki legislacyjnej i logicznej systematyki. Wprowadziła szereg nowych rozwiązań, w tym adaptujących regulacje zawarte w dyrektywach. Szkoda tylko, że za punkt odniesienia przyjęto regulacje, które wkrótce po uchwaleniu polskiej ustawy zostały zastąpione nowymi dyrektywami[6]. W dodatku w zakresie rozwiązań merytorycznych nowa ustawa wprowadziła centralizację systemu zamówień publicznych, przewlekłe procedury, biurokratyczność postępowań i rygoryzm prawny. Można śmiało stwierdzić, iż nastąpił ewidentny przerost formy nad treścią. Twórcy tej ustawy zadbali o drobiazgowe uregulowanie szeregu kwestii nie bacząc na to, jakie będą ekonomiczne efekty przyjętych rozwiązań. Dla dalszych analiz niezbędna jest zatem krótka charakterystyka tej ustawy, ze szczególnym uwzględnieniem zbędnych i chybionych pomysłów legislacyjnych, czyniących system zamówień publicznych przeregulowanym i nieefektywnym.

1. Ustawa wprowadza siedem trybów udzielania zamówień, jednak od samego początku część z nich ma wartość tylko poznawczą teoretycznie, a przydatność praktyczną – niewielką lub żadną. To ostatnie określenie odnosi się to do trybu aukcji (obecnie licytacji) elektronicznej, która z uwagi na trudności techniczne i niekorzystne regulacje prawne (m. in. sprawa podpisu elektronicznego) nie zyskała uznania wśród zamawiających. Zniweczono też stosunkowo łatwy i prosty tryb, jakim pod rządami ustawy o zamówieniach publicznych był tryb zapytania o cenę. Dozwolony tylko dla niewielkich zamówień, został sformalizowany ponad potrzeby. Konieczność tworzenia w tym trybie specyfikacji jest chyba najbardziej wymownym przykładem nieefektywności trybu, w którym decyduje i tak najniższa cena, a w dodatku należy mieć co najmniej dwie odpowiednie oferty. Zbyt rygorystyczne w stosunku do dyrektyw przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (zamówienia dodatkowe i uzupełniające tylko do 20 % wartości poprzedniego zamówienia) także nie stwarzały komfortowej sytuacji dla zamawiających.

2. Szczególne znaczenie dla sprawności postępowań mają progi kwotowe, regulujące sposób postępowania zamawiającego. Ustawa przyjęła w tym zakresie rozwiązania nie odzwierciedlające rzeczywistych uwarunkowań społeczno-gospodarczych. Próg obowiązywania ustawy ustalono na 6 tys. euro, kolejny próg to 60 tys. euro, próg unijny – 130 tys. euro i procedura zaostrzona – 5 mln euro (10 mln dla robót budowlanych).

3. Dla Prezesa UZP zastrzeżono decyzje administracyjne w postaci uprzedniej zgody na stosowanie niektórych trybów w przypadku przekroczenia określonych kwot progowych (dwa tryby negocjacyjne i tryb zamówienia z wolnej ręki). Taka sama procedura została przewidziana dla zawierania umów na czas przekraczający 3 lata w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych.

4. W postępowaniach prowadzonych w procedurze zaostrzonej wprowadzono obligatoryjną kontrolę uprzednią i obserwatora, wydatnie wydłużając w ten sposób postępowania i zwiększając biurokrację oraz koszty.

---

[5] Ustawa z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 76, poz. 344 ze zm.)

[6] Por. dyrektywa 2004/18/WE z 31 marca 2004 r. i dyrektywa 2004/17/WE z 31 marca 2004 r.; obie weszły w życie 30 kwietnia 2004 r.

5. Ustalono niepełny (w stosunku do dyrektyw) i nieprecyzyjny katalog wyłączeń z ustawy (programy telewizyjne i radiowe, dzierżawa i wynajem nieruchomości). Ponadto wprowadzono zamknięty, w przeciwieństwie do dyrektyw, katalog usług tzw. nieprioritetowych.

6. Ustawa przewiduje znikome możliwości poprawienia postępowania w czasie jego trwania, a wprowadza szerokie możliwości, a nawet konieczność, unieważniania postępowań. Dotyczy to zarówno dokonywania zmian w siwz, których zakres jest niewielki, jak i zbyt ograniczonego uzupełniania ofert, co wiąże się z koniecznością ich odrzucania oraz wykluczania oferentów. W sposób sztywny uregulowano poprawianie omyłek rachunkowych, co także sprzyja odrzucaniu ofert i unieważnianiu postępowań. W najlepszym razie wszystkie te uregulowania prowadzą do nieefektywnych wyborów w postaci gorszych lub znacznie droższych ofert.

7. Umowę można zawrzeć tylko po upływie określonego okresu (7 dni) i tylko przed upływem terminu związania ofertą. Przy ograniczonej możliwości wydłużenia terminu związania ofertą (tylko raz na maksymalnie 30 dni) prowadzi to do unieważniania postępowań.

8. Ustawa zawiera szeroki zakres środków ochrony prawnej, ale wprowadza krótkie terminy na skorzystanie z tych środków, co nie sprzyja racjonalnemu weryfikowaniu czynności zamawiającego przez wykonawców. Na dodatek przepisy o wpisie zniechęcają do cofania odwołań. Jednocześnie arbitrów rozstrzygających sprawy odwoławcze zobowiązano do badania z urzędu poprawności prowadzonych postępowań o zamówienie publiczne, dając jednocześnie szerokie możliwości unieważniania postępowań.

9. Przewidziano w ustawie szereg fasadowych uregulowań, w praktyce nieprzydatnych, ale dających złudne poczucie możliwości. Dotyczy to atestacji i postępowania koncyliacyjnego w zamówieniach sektorowych czy wnoszenia wadium w postaci poręczeń, o których mowa w ustawie o utworzeniu PARP.

Rozdział 2

W rządowym uzasadnieniu do nowelizacji ustawy z 2006 r. napisano m. in.: „Doświadczenie zebrane w trakcie obowiązywania ustawy – Prawo zamówień publicznych – wskazuje, że niektóre z obecnie obowiązujących rozwiązań negatywnie wpływają na możliwość skorzystania przez Polskę z funduszy Unii Europejskiej[…]. Koniecznie więc najbliższa nowelizacja ustawy, oprócz wdrożenia dyrektyw, powinna dokonać zasadniczego uproszczenia procedur. Niektóre rozwiązania zmuszają bowiem zamawiających do sztywnego, niekiedy wręcz biurokratycznego, prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W rezultacie, pod rządami obecnie obowiązującej ustawy dochodzi do nieefektywnego wykorzystania środków publicznych, a niekiedy nawet do nieterminowej realizacji zadań publicznych."

Trudno chyba o bardziej wyrazistą krytykę ustawy i przewidzianych w niej procedur w aspekcie efektywności udzielania zamówień. Stąd nowelizacja z 2006 r. podjęła próbę odformalizowania procedur i ułatwienia prowadzenia postępowań, a celem miała być większa efektywność zamówień m. in. w zakresie wykorzystywania środków unijnych. Niestety te słuszne zamiary udało się zrealizować w niewielkim tylko stopniu, a niekompetentnie przygotowana nowelizacja wprowadziła do sytemu zamówień publicznych jeszcze większe zamieszanie. Z efektywnością udzielania zamówień zmiany te miały niewiele wspólnego, ale kierunek zmian wytyczony tą nowelizacją pokazał, w którą stronę należy zmierzać w przyszłości. Wtedy też poczyniono kilka pierwszych kroków zmierzających do odformalizowania i przyspieszenia procedur.

1. Jako najważniejszą, wręcz przełomową można określić zmianę polegającą na pozbawieniu Prezesa UZP kompetencji w zakresie decydowania o wyborze trybu i o okresie, na jaki zawierana jest umowa. Zastąpienie decyzji administracyjnej zwykłym zawiadomieniem znacząco skróciło czas trwania procedury udzielania zamówienia w niektórych trybach. W dodatku przeniesienie kompetencji na właściwy szczebel, czyli zamawiającego, dało większe możliwości podejmowania trafnych wyborów. Okazało się, że w ten prosty sposób można usprawnić udzielanie zamówień, zmniejszyć koszty i biurokrację, a jednocześnie nie zaszkodzić systemowi. Już samo to zdecydowanie zwiększa efektywność procedur, a zamawiający więcej wysiłku – zamiast w przekonywanie Prezesa – mógł włożyć w wybór właściwego wykonawcy.

2. Niewątpliwie w dobrym kierunku zmierzały też zmiany polegające na skumulowaniu rozstrzygania postępowań w jednym zawiadomieniu o wyborze, wykluczeniu i odrzuceniu, z jednoczesną kumulacją wnoszenia i rozstrzygania środków ochrony prawnej. Zastąpiono w ten sposób wielokrotne, „piętrowe" odwoływanie się, jedną procedurą odwoławczą. Oszczędność czasu i środków stała się szybko widoczna, system w znacznym stopniu został odblokowany z niekończących się sporów. Tylko mało kompetentne orzekanie zespołów arbitrów nie pozwoliło na osiągnięcie pełnych efektów.

3. Szereg drobnych zmian uczyniło procedury bardziej elastycznymi. I tak m. in. zmieniono kwoty progowe, przy czym dwukrotnie wzrosły kwoty wyznaczające tzw. procedurę zaostrzoną. Zwiększono do 60 dni możliwość przedłużania terminu związania ofertą, rozszerzono zakres uzupełniania ofert o oświadczenia oraz dokumenty zawierające błędy, dodano przepis pozwalający na wyjaśnianie dokumentów, czas trwania umowy na świadczenie ciągłe lub okresowe został wydłużony do 4 lat. To pozwoliło zamawiającym niewątpliwie na bardziej efektywną pracę, ale problemów nie rozwiązało.

4. Należy zauważyć też bardziej systemowe zmiany, które wyeliminowały błędne rozwiązania ustawowe. Niewątpliwie największą była likwidacja całkowicie nieprzydatnej instytucji obserwatora. W sposób prawidłowy i odpowiadający dyrektywom uzupełniono i poprawiono zakres wyłączeń z ustawy. Wprowadzono też pełną dostępność takich form jak faks czy droga elektroniczna w porozumiewaniu się zamawiającego z wykonawcami. Efektywność miały też zwiększyć nowe sposoby udzielania zamówień (dynamiczny system zakupów, aukcja elektroniczna, umowa ramowa dla zamówień klasycznych) i nowy tryb (dialog konkurencyjny). Nie znalazły one jednak uznania wśród zamawiających.

5. Niestety nie uniknięto rozwiązań błędnych i kontrowersyjnych, a największym było pozostawienie progu 60 tys. euro i próba, bardzo nieudana, określenia procedury właściwej dla zamówień do tej kwoty. Ustalono instytucję centralnego zamawiającego, co miało w sposób znaczący zmniejszyć koszty postępowań oraz przynieść efekty w postaci niższych cen, ale podobnie jak nowe sposoby i nowy tryb – nie znalazła ta instytucja szerszego zastosowania. Chyba szukano efektów nie tam, gdzie należało to robić, czyli w upraszczaniu procedur, a nie w ich komplikowaniu poprzez dodawanie nowych instytucji prawnych.

Rozdział 3

Nowelizacja w 2007 r. to przede wszystkim reforma sposobu rozstrzygania sporów. Zastąpiono amatorski zespół arbitrów zawodową Krajową Izbą Odwoławczą. Choć pomysł budził kontrowersje, gdyż nie bardzo odpowiadał pojęciu „arbitraż", to z perspektywy czasu okazał się znakomitym i przyniósł spore korzyści. Nie można mówić wprost o zwiększeniu efektywności zamówień, jednak ujednolicenie orzecznictwa i znacznie bardziej profesjonalne orzekanie pozwoliło wszystkim uczestnikom rynku zamówień publicznych

zracjonalizować swoje działania: wykonawcy mogą zrezygnować z „przegranych" odwołań, zaś zamawiający nie powinni liczyć na „pomyłki arbitrów". Oprócz tego jednak nowelizacja dokonała dalszych zmian w ustawie, zwiększając elastyczność procedur.

1. Podniesiono próg, do którego ustawa nie ma zastosowania, z 6 tys. do 14 tys. euro. Taki zabieg powinien znacząco wpłynąć na usprawnienie udzielania małych zamówień, o ile zamawiający sami nie stworzą sobie biurokratycznych barier. Wydaje się, iż wreszcie przyjęto optymalną kwotę, dostosowaną do realiów rynku zamówień publicznych.

2. Zasadniczą zmianą była likwidacja progu 60 tys. euro, jako całkowicie sztucznego i pozbawionego racji bytu. W ten sposób procedura udzielania zamówień uzyskała klarowny podział na pełną – od progu unijnego i uproszczoną – poniżej tego progu. Zlikwidowano szereg przepisów niepotrzebnie funkcjonujących poniżej progu unijnego, jak obowiązkowe wadium, obligatoryjnie powoływana komisja przetargowa itp. Jednak na efektywność zamówień z pewnością największy wpływ miało wprowadzenie obowiązku zamieszczania ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych już od progu stosowania ustawy, czyli powyżej 14 tys. euro. Przyczyniło się to bowiem do znacznego zwiększenia konkurencji w tych postępowaniach i umożliwiło szerszej grupie wykonawców ubieganie się o zamówienie. Do tej pory o zamówieniu dowiadywali się najczęściej tylko wtajemniczeni i nawet podmioty z rynku lokalnego nie miały wiedzy o wszczynanych postępowaniach. Większa konkurencja i dostępność zamówień, a także przejrzystość w działaniu zawsze mają wpływ na uzyskiwanie niższych cen.

3. Wprowadzono radykalne rozwiązanie w zakresie uzupełniania dokumentów. Przyjęto bowiem obowiązek uzupełniania zarówno dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych, jak i dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań przedmiotowych. W dodatku zezwolono na uzupełnianie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków i wymagań na dzień wyznaczony przez zamawiającego na uzupełnienie dokumentów i oświadczeń, a nie na dzień składania ofert – jak było dotychczas. To spowodowało, że praktycznie już tylko formularz oferty, pełnomocnictwa i dokument wadialny pozostawały poza procedurą uzupełniania. Na efektywność zamówień przepis ten miał niebagatelny wpływ, gdyż w sposób znaczący ograniczył odrzucanie dobrych często ofert lub wykluczanie potencjalnie wiarygodnych wykonawców.

4. Ograniczać unieważnianie postępowań miał przepis zezwalający na zawieranie umowy po upływie okresu związania ofertą. Uwarunkowano to zgodą wykonawcy oraz poinformowaniem o wyborze najkorzystniejszej oferty przed upływem terminu związania. W ten sposób uniknięto złych skutków uchwały Sądu Najwyższego[7], która pod rządami poprzednich przepisów uznawała umowę zawartą po terminie związania ofertą za nieważną. Formalistyczne, zupełnie nieracjonalne i kosztowne rozwiązanie, jakie zafundował procedurze zamówieniowej Sąd Najwyższy, wymagało pilnej interwencji ustawodawcy. W ten sposób wprowadzono kolejny elastyczny element do procedury.

5. Udoskonalono niektóre uciążliwe procedury, jak konieczność przedłużania terminu składania ofert o 7 dni po dokonaniu zmian w siwz – wprowadzono w to miejsce przepis nakazujący przedłużać ten termin tylko wtedy, gdy do terminu składania pozostało mniej niż 7 dni. Zwiększono też wartość zamówień uzupełniających i dodatkowych na usługi lub roboty budowlane do 50% wartości zamówienia podstawowego. Jednocześnie zaczęto wprowadzać przejrzystsze procedury w zakresie kontroli zamówień – te przepisy jednak w dalszym ciągu pozostały barierą znacznie spowalniającą, a czasami wypaczającą udzielanie zamówień.

[7] Uchwała SN z 24.11.2005 r. (III CZP 85/05, OSNC 2006, Nr 10, poz. 161)

Rozdział 4

Rok 2008 przyniósł przełom w uelastycznianiu procedur. Wywołana koniecznością uwzględnienia zastrzeżeń Komisji Europejskiej nowelizacja wprowadziła niejako przy okazji szereg rozwiązań, których wpływ na efektywność udzielanych zamówień dało się odczuć od razu. W uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy zapisano, iż „celem regulacji zawartych w projekcie jest także doprowadzenie do usprawnienia prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia", ale jak się wydaje – tym razem pierwszoplanowa stała się chęć uczynienia procedur na tyle elastycznymi, aby postępowania nie musiały być unieważnianie, a wybierane najkorzystniejsze – w rozumieniu ustawy – oferty, były rzeczywiście najlepsze dla zamawiających. Zresztą poniższy przegląd zmian jest wystarczająco wymowny bez dodatkowego wprowadzenia.

1. Wreszcie zamawiający uzyskał możliwość dokonywania wszelkich zmian w specyfikacji, w tym przez lata zabronionych zmian w zakresie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert. Jedynym obecnie obwarowaniem dokonania tych zmian jest konieczność zapewnienia odpowiedniego czasu na przygotowanie oferty oraz przekazanie tych zmian do publicznej wiadomości poprzez zmianę ogłoszenia – jeżeli takie czynności są niezbędne. Wyeliminowano w ten sposób częstą konieczność unieważniania postępowań, a jednocześnie umożliwiono zamawiającemu elastyczne reagowanie na wydarzenia i okoliczności pojawiające się w trakcie trwającego postępowania.

2. Zlikwidowano sztywny katalog umożliwiający poprawianie omyłek rachunkowych, zastępując go elastycznymi przepisami, umożliwiającymi poprawianie oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, a także innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, jeżeli ich poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. To wręcz przełomowa zmiana w dotychczasowym podejściu do ofert, które praktycznie były niepoprawialne. W ten sposób po raz pierwszy forma zdecydowanie ustąpiła miejsca treści, a efekty, w tym w szczególności finansowe dla zamawiających, stały się od razu widoczne. Polowanie na jakikolwiek błąd w ofercie, umożliwiające wygranie przetargu pomimo wysokiej ceny oferty, odchodzi powoli w zapomnienie.

3. Zmieniono system kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP. Obligatoryjną, bezprzyczynową kontrolę uprzednią, będącą często tylko stratą czasu, pozostawiono jedynie w stosunku do dużych zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. W pozostałych przypadkach kontrola będzie fakultatywna, a co ważniejsze – przeprowadzana tylko wtedy, gdy powstanie uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik.

4. Zracjonalizowano orzekanie w sprawach odwoławczych. Krajowa Izba Odwoławcza pozbawiona została możliwości unieważniania postępowania z urzędu, co przywróciło postępowaniu odwoławczemu cywilistyczny, kontradyktoryjny charakter i pozbawiło wykonawców możliwości domagania się unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy nie byli w stanie uzyskać zamówienia. Jednocześnie sprecyzowano, iż KIO uwzględnia odwołanie tylko w przypadku, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W ten sposób wyeliminowano zapędy zmierzające do powtarzania czynności tylko dla wydłużenia postępowania, bez efektów w postaci zmian mających znaczenie dla wyboru oferty.

5. Ponownie rozszerzono zakres uzupełniania dokumentów, tym razem dodając pełnomocnictwo jako dokument podlegający uzupełnieniu. Jednocześnie uczyniono krok wstecz co do terminu potwierdzenia spełniania warunków podmiotowych i wymagań przedmiotowych, cofając go ponownie na dzień składania ofert. To rozwiązanie jest niewątpliwie

mniej elastyczne niż poprzednie, ale jednocześnie przywraca właściwe proporcje pomiędzy uczciwą konkurencją i równym traktowaniem, a efektywnym udzielaniem zamówień.

6. Umożliwiono pełne zawieranie umów po upływie terminu związania ofertą, a w szczególnym przypadku złożenia tylko jednej oferty – umożliwiono zawarcie umowy bez odczekiwania ustawowego okresu 7 lub 10 dni. Na dodatek wykonawców wyposażono w prawo samodzielnego, wielokrotnego przedłużania terminu związania ofertą, co w praktyce uniemożliwia „grę na unieważnienie", czyli przewlekanie postępowania w celu upłynięcia okresu związania ofertą.

7. Wyeliminowano niedogodności funkcjonujące przez lata, choć nie znajdujące żadnego uzasadnienia ani w praktyce ani w przepisach, czy to dyrektyw, czy Kodeksu cywilnego. Chodzi o „otwarcie" katalogu usług niepriorytetowych, na które udzielając zamówienia można stosować złagodzony reżim prawny. Chodzi też o szerokie dopuszczenie podwykonawstwa, co jest z jednej strony usankcjonowaniem praktyki, a z drugiej – dostosowaniem ustawy do powszechnych norm prawa cywilnego. Bardzo korzystne znaczenie powinno też mieć umożliwienie udzielania w określonych przypadkach zamówień według procedury właściwej dla udzielanej części zamówienia, a nie dla całości zamówienia.

8. Dokonano też szeregu innych drobnych zmian, ale wpływających korzystnie na efektywność zamówień. Warto tu wspomnieć o dalszym ograniczaniu roli Prezesa UZP, m. in. w zakresie zawiadamiania go o wyborze niektórych trybów. Podjęto też próbę uczynienia bardziej przystępnym trybu licytacji elektronicznej, m. in. poprzez wyeliminowanie obostrzeń co do podpisu elektronicznego. Oczywiście nie uniknięto potknięć, ale na efektywność zamówień nie będą one miały raczej większego wpływu.

Podsumowanie

Jak łatwo zauważyć, droga jaką przebywa ustawa Prawo zamówień publicznych od 2004 r., to nieustanne łagodzenie procedur, zwiększanie swobody zamawiającego, przyspieszanie i usprawnianie postępowań, szerokie wprowadzanie możliwości zmian i uzupełnień w toku postępowania. Wszystko to usprawnia procedury i czyni je bardziej elastycznymi. Wpływ tych czynników na efektywność zamówień jest widoczny nie tylko w ramach powyższej analizy ewoluowania przepisów, ale co ważniejsze, odczuwalny jest także w praktyce. Przy czym nie ogranicza się tylko do zmniejszenia kosztów prowadzonych postępowań, ale także ma istotny wpływ na wzrost konkurencyjności zamówień i tym na niższe ceny wybieranych ofert.

Wszystko to są pozytywne aspekty uelastyczniania procedur. Należy jednak pamiętać o możliwych zagrożeniach, jakie niesie ze sobą takie działanie. Nie można bowiem dopuścić do tego, aby zwiększona swoboda przerodziła się w dowolność postępowania, a zmiany i uzupełnienia służyły manipulacji. Stąd niezbędna jest bieżąca kontrola poczynań zamawiającego. Jak na razie świetnie wywiązują się z tej kontroli wykonawcy poprzez stosowanie środków ochrony prawnej, a pomaga w tym Krajowa Izba Odwoławcza konsekwentnym i racjonalnym orzecznictwem. Należy zatem być niesłychanie ostrożnym przy próbach ograniczania tej kontroli.

NIEWAŻNOŚĆ UMOWY O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

Aldona Piotrowska
– doktor w Katedrze Prawa Publicznego Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

Umowa w zamówieniach publicznych jest prawnym wyrazem stosunku zobowiązaniowego, który dochodzi do skutku w przypadku złożenia przez uczestników stosunku prawnego zgodnych oświadczeń woli. Strony osiągają konsens w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego[1]. Oświadczenie woli zamawiającego zawarte jest w dokumentacji przetargowej, a po stronie oferenta w treści złożonej oferty. Konsens następuje z chwilą zindywidualizowania określonego uczestnika postępowania, który zdecyduje się zawrzeć umowę na warunkach określonych w dokumentacji przetargowej, potwierdzonych złożoną ofertą[2].

Ustawa Prawo zamówień publicznych (zwana dalej PZP)[3] w kilku przepisach wskazuje na sankcję nieważności umowy o zamówienia publiczne. Podstawowym przepisem jest art. 146 PZP, ponadto należy wskazać art. 144 §2 PZP, art.140 §3 PZP, art.139 §2 PZP oraz art. 58 KC.

Do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Prawa zamówień publicznych jako *lex specialis* w stosunku do kodeksu cywilnego[4]. Ponadto, zgodnie z odesłaniem zawartym w art. 139 PZP, do umów tych stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny.

Pierwszym zagadnieniem, które należy rozważyć to kwestia wyjaśnienia zakresu odesłania zawartego w art. 139 PZP. Artykuł 139 PZP wskazuje normę interpretacyjną, w myśl której do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej". Takie samo odesłanie zawiera art. 14 PZP, który stanowi do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Pytanie, które się pojawia to czy ustawodawca zrezygnował w tym przypadku z techniki odesłania w postaci „odpowiedniego stosowania". Pod pojęciem „odpowiedniego stosowania" zgodnie z ustalonym w doktrynie poglądem mogą zaistnieć trzy rodzaje sytuacji:

1) „odnośne przepisy prawa stosujemy bez żadnych zmian w ich dyspozycji (tj. mogą być stosowane zarówno do pierwotnego zakresu, jak i do drugiego zakresu odesłania);
2) odnośne przepisy będą stosowane z pewnymi zmianami, odmienność sytuacji, do której odsyła przepis, powoduje konieczność dostosowania do zmienionej sytuacji, w jakiej przepis do którego jest odesłanie, ma być stosowany;
3) odnośne przepisy w ogóle nie mogą i nie bywają stosowane do drugiego zakresu odesłania, ze względu na ich bezprzedmiotowość lub całkowitą sprzeczność z przepisami ustanowionymi dla tych stosunków, do których miałyby być stosowane odpowiednio"[5].

Wybór zależy od konkretnego stanu faktycznego, do którego ma mieć zastosowanie dany przepis oraz odpowiednich reguł wykładni prawa, tj. wykładni literalnej, celowościowej, systemowej, historycznej oraz prawno-porównawczej.

[1] A. Panasiuk [w:] , P. Granecki, A. Panasiuk, Zamówienia sektorowe, Warszawa 2007, s. 137.
[2] A. Panasiuk, Umowy w zamówieniach publicznych, Poznań 2001, s. 33 i n.
[3] Ustawa z 29.01.2004r., Dz.U.2007, nr 223, poz.1655.
[4] Ustawa z 23.04.1964 Dz. U. nr 16, poz. 93 ze zm.
[5] J. Nowacki, *„Odpowiednie" stosowanie przepisów prawa*, PiP 1964/3, s. 370–371.

Pierwsza kwestia, wymagająca rozstrzygnięcia dotyczy użytego w art. 139 PZP określenia „ustawa", czy należy przez to rozumieć ustawę Prawo zamówień publicznych, czy także inne ustawy. Z kontekstu, w jakim użyto słowo „ustawa", należy wnioskować, że termin ten dotyczy tylko ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem dotyczy czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli w tym artykule ustawodawca odsyła do stosowania ogólnych regulacji z zakresu prawa cywilnego zawartych w ustawie Kodeks cywilny i jednocześnie zastrzega, o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej zastosowanie znajdą jednak tylko te przepisy Kodeksu, które nie pozostają w sprzeczności z ustawą Prawo zamówień publicznych. Przyjęcie szerokiego rozumienia pojęcia „ustawy" powodowałoby spore trudności interpretacyjne. Oznaczałoby to bowiem stosowanie przepisów ustawy Kodeks cywilny niestojących w sprzeczności z innymi ustawami, pytanie tylko jakimi oraz czemu takie ogólne zastrzeżenie miałoby służyć? Należy wziąć pod uwagę fakt, iż ustawa Prawo zamówień publicznych jest regulacją szczególną o charakterze reglamentacyjnym, ograniczającą wydatkowanie środków publicznych.

Powstaje pytanie, czy sformułowanie „o ile ustawa nie stanowi inaczej" nie oznacza *de facto* „odpowiedniego stosowania". Na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Użycie przez ustawodawcę dwóch odmiennych sformułowań oznacza, iż nadaje im inną treść. Odpowiednie stosowanie zakłada bowiem, iż może zajść potrzeba modyfikacji przepisów, do których norma odsyła, na potrzeby danego przypadku.

Natomiast stosowanie przepisów „o ile ustawa nie stanowi inaczej" oznacza:

1) dany przepis, do którego norma odsyła, znajdzie zastosowanie wtedy, gdy nie będzie stał w opozycji do samej instytucji,
2) dany przepis nie znajdzie zastosowania wtedy, gdy zajdzie sprzeczność z przepisami ustanowionymi dla tych stosunków[6].

Podstawowym przepisem regulującym przesłanki nieważności umowy o zamówienie publiczne jest art. 146, który stanowi w §1 :

Z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, umowa jest nieważna, jeżeli:

pkt 1) ogłoszenie o zamówieniu nie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych albo opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, chyba że z przepisów ustawy nie wynika taki obowiązek;

Cechą charakterystyczna dla umów o zamówienia publiczne jest ich jawność, która oznacza prawo każdego do zapoznania się z treścią umowy, bez obowiązku wykazywania się interesem prawnym lub faktycznym. Realizację zasady jawności regulują przepisy o dostępie do informacji publicznej[7]. Obowiązek ogłoszenia w stosunku do przedsiębiorców – potencjalnych wykonawców wynika także z przysługującego im prawa do informacji oraz zasady równości, dzięki publikacji możliwe jest realizowanie podstawowej wolności działalności gospodarczej.

Na zamawiającym ciąży obowiązek zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych[8], obowiązek ten obejmuje w szczególności przechowywanie dowodu zamieszcze-

[6] Podobną technikę odesłania ustawodawca zastosował do czynności zamawiającego i wykonawców art.14 PZP, z uwzględnieniem art. 15 § 3 PZP będziemy stosować także do czynności pełnomocnika zamawiającego.

[7] Ustawa z 6 września 2001 r., Dz. U. Nr 112, poz. 1198.

[8] W przypadku jeżeli wartość zamówienia lub konkursu jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP ogłoszenia przekazuje się Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

nia ogłoszenia, nie stanowi wykonania tego obowiązku posiadanie dowodu na okoliczność przekazania ogłoszenia do publikacji, albowiem zgodnie z art. 12 ust. 3 PZP w przypadku gdy dokonano zmiany ogłoszenia zgodnie z art. 11 § 4 PZP zamawiający musi posiadać także dowód ogłoszenia zmiany[9]. Konstrukcja ta pogarsza sytuację zamawiających, obarczając ich skutkami zaniechań organów administracji polskiej bądź wspólnotowej[10].

Na tym etapie przewidziano także środki ochrony prawnej, zgodnie z art. 180 §1 PZP wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o konkursie, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, regulaminu konkursu, czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu lub konkursie oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy, można wnieść protest do zamawiającego.

Każdy przypadek niezamieszczenia ogłoszenia, pomimo ustawowego obowiązku, stanowi przesłankę nieważności umowy, albowiem każdy taki przypadek stanowi *a priori* naruszenie reguł postępowania w sprawie zamówień publicznych i wskazanych wyżej zasad[11].

Art. 146 §1 pkt 2) zamawiający zawarł umowę bez wymaganej zgody wyrażonej w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu;

Znowelizowany art. 146 ust. 1 pkt 2 nie zawiera przesłanki nieważności umowy z powodu udzielenia zamówienia bez wymaganej decyzji administracyjnej, w tym decyzji Prezesa UZP udzielającej zgody na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Obecnie zgodę na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu wydaje KIO w drodze postanowienia a nie jak poprzednio Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w drodze decyzji. Uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu może nastąpić, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego (art. 182 ust. 3PZP). Nieważność umowy powoduje fakt nie uzyskania uprzedniej zgody KIO, nie ma znaczenia ewentualne niewłaściwa ocena skutków niezawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu dla interesu publicznego.

Przesłanka zawarcia umowy bez wymaganej zgody KIO przed statecznym rozstrzygnięciem protestu stanowi szczególny przypadek naruszenia ustawy. Spełnienie tej przesłanki powoduje każdy przypadek zawarcia umowy bez wymaganej zgody, skutkiem czego będzie nieważność umowy, bez względu na to czy miało to wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 146 §1 pkt 5) zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy;

Czynność prawna jest sprzeczna z ustawą, gdy jej treść jest formalnie i materialnie niezgodna z bezwzględnie obowiązującym przepisem prawa. Za rażące naruszenie ustawy uznaje się wyłącznie takie, którego skutkiem był wybór wykonawcy, który przy zachowaniu wymaganych procedur nie zostałby wybrany na wykonawcę zamówienia publicznego. Przez rażące naruszenie ustawy należy rozumieć również naruszenie przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie[12].

---

[9] E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* Warszawa 2006, s. 596.

[10] J. Jerzykowski, *Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych (cz. II). Koncesje na roboty budowlane. Zamówienia sektorowe. Umowy w sprawach zamówień publicznych,* Radca Prawny 2006, nr 4, s. 22

[11] J. Jerzykowski, *Nowelizacja…,* s. 22.

[12] E. Norek, *Prawo…*, s. 596.

Za rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych art. 22 ust. 1, 24 ust. 1 pkt 10 oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane[13], uznać należy żądanie przez zamawiającego składania przez wykonawców dodatkowych dokumentów – oświadczeń nie przewidzianych w żadnym z wymienionych przepisów[14].

Przykładowo za nieważną z powodu naruszenia art. 146 §1 pkt 5 może być uznana umowa o zamówienie publiczne, która została zawarta po terminie związania ofertą, jak również w terminie związania ofertą, ale wyznaczonym niezgodnie z ustawą[15]. Termin związania ofertą należy wskazać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uwzględniając maksymalne terminy wskazane w art. 85 §1 PZP. Podobnie wybranie jako oferty najkorzystniejszej, oferty która nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ, powoduje iż zawarto nieważną umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 146 §1 pkt 6) w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania;

Przepis ten posługuje się sformułowaniem naruszenie przepisów określonych w ustawie, podobnie jak art. 139 PZP, należy więc wyjaśnić pojęcie ustawa. Odwołując się do rozważań dokonanych na początku należy stwierdzić iż wyraz „ustawa" nie odnosi się do każdej ustawy obowiązującej, lecz dotyczy ustawy Prawo zamówień publicznych, ze względu na charakter tego przepisu– *lex specialis* w stosunku do innych ustaw. Wyjątkowo może odnosić się do innych przepisów ustaw z tej racji, że ustawa Prawo zamówień publicznych, do nich odsyła, np. KC (art. 14, 139 PZP), albo KPC (art. 184 ust. 6 PZP), z uwzględnieniem zastosowania przez ustawodawcę techniki odesłania[16].

Naruszenie przepisów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia będzie skutkowało nieważnością umowy o zamówienie, jeśli będzie to tylko takie naruszenie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Okoliczności przesądzające o nieważności umowy, o na mocy art. 146 ust. 1 pkt 6 PZP mogą wystąpić na każdym etapie postępowania. W przypadku, gdy wada dotyczy jednego z elementów postępowania jakim jest wybór oferty, zgodnie z art. 146 §1 pkt 5 skutek w postaci nieważności umowy nastąpi jedynie wówczas, gdy naruszenie ustawy w zakresie wyboru oferty będzie miało charakter rażący.

Chodzi tu o taką wadę samego postępowania, która jest nieusuwalna, która wywiera istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia tak, że powoduje jej bezwzględną nieważność. Wadą powodującą nieważność zawartej umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, przykładowo na skutek opisania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez posłużenie się nazwą katalogową produktu, użycie numeru katalogowego danej firmy, czy też modelu katalogowego, stanowi to przejaw bezpośredniej dyskryminacji, tudzież uprzywilejowania[17].

Jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i musi być precyzyjnie określona już w ogłoszeniu i nie podlega modyfikacji w toku postępowania jest określenie warunków udziału w postępowaniu. Z naruszeniem przepisów, które miało wpływ na wynik tego postępowania mamy także do

[13] Dz. U. 2006 r. Nr 87, poz.605 ze zm.

[14] Wyrok Zespołu Arbitrów – Urząd Zamówień Publicznych z dnia 23 maja 2006 r. UZP/ZO/0-1461/06, www.uzp.gov.pl.

[15] Postanowienie Zespołu Arbitrów – Urząd Zamówień Publicznych z dnia 17 stycznia 2007 r. UZP/ZO/0-23/07, www.uzp.gov.pl.

[16] Wyrok KIO z 2008.07.23, KIO/UZP 698/08, lex nr 443369.

[17] Wyrok KIO z 2008.07.07, KIO/UZP 579/08, lex nr 409407.

czynienia w sytuacji, gdy zamawiający naruszył art. 41 pkt 7 PZP poprzez nie umieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu SIWZ opisu warunków udziału w postępowaniu, naruszając art. 36 ust. 1 pkt 5 PZP.

Wadliwe określenie tych warunków, np. z naruszeniem uczciwej konkurencji (art. 22 ust. 2 p.z.p.), także będzie wypełniało dyspozycję art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p., jeżeli zawęzi to krąg potencjalnych wykonawców[18].

Podobnie naruszenie przepisów zachodzi wówczas, gdy doszło do wyboru oferty z naruszeniem ustawy, tj. otwarto i porównano dwie oferty, z których jedna została złożona po terminie i podlegała zwrotowi mimo to otworzono także tę ofertę i przeczytano cenę obu ofert, i wybrano drugą ofertę, stanowi to przesłankę unieważnienia umowy zawartej z drugim wykonawcą[19].

Przesłanka z art. 146 § 1 pkt 6 PZP nie będzie natomiast spełniona w przypadku, gdy w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczono błędną informację, iż w danym postępowaniu nie przysługuje odwołanie, a także nie zamieszczono w SIWZ informacji o przysługujących wykonawcom środkach ochrony prawnej, nie stanowi wady postępowania mającej wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne.

art. 146 § 1 pkt 7) zamawiający zawarł umowę przed upływem terminów, o których mowa w art. 94 ust. 1, z zastrzeżeniem art. 94 ust. 1a.

Przesłanka ta dotyczy naruszenia obligatoryjnego czasowego zawieszenia możliwości dokonania czynności prawnej, jaką jest zawarcie umowy między zamawiającym a oferentem, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, przez okres 10 dni od momentu zawiadomienia o wyborze oferty. Przesłanka ta jest związana z wprowadzoną przez dyrektywę 2007/66/WE klauzulą *standstill,* mającą na celu zapewnienie uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia możliwości zaskarżenia decyzji zamawiającego oraz budowanie zaufania do systemu zamówień publicznych[20]. Okres 10 dni należy liczyć zgodnie z KC na mocy odesłania z art. 14 PZP, oraz w duchu dyrektywy tzn. zamawiający winien liczyć termin na zawarcie umowy oznaczony w art. 94 ust. 1 PZP od daty przekazania indywidualnie adresowanych oświadczeń, które zgodnie z art. 61 KC, w zw. z art. 139 i 14 PZP, uznaje się za skutecznie złożone, gdy dotarły do uczestników postępowania tak, że mogli zapoznać się z ich treścią. Dotyczy to także oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej, które jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej[21] w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

W art. 94 PZP ustawodawca posługuje się dosyć nieprecyzyjnym sformułowaniem 10 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, należy je rozumieć jako od dnia doręczenia. Okres 10 dni kalendarzowych należy liczyć począwszy do następnego nastę-

[18] wyrok KIO z 2008.06.03 LEX nr 427629 KIO/UZP 488/08

[19] Zamawiający może otworzyć ofertę podlegającą zwrotowi jedynie w przypadku, gdy jest to konieczne ze względu na wykonanie czynności zwrotu, np. gdy nie może inaczej ustalić adresu wykonawcy. Wyrok Zespołu Arbitrów – Urząd Zamówień Publicznych z dnia 17 października 2006 r. UZP/ZO/0-2604/06 www.uzp.gov.pl.

[20] A. Sołtysińska, *Poprawa skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych poprzez wprowadzenie wymogu minimalnego okresu zawieszenia typu* standstill, PZP 4/(18)/2008, s. 216.

[21] Środki komunikacji elektronicznej – 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, ustawa z 18.07.2002r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Dz.U.2002, nr 144, poz.1204.

pującego po dniu otrzymania zawiadomienia przez adresata. Nie jest istotne czy adresat zapoznał się z jego treścią.

Należy zaznaczyć, że zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty winno dotrzeć do wszystkich wykonawców, o czym stanowi art. 92 PZP. Istotne jest więc by termin 10 dni był zachowany w stosunku do każdego z wykonawców, co oznacza, iż nie można zawrzeć umowy zanim nie upłynie 10 dni od doręczenia zawiadomienia do ostatniego z wykonawców, tj. tego, który otrzymał zawiadomienie najpóźniej. Kolejnym problemem jest konieczność udowodnienia otrzymania zawiadomienia przez zamawiającego, winien on posłużyć się takimi środkami komunikacji, które umożliwiają mu otrzymanie potwierdzenia otrzymania zawiadomienia, w przeciwnym razie będziemy mieć do czynienia z sankcją nieważności umowy.

W przeciwieństwie do dyrektywy, polski ustawodawca w przypadku klauzuli *standstill* przewidział sankcję nieważności, dla każdego przypadku niezastosowania się do wymogu. Za wyjątkiem przypadku, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożono tylko jedną ofertę, wówczas bowiem nie stosujemy klauzuli *standstill*, w konsekwencji nie stosujemy też sankcji w postaci nieważności umowy.

Ustawodawca wspólnotowy wymaga sankcji nieważności wyłącznie w sytuacji, gdy naruszenie okresu zawieszenia pozbawiło wnoszącego odwołanie oferenta możliwości skorzystania ze środków odwoławczych przed zawarciem umowy, a naruszenie dyrektywy 2008/18/we wpłynęło na szanse wnoszącego odwołanie oferenta na otrzymanie zamówienia[22].

Zawiadomienie o wyborze oferty jest jedną z czynności zamawiającego pojętą w toku postępowania o zamówienie publiczne, od której można złożyć protest. Zgodnie z art. 180 § 6 PZP wniesienie protestu jest dopuszczalne tylko przed zawarciem umowy. Naruszenie obowiązkowego okresu *standstill* pozbawia wykonawców możliwości skorzystania z instytucji protestu jako środka ochrony prawnej.

Odrębnym przepisem regulującym nieważność umowy jest art.140 §3 PZP, który dotyczy nieważności umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przykładowo zaoferowanie większego niż wymagał tego zamawiający zakresu przedmiotu zamówienia, to jest zwiększenie ilości jednostek o 1 metr bieżący przy wymaganej długości 673 m, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Umowa w części wykraczającej poza zakres przedmiotu zamówienia określony przez zamawiającego w SIWZ jest umową nieważną z mocy prawa[23].

Ponadto z nieważnością umowy będziemy mieć do czynienia w przypadku zmiany treści zawartej umowy, w stosunku do treści oferty, gdy zamawiający nie przewidział możliwości zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ na mocy art. 144 §2 PZP. Zmiany te mogą mieć postać zmian o charakterze przedmiotowym lub podmiotowym. PZP nie zakazuje wprost przekształceń po stronie dłużnika, np. poprzez translatywne lub kumulatywne przystąpienie do długu i skutkiem czego wprowadzenie w miejsce dotychczasowego wykonawcy nowego dłużnika. Taka procedura niweczy rezultat przetargu i należy ją oceniać przez pryzmat obejścia ustawy. Tak samo należy traktować umowę o przejęcie długu między zamawiającym a przyszłym przejemcą, za zgodą dotychczasowego dłużnika[24].

---

[22] A. Sołtysińska, ibidem.

[23] Wyrok KIO z 2008.08.07, KIO/UZP 767/08, LEX nr 443037.

[24] J. Jerzykowski, [w:] J. Jerzykowski, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, *Prawo …,* s.548-549. Oraz wyrok SN z 13.01.2004r., V CK 97/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 34.

W przypadku niektórych umów o dostawę np. energii cieplnej, należy odróżnić zmianę umowy od zmiany ceny i opłat w związku z późniejszym zatwierdzeniem taryf na wyższe stawki[25]. Zmiany o charakterze podmiotowym traktuje się na równi ze zmianami treści umowy, są one niedopuszczalne gdy prowadzą do przeniesienia praw i obowiązków wykonawcy umowy na osobę trzecią (art. 519 KC).

Skutek w postaci nieważności umowy powoduje także niezachowanie formy pisemnej umowy w rozumieniu KC o czym stanowi art.139 § 2 PZP, jak również zmian umowy, albowiem forma ta jest zastrzeżona pod rygorem nieważności.

W sprawach nieuregulowanych w ustawie Prawo zamówień publicznych do umów o zamówienie publiczne mają zastosowanie przepisy części ogólnej Kodeksu cywilnego, tj. przepisy ogólne o zobowiązaniach oraz przepisy normujące poszczególne rodzaje umów. Niewątpliwie podstawowym przepisem Kodeksu cywilnego, który znajdzie zastosowanie będzie art. 58, który dotyczy kwestii nieważności umowy:

Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Takie odesłanie do kodeksu cywilnego oznacza, że o nieważności umowy o zamówieniach publicznych będziemy mówić także wówczas, gdy umowa ta jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Postępowanie o unieważnienie umowy może być skierowane do całości lub części umowy. Zgodnie z art. 58 § 3 KC nieważnością częściową mogą być objęte tylko postanowienia umowy przedmiotowo nieistotne (*accidentalia negotii*). Nieważność pozostałych części będzie powodować nieważność całej umowy[26].

W przypadku gdy nieważna jest część umowy możemy mieć do czynienia z dwoma sytuacjami na mocy art. 140 ust. 2 PZP. Jeżeli nieważność dotyczy części umowy, ale nie objętej przypadkiem z art. 140 ust. 3 tj. nie wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ, wówczas całą umowa będzie nieważna.

Drugi przypadek dotyczy nieważności tylko tych części umowy, które wykraczają poza określenie przedmiotu zamówienia wskazane w SIWZ specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pozostałym zakresie umowa będzie ważna.

Nieważna będzie również zmiana umowy dokonana z naruszeniem art. 77 §1 KC w zw. z art. 139 §2 PZP, albowiem uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga takiej formy jaką ustawa przewiduje do jej zawarcia.

Nieważność ma charakter bezwzględny, bierze swoje źródło z mocy ustawy. Umowa nie wywołuje skutków prawnych od początku (ab initio). Świadczenia wykonane na postawie nieważnej umowy podlegają zwrotowi jako świadczenia nienależne a rozliczenie przysporzeń należy dokonać ma mocy przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405-409 KC w zw. z art. 410 KC)[27].

Stwierdzenie nieważności umowy następuje w postępowaniu sądowym. Z powództwem o ustalenie nieważności umowy może wystąpić każdy, kto ma w tym interes prawny,

[25] Wyrok SN z 5 .10.2006r. IV CSK 153/06, BIUL. SN 2007, nr 1 , poz.17.
[26] E. Norek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2008, s. 267.
[27] J. Jerzykowski, [w:] J. Jerzykowski, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, *Prawo…,* s.559.

a więc nie tylko strony umowy, w drodze powództwa opartego na art. 189 KPC. Podstawę wytoczenia powództwa stanowi także art. 70^5 KC[28].

Na mocy art. 146 § 2 PZP uprawnienie do wytoczenia powództwa posiada także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w trzech przypadkach wskazanych w tym paragrafie, tj. nieważności umowy na mocy art. 146 §1 PZP, nieważności części umowy określonej w art. 140 § 3 PZP oraz nieważności zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 § 1. W takiej sytuacji pozwanymi będą strony, które zawarły umowę.

Nieważność umowy powoduje konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 93 §1 pkt 7 PZP, albowiem na tym etapie nie ma innej możliwości naprawy postępowania. Postępowanie o unieważnienie umowy może być skierowane do całości lub części umowy. Unieważnienie postępowania jest decyzją znoszącą to postępowanie od początku, powodującą daleko idące skutki dla zamawiającego jak również wykonawców uczestniczących w postępowaniu, dlatego przesłanki do unieważnienia postępowania stanowią *numerus clausus* i powinny być interpretowane wąsko[29].

[28] Dotyczy to przypadku trybów udzielania zamówień publicznych, które odpowiadają kodeksowemu modelowi zawarcia umowy w drodze przetargu lub aukcji, czyli przetargu nieograniczonego, ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, lub bez ogłoszenia, zapytania o cenę lub licytacji elektronicznej, J. Jerzykowski, [w:] J. Jerzykowski, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 559.

[29] Wyrok KIO z 2008.05.19 KIO/UZP 431/08, LEX nr 428113.

DOSTĘPNOŚĆ RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH NA ROBOTY BUDOWLANE DLA SEKTORA MSP

Wiktor Płóciennik
– doktorant Uniwersytetu Łódzkiego

Definicja sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MSP) zawarta jest w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. nr 173 z 2004 r., poz. 1807 z późniejszymi zmianami)[1]. Według przepisów tej ustawy na sektor małych i średnich przedsiębiorstw składają się:

- mikroprzedsiębiorstwa – przedsiębiorstwa zatrudniające średniorocznie nie więcej niż 10 pracowników oraz osiągające roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 2 milionów euro lub których suma aktywów bilansu nie przekroczyła równowartości w złotych 2 milionów euro;
- małe przedsiębiorstwa – przedsiębiorstwa zatrudniające średniorocznie nie więcej niż 50 pracowników oraz osiągające roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 10 milionów euro, lub których suma aktywów bilansu nie przekroczyła równowartości w złotych 10 milionów euro;
- średnie przedsiębiorstwa – przedsiębiorstwa zatrudniające średniorocznie nie więcej niż 250 pracowników oraz osiągające roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 50 milionów euro, lub których suma aktywów bilansu nie przekroczyła równowartości w złotych 43 milionów euro.

Sektor MSP jest szczególnie silnie reprezentowany w budownictwie. Dokładne dane potwierdzające tę tezę zawiera tabela 1. Analizując zawarte w niej dane widzimy jak wielkie znaczenie mają małe i średnie przedsiębiorstwa na rynku budowlanym. Tylko małe przedsiębiorstwa wytworzyły w 2007 ponad 63% produkcji budowlano-montażowej, a ich liczba stanowiła ponad 99% ogólnej liczby podmiotów na rynku. Świadczy to o niezwykle istotnym znaczeniu sektora MSP w budownictwie.

Ze względu na swoje immanentne cechy małe i średnie przedsiębiorstwa są niezbędnym składnikiem współczesnej gospodarki rynkowej. Ich podstawowe cechy takie jak elastyczność, efektywność oraz możliwość kreacji nowych miejsc pracy powodują, iż sektor MSP zajmuje ważne miejsce w polityce gospodarczej państwa. W sytuacji opisanej powyżej, celem niniejszego referatu jest próba oceny dostępności zamówień publicznych na roboty budowlane dla podmiotów należących do sektora MSP.

[1] Nieco inna definicja zawarta jest w ustawie z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. nr 109 z 2000 r., poz. 1158 z późniejszymi zmianami). Jednak różnice są marginalne i z punktu widzenia niniejszego referatu nie mają większego znaczenia.

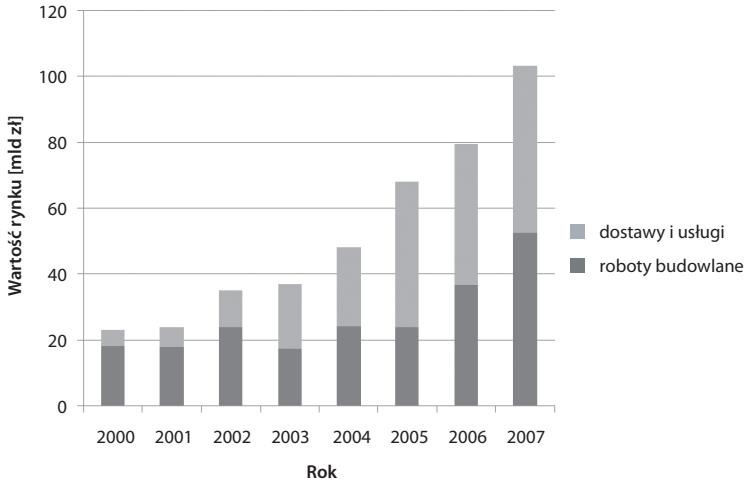
Tabela 1. Podmioty wykonawcze budownictwa w Polsce w roku 2007

L. p.	Zatrudnienie	Liczba podmiotów	Produkcja budowlano-montażowa w cenach bieżących w mln zł	Średnia produkcja przypadająca na jeden podmiot w mln zł
1	19 osób i mniej	202 822	61 749	0,30
2	20 – 49	2 765	12 949	4,68
3	50 – 99	936	11 491	12,28
4	100 – 499	636	19 984	31,42
5	500 osób i więcej	64	12 096	189,00
6	Ogółem	207 223	118 269	0,57

Źródło: opracowanie własne autora na podstawie danych GUS.

1. Dynamika polskiego rynku zamówień publicznych w latach 2000-2007

Podstawową kwestią, którą należy rozważyć w pierwszej kolejności jest oszacowanie poziomu podaży zamówień publicznych na roboty budowlane oraz jej dynamiki. Przyjmujemy tutaj założenie, iż wraz ze wzrostem podaży zamówień sektor MSP ma łatwiejszy dostęp do publicznych kontraktów budowlanych. Analizując dane retrospektywne stwierdzamy, iż rynek zamówień publicznych w Polsce w latach 2000 – 2007 charakteryzował się silnym trendem wzrostowym. Analizując wartość całego rynku w cenach bieżących stwierdzamy, iż w ciągu ostatnich ośmiu lat jego wartość wzrosła ponad czterokrotnie z 23 miliardów złotych w roku 2000 do 103,1 miliarda złotych w roku 2007. Nieco inaczej przedstawiała się wielkość rynku na roboty budowlane we wspomnianym okresie czasu. W ujęciu bezwzględnym wyniosła ona w 2000 roku 18,2 miliarda złotych. Do 2005 roku wzrosła do kwoty 23,8 miliarda złotych, by w lata 2006 – 2007 wzrosnąć skokowo do odpowiednio 36,6 oraz 52,6 miliarda złotych. W ujęciu względnym daje to na przestrzeni lat 2000 – 20007 wzrost o ponad 189%. Wizualizację kształtowania się wartości rynku zamówień publicznych w Polsce w latach 2000 – 2007, z uwzględnieniem wartości zamówień na roboty budowlane przedstawia wykres 1.



Wykres 1. Wartość rynku zamówień publicznych w Polsce w latach 2000–2007

Źródło: opracowanie własne autora na podstawie sprawozdań ZP-S.

Z powyższego wykresu możemy odczytać silny trend wzrostowy wartości rynku zamówień publicznych w Polsce w latach 2003 – 2007. Początki podobnego trendu dotyczącego wartości zamówień na roboty budowlane możemy zaobserwować z dwurocznym przesunięciem, tj. w latach 2005 – 2007[2]. Dla pełnego zobrazowania należy zaznaczyć, iż roczne wzrosty wartości rynku w roku 2006 i 2007 wyniosły odpowiednio 53,8% i 43,7%, a stopa wzrostu dwuletniego (2005-2007) wyniosła aż 121,0%. Biorąc pod uwagę przedstawione wielkości należy stwierdzić, iż wysoka dynamika podaży zamówień publicznych na roboty budowlane w ostatnich latach była czynnikiem pozytywnie wpływającym na dostępność zamówień publicznych na roboty budowlane dla sektora MSP.

Przed badaniem dalszych czynników mogących mieć wpływ na dostępność sektora MSP do rynku zamówień publicznych na roboty budowlane należy zaznaczyć, iż podmioty te mogą być beneficjentami kontraktów publicznych na trzy sposoby. Po pierwsze mogą samodzielnie ubiegać się o zamówienia składając oferty lub wnioski uczestnictwa w wszczynanych postępowaniach. Drugim sposobem jest tworzenie konsorcjów w celu wspólnego złożenia oferty w danym postępowaniu[3]. Jeżeli pierwszy i drugi sposób okaże się niemożliwy do zastosowania, np. w przypadku zbyt skomplikowanego lub kapitałochłonnego kontraktu, przedsiębiorcy mogą skorzystać z trzeciego sposobu, tj. wystąpić w roli podwykonawcy wykonującego cześć zamówienia dla generalnego wykonawcy. W dalszej części skoncentrujemy się na samodzielnym pozyskiwaniu z kontraktów rynku zamówień publicznych jako najbardziej pożądanym przez przedsiębiorców sposobie wypełniania portfela zamówień.

2. Analiza wybranych czynników dostępności zamówień publicznych na roboty budowlane dla sektora MSP

Celem przeprowadzonej analizy było określenie, czy struktura zamówień pojawiających się na rynku jest strukturą optymalną z punktu widzenia sektora MSP. W tym celu niezbędne było przyjęcie założenia mówiącego o tym, iż podmioty należące do sektora MSP, ubiegając się o zamówienia publiczne na roboty budowlane kierują się pewnymi preferencjami. Są one następujące:

- preferencje dotyczące trybów konkurencyjnych w udzielaniu zamówień – podmioty sektora MSP preferują zamówienia udzielane w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, jako najbardziej przejrzystej formy prowadzenia postępowania, dającej jednocześnie największe szanse na uzyskanie zamówienia;
- preferencje dotyczące wielkości zamówienia – małe i średnie przedsiębiorstwa preferują zamówienia o relatywnie mniejszej wartości, a co za tym idzie mniejszej złożoności, będące tym samym w sferze potencjalnych możliwości wykonawczych sektora MSP;
- preferencje dotyczące rodzaju zamawiającego – małe i średnie przedsiębiorstwa preferują postępowania wszczynane przez podmioty zlokalizowane geograficznie najbliżej swojej siedziby. Są to z reguły jednostki samorządu terytorialnego lub jednostki terenowe administracji rządowej[4].

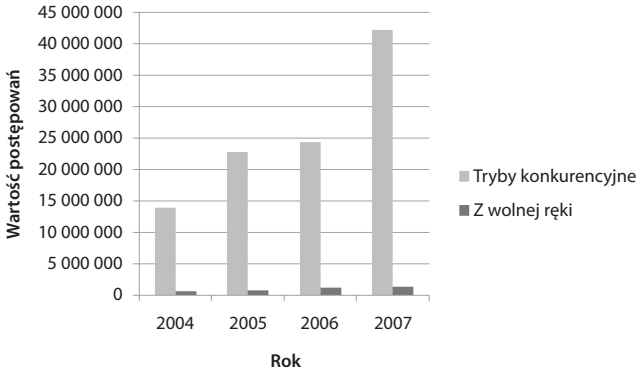
Przy tak przyjętych założeniach możemy wyznaczyć zakres zamówień atrakcyjnych z punktu widzenia możliwości ich realizacji przez małe i średnie przedsiębiorstwa. Ana-

[2] Dane za rok 2008 nie były dostępne autorowi w czasie opracowania referatu.

[3] Zwykle powodem zawiązywania konsorcjum ofertowego jest możliwość wspólnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez dwa lub więcej podmiotów występujących wspólnie.

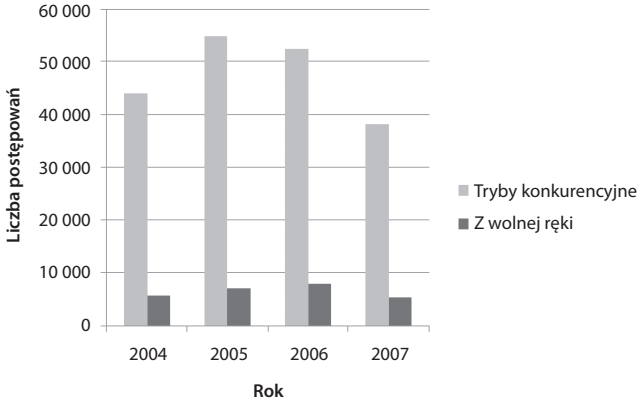
[4] Przyjmując to założenie należy zaznaczyć, iż jedną z przyczyn zakładanej sytuacji jest specyfika działań inwestycyjnych jednostek samorządu terytorialnego, w szczególności gmin oraz powiatów wynikająca z ustawowych obowiązków tych jednostek.

lizując stronę podażową rynku zamówień publicznych na roboty budowlane z punktu widzenia pierwszego z przyjętych założeń mówiącego o preferencji MSP dla trybów konkurencyjnych, dochodzimy do wniosków pozytywnych. Ich postawą są dane prezentowane na wykresie 2 i 3.



Wykres 2 Tryby udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane w ujęciu ilościowym.

Źródło: opracowanie własne autora na podstawie sprawozdań ZP-S.



Wykres 3 Tryby udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane w ujęciu wartościowym.

Źródło: opracowanie własne autora na podstawie sprawozdań ZP-S.

Z powyższych wykresów w sposób jednoznaczny wynika, iż podstawowym sposobem udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane były w latach 2004-2007 tryby konkurencyjne. W ujęciu ilościowym zamówienia udzielane w trybie niekonkurencyjnym stanowiły w szczytowym okresie, tj. w 2007 roku 12,20% wszystkich udzielonych zamówień. Na podstawie powyższych danych możemy więc przyjąć, iż stosowanie trybów niekonkurencyjnych nie było przyczyną utrudnionego dostępu sektora MSP do rynku zamówień publicznych na roboty budowlane.

Drugim niezwykle istotnym czynnikiem wpływającym na dostępność rynku zamówień publicznych na roboty budowlane dla sektora MSP jest średnia wartość udzielanych zamówień. Mali i średni przedsiębiorcy, co oczywiste, preferują zamówienia o relatywnie mniejszej wartości, a tym samym będące w zasięgu ich możliwości realizacyjnych. Z uwagi na umieszczenie zarówno w ustawie o zamówieniach publicznych jak i ustawie Prawo zamówień publicznych kwot progowych określających wymagania dotyczące prowadzenia postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego oraz zmian tych kwot przy okazji kolejnych nowelizacji obowiązujących ustaw znacząco utrudnia uzyskanie materiału badawczego umożliwiającego porównanie średniej wartości poszczególnych zamówień. Pamiętając o tych ograniczeniach zebrane dane przedstawia tabela 2. Należy zwrócić uwagę, iż średnia wielkość zamówienia nie jest tutaj wielkością mówiącą wprost o technicznej możliwości wykonania oraz potencjalnej atrakcyjności zamówienia z punktu widzenia sektora MSP. Jednak przyjmując założenie, iż wraz ze wzrostem wartości zamówienia rośnie techniczno – organizacyjne skomplikowanie kontraktu oraz wymagania podmiotowe stawiane wykonawcom przez zamawiającego możemy stwierdzić, iż wraz ze wzrostem wartości zamówienia maleje jego atrakcyjność dla małych i średnich przedsiębiorców.

Z powodu przytoczonych powyżej uwarunkowań nie wszystkie dane z Tabeli 2 możemy bezpośrednio porównywać. Przyjmując założenie, iż w potencjalnym zainteresowaniu sektora MSP są:

- wszystkie zamówienia w pierwszym przedziale kwotowym tj. o wartości nieprzekraczającej 60 tysięcy euro oraz
- część zamówień z drugiego przedziału kwotowego, tj. od 60 tysięcy euro do 5 mln euro lub kwoty o której mówi rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów wydane na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp[5],

Tabela 2 Udzielone zamówienia na roboty budowlane w podziale na przedziały kwotowe określone w ustawie w latach 2004–2007

Rok							
2004			2005			2007	
do 60 tys. euro	od 60 tys. do 5 mln euro	wszystkie zamówienia	do 60 tys. euro	od 60 tys. do 5 mln euro	wszystkie zamówienia	od 60 tys. do kwoty progowej	wszystkie zamówienia
Ilość zamówień [szt.]							
40 764	8 691	49 559	48 330	13 380	61 890	43 061	43 486
Wartość zamówień [tys. PLN]							
3 364 229	88 63 589	14 411 902	387 849	15 139 763	23 437 837	26 198 415	43 452 454
Średnia wartość jednego zamówienia [tys. PLN]							
85	1 015	275	79	1 136	365	508	999

Źródło: opracowanie własne autora na podstawie danych z dokumentów ZP-S.

W celu ustalenia dostępności rynku zamówień publicznych dla podmiotów sektora MSP należy skoncentrować się za zamówieniach z drugiego przedziału kwotowego. Z danych zawartych w tabeli 2 wynika, iż średnia wartość zamówienia z tego przedziału

[5] W chwili obecnej kwota wynosi 5 150 000,00 euro.

nie przekracza kwoty 1 200 000,00 złotych. Jest to wielkość leżąca znacznie bliżej dolnej granicy przedziału, niż górnej. Jest to jednocześnie jedyny niepodważalny wniosek jaki możemy na podstawie otrzymanych danych wyciągnąć. Pozwala on jednak przypuszczać, iż w drugim przedziale kwotowym dominują zamówienia o mniejszej wartości będące atrakcyjnymi kontraktami dla małych i średnich przedsiębiorstw budowlanych. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, iż dostępność zamówień publicznych dla sektora MSP jest ograniczona poprzez zbyt dużą wartość pojedynczego zamówienia.

Ostatnim czynnikiem decydującym o dostępności rynku zamówień publicznych na roboty budowlane dla MSP jest geograficzna lokalizacja zamawiającego. Z punktu widzenia wykonawców istotnym jest, aby rozkład terytorialny zamówień był równomierny, gdyż tylko taki zapewnia relatywnie łatwe pozyskiwanie zamówień ze względu na barierę odległości. Zgodnie z założeniem przyjętym powyżej najlepszą równomierność rozkładu podaży zamówień zapewniają jednostki samorządu terytorialnego. Dane dotyczące udzielonych zamówień z punktu widzenia ich struktury inwestorskiej przedstawia tabela 3. Z danych w niej zawartych bezsprzecznie wynika, iż grupą zamawiających udzielających zamówień o łącznej największej wartości są jednostki samorządu terytorialnego. Bez odnoszenia się do wartości bezwzględnych udzielanych zamówień można stwierdzić, iż udział względny oscylujący od ponad 30% do ponad 50% wartości wszystkich udzielanych zamówień publicznych na roboty budowlane w Polsce świadczy o spełnieniu oczekiwań wykonawców. Z uwagi na zmiany we wzorach dokumentów sprawozdawczych dotyczących zamówień publicznych nie jesteśmy w stanie dokonać pełnego porównania z podziałem na rodzaj administracji samorządowej. Jednakże przedstawiony udział jednostek samorządu terytorialnego w generowaniu kontraktów publicznych na roboty budowlane pozwala na stwierdzenie, iż uwzględniając przyjęte założenie o preferencji administracji samorządowej przez sektor MSP dostępność geograficzna zamówień publicznych zapewniona jest na satysfakcjonującym poziomie.

W ostatnim etapie podjęto próbę określenia dostępności zamówień publicznych na roboty budowlane dla sektora MSP ze względu na przedmiot zamówienia robót budowlanych. Wykorzystano w tym celu analizę sprawozdań składanych przez zamawiających zawierających kody CPV. Jednak z uwagi na dużą dowolność w oznaczaniu kodami CPV zamówień przez zamawiających oraz praktyczny brak jakichkolwiek konsekwencji za nieprawidłowe stosowanie tych oznaczeń, wnioskowanie na podstawie przedstawionych badań jest mocno ryzykowne i może prowadzić do nieprawidłowych konkluzji. Do przedstawienia danych wybrano zamówienia oznaczone kodem CPV 45.21, tj. roboty budowlane w zakresie budynków. Jest to zdaniem autora najmniej skomplikowany rodzaj zamówień publicznych na roboty budowlane. Ponadto należy zastrzec, iż w tabeli 4 wyniki za 2004 rok dotyczą jedynie drugiego półrocza tego roku. Z powyższymi zastrzeżeniami możemy podjąć wnioskowanie na podstawie danych z tabeli 4. Na podstawie danych zawartych w tabeli należy stwierdzić, iż największy przyrost wartości zamówień miał miejsce w przypadku postępowań o wartości powyżej 2,5 miliona złotych. Odnosząc rok 2008 do 2005 widzimy, iż wartość omawianej grupy zamówień wzrosła o ponad 234%, podczas gdy wartość globalna zamówień o wartości poniżej 2,5 miliona złotych wzrosła zaledwie o ponad 72%. Może to oznaczać, iż najbardziej dynamicznym segmentem tego rynku są zamówienia o wartości powyżej 2,5 miliona złotych, co w dalszej perspektywie może być problemem dla najmniejszych przedsiębiorstw.

Tabela 3. Udzielone zamówienia na roboty budowlane w podziale na zamawiających w latach 2004–2007

Zamawiający	2004		2005		2006		2007	
	Udział bezwzględny	Udział procentowy	Udział bezwzględny	Udział procentowy	Udział bezwzględny	Udział procentowy	Udział bezwzględny	Udział procentowy
Wartość udzielonych zamówień [tys. PLN]								
1. Jednostki sektora finansów publicznych	9 441 395	65,51	15 989 707	68,22			29981281	
1.1 Administracja rządowa:	2 583 722	17,93	2 907 579	12,41	6 686 036	17,06	704957	
1.2 Administracja samorządowa	6 526 350	45,28	13 175 718	56,22	16 642 746	42,45	15207471	34,99
1.2.1 wojewódzka	404 732	2,81	1 190 524	5,08				
1.2.2 powiatowa	746 849	5,18	1 616 842	6,90				
1.2.3 gminna	5 359 571	37,19	10 325 293	44,05			4854168	11,17
1.2.4 związki jednostek samorządu terytorialnego	15 198	0,11	43 059	0,18			580723	
1.5 Państwowe szkoły wyższe	734 639	5,10	1 129 565	4,82	979 511	2,50	1108665	
1.8 Samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej	354 883	2,46	691 580	2,95	714 784	1,82	747917	
1.11 Pozostałe	1 084 925	7,53	0	0,00			6777380	
2. Państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej	889 644	6,17	875 126	3,73			31283	
3. Podmioty o których mowa w art.. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp	503 440	3,49	911 568	3,89				
4. Zamawiający sektorowi w zakresie:	1 844 200	12,80	1 129 845	4,82			5163393	
5. Inne niż określony w art.. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp podmioty udzielające zamówienia finansowane w ponad 50% ze środków publicznych	205 890	1,43	300 195	1,28				
6. Inne niż określony w art.. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp podmioty udzielające zamówienia, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedury określonej w Pzp	148 689	1,03	219 038	0,93				
7. Podmioty udzielające zamówienia w celu wykonania koncesji na roboty budowlane	8 319	0,06	177	0,00				
RAZEM	14 411 902	100,00	23 437 858	100,00	39 201 296	100,00	43452454	100,00

Źródło: opracowanie własne autora na podstawie danych z dokumentów ZP-S

Tabela 4 Zamówienia zgodne z kodem CPV 45.21 w latach 2004 – 2008

Lp.	Zamówienia według CPV 45.21	2004	2005	2006	2007	2008
1	Ilość zamówień do 2,5 mln zł	654	835	1 124	2 131	2 415
2	Ilość zamówień powyżej 2,5 mln zł	190	294	290	364	760
3	Wartość zamówień do 2,5 mln zł [tys. Zł]	519 897	686 932	851 666	1 057 688	1 183 805
4	Wartość zamówień powyżej 2,5 mln zł [tys. Zł]	1 010 931	1 563 375	1 487 955	1 984 802	5 224 243

źródło: opracowanie własne autora na podstawie danych GUS.

Zakończenie

Na podstawie danych i analiz przedstawionych w referacie można stwierdzić, iż struktura rynku zamówień publicznych na roboty budowlane z jaką mieliśmy do czynienia w drugiej połowie lat dwutysięcznych stwarzała dobre warunki dostępności przedsiębiorstwom sektora MSP do tych zamówień. Przesądziły o tym w szczególności takie cechy tego rynku jak: dominujący udział trybów konkurencyjnych, stosunkowo niewielka średnia wartość jednego zamówienia oraz bardzo znaczny udział jednostek samorządu terytorialnego, zwłaszcza szczebla podstawowego, w strukturze inwestorskiej udzielanych zamówień.

Podjęty w niniejszym referacie problem, jako szczególnie istotny, powinien być przedmiotem dalszych badań i analiz o bardziej pogłębionym charakterze.

O POTRZEBIE POPRAWY ORGANIZACJI KONTROLI WEWNĘTRZNEJ ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Katarzyna Prowadzisz
– doktorant Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

Piętnastolecie istnienia systemu zamówień publicznych skłania do refleksji nad elementami mającymi ulepszyć, usprawnić system zamówień publicznych w przyszłości. Niewątpliwie doniosła rocznica funkcjonowania skodyfikowanych zasad wydatkowania środków publicznych przypadającą w przededniu projektowanej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (dalej „PZP") jak i ustawy o finansach publicznych z dnia 30 czerwca 2005 roku (dalej „ufp") stanowi dogodny czas do debaty o potrzebie poprawy kontroli wewnętrznej zamówień publicznych. Właściwie funkcjonujący system kontroli wewnętrznej zamówień publicznych wraz z przygotowaną kadrą stanowiłby dopełnienie systemu zamówień publicznych.

Wprowadzenie

Początków istnienia kontroli należy szukać w starożytności. Wielcy starożytnego świata opiewali w swoich dziełach kontrolę jako jeden z elementów stanowiących fundament dobrze funkcjonującej struktury państwa (np.: Platon w „Państwie", Arystoteles w „Polityce). Potrzebę istnienia kontroli rozumieli władcy starożytnej Sparty oraz władcy Rzymu, ci ostatni stali się wzorem do naśladowania. Potem zweryfikowane wzorce kontroli były przejmowane przez inne republiki – Wenecję, Genuę, Florencję, Pizę. Kontrola czynionych wydatków w państwach starożytnych realizowana była równolegle z realizacją budżetu państwa, nie mniej mimo rozwoju skarbowości kontrola wykonywana była również poza skarbowością. [1]

Rozwój instytucji kontroli w państwie polskim zapoczątkowany został na dworach książąt dzielnicowych wprowadzeniem urzędu skarbnego (łac. *thesaurarius*). Urząd podskarbiego (łac. *subthesaurarius*) powstał za czasów Kazimierza III Wielkiego a jego powstanie było efektem reformy aparatu skarbowego państwa oraz rosnącymi potrzebami króla na gotówkę. Podskarbim został około roku 1364 Dymitr z Rusi[2]. Początkowo występował obok skarbnika ziemi krakowskiej; w jego gestii znajdował się ogólnopaństwowy zarząd skarbowy, dyspozycja wpłatami i wypłatami, nadzór nad mennicą, skarbcem i archiwum koronnym[3]. W roku 1504 w Statucie Aleksandra Jagiellończyka został określony zakres w jakim działał ów urząd, do zadań podskarbiego należało między innymi zarządzanie

[1] Opracowane na podstawie S. Kałużny *„Kontrola wewnętrzna teoria i praktyka"* Warszawa 2008 str. 15 i następne

[2] Kazimierz Wielki stawiał Dymitra w gronie najbardziej wpływowych urzędników Królestwa – do jego zadań należało miedzy innymi kontrolowanie prac żup solnych i pobieranie z nich należnych pieniędzy (statut solny Kazimierza Wielkiego), ale także zbieranie należnych koronie pieniędzy od wielkorządców, żupników i starostów. Do zadań podskarbiego na dworze Kazimierza Wielkiego należało również wypłacanie gotówki ze skarbu królewskiego wszystkim tym, którzy dysponowali tytułem do takiej wypłaty. W oparciu o A. Marzec *Kariery polityczne na Rusi Czerwonej za panowania Kazimierza Wielkiego (1340-1370* źródło: NATIONAL ACADEMY OF SCIENCE OF UKRAINE INSTITUTE OF HISTORY OF UKRAINE; www.history.org.ua

[3] Stanisław Russocki *Encyklopedia historii gospodarczej Polski do 1945 roku*, t. II, Warszawa 1981, s. 93;

skarbem publicznym, jego wydatkami i przychodami, kontrola finansów publicznych, emisja monet gdyż był zwierzchnikiem mennic państwowych a z działań które podejmował zobowiązany był rozliczać się przed sejmem. Urząd podskarbiego, oraz jego nazwa, ewoluował wraz ze zmianami ustrojowymi jakie zachodziły w państwie polskim[4]. Sejm Piotrkowski lata 1562 (30.XI) -1563 (25.III) pod laską Rafała Leszczyńskiego powziął uchwałę o prawie do kontroli przez posłów ziemskich przychodu i wydatkowania sum państwowych – uchwała ta niosła za sobą wymiar szerszy niźli wskazanie potrzeby kontroli, uchwała ta była pierwszą w krajach europejskich nowoczesną formą, której źródła dopatrywać się należy w krzewionych zalążkach zasad konstytucyjnych[5] a także doprowadził do przyznania wojewodom prawa do kontroli nad administracją miejską oraz prawa do ustalania cen na towary w miastach.

W 1591 r. powołany zostaje Trybunał Skarbowy sprawujący jurysdykcję nad skarbowością pospolitą, przez co umocniona zostaje kontrola Sejmu w tej sferze. W XVIII wieku Trybunał Skarbowy zastąpiony zostaje komisjami skarbowymi – Koronną i Wielkiego Księstwa Litewskiego, instytucjami odpowiedzialnymi przed Sejmem, składającymi Wysokiej Izbie rachunki i sprawozdania. Powołana w 1775 r. Rada Nieustająca – czyli ówczesny rząd – posiadała w swym składzie Departament Skarbowy, poprzez który zarządzała finansami państwa, pozostając wszakże pod kontrolą Sejmu. Tym sposobem kształtował się model polegający na udzieleniu administracji uprawnień do bezpośredniej pieczy nad finansami i skarbowością, przy zagwarantowaniu Sejmowi uprawnień ustawodawczych i kontrolnych. W roku 1791 ustanowiona zostaje Komisja Skarbowa Rzeczypospolitej Obojga Narodów, wkrótce wszakże dokonuje się trzeci rozbiór a wraz z nim kres polskich instytucji państwowych. Po powstaniu Księstwa Warszawskiego, 14 grudnia 1808 r. dekretem króla Fryderyka Augusta powołana zostaje Główna Izba Obrachunkowa i rozpoczyna działalność 2 marca 1809 r. Do jej zadań należała następcza kontrola rachunków państwowych i samorządowych oraz rewizja rachunków rocznych kas publicznych, jeśli przewyższały one kwotę 500 zł. Po kongresie wiedeńskim i utworzeniu Królestwa Polskiego, car Aleksander I, według konstytucji Królestwa Polskiego król Polski, dekretami z 1816 i z 1821 r. powołuje Izbę Obrachunkową Królestwa Polskiego. Jej naczelnym zadaniem, podobnie jak Głównej Izby Obrachunkowej Księstwa Warszawskiego, była następcza kontrola wszystkich rachunków publicznych. Jej działalność trwała do 1 stycznia 1867 r., kiedy to, po Powstaniu Styczniowym, wraz z likwidacją resztek odrębności Królestwa Polskiego, jego system kontroli państwowej zostaje zunifikowany ze strukturami kontroli państwowej Rosji. W roku 1917, postanowieniem tymczasowej Rady Stanu został powołany Urząd Obrachunkowy, który funkcjonował do roku 1919. Po odzyskaniu przez Polskę niepodległości, już 7 lutego 1919 r. Naczelnik Państwa Józef Piłsudski podpisuje dekret o Najwyższej Izbie Kontroli Państwa, zgodnie z którym Najwyższa Izba Kontroli Państwa jest władzą podległą bezpośrednio Naczelnikowi Państwa, samodzielną i powołaną do stałej, a wszechstronnej kontroli dochodów i wydatków państwowych (…) W ten sposób stawała się możliwa wszechstronna

[4] Stanisław Russocki *Encyklopedia historii gospodarczej Polski do 1945 roku*, t. II, Warszawa 1981, s. 93*; (…)w XVI w. jako jeden z tzw. ministrów wszedł w skład senatu. W XV w. utworzono urząd p. nadwornego, który prowadził ogół rachunków skarbowych i zastępował p. koronnego w czasie jego nieobecności; w XVI w. dodano mu obowiązek administrowania wydatkami na potrzeby króla i dworu. Sejm 1590 rozdzielając skarby, podzielił również funkcje p.: koronny zajął się skarbem publicznym, nadworny – skarbem król. Na Litwie urząd p. (zwany tam ziemskim lub król.) pojawił się 1486; od czasów unii lubelskiej 1569 obok p. koronnych działali p. litew. W Prusach Król. od 1506 istniał p. prus., bezpośrednio zależny od króla, zarządzający prowincjonalnym skarbem prus. Sejm 1764 postawił p. na czele utworzonych wówczas komisji skarbowych; na mocy Konstytucji 3 maja 1791 jeden p. kierował komisją, drugi wchodził jako min. skarbu do Straży Praw.*

[5] Opracowane na podstawie S. Kałużny „Kontrola wewnętrzna teoria i praktyka" Warszawa 2008 str. 15 i następne

kontrola finansów publicznych.[6] W roku 1921 została powołana Najwyższa Izba Kontroli podległa bezpośrednio Prezydentowi RP. W roku 1925 ukazuje się pierwsze rozporządzenie Ministra Skarbu o organizacji kontroli skarbowej na podstawie ustawy z dnia 31 lipca 1919 roku o tymczasowej organizacji władz i urzędów skarbowych, która to ustawa po raz pierwszy na ziemiach polskich ustala strukturę administracji skarbowej.[7]

Zmiany ustrojowe, jakie w roku 1989 miały miejsce w Polsce miały również wpływ na kształtowanie systemu kontroli. Ustawą z dnia 05 stycznia 1991 roku Prawo budżetowe – w rozdziale 7 Kontrola wykonania budżetu w art. 52 powierzono kontrolę wykonania budżetu państwa Sejmowi, natomiast kontrolę wykonania budżetu gminy Radzie Gminy. W dniu 23 grudnia 1994 roku Sejm uchwalił ustawę o Najwyższej Izbie Kontroli[8]. Prawo budżetowe zostało zmienione ustawą o finansach publicznych z dnia 26 listopada 1998 roku a ustawa ta została zastąpiona ustawą z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych. Ostatni z wymienionych aktów prawnych w art. 44 i następnych reguluje odpowiedzialność i obowiązki w zakresie realizacji kontroli finansowej w jednostce sektora finansów publicznych, czyniąc odpowiedzialnym za całość gospodarki finansowej w tym również za wykonanie określonych ustawą obowiązków w zakresie kontroli kierownika jednostki.

Charakter kontroli finansowej

Kontrola to porównanie tego co jest, z tym co być powinno. Celem kontroli jest więc ustalenie czy przewidziany stan rzeczy został urzeczywistniony. Aby można to uczynić, trzeba zbadać stan istniejący oraz znać stan postulowany. Tam gdzie kontrola będzie elementem szerzej rozumianego działania (kierowania, nadzoru), będzie ona nadto polegać na wyjaśnieniu przyczyn nieurzeczywistnienia stanu postulowanego oraz podania sposobu jego urzeczywistnienia, a także środków zapewniających skuteczną realizację stanu postulowanego w przyszłości (Jacek Lang)[9]. Współcześnie kontrola pojmowana jest jako działanie mające na celu sprawdzenie i ocenę (J.A.F. Stoner, R.E. Frejman, D.R. Gilbert)[10]. Kontrola polega na badaniu stanu istniejącego, porównaniu go ze stanem pożądanym lub postulowanym, oraz na ustaleniu zakresu i przyczyn zauważonych rozbieżności (J.

[6] Najwyższa Izba Kontroli; źródło: www.nik.gov.pl

[7] Po II wojnie światowej władzę w Polsce obejmuje Krajowa Rada Narodowa, uprawnienia kontrolne przysługują kolejno: Prezydium KRN, za pośrednictwem usytuowanego przy nim Biura Kontroli powołanego ustawą z 11 września 1944 r. o radach narodowych; 1949 roku powołano Najwyższą Izbę Kontroli, 1952 r. z chwilą likwidacji NIK powołane w jej miejsce zostaje Ministerstwo Kontroli Państwowej – organ pozakonstytucyjny podległy Radzie Ministrów. W 1957 r. powołano Najwyższą Izbę Kontroli i podporządkowaną Sejmowi, a nadzór nad NIK sprawowała Rada Państwa; Izba przestała być organem rządowym i została ukształtowana w osobny pion organów państwowych. W 1976 r. (zmieniono ustawę o Najwyższej Izbie Kontroli) Izba przekształcona została ponownie w organ administracji. Nadzór nad NIK powierzono Prezesowi Rady Ministrów. Na mocy ustawy z 8 października 1980 r. powrócono do istniejącego wcześniej modelu zakładającego usytuowanie kontroli państwowej przy Sejmie i uniezależnienie Izby od administracji. W ten sposób uległa także wzmocnieniu kontrolna funkcja Sejmu. W tym stanie prawnym NIK kontynuowała funkcjonowanie w III Rzeczypospolitej.; Opracowane na podstawie: Najwyższa Izba Kontroli; źródło: www.nik.gov.pl oraz S. Kałużny *„Kontrola wewnętrzna teoria i praktyka"* Warszawa 2008

[8] Zadania NIK – kontrolowanie działalności organów administracji rządowej, NBP, państwowych osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych a także działalność organów samorządu terytorialnego, samorządowych osób prawnych i innych samorządowych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych w zakresie w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe oraz wywiązują się ze zobowiązań na rzecz państwa

[9] „Polskie Prawo administracyjne" PWN Warszawa 1985 rok

[10] S. Kałużny *„Kontrola wewnętrzna teoria i praktyka"* Warszawa 2008 str. 20, „Kierownie" PWN, Warszawa 2001 roku str. 538 i następne

Zimmermann)[11]. Kontrola jest działaniem mającym na celu określenie i wskazanie elementów, które nie odpowiadają „modelowi" jaki stanowi punkt odniesienia dla czynności kontrolnych ale zarazem niezbędnym jest ustalenie rozmiaru i zakresu rozbieżności a także wskazanie konsekwencji – tak realizowany model kontroli przyjmuje również funkcję prewencyjną w stosunku do pracowników jednostki sektora finansów publicznych. Od kontroli należy odróżnić audyt. Audyt wewnętrzny uregulowany został w art. 48 i następnych ufp. Obowiązująca od dnia 01 stycznia 2006 r. w ufp definicja audytu wyróżnia dwie funkcje audytu wewnętrznego; po pierwsze zapewnienie, iż systemy zarządzania i kontroli działają poprawnie, dostarczając niezależnej i obiektywnej oceny kierownikowi jednostki, po drugie wskazuje na doradczy charakter audytu. Obecna regulacja audytu wewnętrznego wskazuje na jego rolę kontrolną a także doradczą.

Kontrola finansowa została uregulowana w ustawie o finansach publicznych, stanowi ona kontrolę o charakterze wewnętrznym. W doktrynie pojawiają się wątpliwości, które mogą prowadzić również do wniosku, że kontrola finansowa w rozumieniu art. 47 ufp może stanowić kontrolę zewnętrzną zastrzeżoną dla innych podmiotów tj. np.: regionalne izby obrachunkowe, NIK, organy kontroli skarbowej – jednakże podmioty te mają innego rodzaju narzędzia do prowadzenia ewentualnej kontroli, również w zakresie elementów finansowych w badanej jednostce i nie mieszczą się w regulacji art. 47 ufp i innych regulujących problematykę kontroli finansowej. Tak więc, kontrola finansowa jest kontrolą wewnętrzną; wewnętrzny charakter kontroli finansowej określonej w art. 47 ust 1 ufp potwierdzają również uregulowania z art. 44 ufp – z treści przepisu jednoznacznie wynika, iż to na kierowniku danej jednostki (dalej: „kierownik zamawiającego" lub „kierownik jednostki") spoczywa odpowiedzialność za funkcjonowanie tej kontroli w zarządzanej przez tegoż kierownika jednostce oraz korelujący z nim art. 63 ufp w związku z art. 47 ust 3 ufp nakładającym na kierownika jednostki obowiązek ustalenia w formie pisemnej procedury kontroli finansowej.[12] Realizowana przez kierownika zamawiającego kontrola stanowi wewnętrzną kontrolę zarządczą.

W jednostce sektora finansów publicznych prowadzona jest również wewnętrzna kontrola operacyjna – w oparciu o regulację art. 45 ufp – przez głównego księgowego. Główny księgowy zobowiązany jest do dokonywania wstępnej kontroli zgodności operacji gospodarczych i finansowych z planem finansowym oraz dokonywania wstępnej kontroli kompletności i rzetelności dokumentów dotyczących tych operacji. Kontrola ta zwana jest również kontrolą uprzednią, kontrolą *ex ante* lub kontrolą *a priori* – ma charakter uprzedni, realizowana jest przed wykonaniem decyzji mającej za przedmiot dysponowanie środkami publicznymi, obejmuje dokumenty, których treścią są czynności przyszłe. Dowodem dokonania przez głównego księgowego kontroli jest złożenie podpisu na dokumentach dotyczących danej operacji (kontrasygnata), główny księgowy składa swój podpis obok podpisu pracownika właściwego rzeczowo, złożenie podpisu przez głównego księgowego oznacza, że operacja jest zgodna z prawem i jest prawidłowa, nie zgłasza zastrzeżeń w zakresie kompletności i prawidłowości dokumentów dotyczących operacji a zobowiązania wynikające z operacji mieszczą się w planie finansowym jednostki. Wywodzące się

[11] Jacek Jagielski *„Kontrola Administracji Publicznej",* LexisNexis, Warszawa 2007 str. 15 i następne

[12] Komunikat Nr 13 Ministra Finansów z dnia 30 czerwca 2006 r. w sprawie standardów kontroli finansowej w jednostkach sektora finansów publicznych (Dz. Urz. Min. Fin. Nr 7, poz. 58) – Standardy określają podstawowe wymagania, odnoszące się do systemów kontroli finansowej w jednostkach jednocześnie odwołują się do wbudowania systemu kontroli wewnętrznej w strukturę danej jednostki, ponieważ powiązanie Standarów z potrzebami jednostki oraz jej wewnętrznym systemem funkcjonowania prowadzić będzie do wypracowania procedur kontroli finansowej w oparciu o które realizowana będzie faktycznie kontrola wewnętrzna w prowadzonej bieżącej działalności danej jednostki na każdym szczeblu organizacyjnym jednostki.

z XVIII wieku pojęcie kontrasygnaty (łac.: *contra* – przeciw, *signo* – podpisywać) łączy się z kształtowaniem odpowiedzialności ministrów w Anglii. Instytucja ta miała pierwotnie na celu skrępowanie wyrażania woli przez monarchę z jednej strony oraz umocnienie roli parlamentu z drugiej strony. Po raz pierwszy instytucja ta pojawiła się w Konstytucji 3 Maja oraz w konstytucji francuskiej z 1791 r. [13]

Zakres podmiotowy kontroli wewnętrznej – wyodrębnione, wskazane w ustawie o finansach publicznych w art. 4 podmioty zobowiązane do realizacji ustawowych obowiązków dotyczących kontroli wewnętrznej; zakres ten stanowi kolejne kryterium wyróżniające kontrolę finansową z uwagi na to, iż obowiązkowi realizacji kontroli uregulowanej w art. 47 ust 1 ufp podlegają jedynie jednostki sektora finansów publicznych.

Niewątpliwie kontrola finansowa została wyodrębniona z uwagi na przedmiot – szeroko określając, przedmiotem kontroli finansowej są zjawiska i procesy finansowe. Kontrola finansowa, zwana również kontrolą gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych, obejmuje dziedziny działalności jednostki związane z planowaniem finansowym, rachunkowością, realizacją dochodów i dokonywaniem wydatków, procedurą udzielania zamówień publicznych, gospodarowaniem składnikami majątku pozostającego do dyspozycji jednostki sektora finansów publicznych oraz sprawozdawczością budżetową i finansową. [14] Wspomniana ustawa nie wprowadza definicji kontroli finansowej, jednakże w art. 47 ufp zostaje przez ustawodawcę podany w ust.1 zakres czego dotyczy kontrola finansowa; Kontrola finansowa w jednostkach sektora finansów publicznych dotyczy procesów związanych z gromadzeniem i rozdysponowaniem środków publicznych oraz gospodarowaniem mieniem, natomiast w ust 2 niniejszego artykułu ustawodawca wskazuje co kontrola finansowa obejmuje; a mianowicie Kontrola finansowa obejmuje: a) przeprowadzanie wstępnej oceny celowości zaciągania zobowiązań finansowych i dokonywania wydatków, b) badanie i porównanie stanu faktycznego ze stanem wymaganym w zakresie dotyczącym procesów pobierania i gromadzenia środków publicznych, zaciągania zobowiązań finansowych i dokonywania wydatków ze środków publicznych, udzielania zamówień publicznych oraz zwrotu środków publicznych, c) prowadzenie gospodarki finansowej oraz stosowanie procedur dotyczących procesów, o których mowa w pkt b.

Poddając powyższą regulację analizie, przy uwzględnieniu faktu, iż kontrola polega na porównaniu wykonania z wyznaczonymi celami, można wskazać, iż zacytowany art. 47 ust 1 ufp podaje przedmiotowy zakres działania kontroli wewnętrznej, który zostaje uzupełniony poprzez zapis art. 47 ust 2 pkt 3 ufp. Regulacja art. 47 ust 2 pkt. 1 i 2 stanowi niewątpliwie o funkcji kontroli wskazują na to takie zwroty jak: badanie i porównanie czy też przeprowadzenie wstępnej oceny.

Obowiązek zorganizowania kontroli wewnętrznej

Obowiązek realizacji kontroli wewnętrznej wynika wprost z ustawy o finansach publicznych, zgodnie z obowiązującymi przepisami tejże ustawy kierownik jednostki, na podstawie art. 44 ufp odpowiedzialny jest za całość gospodarki finansowej jednostki oraz za wykonywanie określonych ustawą obowiązków w zakresie kontroli finansowej. Kierownik jednostki na podstawie art. 47 ust 3 ufp zobowiązany jest (ustawowy obowiązek) do ustalenia i wprowadzenia procedur kontroli w formie pisemnej oraz zapewnienie ich

[13] Lipiec Ludmiła *Komentarz do ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych* LEX /el 2008 Str. 204

[14] Lipiec Ludmiła *Komentarz do ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych* LEX /el 2008 Str. 212

przestrzegania – obowiązek ten nałożony jest na wszystkich kierowników jednostek sektora finansów publicznych. Kontrola – stwierdzenie, ocena, porównanie – stanu faktycznego ze stanem wymaganym w zakresie określonym ustawą o finansach publicznych następuje w oparciu o wprowadzone przez kierownika jednostki procedury kontrolne; to kierownik jednostki ponosi odpowiedzialność za wprowadzenie zasad postępowania w realizacji kontroli w kierowanej przez niego jednostce. Określając procedury kontroli wewnętrznej – regulaminy, instrukcje i inne – kierownik jednostki uwzględnia charakter jednostki oraz jej strukturę a także zadania jakim ma podołać jednostka a także uwarunkowania wewnętrzne w jednostce, zakres jej działania, regulacje prawne którym podlega, organizację jednostki oraz potencjał kadrowy; kierownik jednostki powinien uwzględniać wszystkie te wymagania, które mają wpływ na działanie jednostki a co za tym idzie w obliczu regulacji art. 47 ufp będą podlegały kontroli. Wprowadzane w jednostce przez kierownika (w formie pisemnej) procedury kontroli powinny odpowiadać standardom, o których mowa była powyżej; dzieje się tak ponieważ ujednolicenie systemów kontroli, wprowadzenie jednorodnego systemu kontroli nie jest w zasadzie możliwe z uwagi na bardzo duże zróżnicowanie sposobu, funkcji i działania jednostek publicznych.

Trudności w organizacji kontroli wewnętrznej w zakresie zamówień publicznych

Badania obecnie funkcjonującej kontroli wewnętrznej doprowadziły do inwentaryzacji najczęstszych uchybień jakie mają wpływ na system zamówień publicznych i realizację obowiązków jakie wynikają z ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o finansach publicznych. Część uchybień to uchybienia prowadzące do rzeczywistego braku kontroli wewnętrznej w zakresie zamówień publicznych – niewątpliwie mające bardzo istotny wpływ na realizacje ustawowych obowiązków zarówno w zakresie realizacji procedur zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych jak i wypełnienia ustawowego obowiązku wynikającego z ustawy o finansach publicznych nakładającego obowiązek sformułowania zasad kontroli wewnętrznej oraz jej realizacji.

W wyniku badań nad realizacją ustawowego obowiązku kontroli wewnętrznej, w zakresie kontroli udzielania zamówień publicznych można napotkać następujące nieprawidłowości:

Po pierwsze – brak wprowadzenia procedur kontroli wewnętrznej w zakresie udzielania zamówień publicznych.

Brak wprowadzenia procedur kontroli wewnętrznej odnosi się do całości kontroli jaką objęta jest zgodnie z art. 47 ustawy o finansach publicznych jednostka publiczna lub do braku w istniejących regulacjach (np.: regulaminach) procedur w zakresie kontroli udzielania zamówień publicznych; częściej spotykamy się z problematyką braku regulacji dotyczącej zamówień publicznych. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż istniejące procedury kontroli wewnętrznej nie przewidują zamówień publicznych.

Po drugie – brak określenia „początku i końca" procedury kontroli wewnętrzenej w zakresie udzielania zamówień publicznych.

Istniejące procedury kontroli wewnętrznej zamówień publicznych nie przewidują „ram" tj. nie określają zakresu w jakich kontrolujący powinien się „przemieszczać, poruszać" dokonując kontroli wewnętrznej udzielanych zamówień publicznych w jednostce, co bardzo często prowadzi w przypadku badania obszaru udzielania zamówień publicznych jedynie do zbadania dokumentacji postępowania; działanie takie jest niewłaściwe i wypeł-

nia jedynie fragment, część całego systemu jaki powinien obejmować kontrolę udzielania zamówień publicznych. Należy w tym miejscu jednoznacznie zaznaczyć, iż kontrola wewnętrzna udzielanych zamówień publicznych powinna rozpocząć się od momentu zaplanowania (ujęcia w planie rzeczowo – finansowym jednostki) danego wydatku a kończyć w miejscu, w którym dane zamówienie zostało zrealizowane – jedynie taka kontrola może wskazać czy zamówienia faktycznie realizowane są zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi w sposób celowy, efektywny a także terminowo. Takie podejście do kontroli wewnętrznej udzielania zamówień publicznych znajduje swoje uzasadnienie również w tym, iż kontrola wewnętrzna realizowana powinna być w zakresie całego procesu udzielania zamówień publicznych, oraz na wszystkich poziomach realizacji procesu udzielenia zamówienia publicznego.

Po trzecie – braki w istniejących procedurach kontroli wewnętrznej, niejasność i brak spójności procedur kontrolnych;

W procedurach kontroli wewnętrznej istnieją nieścisłości a przejawiają się one najczęściej tym, iż dana procedura kontroli wewnętrznej realizowanych zamówień publicznych nie jest dostosowana do jednostki; system danej kontroli zostaje zapożyczony z innej jednostki bądź stworzony jest w oderwaniu od faktycznych potrzeb jednostki co powoduje, że realizacja czynności kontrolnych w oparciu o istniejące w danej jednostce procedury kontrolne nie daje efektu, przy czym jednocześnie może prowadzić do „zafałszowania" wyników kontroli.

Brak spójności procedur kontrolnych, niejasność procedur kontroli wewnętrznej udzielania zamówień publicznych objawia się najczęściej brakiem zakreślenia „granic" badania tego systemu (opisane powyżej) oraz sposobem dokumentacji prowadzonej kontroli wewnętrznej – niejednokrotnie te niejasności powodują, iż kontrolujący nie jest w stanie udokumentować swojej pracy w sposób umożliwiający wykorzystanie efektów dokonanych czynności w przyszłości a także dokumentując czynności kontrolujący nie pokazuje całego obrazu badanego systemu lub badanej procedury o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z faktem, iż zamówienia publiczne są młodą dziedziną prawa w naszym systemie prawnym oraz pozostają w sferze kontroli finansowej niejednokrotnie zdarza się, iż procedury kontroli wewnętrznej zamówień publicznych sprowadzają się jedynie do czynności czysto finansowych kontroli, jednakże w zakresie zamówień publicznych kontrola ta jest szersza i obejmuje swoim zakresem również takie elementy jak przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. np.: opis przedmiotu zamówienia, wymagania podmiotowego w stosunku do wykonawców i inne mające istotny wpływ na realizację procedury a w efekcie wydatkowanie środków publicznych. W procedurach kontroli wewnętrznej brak jest wskazania na te elementy, jednakże stanowią one duże zainteresowanie jednostek prowadzących kontrole zewnętrzne.

Po czwarte – brak wykwalifikowanej kadry do prowadzenia procedur kontroli wewnętrzenej udzielania zamówień publicznych;

Zgodnie z art. 44 ust 2 ustawy o finansach publicznych, kierownik zamawiającego może powierzyć określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej pracownikom jednostki a przyjęcie tych obowiązków przez wskazane osoby powinno być potwierdzone dokumentem w formie imiennego upoważnienia bądź wskazania w regulaminie organizacyjnym jednostki. Z zapisu tego jednoznacznie wynika, iż osoba, której kierownik jednostki powierzy określone obowiązki – obowiązki w zakresie kontroli – musi być pracownikiem jednostki a nadto poza powierzeniem jej obowiązków przez kierownika jednostki osoba ta obowiązki te musi przyjąć; samo udzielenie pracownikowi pełnomocnictwa imiennego lub wskazanie zakresu czynności w regulaminie nie jest wystarczające w świetle obowiązującej

regulacji art. 44 ust. 2 ufp. Problematyka ta związana jest z kwestią odpowiedzialności pracownika w świetle przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych; wskazanie w regulaminie istnienia danych obowiązków i przypisanie ich do danego stanowiska lub w pełnomocnictwie wskazanie, że dana osoba będzie odpowiedzialna za pewną część gospodarki finansowej jednostki nie stanowi o przyjęciu tychże obowiązków przez tą osobę, a jedynie świadczy o przypisaniu do danego stanowiska pewnych czynności. Wskazany w poprzednim zdaniu przepis jednoznacznie określa, iż pracownik któremu kierownik jednostki powierza wykonywanie pewnych czynności przyjmuje obowiązki w tym zakresie; tak więc w celu wypełnienia przesłanki przepisu pracownik w sposób niebudzący wątpliwości powinien potwierdzić przyjęcie tych obowiązków. Ma to istotne znaczenie w związku z rozpatrywaniem zakresu odpowiedzialności kierownika jednostki i osób wykonujących powierzone im czynności; w świetle ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (art. 4 pkt 3) pracownicy, którym powierzono określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej lub czynności przewidziane w przepisach o zamówieniach publicznych ponoszą odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jednakże należy pamiętać, iż pracownik musiał potwierdzić przyjęcie tych obowiązków. Przyjęcie obowiązków przez pracownika, które powierzył mu kierownik zamawiającego nie wyłącza odpowiedzialności tego ostatniego za całość gospodarki finansowej, natomiast skuteczne przyjęcie przez pracownika jednostki obowiązków jest podstawą do dochodzenia odpowiedzialności tego pracownika w przypadku gdy pracownik ten, popełnił czyn określony w art. 5 od art. 18 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W przypadku braku wyznaczenia oraz przekazania obowiązków w zakresie realizacji kontroli finansowej pracownikowi jednostki, obowiązki te spoczywają na kierowniku jednostki; na podstawie analizy realizacji tych obowiązków przez kierowników jednostek – brak jest faktycznej realizacji zadań kontrolnych; np.: w jednej z badanych jednostek poza odwołaniem w regulaminie organizacyjnym, iż w zakresie zarządzania jednostka ta wdraża zasady określone w „Standardach kontroli finansowej w jednostkach sektora finansów publicznych" nie zostały wprowadzone żadne procedury kontroli wewnętrznej i w żadnym z obowiązujących w jednostce dokumentów wewnętrznych nie są ujęte procedury kontrolne. Kolejnym składnikiem powodującym, iż obecnie realizowane kontrole wewnętrzne w obszarze udzielania zamówień publicznych nie są skuteczne – to brak właściwej kadry. Pracownik, pracownicy zajmujący się kontrolą wewnętrzną powinni poza bardzo dobrym przygotowaniem zawodowym, znajomością psychiki ludzkiej charakteryzować się również specyficznymi cechami osobowymi, które to elementy w sumie prowadzą do osiągnięcia właściwych wyników pracy kontrolera. Kontroler powinien przestrzegać, powstałego w roku 1992 Kodeksu powinności kontrolującego. W badanych jednostkach, żaden z pracowników, któremu powierzone zostały obowiązki w zakresie kontroli wewnętrznej nie wykazał się znajomością owego kodeksu, nie posiadał również przygotowania zawodowego w postaci kształcenia podyplomowego w zakresie kontroli. Niemniej, osoby te wykonują swoje obowiązki zgodnie z opisem zawodu kontrolera wewnętrznego przyjętym przez Instytut Pracy i Spraw Socjalnych[15]. W zakresie realizacji funkcji kontrolnych w obszarze udzielania zamówień publicznych, kontrolujący często nie posiadają odpowiedniej wiedzy, co stanowi z pewnością przyczynę i podstawę wykonywania kontroli udzielania zamówień publicznych w sposób pobieżny. Znajomość reguł, zasad, standardów kontroli a także tematyki zamówień publicznych jest niezbędna aby można było prowadzić badania i wysnuwać wnioski w zakresie kontroli udzielania zamówień publicznych.

[15] W oparciu o S. Kałużny *„Kontrola wewnętrzna teoria i praktyka"* Warszawa 2008 str. 206 i następne

Wnioski

Realizacja ustawowego obowiązku wykonywania zadań kontrolnych w jednostce powinna być tak umiejscowiona w strukturze tej jednostki i powierzona osobom – pracownikom jednostki, którzy zostali przygotowani do pełnienia funkcji kontrolnych, posiadają właściwe cechy osobowości a także znają dogłębnie tematykę jaka zostanie powierzona ich kontroli. Procedury kontroli, wprowadzone w formie pisemnej powinny być zaś jasne i czytelne dla wszystkich uczestników systemu, co będzie prowadziło do faktycznej realizacji zadań kontrolnych. Kierownik jednostki wprowadzając procedury kontroli powinien wzorować się na standardach kontroli finansowej, mając na względzie charakter i typ jednostki. Ramami kontroli wewnętrznej w zasadzie objęte jest wszystko w jednostce: ludzie, działania i rzeczy; dlatego też bardzo ważne jest aby organizację kontroli wewnętrznej dopasować do struktur danej jednostki. Realizacja zadań kontrolnych w obszarze udzielania zamówień publicznych przez dane jednostki zasługuje na baczniejszą uwagę kierowników tychże jednostek. Poprawa systemu kontroli udzielanych zamówień prawdopodobnie zmniejszy ilość popełnianych błędów przez osoby realizujące zadania związane z udzielaniem zamówień publicznych a tym samym przyczyni się do większej efektywności wydatkowania środków publicznych. Jednakże należy pamiętać, iż zakres kontroli udzielanych zamówień publicznych powinien obejmować nie tylko samą procedurę udzielenia zamówienia publicznego lecz cały system funkcjonujący w jednostce i obejmujący przygotowanie zamówienia i realizację udzielonego zamówienia.

Proces udzielania zamówień publicznych stanowi bardzo istotny element w realizacji zadań jednostek sektora finansów publicznych w związku z czym, poza kontrolą wewnętrzną podlega również badaniu organów zewnętrznych. Przykładowo można w tym miejscu podać, iż zamówienia publiczne są jednym z podstawowych tematów kontroli regionalnych izb obrachunkowych, który to organ dokonuje badania zarówno samej procedury o udzielenie zamówienia publicznego i związanych z tym ewentualnych uchybień lub zaniechań a także badaniu podlegają czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak: wypełnianie przez zamawiającego zasad określonych ustawą prawo zamówień publicznych, sposób szacowania wartości zamówienia (czy zamówienie zostało oszacowane i jak zostało oszacowane), dokonanie przez zamawiającego podziału zamówienia na części lub zaniżania wartości w celu uniknięcia stosowania ustawy, braku powołania komisji przetargowej w sytuacjach gdy ustawa nakazuje takie powołanie, brak wyłączenia osób biorących udział w przygotowaniu przeprowadzeniu postępowania w sytuacji gdy zgodnie z ustawą podlegają one wyłączeniu, nieuzasadnione zawarcie umowy na czas dłuższy niż dopuszcza ustawa, dokonywania zmian umowy niezgodnie z obowiązującą regulacją[16]. Opracowanie Panów Krzysztofa Surówki i Mateusz Winiarza pokazuje jak bardzo szeroki jest zakres kontroli udzielanych zamówień publicznych podlegających badaniu przez RIO. Niewątpliwie zakres czynności kontrolnych w procedurach kontroli wewnętrznej nie powinien ustępować zakresowi kontroli podmiotów zewnętrznych. Zamieszczone na stronie Urzędu Zamówień Publicznych informacje na temat wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych również skłaniają do refleksji nad potrzebą zreformowania systemu kontroli wewnętrznej udzielania zamówień publicznych.

[16] Krzysztof Surówka, Mateusz Winiarz *Zamówienia publiczne jako przedmiot kontroli regionalnej izby obrachunkowej* Kwartalnik PZP nr 4/2008 str. 232 i następne

STOSOWANIE ELEKTRONICZNYCH ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W OPINII WYKONAWCÓW. STAN AKTUALNY I PERSPEKTYWY

Elżbieta Roszko-Grzegorek, Justyna Wiktorowicz
– doktorant Uniwersytetu Łódzkiego
– doktor Uniwersytetu Łódzkiego

1. Wprowadzenie

Efektywna polityka zamówień publicznych możliwa jest tylko wtedy, gdy wszystkie podmioty uczestniczące w niej posiadają pełną informację o faktycznym funkcjonowaniu rynku. Zielona Księga Zamówień Publicznych wprowadza gwarancje co do pełnej jawności organizowanych przetargów publicznych i równych szans dla przedsiębiorstw biorących w nich udział. W szczególności Wspólnota chce doprowadzić do jak najszerszego korzystania z elektronicznych zamówień publicznych (*e-procurement*)[1].

Modernizacja i szersze otwarcie rynku zamówień publicznych może stać się kluczem do wzrostu konkurencyjności UE i kreowania nowych możliwości dla przedsiębiorstw, w tym zwłaszcza MSP. Większa konkurencja i wydajność na rynku zamówień publicznych mogą mieć wpływ na całą gospodarkę i grać ważną rolę w osiąganiu celów Strategii Lizbońskiej. Technologia informacji i komunikacji (ICT) jest kluczem do modernizowania usług administracji publicznej. Zastosowanie elektronicznych procedur w administracji publicznej uczyniłoby ją skuteczniejszą i lepiej zorganizowaną a europejscy płatnicy każdego roku mogliby zaoszczędzić setki miliardów euro w skali UE. Wprowadzenie w pełni elektronicznego fakturowania i elektronicznych zamówień publicznych, zapowiada oszczędności nawet do 300 miliardów euro rocznie. Wszystkie państwa członkowskie przyjęły już w 2005 roku w Manchester program działania, by osiągnąć te cele[2].

Nowe elektroniczne techniki dokonywania zakupów pomagają w zwiększaniu konkurencji oraz usprawnianiu dokonywania zakupów publicznych, szczególnie pod względem oszczędności czasu i środków pieniężnych, które możliwe są dzięki ich zastosowaniu. Przewiduje się, iż oszczędności z zastosowania elektronicznych zamówień publicznych wynosić mogą do 5% na wydatkach i do 50-80% na kosztach transakcji zarówno dla zamawiających jak i wykonawców[3]. Doświadczenia ostatnich lat pokazują, że oszczędności zamawiających mogą sięgać nawet 10-20% w stosunku do tradycyjnych form[4]. Dzieje się tak dlatego, że przedsiębiorcy mogą proponować coraz korzystniejsze ceny, podczas gdy w zwykłym papierowym przetargu ich oferta jest ostateczna.

Celem niniejszego opracowania jest zatem przedstawienie opinii respondentów wywiadu kwestionariuszowego wykonawców w odniesieniu do barier w stosowaniu elektronicznych procedur w zamówieniach elektronicznych. Ponadto analizie poddane zostaną działania popularyzujące zastosowanie e-procurement na terenie kraju.

---

[1] Salvati A., Tanferna M., System elektronicznych zamówień publicznych w Polsce w kontekście integracji z UE (w:) Analiza i rozwój elektronicznych zamówień publicznych w Polsce w świetle rozwiązań włoskich i europejskich, Rzym – Warszawa 2004, s. 179

[2] IP/06/523, Bruksela 25 kwietnia 2006

[3] Ramboll Management, *Impact Assessment Action Plan on e-procurement – Part 1*, Bruksela 2004

[4] Wikariak S., *Można już organizować darmowe e-licytacje*, Rzeczpospolita z dn. 29.01.2009 r.

2. Elektroniczne zamówienia publiczne w Polsce i UE

W pełni funkcjonalny system e-zamówień nie tylko obniża koszt administracyjny i koszt zakupu, ale też umożliwia małym i średnim przedsiębiorstwom znacznie łatwiejszy dostęp do uczestniczenia w zamówieniach w całej Europie. Podstawy prawne funkcjonowania elektronicznych zamówień publicznych w UE zawierają dwa kluczowe akty prawne: Dyrektywa 2004/18/WE oraz Dyrektywa 2004/17/WE. Stanowią one spójną ramę do przeprowadzania zamówień drogą elektroniczną w otwarty, przejrzysty i niedyskryminujący sposób, ustanawiają reguły składania ofert drogą elektroniczną i ustalają warunki nowoczesnych technik zakupu opartych o elektroniczne środki komunikacji.

Niewątpliwie trudno jest obliczyć całościowo korzyści płynące dla UE z zastosowania e-procurement, niemniej jednak większa konkurencja i wydajność na rynku zamówień publicznych mogą mieć wpływ – bezpośrednio i pośrednio – na całą gospodarkę i grać ważną rolę w osiąganiu celów Strategii Lizbońskiej.

Jednakże niewłaściwe wprowadzenie e-zamówień niesie za sobą wysokie ryzyko fragmentacji rynku. Bariery prawne, techniczne i organizacyjne mogące pojawić się w rezultacie zamówień w trybie on-line są jednym z największych wyzwań dla twórców polityki.

Opierając się na dotychczasowych wysiłkach zmierzających do unowocześnienia europejskich rynków zamówień publicznych i chcąc uczynić je bardziej otwartymi i konkurencyjnymi, Komisja zaproponowała środki skupiające się wokół trzech osi [Komisja Europejska 2004]:

– zapewnienie dobrego funkcjonowania rynku wewnętrznego w przypadku przeprowadzenia zamówień publicznych drogą elektroniczną
– osiągnięcie większej wydajności w zamówieniach i poprawa zarządzania
– prace dążące do utworzenia międzynarodowych ram dla elektronicznych zamówień publicznych.

Bariery, których najbardziej obawiają się podmioty gospodarcze przy transgranicznym składaniu ofert, to niewłaściwie zaprojektowane systemu składania ofert i niekompatybilne standardy technologii informatycznych. Różnorodność i niekompatybilność rozwiązań technicznych może uniemożliwić dostęp dostawców do systemów e-zamówień lub zniechęcić ich do uczestnictwa z powodu dodatkowych trudności i zwiększonych kosztów. Bariery mogą występować w kontekście cech funkcjonalnych, jak również technicznych.

Wprowadzając zamówienia w trybie on-line Państwa Członkowskie powinny na wszystkich etapach kierować się podstawową koncepcją głoszącą, że środki komunikacji i narzędzia używane w systemach elektronicznych zamówień publicznych powinny być niedyskryminujące, powszechnie dostępne i interoperacyjne oraz w żadnym wypadku nie ograniczające dostępu podmiotów gospodarczych do procedury składania ofert.

Aby zapobiec pojawieniu się e-barier, Państwa Członkowskie powinny wykorzystać wyniki komisyjnej analizy wymagań funkcjonalnych przeprowadzonej w ramach programu IDA podczas projektowania ustawodawstwa i opracowywania systemów e-zamówień. W celu budowania zaufania do e-zamówień należy promować rozwój systemów weryfikacji zgodności. Komisja zdecydowanie zaleca, aby Państwa Członkowskie, zgodnie z dyrektywami, wprowadziły lub utrzymały systemy dobrowolnej akredytacji w celu zapewnienia spełnienia przez systemy e-zamówień wymogów dyrektyw.

Rozwiązania w zakresie *e-procurement* kraje członkowskie powinny wdrożyć do 31

stycznia 2006 r.[5]i w zasadzie udało się to osiągnąć. W Polsce krokiem w tym kierunku było przyjęcie w dniu 29 stycznia 2004 r. nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych[6] [Pzp 2004]. Strategia rozwoju zamówień publicznych, zapisana w dokumencie opracowanym przez Ministerstwo Gospodarki we współpracy z UZP *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*, przyjętym przez Radę Ministrów 8.04.2008 r., przewiduje dalszy rozwój elektronizacji zamówień publicznych.

3. Metodologia badań empirycznych

Analiza badań empirycznych powstała w oparciu o wyniki uzyskane w przeprowadzonym na zlecenie UZP badaniu, którego celem była ocena stanu obecnego oraz perspektyw informatyzacji zamówień publicznych w Polsce[7]. Podstawą wywiadów przeprowadzonych z wykonawcami był, opracowany specjalnie dla potrzeb badania, kwestionariusz. Pytania merytoryczne odnosiły się do poszczególnych rozwiązań informatyzujących polski system zamówień publicznych, jak również do całego ich zbioru. Celem tych pytań było uzyskanie informacji o stanie wiedzy respondentów na temat poszczególnych rozwiązań informatyzujących polski szp, popularności tych instrumentów, opinii respondentów na temat barier utrudniających stosowanie poszczególnych instrumentów informatyzujących (i całego ich zbioru), oceny tego instrumentarium w obecnym stanie prawnym oraz oczekiwanych działań mających na celu ich spopularyzowanie wśród interesariuszy polskiego systemu zamówień publicznych.

Spośród ponad 30 tysięcy wykonawców, którzy według ogłoszeń opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych złożyli najkorzystniejsze oferty w postępowaniach zakończonych w 2006 roku, wylosowano 700 wykonawców. Ich listę sporządzono po uprzednim wyeliminowaniu wykonawców powtarzających się, wykonawców zagranicznych oraz takich, których dane adresowe były niepełne lub zawierały istotne błędy.

Bezpośrednie wywiady kwestionariuszowe z 700 przedstawicielami wykonawców w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, wylosowanymi do badań w 16 województwach, przeprowadzone zostały przez sieć ankieterów urzędów statystycznych współpracujących z Polskim Towarzystwem Statystycznym. W rezultacie, do organizatorów badania napłynęły 692 ankiety wypełnione metodą wywiadu kierowanego przez ankieterów w trakcie rozmów z respondentami badania.

4. Procedury elektroniczne w zamówieniach publicznych – wyniki badań empirycznych

Wyniki badań empirycznych pokazują, że występuje stosunkowo niewielka wiedza respondentów w zakresie funkcjonowania elektronicznych procedur w zamówieniach publicznych. W związku z tym planując systemowe zmiany w zakresie *e-procurement* w Polsce należy wszystkie narzędzia elektroniczne (licytacja, aukcja, DSZ) traktować łącznie i szukać rozwiązań, które zintensyfikowałyby ich wykorzystanie. Jak pokazuje poniższa tabela, obecnie procedury elektroniczne wykorzystują zwłaszcza firmy informatyczne, przy

[5] European Dynamics S.A., *Functional Requirements for Conducting Electronic Public Procurement under the EU Framework*, Vol. I, European Commission 2005, s. 14

[6] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.)

[7] Borowicz A. (red.), *Informatyzacja polskiego systemu zamówień publicznych – stan obecny, oczekiwania, bariery*, Raport z realizacji projektu UŁ i UZP, Warszawa-Łódź 2008

czym w przypadku DSZ wyraźnie zaznacza się dysproporcja w stosunku do innych form elektronicznych zp (3,8% dla DSZ wobec ok. 30% dla pozostałych). Zdecydowanie najmniejszym zainteresowaniem procedury te cieszą się wśród firm budowlanych. Wydawać by się mogło, że wynika to z faktu, iż ten sektor działalności dostarcza towarów i usług nie spełniających kryteriów szp dopuszczenia tej formy (mowa tu zwłaszcza o licytacji i DSZ). Jednak, w oparciu o uzyskane wyniki badania, widać, że na taki powód wskazywała tylko co czwarta firma tego typu, co stanowi wskaźnik zbliżony do innych przedsiębiorstw. Z kolei, jeśli chodzi o wielkość przedsiębiorstwa, generalnie firmy większe bardziej aktywnie uczestniczą w procedurach elektronicznych zp. Uwagę zwracają jednak mikroprzedsiębiorstwa, których zainteresowanie dynamicznym systemem zakupów jest analogiczne, jak w firmach dużych (jest nawet pięciokrotnie wyższe niż w firmach średniej wielkości).

Tabela 1. Charakterystyki jednostek zamawiających a wykorzystanie elektronicznych procedur zamówień publicznych – opinie respondentów wywiadu kwestionariuszowego wykonawcy

Zmienna objaśniająca	Warianty zmiennej	Rozkład odpowiedzi w:					
		w liczbach			w procentach		
		DSZ	licyta-cja	aukcja	DSZ	licyta-cja	aukcja
Sektor działalności	budownictwo	2	11	14	0,6	3,1	3,9
	przemysł, rolnictwo, sektor paliwowo-energetyczny	3	4	7	5,6	7,4	13,0
	informatyka	1	7	8	3,8	26,9	30,8
	opieka zdrowotna	1	3	9	1,6	4,8	14,5
	edukacja	0	4	3	0,0	1,0	14,3
	usługi inne	4	13	17	2,3	7,5	9,8
Wielkość przedsiębiorstwa	mikro	5	9	12	3,1	5,7	7,5
	małe	3	14	21	1,1	4,9	7,4
	średnie	1	11	14	0,6	6,2	7,9
	duże	2	6	10	3,1	9,2	15,4
Średnia roczna liczba zamówień, o które ubiegała się firma	3 lub mniej	1	3	7	1,1	3,4	7,9
	od 4 do 7	1	2	4	1,0	2,0	3,9
	od 8 do 15	1	5	4	0,7	3,7	3,0
	od 16 do 25	3	9	8	3,7	11,0	9,8
	ponad 25	5	22	34	1,8	8,1	12,5
Region	centralny	3	11	19	1,6	6,0	10,4
	południowo-zachodni	3	15	18	2,0	10,1	12,2
	południowy	1	7	8	1,0	7,3	8,3
	północno-zachodni	1	4	6	0,9	3,7	5,6
	północny	1	2	2	1,4	2,8	2,8
	wschodni	2	3	5	2,3	3,4	5,7

Źródło: opracowanie własne.

Ogólnie rzecz biorąc, procedury elektroniczne zp są stosowane częściej przez przedsiębiorstwa aktywnie uczestniczące w postępowaniach (dotyczy to zwłaszcza aukcji elektronicznej), choć tendencja ta nie rysuje się zbyt wyraźnie. Wyraźne jest natomiast dość duże zróżnicowanie terytorialne – w zakresie wszystkich procedur największy odsetek biorących w nich udział przedsiębiorstw odnotowano w regionie południowo-zachodnim, najsłabsze – w Polsce północnej i północno-zachodniej. Region centralny, który uznawany jest za główny obszar wdrażania nowych rozwiązań, zajmuje środkowe pozycje w rankingu (jedynie odnośnie aukcji elektronicznej – pozycję drugą).

Powyższe zestawienie tabelaryczne jak i pozostałe opinie wyrażone w kwestionariuszu potwierdzają, że:

- zainteresowanie elektronicznymi procedurami zamówień publicznych jest obecnie bardzo małe, a w przypadku dynamicznego systemu zamówień wręcz znikome;
- firmy informatyczne (zwykle mikroprzedsiębiorstwa) należą do stosunkowo najbardziej zainteresowanych tymi procedurami – z uwagi na charakter ich działalności wydaje się to zrozumiałe, jednak barierą jest dla nich ciągle brak podpisu elektronicznego;
- brak podpisu elektronicznego (wywołany w pewnej mierze brakiem zaufania do niego) stanowi najpoważniejszą barierę uczestnictwa w omawianych procedurach, niezależnie od charakteru działalności, wielkości przedsiębiorstwa czy jego geograficznego usytuowania;
- dla większości firm poważną barierę stanowi również nieznajomość odpowiedniego oprogramowania, która – co więcej – nie może pochodzić z zewnątrz z uwagi na brak informacji (nieznajomość) usługodawców, którzy mogliby wesprzeć przedsiębiorców w tym zakresie. Problemy takie zgłaszają przedsiębiorstwa we wszystkich regionach, zaś jeśli chodzi o obszar działalności – przede wszystkim rolnicze bądź przemysłowe, a także budowlane i sklasyfikowane jako „inne usługi";
- brak dostępu do Internetu bądź dostęp utrudniony mają ciągle – co cieszy – tylko nieliczne przedsiębiorstwa, zwłaszcza w północno-zachodniej Polsce; utrudnia im to – co zrozumiałe – uczestnictwo w procedurach elektronicznych zp, jednak skala tego problemu nie jest duża (podobnie jest z brakiem wystarczającej liczby komputerów).

5. Bariery informatyzacji polskiego szp

Poszukując przesłanek do diagnozy powodów, dla których informatyzacja polskiego szp napotyka na określone bariery, postawiono respondentom wywiadu kwestionariuszowego wykonawców pytanie „Co zdaniem Pani/Pana może zniechęcać wykonawców do uczestniczenia w postępowaniach realizowanych z wykorzystaniem narzędzi informatyzujących proponowanych przez system zamówień publicznych". W odpowiedzi respondent miał wskazać na 3 spośród 9 barier wyszczególnionych w pytaniu.

Tabela 2. Czynniki zniechęcające wykonawców do uczestnictwa w postępowaniach realizowanych z udziałem narzędzi informatyzujących szp – według respondentów wywiadu wykonawców

Lp.	Wyszczególnienie	Ilość wskazań – kolejność na liście rankingowej			Ogółem
		miejsce I	miejsce II	miejsce III	
1	Zbyt skomplikowane przepisy Pzp odnoszące się do tej problematyki	210	27	38	275
2	Zbyt skomplikowane przepisy innych aktów powiązanych np. ustawy o podpisie elektronicznym	95	95	39	229

3	Niedostateczna wiedza informatyczna zamawiających	195	129	59	383
4	Niedostateczne wyposażenie zamawiających w sprzęt komputerowy	12	58	23	93
5	Niedostateczne wyposażenie zam. w stosowne oprogramowanie	21	52	48	121
6	Nadmierny koszt wdrożenia tych rozwiązań	41	74	63	178
7	Brak czasu na zajęcie się nowymi rozwiązaniami	47	131	102	280
8	Niedostateczna wiedza zamawiających o przepisach Pzp w tej dziedzinie	28	83	125	236
9	Niedostatek specjalistycznych szkoleń o charakterze praktycznym	43	43	195	281
	Razem respondenci	692	692	692	x

Źródło: opracowanie własne.

Punkt widzenia respondentów reprezentujących wykonawców na temat czynników zniechęcających ich firmy do uczestnictwa w postępowaniach realizowanych z udziałem narzędzi informatyzujących polski szp okazał się dość zbliżony do poglądów, jakie wobec czynników zniechęcających do stosowania instrumentów informatyzujących szp wyrazili respondenci wywiadów zamawiających. „Niedostateczna wiedza informatyczna zamawiających" była czynnikiem zdecydowanie najczęściej wskazywanym przez respondentów wywiadu wykonawcy (383 wskazania).

Drugim, co do popularności wśród respondentów wywiadu wykonawcy, czynnikiem okazał się „brak czasu na zajęcie się nowymi rozwiązaniami" (280 wskazań). Wielu respondentów wykonawców wskazywało ponadto na „zbyt skomplikowane przepisy Pzp odnoszące się do tej problematyki" (275 wskazań) oraz „zbyt skomplikowane przepisy innych aktów powiązanych" (229 wskazań) jako na kolejne ważne bariery wdrażania informatyzacji szp. Struktura rodzajowa respondentów jest bardzo zróżnicowana, najliczniej w badaniu reprezentowane były przedsiębiorstwa z sektora budowlanego oraz z innych usług. W obu tych grupach przedsiębiorstw respondenci wskazali najliczniej na pierwszym miejscu wariant mówiący o zbyt skomplikowanych przepisach Pzp, które dotyczą tej tematyki. W sektorze budowlanym było to odpowiednio 102 respondentów (28,7%), natomiast w innych usługach – 68 wskazań, co stanowiło 39,3%. Na pierwszym miejscu, ze stosunkowo dużym odsetkiem, pojawiła się odpowiedź „niedostateczna wiedza informatyczna zamawiających" we wskazaniach przedsiębiorstw z przemysłu, rolnictwa, sektora paliwowo-energetycznego (38,9%) oraz opieki zdrowotnej (43,5%) (tabela 3). Szersze omówienie z podziałem na miejsca rankingowe od 1-3 prezentuje raport z badań (www.uzp.gov.pl).

Tabela 3. Rozkład odpowiedzi respondentów na pytanie dotyczące czynników zniechęcających do uczestniczenia w postępowaniach realizowanych z wykorzystaniem narzędzi informatyzujących proponowanych przez szp według sektorów

Miejsce na liście rankingowej	Czynniki zniechęcające do uczestniczenia w postępowaniach realizowanych z wykorzystaniem narzędzi informatyzujących		Sektor działalności						Ogółem
			budownictwo	przemysł, rolnictwo, sektor paliwowo-energetyczny	informatyka	opieka zdrowotna	edukacja	inne usługi	
1. miejsce	zbyt skomplikowane przepisy Pzp dot. tej problematyki	N	102	19	7	10	4	68	210
		%	28,7%	35,2%	26,9%	16,1%	19,0%	39,3%	30,3%
	zbyt skomplikowane przepisy innych aktów powiązanych	N	46	7	7	7	3	25	95
		%	12,9%	13,0%	26,9%	11,3%	14,3%	14,5%	13,7%
	niedostateczna wiedza informatyczna zamawiających	N	98	21	4	27	5	40	195
		%	27,5%	38,9%	15,4%	43,5%	23,8%	23,1%	28,2%
	niedostateczne wyposażenie zamawiających w sprzęt komputerowy	N	7	0	0	3	0	2	12
		%	2,0%	0,0%	0,0%	4,8%	0,0%	1,2%	1,7%
	niedostateczne wyposażenie zamawiających w stosowne oprogramowanie	N	8	1	0	3	1	8	21
		%	2,2%	1,9%	0,0%	4,8%	4,8%	4,6%	3,0%
	nadmierny koszt wdrożenia tych rozwiązań	N	25	0	3	6	0	7	41
		%	7,0%	0,0%	11,5%	9,7%	0,0%	4,0%	5,9%
	brak czasu na zajęcie się nowymi rozwiązaniami	N	30	3	3	1	4	6	47
		%	8,4%	5,6%	11,5%	1,6%	19,0%	3,5%	6,8%
	niedostateczna wiedza zamawiających o przepisach Pzp w tej dziedzinie	N	11	1	1	2	2	11	28
		%	3,1%	1,9%	3,8%	3,2%	9,5%	6,4%	4,0%
	niedostatek specjalistycznych szkoleń o charakterze praktycznym	N	29	2	1	3	2	6	43
		%	8,1%	3,7%	3,8%	4,8%	9,5%	3,5%	6,2%
	Ogółem	N	356	54	26	62	21	173	692
		%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

100%=liczba respondentów w poszczególnych sektorach, którzy udzielili odpowiedzi merytorycznych

Źródło: opracowanie własne na podstawie odpowiedzi respondentów udzielonych w kwestionariuszu wywiadu wykonawcy.

Analiza danych zaprezentowanych w powyższej tabeli skłania do następujących wniosków:

- W mikroprzedsiębiorstwach, podobnie jak w średnich, respondenci najczęściej wybierali odpowiedź – zbyt skomplikowane przepisy Pzp dot. tej problematyki, odpowiednio 34% i 29,9% oraz niedostateczna wiedza informatyczna zamawiających (25,2% i 27,1%);
- Wśród małych przedsiębiorstw panowało przekonanie, że za najistotniejsze czynniki odpowiedzialne za niechęć do uczestniczenia w postępowaniach realizowanych z wykorzystaniem narzędzi informatyzujących należy uznać zarówno zbyt skomplikowane przepisy Pzp dot. tej problematyki, jak i niedostateczną wiedzę informatyczną zamawiających, każdy z wariantów wskazało po 84 badanych, co stanowiło 29,7% respondentów w tej grupie;
- Duże przedsiębiorstwa w zdecydowanym stopniu zadeklarowały, że czynnikiem odpowiedzialnym w największym stopniu za taki stan rzeczy jest niedostateczna wiedza informatyczna zamawiających (33,8%).

Tabela 4. Rozkład odpowiedzi respondentów na pytanie dotyczące czynników zniechęcających do uczestniczenia w postępowaniach realizowanych z wykorzystaniem narzędzi informatyzujących proponowanych przez szp według wielkości zatrudnienia w przedsiębiorstwie

Miejsce na liście rankingowej	Czynniki zniechęcające do uczestniczenia w postępowaniach realizowanych z wykorzystaniem narzędzi informatyzujących		Rozkład odpowiedzi respondentów wg wielkości zatrudnienia w przedsiębiorstwie				Ogółem
			mikro	małe	średnie	duże	
1. miejsce	zbyt skomplikowane przepisy Pzp dot. tej problematyki	N	54	84	53	13	204
		%	34,0%	29,7%	29,9%	20,0%	29,8%
	zbyt skomplikowane przepisy innych aktów powiązanych	N	20	33	32	9	94
		%	12,6%	11,7%	18,1%	13,8%	13,7%
	niedostateczna wiedza informatyczna zam.	N	40	84	48	22	194
		%	25,2%	29,7%	27,1%	33,8%	28,4%
	niedostateczne wyposażenie zamawiających w sprzęt komputerowy	N	4	3	3	2	12
		%	2,5%	1,1%	1,7%	3,1%	1,8%
	niedostateczne wyposażenie zamawiających w stosowne oprogramowanie	N	1	11	2	7	21
		%	0,6%	3,9%	1,1%	10,8%	3,1%
	nadmierny koszt wdrożenia tych rozwiązań	N	9	20	9	3	41
		%	5,7%	7,1%	5,1%	4,6%	6,0%
	brak czasu na zajęcie się nowymi rozwiązaniami	N	12	24	11	0	47
		%	7,5%	8,5%	6,2%	0,0%	6,9%
	niedostateczna wiedza zamawiających o przepisach Pzp w tej dziedzinie	N	10	5	10	3	28
		%	6,3%	1,8%	5,6%	4,6%	4,1%

	niedostatek specjalistycznych szkoleń o charakterze praktycznym	N	9	19	9	6	43
		%	5,7%	6,7%	5,1%	9,2%	6,3%
	Ogółem	N	159	283	177	65	684
		%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

100% = liczba respondentów w poszczególnych typach przedsiębiorstw, którzy udzielili odpowiedzi merytorycznych

Źródło: opracowanie własne na podstawie odpowiedzi respondentów udzielonych w kwestionariuszu wywiadu wykonawcy.

Zdecydowanie najbardziej liczące się zdanie będzie należało do podmiotów, które stosunkowo często biorą udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Przedsiębiorstwa, które występują w ponad 25 postępowaniach średniorocznie, wskazały na pierwszym miejscu na niedostateczną wiedzę informatyczną (31%, co stanowi 84 wskazania w tej grupie na pierwszym miejscu). Natomiast przedsiębiorstwa, w których ubieganie się o udział w zamówieniach publicznym jest niszowym zagadnieniem (średnia roczna liczba zamówień 3 i poniżej) zdecydowana większość respondentów wybrała odpowiedź mówiącą o zbytnim skomplikowaniu przepisów Pzp dot. tej problematyki.

5. Oczekiwania wobec działań popularyzujących informatyzację szp

Ogół działań mających na celu popularyzację instrumentów informatyzujących polski szp został w pytaniach kwestionariuszowych wywiadu rozdzielony na działania ekonomiczne, techniczne, legislacyjne oraz organizacyjno-edukacyjne. W grupie czterech pytań poświęconych temu problemowi respondenci badania byli proszeni o dokonanie gradacji ważności poszczególnych działań. Opinie respondentów w odniesieniu do omawianego problemu zostaną przedstawione w podziale na poszczególne grupy działań.

5.1. Działania ekonomiczne

Wśród działań ekonomicznych, jakie powinny zostać podjęte dla upowszechnienia instrumentów informatyzujących szp, respondenci badania zdecydowanie najczęściej wskazywali na zapewnienie darmowego podpisu elektronicznego dla każdego obywatela np. w dowodzie osobistym. Pierwsze miejsce na tworzonych przez siebie listach rankingowych przyznawało temu czynnikowi aż 392 respondentów.

Mniejszą popularnością cieszyły się kolejne działania o charakterze ekonomicznym, a mianowicie dotowanie specjalnościowych szkoleń z zakresu informatyzacji systemu zamówień publicznych. Działanie to wymieniło na pierwszym miejscu swoich list rankingowych 148 osób. Inne działania przewidziane w standaryzowanych odpowiedziach na omawiane pytanie okazały się już znacznie mniej popularne wśród respondentów wywiadu kwestionariuszowego wykonawców.

Tabela 5. Działania ekonomiczne oczekiwane przez respondentów wywiadu kwestionariuszowego wykonawców dla popularyzacji narzędzi informatyzujących zamówienia publiczne

Lp.	Rodzaj działania	Miejsce przyznane poszczególnym działaniom na liście rankingowej*				Razem respondenci
		1	2	3	4	
1	Zapewnienie darmowego podpisu elektronicznego dla każdego obywatela (np. w dowodzie osobistym)	392	98	115	87	692
2	Dotowanie specjalistycznych szkoleń z zakresu informatyzacji systemu zamówień publicznych	148	259	172	113	692
3	Obniżenie kosztów dostępu do Internetu	79	158	173	282	692
4	Dotowanie oprogramowania specjalistycznego dla potrzeb z.p.	73	177	232	210	692

* Pozycja rankingowa poszczególnych działań została określona na podstawie kolejności, w jakiej respondent wymienił te działania, odpowiadając na pyt. „Jakie działania ekon. były oczekiwane przez Panią/Pana dla popularyzacji narzędzi informat. zam. publ.". Działania wymienione w odp. jako pierwsze kodowano cyfrą „1", drugie w kolejności – „2" itd.

Źródło: opracowanie własne.

Odpowiedź „zapewnienie darmowego podpisu dla każdego obywatela" była w przynajmniej 50% wskazywana przez respondentów w każdym z wymienionych regionów, przy czym najczęściej w regionie wschodnim (61,5%) oraz południowo-zachodnim (59,2%). Na ostatnim miejscu uplasowało się „obniżenie kosztów dostępu do Internetu", aczkolwiek jako wskazanie z numerem 1 pojawił się ten wariant w regionie centralnym w 12%, co stanowi 22 odpowiedzi. Jednakże wariant ten pojawił się w zdecydowanej większości na czwartym miejscu, w tym najliczniej reprezentowany był w regionie wschodnim, ponad 50% respondentów.

Bez względu na sektor działalności, jak i wielkość przedsiębiorstwa, zapewnienie darmowego podpisu elektronicznego bezspornie uznane zostało za najistotniejsze działanie ekonomiczne służące popularyzacji narzędzi informatyzujących zamówienia publiczne. Jednakże, w sektorze informatyki oraz opieki zdrowotnej wariant ten został wskazany na pierwszym miejscu aż przez ponad 60% badanych podmiotów w danym obszarze. Podobne spostrzeżenia można odnieść do mikroprzedsiębiorstw, w których za zapewnieniem darmowego podpisu elektronicznego opowiedziało się 61,6% respondentów.

Wśród respondentów analizowanych według grup o różnej średniorocznej liczbie zamówień, o które ubiegała się firma, zapewnienie darmowego podpisu pojawia się za każdym razem na pierwszym miejscu i to przynajmniej w 50% wskazań. Najwięcej respondentów przychyla się do tego rozwiązania (63,4%) z grupy firm, których średnia roczna liczba postępowań o udzielenie zamówienia zawiera się w przedziale od 16 do 25. Prawie 50% respondentów z grupy, w której realizowanych jest przynajmniej 25 postępowań w ciągu roku uznało za najmniej istotne działanie ekonomiczne obniżenie kosztów dostępu do Internetu.

5.2. Działania techniczne

Wśród 6 działań z zakresu szeroko rozumianej techniki informatycznej jako najistotniejsze dla popularyzacji narzędzi informatyzujących polski szp, respondenci wskazywali najczęściej, podobnie jak to miało miejsce w przypadku wywiadu zamawiających, na 2 działania, a mianowicie:

- ustanowienie dostępu do usług typu e-zaświadczenia (264 wskazania na pierwszym miejscu list rankingowych) oraz
- stworzenie kompleksowego systemu informatycznego umożliwiającego współpracę podmiotów administracji publicznej z otoczeniem (148 wskazań na pierwszym miejscu list rankingowych).

Tabela 6. Działania techniczne oczekiwane przez respondentów wywiadu kwestionariuszowego zamawiających dla popularyzacji narzędzi informatyzujących zamówienia publiczne

Lp.	Rodzaj działania	Miejsce przyznane poszczególnym działaniom na liście rankingowej*						Razem respondenci
		1	2	3	4	5	6	
1	Ustanowienie dostępu do usług typu e-zaświadczenia (ZUS, US, KRK, KRS)	264	108	107	75	62	76	692
2	Ustanowienie jednolitych standardów typu e-faktura, e-znaczek skarbowy, e-dokument	82	209	124	111	81	85	692
3	Dostarczanie rozwiązań ułatwiających uczestnictwo w systemie zamówień publicznych, takich jak np. obecnie e-BZP z wyszukiwarką ogłoszeń itd.	87	107	158	140	133	67	692
4	Tworzenie zaawansowanych elektronicznych baz danych o rynku wykonawców i zamawiających	57	105	100	156	143	131	692
5	Udostępnienie oprogramowania dla z.p. w trybie dzierżawy czasowej, bez konieczności ponoszenia opłat licencyjnych	54	81	106	112	179	160	692
6	Stworzenie kompleksowego systemu informatycznego umożliwiającego współpracę pod. adm. publ. z otoczeniem	148	82	97	98	94	173	692

*Pozycja rankingowa poszczególnych działań została określona na podstawie kolejności w jakiej respondent wymienił te działania, odpowiadając na pytanie „Jakie działania techniczne były oczekiwane przez Panią/Pana dla popularyzacji narzędzi informatyzujących zamówienia publiczne". Działania wymienione w odpowiedzi jako pierwszą kodowano cyfrą „1", drugie w kolejności – „2" itd.

Źródło: opracowanie własne.

Dla potrzeb dalszych analiz dokonano grupowania nadanych rang i na tej podstawie określono, czy dany czynnik uważany jest za bardzo istotny (miejsce 1 i 2), umiarkowanie istotny (miejsce 3 i 4), czy mało istotny (miejsce 5 i 6). Analizując takie zestawienie można uzupełnić wcześniejsze wnioski wskazując, że łącznie ponad połowa respondentów uważa, iż ustanowienie dostępu do usług typu e-zaświadczenia w największym stopniu może wpłynąć na popularyzację elektronicznych procedur zamówień publicznych. Dodatkowo można wskazać, iż – zdaniem przedsiębiorców – udostępnienie odpowiedniego

oprogramowania w trybie dzierżawy czasowej wniesie niewiele w tym zakresie. Równie słabo ocenili przedsiębiorcy plany stworzenia kompleksowego systemu informatycznego umożliwiającego współpracę podmiotów administracji publicznej z otoczeniem.

Ustanowienie dostępu do usługi e-zaświadczenia, podobnie jak ustanowienie jednolitych standardów typu e-faktura, jest szczególnie istotne dla firm informatycznych i edukacyjnych. Biorąc pod uwagę, że generalnie w tych obszarach procedury elektroniczne zp są stosunkowo najbardziej popularne, należy z pewnością wziąć pod uwagę ten argument. Z kolei z dzierżawy oprogramowania najchętniej skorzystałyby firmy klasyfikowane jako opieka zdrowotna. Uwagę zwraca też fakt, iż firmy informatyczne znacznie rzadziej niż inne zgłaszały potrzebę tworzenia zaawansowanych elektronicznych baz danych wykonawców i zamawiających. Warto również podkreślić, że wszystkie przedsiębiorstwa (niezależnie od obszaru działalności) za celowe uznały potrzebę stworzenia kompleksowego systemu informatycznego (uznał tak co trzeci respondent w każdej grupie).

Generalnie nie widać wyraźnych różnic w zakresie określenia potrzeb technicznych informatyzacji szp w ujęciu regionalnym. Potrzebę ustanowienia dostępu do e-zaświadczenia jak i jednolitych standardów typu e-znaczek itp. widzą stosunkowo najczęściej przedsiębiorcy z regionu północnego. Z kolei jeśli chodzi o potrzebę tworzenia zaawansowanych elektronicznych baz danych za celowe uznają to zwłaszcza przedsiębiorcy regionu południowo-zachodniego – ponad trzykrotnie częściej uznawali ten aspekt za wysoce istotny niż w regionie wschodnim, gdzie z kolei przedsiębiorcy stawiają zwłaszcza na potrzebę budowy kompleksowego systemu informatycznego zp.

Potrzeba ustanowienia jednolitych standardów typu e-znaczek, e-faktura, a także udostępnienia e-zaświadczenia jest generalnie tym większa, im mniejsze przedsiębiorstwo. Odwrotne tendencje odnotowujemy w odniesieniu do oceny konieczności budowy kompleksowego systemu informatycznego dla potrzeb szp – tu największe poparcie odnotowano w przypadku firm dużych. Niemniej jednak, różnice między firmami wyróżnionymi w oparciu o kryterium zatrudnienia są na tyle małe, że nie ma potrzeby prowadzenia w tym zakresie odrębnych działań dla każdej z tych grup.

5.3. Działania legislacyjne

Tabela 7. Działania legislacyjne oczekiwane przez respondentów wywiadu kwestionariuszowego zamawiających dla popularyzacji narzędzi informatyzujących zamówienia publiczne

Lp.	Rodzaj działania	Miejsce przyznane poszczególnym działaniom na liście rankingowej*				Razem respondenci
		1	2	3	4	
1	Doprecyzowanie przepisów Pzp dotyczących procedur elektronicznych	343	148	121	80	692
2	Opisanie standardów elektronicznej drogi wymiany dokumentów dla potrzeb z.p.	132	271	192	97	692
3	Dopuszczenie możliwości stosowania trybu zapytania o cenę wyłącznie w formie elektronicznej	80	141	233	238	692

4	Stopniowe wprowadzanie obligatoryjności procedur elektronicznych i poszerzanie zakresu ich stosowania	137	132	146	277	692

*Pozycja rankingowa poszczególnych działań została określona na podstawie kolejności w jakiej respondent wymienił te działania, odpowiadając na pytanie „Jakie działania legislacyjne były oczekiwane przez Panią/Pana dla popularyzacji narzędzi informatyzujących zamówienia publiczne". Działania wymienione w odpowiedzi jako pierwszą kodowano cyfrą „1", drugie w kolejności – „2" itd.

Dane zaprezentowane w tabeli 6 wskazują na to, iż najwyższe miejsce na liście rankingowej działań legislacyjnych uzyskało „doprecyzowanie przepisów Pzp dotyczących procedur elektronicznych".

Zdecydowanie przeciwne obligatoryjności procedur elektronicznych zamówień publicznych są firmy informatyczne, a przynajmniej nie widzą w tym szansy na popularyzację tych rozwiązań. Z kolei firmy reprezentujące opiekę zdrowotną częściej niż inne szansę na upowszechnienie narzędzi informatycznych w szp widzą w dopuszczeniu możliwości stosowania trybu zapytania o cenę wyłącznie w formie elektronicznej (na drugim biegunie są w tym zakresie reprezentujący przemysł, rolnictwo i sektor paliwowo-energetyczny).

Potrzeba doprecyzowania przepisów dotyczących elektronicznych procedur zamówień publicznych widzą zwłaszcza firmy z regionu południowo-wschodniego. Uwagę zwraca również fakt, iż firmy ze wschodniej Polski są najmniej – na tle innych – zainteresowane obligatoryjnością tych procedur. Jeszcze mniejsze różnice odnotowujemy między przedsiębiorstwami różnej wielkości. Podobna sytuacja ma miejsce jeśli rozkłady te pokażemy przez pryzmat zaangażowania w szp.

5.4. Działania organizacyjno-edukacyjne

Standaryzując odpowiedź na pytanie „Jakie działania organizacyjno-edukacyjne byłyby oczekiwane przez Panią/Pana dla popularyzacji narzędzi informatyzujących zp", autorzy kwestionariusza wywiadu wymienili aż 7 działań o takim charakterze. W związku z tym, że precyzyjne dokonanie gradacji tylu zmiennych jest bardzo trudne, respondenci badania zostali poproszeni o dokonanie wyboru 3, najważniejszych ich zdaniem, działań należących do omawianej grupy.

Tabela 8. Działania organizacyjno-edukacyjne oczekiwane przez respondentów wywiadu kwestionariuszowego wykonawców dla popularyzacji narzędzi informatyzujących zam. publ.

Lp.	Wyszczególnienie	Ilość wskazań – kolejność na liście rankingowej			Ogółem respondenci
		miejsce I	miejsce II	miejsce III	
1	Utworzenie ośrodka certyfikującego specjalistyczne oprogramowanie wykorzystywane w informatyzacji systemu zamówień publicznych	126	42	87	255
2	Zorganizowanie w miastach (np. powiatowych) darmowych punktów konsultacyjno-usługowych	178	98	56	332

3	Opracowanie i bezpłatne rozpowszechnienie szczegółowych instrukcji („krok po kroku") stosowania instrumentów informatyzujących system zamówień publicznych	230	233	75	538
4	Stworzenie możliwości łatwego skorzystania na odległość z konsultacji wiarygodnych specjalistów (np. telefonicznie lub on-line)	69	184	164	417
5	Powiększenie własnej kadry zamówień publicznych o nowych, odpowiednio edukowanych pracowników	15	27	44	86
6	Wzbogacenie oferty firm szkoleniowych o specjalistyczne praktyczne szkolenia z zakresu informatyzacji systemu zamówień publicznych	43	63	142	248
7	Wprowadzenie problematyki informatyzacji systemu zamówień publicznych do programów nauczania szkół wyższych oraz kursów specjalistycznych	31	45	124	200
	Razem respondenci	692	692	692	x

Źródło: opracowanie własne na podstawie odpowiedzi respondentów wywiadu kwestionariuszowego wykonawców.

Przeanalizujmy dokładniej tzw. „pierwsze miejsca". Analiza przeprowadzona z punktu widzenia sektora (obszaru) działalności daje następujące wnioski. Potrzebę utworzenia ośrodka certyfikującego specjalistyczne oprogramowanie wykorzystywane w informatyzacji systemu zamówień publicznych widzą zwłaszcza sami zainteresowani – firmy informatyczne (ok. 40% wskazań). W przeciwieństwie do np. firm budowlanych nie czują one natomiast potrzeby uruchomienia punktów konsultacyjno-doradczych (za lepsze rozwiązanie uznają stworzenie możliwości konsultacji on-line). Firmy szkoleniowe z kolei za ważny krok w kierunku popularyzacji informatycznych narzędzi w szp uznają stworzenie i bezpłatne rozpowszechnienie szczegółowych instrukcji ich stosowania. Mniejsze znaczenie mają (w zasadzie dla wszystkich typów przedsiębiorstw) działania natury edukacyjnej.

Z kolei, jeśli weźmiemy pod uwagę położenie geograficzne przedsiębiorstw, to okazuje się, że potwierdzamy wcześniejsze wnioski – przedsiębiorstwa z Polski północnej i północno-zachodniej mają problem z dostępem do informacji, certyfikacji i stąd w tej grupie zauważamy największy odsetek uznających za istotne utworzenie ośrodka certyfikującego specjalistyczne oprogramowanie oraz stworzenie darmowych punktów konsultacyjno-doradczych (dużo mniejszą rolę ma w ich opinii stworzenie możliwości konsultacji on-line). W regionie centralnym – częściej niż w pozostałych – jako sposób na popularyzację narzędzi informatycznych w szp uznaje się zatrudnienie dodatkowej kadry we własnych jednostkach (pracownicy obarczeni zbyt dużymi obowiązkami nie mają czasu zająć się nowymi). Warto też zauważyć, iż przedsiębiorstwa z regionu wschodniego najczęściej – na tle innych – wskazywały na przydatność działań o charakterze edukacyjnym (szkoleń i studiów w omawianym zakresie).

Duże firmy – w przeciwieństwie do MSP – stać na wynajęcie specjalistów, a zatem rzadko widzą konieczności uruchamiania bezpłatnych punktów konsultacyjno-doradczych.

Chętniej natomiast skorzystałyby z bezpłatnych broszur/biuletynów informacyjnych lub wysłały pracowników na szkolenia w tym zakresie.

Stosunek do informatyzacji szp nie poprawia się wraz ze zwiększaniem zaangażowania firm w zamówienia publiczne. Przedsiębiorstwa przystępujące do wielu postępowań w zasadzie podobnie oceniają również tę kwestię jak te, które sporadycznie biorą udział w postępowaniach.

6. Wnioski końcowe

Podsumowując, działania zmierzające do spopularyzowania procedur elektronicznych zamówień publicznych powinny obejmować nie tylko uproszczenia proceduralne czy wsparcie sprzętowe przedsiębiorców, ale przede wszystkim szeroko zakrojoną akcję informacyjną. Brak dogłębnej wiedzy na temat omawianych narzędzi budzi w przedsiębiorcach obawy, które można uogólnić nie tylko w odniesieniu do systemu zamówień publicznych, ale – jak sądzimy – ogólnie informatyzacji administracji publicznej. Polacy obawiają się ciągle bezpieczeństwa w sieci, nie wierzą, że zastosowane zabezpieczenia uniemożliwią kradzież ich wewnętrznych danych. Nie mają zaufania nie tylko do procedur internetowych, ale i do podpisu elektronicznego. Z pewnością na przełamanie takich barier potrzeba czasu, a biorąc pod uwagę krótki czas funkcjonowania podpisu elektronicznego, a w związku z tym i niezbędnych procedur elektronicznych zamówień publicznych, trudno oczekiwać wielkiego zainteresowania. Biorąc pod uwagę główne przesłanki e-procurement, wśród których należy podkreślić umożliwienie łatwiejszego dostępu do zamówień publicznych wszystkim przedsiębiorstwom, a zwłaszcza MSP, które niejednokrotnie zlokalizowane są w małych miejscowościach, oddalonych od jednostek zamawiających. W związku z tym często grupy przedsiębiorstw mają utrudniony dostęp do tradycyjnych procedur, głównie bieżącego monitorowania ich przebiegu. Z drugiej strony zamówienia elektroniczne miały ograniczyć korupcję poprzez większe upublicznienie postępowań. Mając na względzie te założenia należy przypuszczać, że uświadomienie ich przedsiębiorcom w połączeniu ze „zdrowym" rachunkiem ekonomicznym zaowocować może bardziej powszechnym uczestnictwem przedsiębiorstw w elektronicznych zamówieniach publicznych. Musi to oczywiście iść w parze z działaniami wspierającymi ich popularyzację wśród samych zamawiających, którzy – jak dotąd – niezbyt chętnie ogłaszają tego typu postępowania.

CELE SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I ICH REALIZACJA NA PRZESTRZENI 15 LAT W ŚWIETLE SPRAWOZDAŃ PREZESA URZĘDU

Jacek Sadowy
– Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Piętnastoletnia rocznica uchwalenia ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych[1] składania do refleksji i każe postawić przed sobą kilka zasadniczych pytań odnoszących się do sensu i istoty zamówień publicznych. Czemu służy system zamówień publicznych, jakie są jego zasadnicze cele?

Jasne zdefiniowanie celów zamówień publicznych pozwala określić luki w systemie i podjąć działania mające na celu ich usunięcie. Świadomość celów pozwala przede wszystkim zdefiniować normy, które nie odpowiadają ich realizacji. Ponadto, co niezwykle istotne, pozwala organom kontroli właściwie ocenić ewentualne uchybienia i ich doniosłość.

Definiując cele zamówień publicznych, interesujące jest to, w jaki sposób były one realizowane na przestrzeni ostatnich 15 lat, na ile prawo i następujące w nim zmiany zabezpieczały rzeczywistą ich realizację oraz którym z nich nadawało większe znaczenie?

Kolejnym pytaniem jest pytanie o stan obecny, jak wygląda sytuacja dziś i jak są obecnie realizowane cele, czy konieczne jest dokonanie kolejnych zmian w systemie w celu ich osiągnięcia. Czy może nie warto przewartościować pierwotnych założeń, jakie stały u podstaw tworzenia systemu zamówień publicznych? A może warto do nich powrócić, może gdzieś po drodze straciliśmy z pola widzenia cele, jakim rzeczywiście powinna przyświecać procedura udzielania zamówień publicznych?

I. Definicja celów

Podejmując próbę zdiagnozowania celów warto sięgnąć do kilku źródeł. Pierwszym materiałem, na jakim należy się oprzeć jest niewątpliwie uzasadnienie dla przyjęcia ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r. Jak wynika z uzasadnienia przytoczonego w sprawozdaniu o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych za rok 1996, z wejściem w życie ustawy o zamówieniach publicznych „*rozpoczął się proces tworzenia mechanizmów systemowych wydatkowania środków publicznych. Miały one na celu:*

- *wprowadzenie jednolitych procedur dokonywania zakupów robót budowlanych, usług i dostaw przez podmioty sektora publicznego, sprzyjających oszczędnemu i efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych,*
- *przeciwdziałanie korupcji poprzez nałożenie obowiązku udzielania zamówień według przejrzystych, obiektywnych, jednakowych dla wszystkich reguł postępowania,*
- *stworzenie systemu protestów i odwołań jako instrumentu kontroli zamawiających przez oferentów,*
- *zapewnienie zainteresowanym dostawcom i wykonawcom równych szans w dostępie do rynku zamówień publicznych w Polsce, przy zachowaniu niezbędnych preferencji dla podmiotów krajowych w okresie przed wejściem do Unii Europejskiej.*”[2]

[1] Tekst pierwotny Dz.U. z 1994 r., Nr 76 poz. 344 ze zm.;
[2] Sprawozdanie Prezesa Urzędu z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 1996 r., Warsza-

Warte podkreślenia jest to, iż na pierwszym miejscu spośród celów, jakie uzasadniały przyjęcie nowej ustawy było wprowadzenie procedur dokonywania zakupów sprzyjających oszczędnemu i efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych.

Mając na względzie, iż po blisko dziesięciu latach obowiązywania ustawy o zamówieniach publicznych została ona uchylona wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[3] warto odwołać się do uzasadnienia tej ustawy.

W uzasadnieniu czytamy: „*Obowiązująca obecnie ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn. zm.) weszła w życie 1 stycznia 1995 r. Zmiany społeczno-gospodarcze w kraju oraz rozwój rynku zamówień publicznych w ciągu ostatnich ośmiu lat były przyczyną jej 18 nowelizacji, które spowodowały brak przejrzystości, spójności i precyzji przepisów. Nieczytelność i brak precyzji prawa sprzyja powstawaniu niekorzystnych zjawisk – w tym świadomemu łamaniu zasad wydatkowania środków publicznych. Przyjęcie nowej ustawy, zmierzając do ograniczenia takich praktyk, jest elementem realizacji zadań zawartych w „Strategii Antykorupcyjnej Rządu". Jednocześnie stworzenia nowego spójnego aktu prawnego regulującego problematykę zamówień publicznych wymaga proces harmonizacji prawa z wymogami Unii Europejskiej, objęcie przepisami ustawy nowych grup podmiotów oraz zwiększających się corocznie wielkość środków wydawanych w trybie ustawy.* I dalej: „*Do opracowania nowej ustawy o zamówieniach publicznych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych został zobowiązany przez Radę Ministrów (Protokół ustaleń Nr 56/2002). W dniu 13 maja 2003 r. Rada Ministrów przyjęła „Notatkę w sprawie podstawowych założeń projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych", zgodnie, z którą celami uchwalenia ustawy są:*

- *zapewnienie spójnej, kompleksowej regulacji dotyczącej zamówień publicznych uwzględniającej zróżnicowanie mechanizmów udzielania zamówień zależnie od ich wartości,*
- *pełne dostosowanie polskiego prawa o zamówieniach publicznych do wymogów Unii Europejskiej,*
- *rozszerzenie i umocnienie istniejących w systemie prawa mechanizmów ograniczających zjawiska korupcyjne,*
- *likwidacja zbędnych obciążeń biurokratycznych i wprowadzenie rozwiązań ułatwiających przedsiębiorcom dostęp do rynku zamówień."*[4]

Pomijając uzasadnienie dotyczące konieczności uchwalenia nowej ustawy podyktowane koniecznością stworzenia bardziej przejrzystego aktu oraz dostosowania prawa do norm Unii Europejskiej zwraca uwagę szczególny nacisk położony na zapewnienie funkcjonowania mechanizmów ograniczających zjawiska korupcyjne. Jednocześnie na uwagę zasługuje brak nawiązania do konieczności stworzenia rozwiązań zapewniających oszczędne i efektywne wydatkowanie środków.

Ze względu na konieczność zapewnienia zgodności prawa z normami unijnymi warto odwołać się również do celów dyrektywy 2004/17/WE[5] (zwana dalej „dyrektywą sektoro-

wa 1997 r., s. 4, w: http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/analizy-systemowe/roczne-sprawozdania-art-98-pzp;

[3] tekst pierwotny Dz.U. z 2004 r., Nr 19, poz. 177 ze zm.;

[4] Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Druk sejmowy Nr 2218, s. 1, http://orka.sejm.gov.pl/;

[5] dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych – Dz.U. L 134 z 30.04.2004, s. 1;

wą") oraz 2004/18/WE[6](zwana dalej „dyrektywą klasyczną"). Jak czytamy w motywie 2 preambuły do dyrektywy klasycznej „*Udzielanie zamówień, na które w Państwach Członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad Traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi regułami Traktatu."* Z kolei w motywie 3 preambuły do dyrektywy sektorowej czytamy: *„Inną istotną przyczyną skoordynowania procedur udzielania zamówień, stosowanych przez podmioty działające w tych sektorach, jest zamknięty charakter rynków, na których prowadzą one działalność, ze względu na istnienie specjalnych lub wyłącznych praw przyznawanych przez Państwa Członkowskie w zakresie dostaw, zapewnienia lub obsługi sieci do świadczenia omawianych usług."*

Jak wynika z powyższego, podstawowym celem uchwalenia dyrektyw było zapewnienie niedyskryminującego dostępu do rynku zamówień publicznych.

Opierając się na powyższych dokumentach, można zdefiniować trzy zasadnicze cele funkcjonowania systemu zamówień publicznych. W kolejności są to:

1. Zapewnienie niedyskryminującego dostępu wykonawców do ubiegania się o zamówienie publiczne. Zadaniem procedury udzielania zamówień publicznych jest wyzwolenie mechanizmu konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami funkcjonującymi na rynku prowadzącego do wzmacniania ich potencjału oraz zwiększenia innowacyjności. Zamówienia publiczne wzmacniają w sposób istotny tym samym zdrowe fundamenty gospodarki rynkowej. Wydaje się, iż system zamówień publicznych ze względu na swój coraz większy zakres ma tu bardzo istotną rolę do odegrania. Warto wskazać, iż wartość zamówień udzielonych w 2008 r. w trybach przewidzianych w ustawie wynosi ok. 109 mld zł (wartość ta nie obejmuje zamówień wyłączonych spod procedur ustawy na podstawie szczególnych wyłączeń np. zakupu uzbrojenia i sprzętu wojskowego).

Realizacji tego celu służy przede wszystkim publikacja ogłoszenia o zamówieniu w odpowiedzi, na które każdy z zainteresowanych wykonawców może złożyć swą ofertę lub wniosek wyrażając w ten sposób swe zainteresowanie ubieganiem się o realizację zamówienia publicznego. Niewątpliwie tylko tryb, w którym następuje publikacja ogłoszenia o zamówieniu realizuje cel polegający na zapewnieniu niedyskryminacyjnego dostępu do zamówienia. Sposób procedowania, w którym tylko zaproszony przez zamawiającego wykonawca posiada uprawnienie do ubiegania się o zamówienie jest trybem nierealizującym tego celu oraz innych celów, niezależnie od tego jak wielu wykonawców zamawiający zaprosi do postępowania. Uprawnienie do ubiegania się o zamówienie publiczne jest podstawowym uprawnieniem wykonawcy, wynikającym z zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) oraz zasady prymatu przetargu nieograniczonego i ograniczonego (art. 10 ust. 1 ustawy Pzp).

[6] dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi – DZ.U. L 134 z 30.04.2004, s. 114;

Oczywiście uprawnienia tego nie można rozumieć w sposób absolutny, tj. jako prawa każdego podmiotu funkcjonującego na rynku do ubiegania się o realizację zamówienia publicznego, lecz raczej jako prawa ubiegania się o zamówienie publiczne każdego podmiotu zdolnego do wykonania zamówienia. W tym sensie uprawnienie to nie ma charakteru nieograniczonego.

Ograniczenia w dostępie do zamówienia publicznego dotyczą nawet trybu przetargu nieograniczonego, który umożliwia nieograniczonemu kręgowi adresatów prawo złożenia oferty. O ile jednak każdy wykonawca ma prawo złożyć swą ofertę w przetargu nieograniczonym, o tyle zamawiający może udzielić zamówienia tylko i wyłącznie wykonawcy spełniającemu określone warunki podmiotowe, tj. posiadającemu określone doświadczenie, zdolność finansową, ekonomiczną itd. (art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 ustawy). Niespełnienie warunków podmiotowych przez wykonawców skutkuje wykluczeniem z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 10). Z tego względu, tryb nazwany w ustawie jako „przetarg nieograniczony" nie odpowiada znaczeniu nadanemu w literaturze temu pojęciu, a więc przetargu, do którego bez ograniczeń przystąpić może każdy, bez względu na to, czy legitymuje się określonymi cechami[7]. Przetarg nieograniczony w ustawie, jest to zatem postępowanie zorientowane na nieograniczony krąg adresatów, ale posiadających odpowiednie cechy i z tego względu bardziej odpowiednim byłoby określenie tego trybu jako „przetargu otwartego". Nie bez powodu zatem, dyrektywy regulujące zasady udzielania zamówień przez państwa członkowskie posługują się pojęciem „procedury otwartej".

Z powyższych względów, można wskazać, iż celem ustawy jest zapewnienie niedyskryminacyjnego dostępu wykonawców do ubiegania się o zamówienie publiczne, a nie zapewnienie tego dostępu wszystkim wykonawcom.

Jedynie zapewnienie niedyskryminacyjnego dostępu wykonawców do zamówienia zapewnia realizację drugiego celu funkcjonowania systemu zamówień publicznych, a mianowicie oszczędnego i efektywnego wydatkowania środków.

2. Oszczędne i efektywne wydatkowanie środków. Jednym z warunków skutecznej realizacji zadań publicznych jest funkcjonowanie sprawnego systemu zamówień publicznych pozwalającego w sposób oszczędny, racjonalny i stosunkowo szybki dokonywać zakupów towarów i usług. Pod pojęciem „systemu" rozumiem tu system, na który składa się system prawny oraz system organów władzy publicznej i kontroli weryfikujących zgodność postępowania zamawiającego z prawem (m.in. sądy, Najwyższa Izba Kontroli, Prezes Urzędu, Krajowa Izba Odwoławcza, Regionalne Izby Obrachunkowe).

Najistotniejszym zagrożeniem dla oszczędności i efektywności wydatkowania środków jest nadmierne przywiązanie do formalizmu wywołujące daleko idące negatywne skutki w postaci nastawienia zamawiającego na czysto techniczną czynność udzielenia zamówienia bez względu na warunki, na jakich będzie ono realizowane. Ważniejsze staje się dla zamawiającego to, aby zawrzeć umowę z wykonawcą, który złożył ofertę poprawną pod względem formalnym niż to, na jakich warunkach jest ona zawierana, a więc czy jest również najlepsza pod względem ekonomicznym.

Położenie nacisku na formalizm kosztem racjonalizmu powoduje utratę zaufania uczestników systemu, w szczególności zamawiających do procedur udzielania zamówień publicznych. System, w którym długotrwałość procedur oraz nadmierny ich rygoryzm prowadzi do zagrożenia terminowości realizacji zadań publicznych, oraz konieczności odrzucania ofert często atrakcyjnych pod względem ekonomicznym jest systemem ułomnym. Utrata zaufania do systemu jako pozwalającego na efektywną i sprawną realizację zadań

[7] *M. Boratyńska,* Przetarg w prawie polskim. Zagadnienia cywilistyczne., Warszawa 2001, s. 37;

powoduje zjawisko „ucieczki" z systemu. Przykładem takiego braku zaufania oraz próby ucieczki z systemu może być ustawa z dnia 7 września 2007 r. o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012[8], której celem było m.in. wyłączenie stosowania procedur otwartych przy udzielaniu zamówień związanych z organizacją tej imprezy.

W zakresie realizacji tej zasady ważne jest zatem to, czy:

a) system rzeczywiście pozwala zamawiającemu wybrać ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, a więc czy w sposób nadmiernie restrykcyjny nie nakazuje odrzucać ofert czy też wykluczać wykonawców z postępowania,
b) postępowanie kończy się zawarciem umowy, a więc czy system nie nakazuje w sposób nadmiernie restrykcyjny unieważniać postępowań,
c) pozwala w sposób stosunkowo szybki zawierać umowy.

Nie mniej istotny jest system sankcji obowiązujących za naruszenie norm zawartych w przepisach regulujących zasady udzielania zamówień, oraz praktyka i podejście organów władzy publicznej oraz kontroli, które wywierają znaczący wpływ na racjonalność zachowań zamawiających.

Tak samo dotkliwe sankcje przewidziane za nieistotne oraz rażące naruszenia powodują zatarcie różnic i sprawiają, iż ryzyko kary za naruszenia istotne jest takie samo jak za naruszenia nieistotne. Zachęca to, do podejmowania ryzyka szybkiego udzielania zamówienia w trybach niekonkurencyjnych albowiem z takim postępowaniem jest związane takie samo ryzyko jak w przypadku procedury otwartej. Przykład – do niedawna takie same okoliczności uzasadniały stosowanie trybu licytacji elektronicznej oraz zapytania o cenę, pomimo iż pierwszy z trybów jest najbardziej konkurencyjnym trybem po przetargu nieograniczonym natomiast drugi jest trybem w sposób znaczący ograniczający konkurencję. Do dziś za naruszenie przesłanek uzasadniających stosowanie trybów konkurencyjnych gdzie jest publikacja ogłoszenia o zamówieniu i trybów niekonkurencyjnych (np. wolnej ręki) przewidziane są takie same sankcje np. z tytułu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych lub w postaci nieważności umowy.

Prawidłowe uznanie danego zachowania za naruszenie norm przewidzianych w przepisach, ocena powagi naruszenia oraz prawidłowa ocena jego skutków jest dużym wyzwaniem stojącym dziś przed organami władzy publicznej oraz organami kontroli. Kontrola przywiązująca nadmierną wagę do formalizmu bez uwzględnienia powagi naruszenia oraz oceny skutków zachowania innego niż poczynione przez zamawiającego może prowadzić do dokonywania nieracjonalnych czynności w postępowaniu. Przykłady kontroli nakazującej odrzucenie oferty tańszej o miliony złotych od kolejnej złożonej oferty ze względu na odmienne wpisanie przesłanek zatrzymania wadium w gwarancji bankowej niż przewidziane w ustawie, czy też nakaz odrzucenia oferty o miliony złotych tańszej ze względu na brak wypełnionej jednej z pozycji przedmiaru robót może i pod względem formalnym były słuszne. Niemniej jednak czy sprawiedliwe i czy realizujące cel oszczędności i efektywności systemu zamówień publicznych?

Do realizacji tego celu nie wystarczy samo prawo. Konieczne jest również racjonalne zachowanie uczestników systemu w tym zamawiających i samych wykonawców. Jak bowiem należy oceniać zachowanie zamawiającego składającego skargę do sądu na orzeczenie KIO, które nakazuje przywrócić do postępowania ofertę tańszą o kilka milionów? Czy korzystanie ze środków ochrony prawnej na wybór lepszej pod względem

[8] Dz.U. Nr 173, poz. 1219;

ekonomicznym oferty konkurenta jest postępowaniem etycznym wykonawcy? Czy wielogodzinne fotografowanie ofert konkurencji nie ociera się o śmieszność i nie godzi w dobre imię przedsiębiorcy, który tak się zachowuje? Czy przedsiębiorcy powiązani kapitałowo ubiegający się o zamówienie w tym samym przetargu w sposób rzeczywisty ze sobą rywalizują? Do powyższych zachowań przyzwyczailiśmy się, powyższe zachowania traktujemy jako normalne, ale czy słusznie? Myślę, że często bierność w ocenie podobnych zachowań uznawanych za mieszczące się w ramach rywalizacji o zamówienie publiczne przyczynia się do wypaczania systemu zamówień publicznych i jego efektywności w równie dużym stopniu. Korzystając z okazji świętowania 15-lecia systemu warto zadawać również trudne pytania o etykę zachowań w zamówieniach publicznych.

3. Przeciwdziałanie korupcji. Realizacja tego celu jest możliwa tylko i wyłącznie w drodze procedury otwartej, która zapewnia efektywną konkurencję i ogranicza dowolność w wyborze wykonawcy realizującego zamówienie publiczne. Brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu powoduje brak przejrzystości, co z kolei sprzyja powstawaniu patologii. Stąd też, najlepszym sposobem przeciwdziałania korupcji a więc realizacji tego celu jest maksymalne odformalizowanie procedur „otwartych" oraz w daleko bardziej idącym niż dziś stopniu stworzenie mechanizmów ograniczających możliwości nieuzasadnionego stosowania procedur, w których nie ma publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Sformalizowanie procedur otwartych zachęca do stosowania procedur nienastawionych na konkurencję i zwiększa ryzyko powstania patologii. Sformalizowanie procedur otwartych wytwarza również atmosferę przyzwolenia dla odstępowania od ich stosowania.

II. Realizacja celów w świetle sprawozdań Prezesa Urzędu z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za lata 1996-2007

Warto przyjrzeć się jak na przestrzeni lat realizowane były poszczególne cele ustawy Prawo zamówień publicznych. Wydaje się, iż właściwym do przeanalizowania realizacji celów są informacje zawarte w sprawozdaniach Prezesa Urzędu o zamówieniach publicznych. O pełne porównanie jest trudno, albowiem liczne zmiany przepisów powodują, iż często dane nie są w pełni porównywalne. Również poszczególne sprawozdania różnią się co do zakresu i rodzaju danych. Pewnym problemem jest także to, iż podstawowym źródłem danych podawanych w sprawozdaniach jest Biuletyn Zamówień Publicznych (zwany dalej BZP), w którym w różnych okresach czasu zachodził obowiązek publikacji ogłoszeń w zależności od zróżnicowanych progów wartości. Od 2006 r. w przypadku postępowań powyżej „progów unijnych" ogłoszenia publikowane są jedynie w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich.

1. Zapewnienie niedyskryminującego dostępu wykonawców do ubiegania się o zamówienie publiczne. Jak wspomniałem powyżej realizacji tego celu służy przede wszystkim publikacja ogłoszenia o zamówieniu w odpowiedzi na które każdy z zainteresowanych wykonawców może złożyć swą ofertę lub wniosek. Z drugiej strony zaprzeczeniem realizacji tego celu jest stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w którym zamawiający zaprasza do negocjacji tylko jednego wybranego przez siebie wykonawcę. Stąd też, zestawienie stosowania w poszczególnych latach skali stosowania obu trybów może dać nam pewien obraz otwartości systemu zamówień publicznych.

W roku **1995** wszczęto 7480 postępowań w trybie przetargu nieograniczonego. Natomiast w roku **1996** w BZP ukazało się 20 279 ogłoszeń o wszczęciu postępowania w tym trybie. Należy zwrócić uwagę, iż obowiązek publikacji ogłoszenia dotyczył zamówień o war-

tości równej lub wyższej niż 20 000 ECU. Oczywiście nie oznacza to, iż taka liczba zamówień została udzielona albowiem w BZP opublikowano jedynie 9778 ogłoszeń o wyborze oferty. Aż do roku 2004 istotnym problemem systemowym był problem związany z koniecznością unieważniania postępowań, który był przyczyną powstawania tak istotnej różnicy pomiędzy ogłoszeniami o wszczęciu postępowania a ogłoszeniami o wyborze oferty.

Brak jest natomiast danych dotyczących realnej ilości zamówień udzielonych w trybie z wolnej ręki. Dopiero z dniem 21 listopada 2001 roku zamawiający miał obowiązek publikacji ogłoszeń o wyniku postępowania w BZP[9] w trybie z wolnej ręki. Należy jednak wskazać, iż jeżeli wartość zamówienia przekraczała równowartość kwoty 200 000 ECU wybór trybu zamówienia z wolnej ręki podlegał zatwierdzeniu przeze Prezesa Urzędu. W roku **1995 r.** Prezes Urzędu wydał ok. 190 decyzji na zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki. W roku 1996 r. Prezes Urzędu wydał zgodę na zastosowanie trybu z wolnej ręki w 415 przypadkach. Niemniej jednak problem nadużywania trybu z wolnej ręki niewątpliwie był problemem istotnym, na który zwracano uwagę w sprawozdaniu za rok 1996. Jak czytamy w sprawozdaniu: *„Przy zamówieniach, których wartość nie przekracza 200 tys. ECU zamawiający sami określają tryb ich udzielania. Z danych, będących w posiadaniu UZP wynika, że stosunkowo często odstępowali od najbardziej konkurencyjnego trybu udzielania zamówień publicznych. Nie sprzyjało to rozwojowi konkurencji, ograniczało możliwości uzyskania najkorzystniejszej oferty, utrudniało tworzenie klimatu zaufania dla procedur wydatkowania środków publicznych.*"[10]

W roku **1997** doszło do wprowadzenia istotnych zmian w ustawie o zamówieniach publicznych[11] m.in. dotyczących obniżenia progu, od którego wymagana była zgoda Prezesa Urzędu na zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki do 20 000 ECU oraz podwyższono próg, od którego nie zachodził obowiązek publikacji ogłoszenia w BZP do 30 000 ECU. W 1997 r. Prezes Urzędu wydał ok. 600 decyzji pozytywnych na zastosowanie trybu z wolnej ręki. Natomiast w BZP opublikowano 25 965 ogłoszeń o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

W latach **1998-2001**, a więc w latach, w których można oprzeć się jedynie na liczbie wydanych decyzji na tryb zamówienia z wolnej ręki świadczących o skali jego zastosowania stopień konkurencyjności rynku był stabilny, albowiem można wskazać, iż relacja liczby wydanych decyzji pozytywnych do liczby wszczętych postępowań w trybie przetargu nieograniczonym jest porównywalna, co obrazuje powyższe zestawienie.

	1995 r.	1996 r.	1997 r.	1998 r.	1999 r.	2000 r.	2001 r.
Liczba ogłoszeń o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego	4444	20.279	25.965	25.335	23.719	30.798	34.501
Liczba decyzji pozytywnych na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki	Ok.190	415	600	4570	5705	5682	7794

[9] Na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 października 2001 roku w sprawie określenia wzorów ogłoszeń o zamówieniach publicznych publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz dodatkowych informacji zawartych w ogłoszeniach Dz.U. Nr 127, poz. 1393;

[10] Sprawozdanie Prezesa Urzędu z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 1996 r., Warszawa 1997 r., s. 12, w: http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/analizy-systemowe/roczne-sprawozdania-art-98-pzp;

[11] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych – Dz. U. Nr 123, poz. 778;

Od roku 2002 można wyciągnąć już precyzyjniejsze dane na temat udzielanych zamówień publicznych we wszystkich trybach, albowiem zamawiający został zobowiązany do zamieszczenia ogłoszenia o wyniku postępowania w każdym trybie. W latach **2002-2003** z ogłoszeń o wynikach postępowania wynika, iż udzielono odpowiednio 2258 oraz 2711 zamówień w trybie z wolnej ręki. Natomiast w trybie przetargu nieograniczonego udzielono zamówień odpowiednio 34 341 oraz 34 526.

	2002 r.	2003 r.
Liczba zamówień udzielonych w trybie przetargu nieograniczonego	34.341	34.526
Liczba zamówień udzielonych w trybie zamówienia z wolnej ręki	2258	2711

W roku **2004** nowa ustawa Prawo zamówień publicznych podniosła próg, od którego zamawiający miał obowiązek zamieszczać ogłoszenie o zamówieniu jak i ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w BZP z 30 000 euro do 60 000 euro

	2004 r.	2005 r.
Liczba zamówień udzielonych w trybie przetargu nieograniczonego	23 468	25 354
Liczba zamówień udzielonych w trybie zamówienia z wolnej ręki	1 886	1 078

Zmiany spowodowały znaczący spadek zamówień udzielanych w trybie przetargu nieograniczonego publikowanych w BZP w latach 2004-2005. Jednocześnie jak wynika ze statystyk w roku **2005** zanotowano spadek zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki, ale zastanawiający jest duży wzrost zamówień udzielonych w trybie negocjacji bez ogłoszenia (z 698 w roku 2004 do 1764). Jednocześnie z danych zawartych w sprawozdaniu za rok 2005 wynika, iż w przypadku postępowań o wartości poniżej 60 000 euro tryb przetargu nieograniczonego stosowano w 61% postępowań natomiast tryb zamówienia z wolnej ręki w 25% postępowań.

W roku **2006** wprowadzono zmiany, które spowodowały, iż zamawiający miał obowiązek zamieszczać ogłoszenia o udzieleniu zamówień poniżej 60.000 Euro na portalu internetowym Urzędu oraz zniesiono obowiązek zatwierdzania trybu zamówienia z wolnej ręki przez Prezesa Urzędu. W postępowaniach poniżej 60.000 Euro dane były podobne jak w roku 2005 – 62% przetarg nieograniczony oraz 25% wolna ręka. Bardzo znaczący wzrost postępowań w trybie z wolnej ręki odnotowano w roku 2006 w postępowaniach powyżej 60.000 Euro a mianowicie odpowiednio tryb przetargu nieograniczonego stosowano w 76,81% (28.631) postępowań a tryb zamówienia z wolnej ręki w 16,06% (5.988) postępowań.

W roku **2007** zaszły kolejne zmiany w zasadach publikowania ogłoszeń w BZP. Obowiązkiem publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz o wyniku postępowania objęto postępowania od kwoty 14 000 euro, ale nie większej niż „progi unijne". Z jednej strony, zatem objęto obowiązkiem publikacji w BZP zamówienia o stosunkowo małej wartości z drugiej zaś ograniczono publikacje o zamówieniach w BZP o dużej wartości na rzecz publikacji w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Przeciętnie przetarg nieograniczony zastosowano w 113.722 (63,79%) przypadkach a tryb zamówienia z wolnej ręki w 50.403 (28,27%).

W roku **2008** zaobserwowano spadek stosowania trybu wolnej ręki i wzrost stosowania trybu przetargu nieograniczonego – odpowiednio 22,19% (**39.579**) oraz 70,39% (**125.570**).

2. Oszczędne i efektywne wydatkowanie środków.

Początkowo ustawodawca główną i wydaje się najważniejszą rolę przykładał właśnie do efektywności zamówień publicznych. Świadczy o tym przede wszystkim cytowane już wcześniej uzasadnienie do ustawy o zamówieniach publicznych, które na pierwszym miejscu wymienia właśnie oszczędne i efektywne wydatkowanie środków.

Wydaje się również, iż sam Urząd Zamówień Publicznych początkowo większą wagę przywiązywał do kwestii efektywności zamówień publicznych, o czym świadczy analiza treści sprawozdań. Warto zwrócić uwagę, iż w sprawozdaniach sporządzanych za lata 1995-2000 występuje odrębny rozdział pod nazwą „Optymalizacja wyborów ekonomicznych". Jednocześnie do roku 2003 mamy pełne dane na temat skali odrzucanych ofert przez zamawiających. Od roku 2004 nie mamy wiedzy na ten temat.

a) W pierwszej kolejności warto zapoznać się właśnie z informacjami dotyczących restrykcyjności nakazu odrzucania ofert składanych przez wykonawców w trakcie postępowania o zamówienie publiczne. Restrykcyjność systemu w tym zakresie do roku 2003 obrazuje poniższa tabela:

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
% postępowań, w których nie odrzucano oferty	**65,8**	**72,2**	**64**	**65**	**63**	**62**	**62**	**68**	**68**
% postępowań, w których odrzucano 3 lub więcej ofert	**4,8**	**4,9**	**10**	**8,6**	**11**	**11**	**11**	**8**	**8**

Generalnie należy ocenić, iż skala odrzuceń ofert w postępowaniach o zamówienie publiczne była wysoka. Stosunkowo lepiej było w okresie 1995-1996 oraz 2002-2003. Natomiast okres 1997-2001 cechował znaczny stopień rygoryzmu. Szczególnie negatywnie należy ocenić skalę postępowań, w których odrzucano 3 lub więcej ofert. Na zmniejszenie konkurencji w postępowaniu w latach 1997-2001 niewątpliwie wpływ miała nowela z 1997 r., która na nowo zdefiniowała przesłanki odrzucenia oferty w postępowaniu. Z kolei na poprawienie sytuacji w postępowaniach w latach 2002-2003 mogła mieć wpływ nowelizacja z 2001 roku, która wprowadziła możliwość składania odwołania od odrzucenia wszystkich ofert w postępowaniu oraz zmiany w zakresie dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów przedmiotowych.

Niewątpliwie ciekawe byłoby porównanie do stanu po wejściu w życie ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem zawierała ona 8 przesłanek odrzucenia oferty (ustawa o zamówieniach publicznych – cztery). Dziś niewątpliwie też przydałaby się statystyka temu poświęcona, albowiem mówiłaby ona wiele o skutkach wprowadzenia zmian w zakresie poprawiania ofert.

b) Innym wskaźnikiem, który warto wziąć pod uwagę przy ocenie efektów ekonomicznych postępowań o zamówienie publiczne jest to, czy przetarg prowadził do wyboru oferty najtańszej spośród złożonych ofert. Wskaźnik przetargów nieograniczonych, w których dokonywano wyboru oferty najtańszej obrazuje poniższa tabela:

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
% postępowań, w których wybierano ofertę najtańszą	**71**	**80**	**68**	**69**	**65**	**66**	**70**	**80**	**84**	**84**	**93**	**93,5**	**95,2**	**95,8**

Warto zwrócić uwagę na dwa wskaźniki, które należy brać pod uwagę dokonując oceny efektywności postępowań o zamówienie publiczne w poszczególnych okresach czasu. Po pierwsze, do roku 2001 zamawiający miał uprawnienie do stosowania kryteriów dotyczących właściwości wykonawcy przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Po drugie, do połowy roku 2002 zamawiający mogli wskazywać w ogłoszeniu o wyniku postępowania ofertę najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych ofert, w tym również tych, które były odrzucone. Od wejścia w życie rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 24 czerwca 2002 r. w sprawie wzorów ogłoszeń o zamówieniach publicznych publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz dodatkowych informacji zawartych w ogłoszeniach[12] w instrukcji wypełniania druku ogłoszenia o wyniku postępowania podaje się, że należy uwzględniać ceny spośród ważnych i ocenianych ofert.

Z punktu widzenia, zatem oceny efektywności postępowania o zamówienie publiczne o wiele więcej mówią nam dane za lata 1995-2002, albowiem świadczą one o tym, czy rzeczywiście prowadzone postępowania przynosiły efekty ekonomiczne czy też poprzez nadmierny swój rygoryzm dotyczący m.in. wymagań formalnych prowadziły do wyborów ofert nieoptymalnych pod względem ekonomicznym.

Starając się dokonać oceny okresu 1995-2002 pod względem konkurencyjności postępowań na podstawie powyższych danych warto wskazać na lata 1997-2001 jako lata, w których efektywność prowadzonych postępowań była problematyczna. Wydaje się, iż problemem było uzyskanie satysfakcjonującego efektu ekonomicznego na skutek nałożenia obowiązku odrzucania ofert składanych w postępowaniach. Istotnym czynnikiem ograniczającym efektywność postępowań w latach 1995-2001 były stosowane przez zamawiających kryteria podmiotowe przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

c) Kolejnym ważnym wskaźnikiem w zakresie efektywności prowadzonej procedury jest stopień unieważniania postępowań o zamówienie publiczne. Istotne jest w tym zakresie ustalenie, czy system nie nakazuje w sposób nadmiernie restrykcyjny unieważniać postępowań. W tym zakresie dysponujemy jedynie danymi za okres 1997-2003.

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
% postępowań unieważnianych	**18**	**18**	**21**	**21**	**23**	**23**	**25**

Niewątpliwie wysoki poziom unieważnień postępowań o zamówienie publiczne był jedną z większych bolączek systemu zamówień publicznych. Ciekawe w tym miejscu jest zestawienie obu powyższych wykresów. Mianowicie jak z nich wynika w latach 2002-2003 pomimo mniejszej ilości postępowań, w których odrzucano oferty wzrosła liczba postępowań unieważnianych. Warto zwrócić uwagę, iż główną przyczyną unieważniania postępowań było złożenie mniej niż dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu (w roku 2002 – 90% unieważnień dokonano z tego powodu, w roku 2003 – 88%). Dobrym rozwiązaniem przyjętym w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych było ograniczenie unieważnienia postępowania tylko do sytuacji, w której nie złożono żadnej oferty. Mimo braku danych niewątpliwie skala tego zjawiska od 2004 roku była mniejsza niż w latach poprzednich. Z drugiej strony należy zwrócić uwagę na nowe zjawisko, które pojawiło się wraz z wejściem w życie ustawy Prawo zamówień publicznych – unieważniania postępowań przez Zespoły Arbitrów „z urzędu" – w roku 2005 unieważniono w ten sposób ok. 300 postępowań.

[12] Dz.U. Nr 91, poz. 816

d) W aspekcie efektywności systemu zamówień publicznych istotne jest, jak długo zamawiający potrzebuje czasu na udzielenie zamówienia od momentu wszczęcia postępowania. Tutaj z kolei więcej wiemy o ustawie Prawo zamówień publicznych. Wcześniej jedynie w sprawozdaniu za rok 1995 przedstawiono, iż przeciętnie czas trwania postępowania od chwili przesłania ogłoszenia do BZP do zawarcia umowy wynosił 61 dni.

W 2004 r. zamówienie w przetargu nieograniczonym o wartości równej lub większej równowartości 60 000 euro było udzielane przeciętnie w okresie 85 dni, w 2005 roku natomiast 79 dni. Pomimo braku danych można z dużym prawdopodobieństwem założyć, iż czas trwania przetargu nieograniczonego wydłużył się po wejściu w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. W świetle uchylonej ustawy minimalny czas na złożenie oferty wynosił 6 tygodni z możliwością skrócenia do 3 tygodni natomiast w nowej ustawie czas na złożenie oferty wynosił 52 dni.

Z dniem wejścia w życie noweli ustawy z 7 kwietnia 2006 roku (25 maj 2006 r.) w BZP nie zamieszczano już ogłoszeń o zamówieniach przekraczających „progi unijne". Ogłoszenia publikowane były jedynie od 60 000 euro do progów unijnych. Jednocześnie terminy składania ofert uległy skróceniu z 52 dni do 15 i 30 dni dla robót budowlanych. W 2006 roku nie było jednak widocznych efektów dokonanych zmian, albowiem średni czas trwania przetargu nieograniczonego wynosił 82 dni.

Efekt wprowadzonych zmian widać natomiast w statystykach za rok 2007, w którym dokonano kolejnego skrócenia terminów składania ofert w przetargu nieograniczonym do 7 i 20 dni w przypadku robót budowlanych. Średni czas trwania przetargu poniżej progu unijnego wynosił 39 dni, natomiast w roku 2008 – 36 dni.

Od roku 2006 brak jest danych dotyczących czasu trwania postępowania o zamówienie publiczne o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, albowiem publikacja ogłoszenia nie następuje w BZP. Dokonana w UZP analiza losowej próby 5% opublikowanych ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich wskazuje, iż średni czas trwania przetargu wynosi 93 dni. Natomiast postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o wartości powyżej progu unijnego trwa 136 dni.

Warto zwrócić uwagę na analizy prowadzone przez Urząd przy okazji dokonywania zgody na skrócenie terminu składania ofert. Analiza ta wskazywała, iż skrócenie terminu składania ofert z 6 tygodni do 3 tygodni nie wpływało w sposób zasadniczy na liczbę składanych ofert w przetargu. *„Z danych o wyborach ofert wynika, że zarówno przy terminach krótszych niż ustawowe jak i dłuższych, odsetek liczby składanych ofert jest zbliżony"*[13].

e) Niewątpliwe na efektywność procedury przetargowej wpływ ma liczba złożonych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Im większa ich liczba tym większa szansa uzyskania zamówienia publicznego. Średnią liczbę ofert składanych w przetargu obrazuje poniższy wykres i tabela według danych zawartych w sprawozdaniach i opartych na BZP.

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Średnia liczba ofert składanych w przetargu	**3,76**	**3,64**	**4,2**	**4,7**	**5,4**	**5,15**	**5,13**	**4,21**	**4,01**	**3,95**	**4,4**	**3,62**	**2,29**	**2,41**

[13] Sprawozdanie Prezesa Urzędu z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 1998 r., Warszawa 1999 r., s. 9, w: http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/analizy-systemowe/roczne-sprawozdania-art-98-pzp;

Dokonując porównania powyższych wskaźników należy brać pod uwagę, iż:

- do połowy 2002 roku w BZP podawano ogólną liczbę składanych ofert (w tym ofert podlegających odrzuceniu) natomiast późniejsze wskaźniki dotyczą ofert ważnych składanych w postępowaniu,
- od marca 2004 do połowy 2006 roku publikowano ogłoszenia w BZP dotyczące wszystkich postępowań o wartości od kwoty 60 000 euro,
- w połowie 2006 r. weszła w życie nowelizacja ograniczająca obowiązek publikacji ogłoszeń w BZP tylko do zamówień do progów unijnych, a więc zamówień o wartościach najwyższych cieszących się większym zainteresowaniem wykonawców,
- w 2007 r. weszła w życie nowelizacja ustawy rozszerzająca obowiązek publikacji ogłoszeń w BZP do zamówień od wartości 14 000 euro, czyli zamówień cieszących się najmniejszym zainteresowaniem wykonawców oraz skrócono terminy składania ofert w postępowaniach o wartości poniżej progów unijnych do 7 i 20 dni.

W chwili obecnej dane, jakimi dysponuje Urząd dotyczą postępowań o wartości od 14 000 euro do wartości progów unijnych. Natomiast Urząd nie dysponuje w chwili obecnej danymi dotyczącymi liczby składanych ofert w postępowaniach o wartości powyżej progów unijnych.

Można wskazać, iż wraz z upływem czasu do roku 1999 rosło stopniowo zainteresowanie wykonawców postępowaniami o zamówienie publiczne. Po nieznacznym spadku zainteresowanie ustabilizowało się do roku 2006. Różnice pojawiające się w tym zakresie wynikały raczej ze zmian zasad informowania o ilości składanych ofert oraz podniesieniu w 2004 roku progu, od którego zachodził obowiązek publikacji ogłoszenia w BZP.

Warto zauważyć, iż przedłużenie terminu składania ofert do 52 dni w roku 2004 nie spowodowało wzrostu liczby składanych ofert. Biorąc również pod uwagę doświadczenia ze stosowania procedur na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych można wskazać, iż optymalnym okresem wystarczającym dla zapewnienia właściwego stopnia konkurencyjności jest okres około 20 dni od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Trudno natomiast ocenić konkurencyjność postępowań od roku 2006 albowiem brak jest danych dotyczących zamówień powyżej progów unijnych. Nie można również dokonać porównania zamówień poniżej progów unijnych do lat poprzednich, albowiem nie da się ich wyodrębnić. Porównanie takie byłoby niewątpliwie potrzebne choćby z tego względu by dokonać oceny skutków skrócenia terminu składania ofert poniżej progów unijnych dokonanych w roku 2007.

3. Przeciwdziałanie korupcji.

Niewątpliwie w pierwszym okresie obowiązywania ustawy (1995-1997) zawierała ona niewystarczające regulacje dotyczące mechanizmów ograniczających możliwość występowania zachowań patologicznych zamawiających. Brak wyraźnie zdefiniowanej w zasadach udzielania zamówień publicznych zasady jawności (ustawodawca ograniczył jawność do jawności protokołu), swoboda udzielania zamówień poniżej 200 000 ECU z wolnej ręki, negocjacji z zachowaniem konkurencji oraz zapytania o cenę, brak obowiązku przekazywania informacji o powodach odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy, możliwość posługiwania się kryteriami podmiotowymi przy wyborze oferty najkorzystniejszej, ograniczony zakres podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy niewątpliwie stanowił istotne mankamenty.

Urząd, już w sprawozdaniu za rok 1995 dostrzegał ułomności ustawy wskazując na konieczność jej zmiany m.in. w zakresie publikacji ogłoszenia o wszczęciu postępowania w innych trybach niż przetargowe, wprowadzenia wymogu powołania komisji przetargowej, ograniczenia możliwości stosowania trybu negocjacji z zachowaniem konkurencji, sprecyzowania przesłanek prowadzenia postępowania w trybie innym niż przetarg nieograniczony.

Nie wszystkie cele udało się osiągnąć w pierwszej znaczącej nowelizacji ustawy z roku 1997. Niemniej jednak ustawa wprowadzała rozwiązania zapewniające większą przejrzystość procedury udzielania zamówienia publicznego – wprowadzenie obowiązku publikacji, informacja o wszczęciu postępowania w trybie zapytania o cenę w BZP, wprowadzenie wymogu uzyskania zgody na zastosowanie trybu zamówienia publicznego z wolnej ręki powyżej kwoty 20 000 ECU. Niemniej jednak regulacje w tym zakresie, jakie obowiązywały nadal należy uznać za niewystarczające. Razi w szczególności brak jednoznacznie sformułowanej zasady jawności prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne.

Ułomności ustawy dostrzeżono w analizie opracowanej w kwietniu 2000 r. przez Urząd Zamówień Publicznych poświęconej zjawiskom patologicznym w zamówieniach publicznych. Braki w tym zakresie wykazywały również raporty Biura Banku Światowego w Warszawie (z października 1999 r.) oraz Najwyższej Izby Kontroli (z marca 2000 r.), dotyczące korupcji w Polsce.

Efektem powyższych działań było przyjęcie w 2001 roku nowelizacji ustawy,[14] która wprowadzała szereg istotnych zmian mających na celu ograniczenie zjawisk patologicznych w zamówieniach publicznych. Przede wszystkim wyeliminowano możliwość posługiwania się kryteriami podmiotowymi przy wyborze oferty najkorzystniejszej, rozszerzono w sposób znaczący zakres jej stosowania, nałożenie obowiązku informowania wykonawcy o wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty, wprowadzenie jawności ofert oraz innych dokumentów w postępowaniu, jawność otwarcia ofert, sprecyzowano przesłanki stosowania trybów negocjacji z zachowaniem konkurencji oraz wolnej ręki. W tym samym roku przyjęto jeszcze jedną nowelizację, która zobowiązywała zamawiającego do powołania komisji przetargowej w przypadku postępowań powyżej kwoty 30 000 euro.[15] Natomiast w roku 2002 przyjęto jednoznaczną normę przesądzającą jawność umów o zamówienie publiczne.[16]

Bardzo dużą wagę prawodawca przywiązał do jawności postępowania w nowej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Prócz rozwiązań przyjętych już wcześniej w ustawie o zamówieniach publicznych na uwagę zasługuje jednoznaczne określenie zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne jako jednej z podstawowych zasad, wprowadzenie szczególnych zasad poddawania kontroli postępowań o wartości powyżej 5 mln i 10 mln euro dla robót budowlanych (obowiązek poddania kontroli uprzedniej postępowania, wyznaczanie obserwatora, orzeczenie sądu jako ostateczne rozstrzygnięcie protestu). Na uwagę zasługuje również wprowadzenie środków ochrony prawnej dla wszystkich postępowań niezależnie od ich wartości. Jednocześnie ograniczono przejrzystość w postępowaniach o wartości poniżej 60 000 euro rezygnując z obowiązkowej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w BZP oraz dopuszczając swobodę stosowania trybów niekonkurencyjnych przy usługach niepriorytetowych.

Niewątpliwie wprowadzenie powyższych rozwiązań zwiększało kontrolę nad procesem

[14] Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 76, poz. 813)

[15] Ustawa z dnia 26 lipca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 113, poz. 1208)

[16] Ustawa z dnia 22 listopada 2002 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 2001 r., Nr 2, poz. 16)

udzielania zamówień publicznych. Niemniej jednak rozwiązania przyjęte szczególnie dla postępowań o wartościach najwyższych godziły w efektywność procesu udzielania zamówień publicznych. Stąd też, od 2006 roku następują zmiany mające na celu zwiększenie jego efektywności poprzez odformalizowanie procesu udzielania zamówień publicznych. Powyższe odbywa się częściowo kosztem zmian przepisów, które wprowadziły większą kontrolę nad zamówieniami, ale jednak powodują w sposób znaczący wydłużenie procesu inwestycyjnego. Stąd też, w latach 2006-2008 dokonano zmian w zakresie wyeliminowania obowiązku uzyskania decyzji Prezesa Urzędu na zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, ograniczenie kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu, zasad udostępniania dokumentów w postępowaniu, dokonano zmian w zakresie korzystania ze środków ochrony prawnej poniżej progów unijnych.

III. Podsumowanie

Trudno pokusić się o jednolitą ocenę realizacji zasad w całym okresie 15 lat obowiązywania ustawy ze względu na odmienność regulacji. Ze względu na zmiany w przepisach oceny realizacji celów ustawy należy raczej dokonywać w poszczególnych okresach. Można wyodrębnić generalnie cztery okresy, w których widać istotną zmianę w zakresie realizacji poszczególnych celów zamówień publicznych:

1) od roku 1995 do 2001 a więc do uchwalenia nowelizacji ustawy z dnia 22 czerwca 2001 roku;
2) lata 2002-2003 a więc okres po wejściu w życie zmian przyjętych w 2001 roku oraz okres poprzedzający wejście w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych;
3) lata 2004-2006 a więc od okresu obowiązywania nowej ustawy Prawo zamówień publicznych do jej zmiany nowelą z dnia 7 kwietnia 2006 r.;
4) lata 2007-2008 a więc okres do noweli z dnia 4 września 2008 roku[17].

1) Lata 1995 – 2001.

Ze względu na brak dostatecznych informacji trudno jest w sposób jednoznaczny ocenić konkurencyjność i dostępność zamówień publicznych dla wykonawców w latach 1995 – 1997. Po pierwsze od 1995 roku do roku 1997 podjęcie decyzji przez zamawiającego do 200 tys. ECU nie wymagało zgody Prezesa Urzędu oraz brak było obowiązku zamieszczania ogłoszenia o wyniku postępowania w BZP. Powyższy brak rozwiązań na etapie kształtowania się systemu zamówień publicznych należy uznać za jego niedostatek, na co zwracał uwagę sam Prezes Urzędu w swych sprawozdaniach oraz ustawodawca dokonując odpowiednich zmian w ustawie w roku 1997. Można zaryzykować stwierdzenie, iż były bardzo istotne ograniczenia i bariery w dostępie wykonawców do zamówień publicznych w szczególności o wartości poniżej 200 000 ECU.

Nie ulega wątpliwości, iż w tym zakresie nastąpiła radykalna zmiana wraz z wprowadzeniem w roku 1997 obowiązku uzyskania zgody Prezesa Urzędu na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Świadczy o tym znaczący wzrost liczby postępowań wszczynanych w trybie przetargu nieograniczonego z ok. 20 tys. w roku 1996 do ok. 34 tys. w roku 2001. Warto zwrócić uwagę, iż lata te cechują się stabilnością systemu zamówień publicznych stąd dane powyższe można uznać za porównywalne. Niewątpliwie konieczność uzyskania decyzji administracyjnej Prezesa Urzędu sama w sobie stanowiła barierę

[17] Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw – Dz.U. Nr 171, poz. 1058

dla stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i była niewątpliwie instrumentem koniecznym na tym etapie rozwoju systemu zamówień publicznych. Stąd też, jego istnienie na początkowym etapie funkcjonowania należy ocenić pozytywnie pod względem zapewnienia wykonawcom dostępu do zamówień publicznych.

Niewątpliwie realizacja kolejnego celu a mianowicie efektywności systemu była dużym problemem. Wydaje się, iż lepszym okresem pod tym względem były lata 1995-1997 – gdy w nieco mniejszej skali dochodziło do odrzucania ofert wykonawców oraz w mniejszej ilości dochodziło do unieważnień postępowań o zamówienie publiczne. Jednocześnie, pomimo iż przeciętnie w postępowaniu wpływało mniej ofert niż w latach kolejnych, to jednak w większym stopniu zamawiający wybierali oferty najtańsze.

Generalnie jednak należy uznać, iż osiągnięcie efektywności było problematyczne, na co wskazuje:

– wysoki wskaźnik odrzucania ofert składanych przez wykonawców,
– niskie wskaźniki wyboru ofert najtańszych,
– wysoki wskaźnik postępowań unieważnianych,
– ograniczone możliwości skrócenia terminu składania ofert do trzech tygodni oraz tylko za zgodą Prezesa Urzędu, jeżeli wartość zamówienia przekraczała 50 000 euro.

Niewątpliwie głównymi przyczynami takiego stanu były przede wszystkim nadmierny formalizm towarzyszący badaniu ofert, oraz obowiązujące normy nakazujące unieważnianie postępowania w przypadku, gdy wpływało mniej niż dwie ważne oferty oraz możliwość posługiwania się kryteriami podmiotowymi przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie na uwagę zasługuje wysoki wskaźnik składania ofert w postępowaniu. Pozytywnie należy w tym zakresie ocenić to, iż mamy dość szeroką wiedzę na temat powyższych wskaźników. Wiedza o skali odrzucania ofert w postępowaniu czy też skali unieważnianych postępowań jest szczególnie cenna. Również w sprawozdaniach Urzędu dużą wagę przywiązywano do efektywności systemu zamówień publicznych.

Bardzo duży problem występował również z realizacją trzeciego celu systemu zamówień publicznych – przeciwdziałania korupcji. Ówcześnie obowiązujące normy nie regulowały w zasadzie kwestii dotyczących jawności postępowania, co niewątpliwie utrudniało realizację powyższego celu. Szczególnie brak tych regulacji odczuwalny był w latach 1995-1997. Brak wyraźnie zdefiniowanej w zasadach udzielania zamówień publicznych zasady jawności, swoboda udzielania zamówień poniżej 200 000 ECU z wolnej ręki, negocjacji z zachowaniem konkurencji oraz zapytania o cenę, brak obowiązku przekazywania informacji o powodach odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy, możliwość posługiwania się kryteriami podmiotowymi przy wyborze oferty najkorzystniejszej, ograniczony zakres podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy niewątpliwie stanowił istotne mankamenty.

Pomimo wprowadzenia w roku 1997 rozwiązań zapewniających większą przejrzystość procedury udzielania zamówienia publicznego, więc wprowadzenie obowiązku publikacji informacji o wszczęciu postępowania w trybie zapytania o cenę w BZP czy też wymogu uzyskania zgody na zastosowanie trybu zamówienia publicznego z wolnej ręki powyżej kwoty 20 000 ECU regulacje w tym zakresie należy uznać za niewystarczające. Razi w szczególności brak jednoznacznie sformułowanej zasady jawności prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne.

2) Lata 2002-2003.

W roku 2001 weszły w życie zmiany, które pozwalają na bardziej jednoznaczną ocenę konkurencyjności rynku zamówień publicznych, albowiem statystyka za lata 2002 i 2003 odnosi się już nie do postępowań wszczynanych, których znaczna część (średnio co piąte) była unieważniana, ale zamówień udzielonych. Zamawiający zobowiązany był do publikowania ogłoszeń od kwoty 30 000 euro. Warto zwrócić uwagę, iż liczba postępowań wszczynanych w trybie przetargu nieograniczonego w roku 2001 oraz udzielanych w latach 2002 i 2003 była na podobnym poziomie. Świadczy to o znaczącym się rozszerzeniu rynku zamówień publicznych na skutek zmian przyjętych w roku 2001. Wartość rynku wrosła z 23,9 mld zł w roku 2001 do 35 mld w roku 2002. Zwraca uwagę również dysproporcja pomiędzy mniejszą liczbą informacji o udzielaniu zamówienia w trybie z wolnej ręki publikowanych w BZP niż liczba uzyskiwanych decyzji Prezesa Urzędu, co wskazuje na to, iż o udzieleniu zamówień w tym trybie zamawiający nie informowali poprzez stosowną publikację ogłoszenia w BZP. Niemniej jednak zestawienie liczby udzielonych zamówień w obu trybach wskazuje, iż lata 2002-2003 były latami, w których wykonawcy mieli szeroki dostęp do zamówień publicznych.

W zakresie efektywności systemu zamówień publicznych można wskazać, iż sytuacja uległa polepszeniu. Zasadniczy wpływ na to miała przede wszystkim zmiana dotycząca zakazu kierowania się kryteriami podmiotowymi przy wyborze oferty najkorzystniejszej. W sposób wyraźny uległy polepszeniu wskaźniki dotyczące skali odrzucanych ofert (zwiększyła się liczba postępowań, w których nie odrzucono oferty) oraz wyboru ofert najtańszej.

Na uwagę zasługują również zmiany mające na celu odformalizowanie skracania terminu składania ofert w postępowaniach a więc rezygnacja z decyzji administracyjnej Prezesa Urzędu uprawniającej do skrócenia terminu.

Pomimo spadku liczby składanych ofert w przetargu wydaje się, iż liczba ta była porównywalna, a zmiany statystyczne w tym zakresie wynikały ze zmiany sposobu wypełniania formularzy polegające na wpisywaniu tylko i wyłącznie liczby ważnych ofert składanych w postępowaniu.

Nadal istotną bolączką systemu był bardzo wysoki wskaźnik unieważniania postępowań o zamówienie publiczne (25%), co uniemożliwia jednoznaczną pozytywną ocenę okresu lat 2002-2003 pod względem jego efektywności.

Efektem zmian roku 2001 była znacząca poprawa regulacji dotyczących przeciwdziałaniu korupcji. Wyeliminowanie możliwości posługiwania się kryteriami podmiotowymi przy wyborze oferty najkorzystniejszej, nałożenie obowiązku informowania wykonawcy o wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty, wprowadzenie jawności ofert oraz innych dokumentów w postępowaniu, jawność otwarcia ofert, sprecyzowanie przesłanek stosowania trybów negocjacji z zachowaniem konkurencji oraz wolnej ręki sprawia, iż w tym zakresie regulacje stały się wystarczające. W zasadniczej części rozwiązania te zostały następnie przejęte w nowej ustawie – Prawo zamówień publicznych.

3) Lata 2004-2006.

Na konkurencyjność postępowań i ich otwartość negatywnie wpłynęła nowa ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ze względu na podwyższenie progu, od którego zamawiający miał obowiązek publikować ogłoszenie o zamówieniu w BZP z 30 000 euro do 60 000 euro. Poniżej tej wartości zamawiający miał obowiązek zamieścić ogłoszenie o zamówieniu jedynie w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Spo-

wodowało to dość istotny spadek liczby ogłoszeń publikowanych i dostępnych wszystkim potencjalnie zainteresowanym wykonawcom.

Ponadto, podniesiono do 60 000 euro próg, od którego zachodził obowiązek uzyskania decyzji Prezesa Urzędu na zastosowanie trybu z wolnej ręki, co z kolei przyczyniło się do znaczącego wzrostu udzielania zamówień w trybie z wolnej ręki (25%). Niewątpliwie na wzrost liczby udzielanych zamówień w trybie z wolnej ręki wpływ miało również dopuszczenie swobodnego stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na świadczenie usług o charakterze „nieprioritetowym", a więc usług wskazanych w art. 5 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie ze względu na podniesienie progu, od którego zachodził obowiązek publikacji ogłoszenia w BZP o udzieleniu zamówienia nastąpił spadek liczby ogłoszeń o udzieleniu zamówienia w trybie wolnej ręki.

Trudno dokonać oceny pierwszego okresu obowiązywania ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie efektywności. Na skutek przyjętych zmian nie dysponujemy danymi dotyczącymi skali odrzucania ofert oraz unieważnianych postępowań.

Nie ulega jednak wątpliwości, iż sytuacja w zakresie unieważniania postępowań uległa dość istotnej poprawie na skutek przyjęcia rozwiązania, w którym złożenie jednej ważnej oferty umożliwia udzielenie zamówienia. Znikła więc jedna z podstawowych barier w efektywnym udzielaniu zamówienia, co niewątpliwie należy zaliczyć po stronie pozytywów nowej ustawy.

Niemniej jednak warto zwrócić uwagę na to, iż nowe zespoły arbitrów unieważniły w 2005 roku z urzędu aż 300 postępowań o zamówienie publiczne. Generalnie najpoważniejszą negatywną konsekwencją nowej ustawy Prawo zamówień publicznych była wymiana arbitrów oraz zmiany w zakresie środków ochrony prawnej a w szczególności wprowadzenie możliwości unieważniania postępowań o zamówienie publiczne przez arbitrów z urzędu oraz rozszerzenie stosowania środków do postępowań od wartości 6 000 euro (wcześniej od 30 000 euro).

Ponadto, do pozytywów zaliczyć należy wyższy wskaźnik udzielania zamówień wykonawcom, którzy złożyli oferty najtańsze oraz porównywalna liczba składanych ofert w postępowaniu. Spadek roku 2006 należy raczej tłumaczyć tym, iż zamówienia powyżej progów unijnych, a więc zamówienia cieszące się największym zainteresowaniem wykonawców, były publikowane od połowy roku wyłącznie w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich.

Jednoznacznie negatywnie należy ocenić znaczące wydłużenie terminów składania ofert w postępowaniach o zamówienie publiczne. Wprowadzenie terminu 52 dni na złożenie oferty bez jednoczesnej możliwości skrócenia tego terminu w sposób znaczący wydłużyło procedurę udzielenia zamówienia publicznego. Jednocześnie warte podkreślenia jest to, iż tak znaczące wydłużenie terminu nie wpłynęło na zwiększenie się liczby składanych ofert.

Jednocześnie, wprowadzenie szczególnych zasad poddawania kontroli postępowań o wartości powyżej 5 mln dla dostaw i usług oraz 10 mln euro dla robót budowlanych (obowiązek poddania kontroli uprzedniej postępowania, wyznaczanie obserwatora, orzeczenie sądu jako ostateczne rozstrzygnięcie protestu) sprawiły znaczące utrudnienia w zakresie udzielania zamówień o największej wartości.

W zakresie realizacji trzeciego z celów – przeciwdziałanie korupcji na uwagę i pozytywną ocenę zasługuje jednoznaczne określenie zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne jako jednej z podstawowych zasad. Powyższe rozwiązanie oraz przyjęcie większości z rozwiązań dotychczasowej ustawy o zamówieniach w tym zakresie, sprawiło, iż system w tym zakresie stał się kompletny.

4) Lata 2006-2008

Kolejne zmiany ustawy z roku 2006 i 2007 należy ocenić pozytywnie pod względem zmian dokonanych w zakresie dostępności wykonawców do zamówień o wartości poniżej progu 60 000 euro. Nałożenie obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu na portalu internetowym UZP a następnie w BZP należy ocenić jako pozytywne rozwiązanie gwarantujące wszystkim potencjalnym wykonawcom możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne.

Z drugiej jednak strony nowelizacja z 2006 roku całkowicie wyeliminowała decyzję Prezesa Urzędu na zatwierdzenie wyboru trybu zamówienia publicznego z wolnej ręki, co spowodowało wręcz lawinowy skok stosowania tego trybu przez zamawiających (16,06% w 2006 r. oraz 28,27% w roku 2007). Na tym etapie rozwoju systemu zamówień publicznych likwidacja decyzji Prezesa Urzędu była słuszna. Jako błąd jednak należy ocenić brak stworzenia odpowiedniego mechanizmu, który zastąpiłby nadzór Prezesa Urzędu nad stosowaniem trybów niekonkurencyjnych przez zamawiających. Obowiązek przekazywania zawiadomień Prezesowi Urzędu o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki powyżej progów unijnych właściwych dla dostaw i usług należy ocenić za niewystarczający.

W przypadku drugiego z celów – oszczędności i efektywności zamówień publicznych podstawową barierą w jednoznacznej ocenie badanego okresu jest brak danych dotyczących skali odrzucanych ofert, unieważnień postępowań oraz liczby składanych ofert w postępowaniach o wartościach powyżej progów unijnych. Uniemożliwia to dokonanie oceny oraz porównanie funkcjonowania całości systemu z latami ubiegłymi.

Dostępne wskaźniki wskazują jednak, iż przyjęte rozwiązania zmierzają w dobrym kierunku. Na uwagę zasługuje w szczególności istotne skrócenie czasu trwania postępowania o zamówienia publiczne, w szczególności o wartości poniżej progu unijnego. Pozytywnie również należy ocenić wysoki wskaźnik wyboru ofert najtańszych.

W zakresie realizacji trzeciego z celów nie doszło do istotnych zmian w zakresie norm zapobiegających korupcji.

IV. Stan obecny

Można uznać, iż normy przewidziane w ustawie są kompletne i wystarczające do realizacji ostatniego z celów – przeciwdziałania korupcji. Pomimo braku wielu istotnych danych dotyczących efektywności systemu zamówień publicznych wydaje się, iż można zaryzykować twierdzenie, iż jego efektywność jest w chwili obecnej satysfakcjonująca.

Powyższą tezę można oprzeć przede wszystkim na statystyce dotyczącej czasu niezbędnego do udzielenia zamówienia. Nie jest znany pełen efekt ostatniej nowelizacji ustawy, niemniej jednak należy zauważyć szczególną poprawę czasu trwania postępowań o największych wartościach, o czym świadczy szybki przebieg procedur związanych z budową stadionów na EURO 2012. Był to test na sprawność systemu zamówień publiczny, który został bardzo dobrze zdany.

Nie ulega wątpliwości, iż w chwili obecnej obserwowany jest wzrost liczby składanych ofert, co jest związane głównie z recesją gospodarczą. Niepokoją jednak niskie wskaźniki dotyczące postępowań poniżej progów unijnych.

Wydaje się, iż problem unieważnień postępowań ostatecznie przeszedł do lamusa na skutek przyjęcia ostatnich zmian dotyczących np. możliwości prostowania ogłoszeń o zamówieniu w pełnym zakresie czy też ograniczenia uprawnienia KIO do unieważniania postępowań z Urzędu.

Uelastycznienie zasad dotyczących odrzucania ofert należy uznać za zmiany w kierunku podwyższenia efektywności systemu zamówień publicznych. Cieszy wzrost wskaźników dotyczących wyboru oferty najtańszej, aczkolwiek obraz w tym zakresie jest niepełny ze względu, iż dane te oparte są tylko na ofertach niepodlegających odrzuceniu.

O ile realizacja dwóch powyższych celów wydaje się być satysfakcjonująca, o tyle dziś niepokój budzi realizacja pierwszego i najważniejszego celu a mianowicie niedyskryminacyjnego dostępu wykonawców do zamówień publicznych.

Dziś wprawdzie za wystarczające należy uznać rozwiązania dotyczące publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Gwarantują one wszystkim potencjalnie zainteresowanym wykonawcom dostęp do zamówienia publicznego od kwoty 14 000 euro. Dziś jednak najistotniejszym zagrożeniem systemowym jest nadużywanie trybów, w których brak jest publikacji ogłoszenia o zamówieniu (wolna ręka, negocjacje bez ogłoszenia, zapytanie o cenę).

Zagrożeniem dla tego dostępu jest na dziś brak skutecznego mechanizmu odstraszającego zamawiającego od stosowania trybów niekonkurencyjnych. Wprowadzenie jednoznacznego prawa wykonawcy do wnoszenia środków ochrony prawnej na tryby niekonkurencyjne dokonane w roku 2008 okazuje się niewystarczające ze względu na brak publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w tym trybie, uniemożliwiając potencjalnie zainteresowanemu wykonawcy powzięcie informacji o nieuprawnionym wszczęciu postępowania przez zamawiającego.

Wprawdzie w roku 2008 zanotowaliśmy dość istotne poprawienie wskaźników w stosunku do roku 2007, ale sytuację należy uznać za daleko niesatysfakcjonującą. Bez osiągnięcia pierwszego celu funkcjonowanie systemu zamówień publicznych będzie ułomne. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu realizuje, bowiem również dwa pozostałe cele – efektywności i ograniczanie patologii. Brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu ogranicza realizację celów ustawy i podważa jej istotę. W tym zakresie, ustawa o zamówieniach publicznych lepiej zabezpieczała w latach 1997-2003 realizację zasady niedyskryminującego dostępu wykonawcy do zamówienia publicznego niż obecnie funkcjonujące rozwiązania w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Stąd też, po wdrożeniu w latach 2006-2008 zmian mających na celu zwiększenie efektywności systemu zamówień publicznych nadszedł czas na wprowadzenie zmian umożliwiających większą otwartości i niedyskryminacyjny dostęp wykonawców do zamówień publicznych. Konieczne stworzenie sprawnego mechanizm nadzorującego stosowanie trybów niekonkurencyjnych, w którym obok organów kontroli właściwym i głównym weryfikatorem byłby wykonawca. Groźba skutecznego skorzystania ze środka odwoławczego a tym samym większe ryzyka związane ze wszczęciem postępowania niekonkurencyjnego niż konkurencyjnego powinny stworzyć skuteczną barierę dla zamawiającego przed nieuprawnionym stosowaniem procedur niekonkurencyjnych. Jednocześnie konieczne jest ograniczenie swobody zamawiających w stosowaniu trybów niekonkurencyjnych przy udzieleniu zamówień na usługi o charakterze niepriorytetowym oraz warta rozważenia jest dalsza celowość funkcjonowania trybu zapytania o cenę.

CZYNNIKI WARUNKUJĄCE SKUTECZNOŚĆ AUDYTU PROCEDUR UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Piotr Sołtyk
– doktorant Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

Każda gospodarka stanowi system, który cechuje się dużą złożonością, otwartością oraz występowaniem podmiotów, które są kreatorami zachodzących w nim zmian, a przede wszystkim życia gospodarczego[1].

Gospodarka finansowa jednostek sektora publicznego oparta jest na środkach publicznych, dlatego też dla zapewnienia racjonalnego gospodarowania groszem publicznym przy jednoczesnym osiąganiu założonych celów publicznych narażona jest na ryzyko ekonomiczne oraz na ryzyko finansowe. Prawidłowo prowadzona gospodarka łączy czynności polegające na racjonalnym uruchamianiu strumieni pieniężnych, gospodarowaniu mieniem, zaciąganiu zobowiązań oraz udzielaniu zamówień publicznych. Wszystkie jednostki sektora finansów publicznych, aby mogły efektywnie i racjonalnie gospodarować posiadanym zasobem pieniężnym są zmuszone do podejmowania ciągłych decyzji finansowych. Proces ten jest tożsamy z podejmowaniem różnego rodzaju ryzyka wynikającego głównie z braku skutecznych procedur kontroli finansowej. Zwłaszcza kwestie związane z systemem wydatkowania publicznych zasobów pieniężnych, w tym w szczególności kwestie związane z udzielaniem zamówień publicznych, dotacje udzielane z budżetu, inicjowanie nowych procesów inwestycyjno – gospodarczych są obarczone wysokim stopniem ryzyka dysfunkcji. Każda jednostka sektora finansów publicznych (JSFP) na podstawie przepisów ustawy z dnia 30 czerwca 2005r. o finansach publicznych[2] została zobowiązana do ustalenia pisemnych procedur kontroli finansowej, które mają dotyczyć procesów związanych z gromadzeniem i rozdysponowaniem środków publicznych, w tym również skutecznych procedur udzielania zamówień publicznych.

Ocena skuteczności i adekwatności ustanowionych procedur kontroli finansowej jest immanentną rolą nowoczesnego instrumentu nadzoru i ewaluacji gospodarki finansowej w sektorze publicznym – audytu wewnętrznego. Celem artykułu jest wskazanie czynników warunkujących skuteczność audytu procedur związanych z udzielaniem zamówień publicznych.

1. Pojęcie i cle audytu wewnętrznego w sektorze publicznym

Pojęcie audytu wewnętrznego w polskim nazewnictwie pojawiło się dopiero po koniec XX wieku i było wyłącznie kojarzone z weryfikacją sprawozdań finansowych i ksiąg rachunkowych. Pojęcie audyt pochodzi od łacińskiego słowa *audire*, co oznacza słuchać, przesłuchiwać, badać weryfikować. Natomiast w Wielkiej Encyklopedii PWN, audyt *(ang. auditing)* określany jest jako system rewizji sektora gospodarczego oraz doradztwa finansowego, realizowany przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje zawodowe. Potrzeba wprowadzenia i kreowania idei audytu wewnętrznego wynikła z faktu dysfunkcji mechanizmów kontroli wewnętrznej – procedur. Od dawna wiadomo, iż żaden system

[1] M. Dylewski.,B. Filipiak., M., Gorzałczyńska-Koczkodaj, Finanse samorządowe, narzędzia, decyzje, procesy, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2006, s.46.

[2] Art. 44 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2005 r. nr 249, poz. 2104 z późn zm.).

kontroli wewnętrznej, nawet najbardziej szczegółowo zaplanowany nie gwarantuje sprawnego funkcjonowania organizacji. Kontrola jest zawsze wtórna od stanów i faktów, trudno zatem od niej oczekiwać mocy przewidywania[3].

Nowelizacja przepisów wprowadzona ustawą z dnia 30 czerwca 2005r. o finansach publicznych prezentuje w art. 48 nową definicję audytu wewnętrznego. Zgodnie z tym przepisem obejmuje on m.in. niezależne badanie systemów zarządzania i kontroli w jednostce, w tym procedur kontroli finansowej, w wyniku którego kierownik jednostki uzyskuje obiektywną i niezależną ocenę adekwatności, efektywności i skuteczności tych systemów. Ocena wyrażona przez niezależny audyt powinna zapewnić w szczególności:

- zgodność prowadzonej działalności z przepisami prawa oraz obowiązującymi w jednostce procedurami wewnętrznymi;
- efektywność i gospodarność podejmowanych działań w ramach systemów zarządzania i kontroli;
- wiarygodność sprawozdania finansowego oraz sprawozdania z wykonania budżetu.

Audyt wewnętrzny obejmuje również czynności doradcze, w tym składanie wniosków, mających na celu usprawnienie funkcjonowania jednostki.

Odmienne pojecie audytu wewnętrznego prezentuje Instytut Audytorów Wewnętrznych IIA – *The institute of Internal Auditors*[4]. Zgodnie z definicją IIA „Audyt wewnętrzny jest niezależną, obiektywną działalnością o charakterze zapewniającym i doradczym, prowadzoną w celu wniesienia do organizacji wartości dodanej *(ang. add value)* i usprawnienia jej funkcjonowania. Audytor wewnętrzny wspiera organizacje w osiągnięciu wytyczonych celów poprzez systematyczne i konsekwentne działanie służące ocenie i poprawie efektywności zarządzania ryzykiem, systemami kontroli oraz procesów zarządzania organizacją. Ze wskazanej definicji IIA wynika, iż działalność audytu wewnętrznego nie jest ściśle nastawiona na wykrywanie samych nieprawidłowości, uchybień czy oszustw finansowych, wskazywanie osób winnych, którzy przyczynili się do powstania stanu odbiegającego od przyjętych kryteriów. Audyt będąc elementem nadzoru w organizacji, poprzez niezależne oceny wspomaga kierownictwo przedkładając rekomendacje wynikające ze słabości ustanowionych systemów zarządzania i kontroli.

Działalność audytu wewnętrznego powinna przyczynić się do przestrzegania przyjętych procedur wewnętrznych, w tym procedur udzielania zamówień publicznych. Rolą audytu jest również bieżące informowanie kierownictwa o stwierdzonych lukach, w zaprojektowanych i funkcjonujących systemach kontroli wewnętrznej. Audyt bez wątpienia musi zachować ścisłą współpracę z kierownictwem jednostki w inicjowaniu zmian w procedurach, obszarach narażonych na wysokie ryzyko nieprawidłowości. Funkcję tę realizuje prowadząc systematyczną ocenę systemów zarządzania i kontroli opartej na wynikach analizy ryzyka.

Zasadniczym celem audytu wewnętrznego jest więc wspieranie kadry kierowniczej wyższego szczebla w systemie zarządzania jednostką poprzez czuwanie nad prawidłowością i legalnością zachodzących w organizacji procesów ekonomiczno – finansowych. Ponadto do celów, jakie są stawiane przed nowoczesnym audytem wewnętrznym w sektorze finansów publicznych, możemy zaliczyć[5]:

- analiza skali ryzyka, przed którymi stoi dana organizacja oraz środowiska kontroli

[3] K. Winiarska, Audyt wewnętrzny w 2007 roku, Standardy międzynarodowe – regulacje krajowe, Difin, Warszawa 2007, s. 7.

[4] Instytut Audytorów Wewnętrznych IIA– *The institute of Internal Auditors* jest jednyną organizacją o zasięgu światowym zrzeszającą dyplomowanych audytorów wewnętrznych.

[5] *Podręcznik audytu wewnętrznego* opracowany przez Ministerstwo Finansów w 2003 r.

wewnętrznej, dla ustalenia programu audytu opartego na ocenie ryzyka oraz w szczególności ocena efektywności procesu zarządzania ryzykiem,
- składanie sprawozdań z poczynionych ustaleń oraz tam, gdzie to jest właściwe, przedstawianie uwag i wniosków dotyczących poprawy – zaleceń,
- wyrażenia opinii na temat skuteczności mechanizmów kontrolnych w badanym systemie,
- dostarczenie, w oparciu o ocenę systemu kontroli wewnętrznej, racjonalnego zapewnienia, że jednostka działa prawidłowo.

Aby zapewnić spełnienie podstawowego celu audytu wewnętrznego, polegającym na ewaluacji wdrożonych mechanizmów kontrolnych, służeniu poradą – usługi doradcze audytu, na potrzeby kierownictwa wyższego szczebla danej jednostki i wniesienie wartości dodanej (*ang. add value*), należy przyjąć szereg zasad i działania takich jak[6]:

– zapewnienie wysokiej jakości audytu,
– profesjonalizm audytorów,
– odpowiedzialność kierownictwa za system kontroli wewnętrznej,
– skuteczność i adekwatność procedur kontrolnych,
– ukierunkowanie podejścia na poprawę działania jednostki,
– wyznaczenia poziomu „istotności", a więc odpowiedzi na pytanie, czy wybór podmiotów objętych badaniem obejmuje wszystkie obszary o istotnym znaczeniu,
– zachowanie niezależności i obiektywizmu,
– swobodny obieg informacji,
– ustawiczne doskonalenie pracowników.

Zapewnienie powyższych elementów podczas przeprowadzania czynności audytorskich w znacznym stopniu przyczynia się do zachowania obiektywności i rzetelności audytorskiej, co niewątpliwie ma wpływ na funkcjonowanie całego systemu zamówień publicznych oraz efektywność i adekwatność procedur udzielania zamówień publicznych przez JSFP.

2. Istota i znaczenie procedur przetargowych

Jednostki sektora finansów publicznych na podstawie przepisów ustawy o finansach zostały zobligowane do opracowania i wdrożenia odpowiednich mechanizmów kontrolnych – wewnętrznych procedur, dostosowanych do specyfiki działania JSFP. Zgodnie ze słownikiem współczesnego język polskiego – procedura to zbiór norm określających jakieś działania lub postępowanie według tak określonych zasad[7]. Pojęcie procedury oznacza takie zorganizowanie przez kierownictwo procesów, systemów pracy, aby postępowanie pracowników było zgodne z obowiązującymi regulacjami prawa, jak również ze standardami kontroli finansowej określonymi w załączniku do Komunikatu Nr 13 Ministra Finansów z dnia 30 czerwca 2006 r. w sprawie standardów kontroli finansowej w jednostkach sektora finansów publicznych.[8] Projektowane procedury muszą być zgodne z przepisami ustawy o finansach publicznych, ustawy Prawo zamówień publicznych jak również wymogami określonymi zapisami ustawy o rachunkowości[9], wówczas to stanowią integralną część systemu kontroli wewnętrznej wymaganego w każdej jednostce sektora publicznego.

---

[6] *Podręcznik audytu wewnętrznego,…*

[7] Słownik Współczesnego Języka Polskiego, Wydawnictwo WILGA, Warszawa 2000, s.148.

[8] Dz. Urz. Min. Fin. Nr 3, poz. 13.

[9] Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2002 r. nr 76, poz. 694 z późn. zm.).

Procedury kontroli ustala w formie pisemnej kierownik jednostki, określając sposób realizacji kontroli dla wszystkich pracowników oraz procesów gospodarczych zachodzących w jednostce. Taki wewnętrzny system procedur kontrolnych ma podstawowe znaczenie w identyfikacji grożącego ryzyka, zapobieganiu oszustwom, defraudacji i innym dysfunkcjom. Owe procedury są niezbędne do uzyskania racjonalnego zapewnienia, iż założone cele są prawidłowo realizowane, przy kardynalnej zasadzie obowiązującej w systemie finansów publicznych tj. – minimalizacji kosztów przy jednoczesnym maksymalnym wzrostem uzyskiwanych efektów. Ponadto odpowiednio zaprojektowane i wdrożone procedury kontrolne są niezbędne do prawidłowego zapewnienia skuteczności wszystkich procesów ekonomiczno – finansowych zachodzących każdej jednostki sektora finansów publicznych.

Prawidłowo zaprojektowane procedury kontroli finansowej są niezbędne do zapewnienia, iż wydatki budżetowe są dokonywane w sposób celowy i oszczędny, umożliwiając terminową realizację zadań oraz że ponoszone są wysokościach i terminach wynikających ze wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Odpowiedzialność za przydatność i skuteczność procedur kontroli finansowej spoczywa zawsze na kierowniku organizacji, co podkreśliła w jednym ze sowich orzeczeń Głowna Komisja Orzekająca (GKO), która jednoznacznie stwierdziła iż „w zakresie sprawowania kontroli finansowej uprawnienia kierownika jednostki dotyczą ustalenia pisemnych procedur kontroli, prowadzenia kontroli w jednostce, delegowania niektórych obowiązków w zakresie kontroli finansowej pracownikom tej jednostki oraz podejmowania decyzji rozstrzygających”[10]. Dlatego prawnym obowiązkiem każdego kierownika – JSFP jest zapewnienie i poddawanie ciągłej weryfikacji oraz ocenie istniejących procedur kontrolnych, wykorzystując do tego celu m.in. funkcję audytu wewnętrznego. Według definicji INTOSAI– *International Organization of Supreme Audit Institutions*[11] kontrola finansowa jest elementem składowym wewnętrznej kontroli – *(internal control),* wykorzystywana jako nowoczesne narzędzie zarządzania organizacją.

Z punktu widzenia kryterium: legalności, celowości, gospodarności, rzetelności, jawności i przejrzystości wydatków publicznych, podstawowe znaczenie ma tryb ich dokonywania. Przepisy art. 35 ust. 4 ustawy o finansach publicznych nakładają na jednostki sektora finansów publicznych obowiązek zawierania umów na usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, tj. w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) oraz licznych aktów wykonawczych do tej ustawy. Ustalenie procedur udzielania zamówień publicznych w jednostce sektora finansów publicznych stanowi istotny element wewnętrznych mechanizmów kontrolnych i służy przede wszystkim do oceny, czy, zamawiający w całej procedurze udzielania zamówienia publicznego nie naruszył ustanowionych kryteriów wydatkowania środków publicznych. Kryteria tej oceny zostały jednoznacznie określone w regulacjach ustawy o finansach publicznych – gospodarność, celowość, efektywność, oraz w oparciu o analizę istniejących przepisów Prawo zamówień publicznych. Wymaga się, aby wewnętrzne procedury udzielania zamówień były oparte na następujących zasadach:

- powszechności;
- uczciwej konkurencji;
- równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne;
- bezstronności i obiektywizmu;
- jawności;
- zachowania formy pisemnej.

[10] Orzeczenie GKO z dnia 31 marca 2003 r., DF/GKO/Odw.-155/200-201/2002, LEX nr 80081.
[11] Międzynarodowa Organizacja Naczelnych Organów Kontroli/Audytu.

Znaczenie i rolę spójnego oraz transparentnego systemu zamówień publicznych, będącego właściwym gwarantem efektywności i racjonalizacji wydatków dokonywanych ze środków publicznych, niejednokrotnie podkreślała w uzasadnieniach wydawanych orzeczeniach GKO i tak np. w jednym ze swoich orzeczeń GKO podkreśliła, iż „system zamówień publicznych służyć ma racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych, przeciwdziałaniu korupcji oraz równemu traktowaniu dostawców i wykonawców, przez stworzenie warunków uczciwej konkurencji w trakcie ubiegania się o zamówienie publiczne. Z tych przyczyn istotne jest rygorystyczne stosowanie postanowień ustawy przez podmioty wydatkujące środki publiczne w ramach procedur zamówień publicznych. Nawet nieznaczne czasami uchybienia, z punktu widzenia zamawiającego, mogą okazać się ważącymi na wynik postępowania i nie mogą być w żaden sposób minimalizowane”[12].

3. Postulowane czynniki procedur udzielania zamówień publicznych

Z przepisów art. 47 ust. 3 ustawy o finansach publicznych wynika, iż badanie i porównywanie stanu faktycznego ze stanem wymaganym w zakresie dotyczącym m.in. udzielania zamówień publicznych – dokonywane jest w oparciu o procedury ustalone w formie pisemnej. Standardy kontroli finansowej zalecają stosowanie jednolitego wzorca przy opracowywaniu procedur udzielania zamówień publicznych warunkując w ten sposób ich adekwatność, potrzeby jednostki lub zmieniające się warunki prawne, organizacyjne, ekonomiczno – finansowe. Czynniki warunkujące skuteczność procedur udzielania zamówień publicznych można podzielić na dwie zasadnicze grupy.

Pierwszą stanowią ustanowione mechanizmy kontroli finansowej, które spełniają swoją rolę, jeżeli oparte są na takich elementach jak: środowisko systemu kontroli finansowej, zarządzanie ryzykiem, informacja i komunikacja, mechanizmy systemu kontroli finansowej. Są to elementarne czynniki warunkujące adekwatność i skuteczność ustanowionych procedur udzielania zamówień publicznych przez każdą jednostkę sektora finansów publicznych.

Do drugiej grupy należą czynniki typowo związane z funkcjonowaniem całego systemu oceny i weryfikacji ustanowionych procedur, a więc skuteczność działania instytucji audytu wewnętrznego. Prace audytu wewnętrznego w toku oceny procedur zamówień publicznych powinny być oparte na powszechnie obowiązujących Standardach Profesjonalnej Praktyki Zawodowej Audytu Wewnętrznego. Są to zasadnicze standardy praktyki audytu – atrybutów (standard nr 1110, nr 1110) związane z szeroko pojmowaną niezależnością organizacyjną i operacyjną audytu wewnętrznego. Skuteczność procedur udzielania zamówień publicznych wymaga, aby były ściśle związane z bieżącą działalnością jednostki tj. stanowiły część codziennych zadań wykonywanych przez pracowników na wszystkich szczeblach organizacyjnych. Istotnym elementem warunkującym skuteczność procedur zamówień publicznych jest środowisko wewnętrzne uznawane za fundament pozostałych elementów mechanizmów kontrolnych. Środowisko wewnętrzne dotyczy całego systemu zarządzania jednostką jej organizacji i w sposób zasadniczy determinuje jakość kontroli finansowej w organizacji. Do wybranych czynników mających wpływ na środowisko wewnętrzne należy zaliczyć: strukturę organizacyjną, identyfikację zadań wrażliwych, kompetencje zawodowe, powierzanie uprawnień.

Struktura organizacyjna powinna umożliwić przejrzysty podział kompetencji i odpowiedzialności na wszystkich etapach przyjętych procedur udzielania zamówień publicznych. Ważne jest, aby w przypadku gdy dwie z niżej wymienionych funkcji będą umiejsco-

[12] Orzeczenie GKO z dnia 13 lutego 2003 r., DF/GKO/Odw.-134/170-171/2002, LEX Nr 80068.

wione w jednej jednostce, zapewnić ich rozdział, zarówno pod względem organizacyjnym, jak i osobowym.

- autoryzacja – zatwierdzanie płatności i ich kontrola; celem tej funkcji jest ustalenie poprzez kontrole administracyjne i na miejscu, czy kwoty, które mają zostać wypłacone wykonawcy – beneficjentowi, są zgodne z umową, planem finansowym, przepisami prawa itp.
- dokonywanie płatności; celem tej funkcji jest wypłata zatwierdzonej kwoty uprawnionemu tj. wykonawcy wybranemu w trybach i na zasadach zamówień publicznych – beneficjentowi zamówienia publicznego.
- księgowanie płatności; celem tej funkcji jest bieżące ujmowanie w urządzeniach księgowych wszystkich płatności dotyczących udzielonych zamówień publicznych w oparciu o zasady wynikające z ustawy o rachunkowości.

Identyfikacja zadań wrażliwych w procedurach zamówień publicznych ma na celu zapewnić, czy zostały zidentyfikowane zadania, przy wykonaniu których pracownicy mogą być szczególnie podatni na wpływy szkodliwe dla gospodarki finansowej lub wizerunku jednostki. Celem działań audytu wewnętrznego jest potwierdzenie adekwatność procedury a w przypadku jej słabości rekomendowanie odpowiednich środków zaradczych. Ponadto wymagane jest zestawienie zadań wrażliwych w formie pisemnej i zapoznanie z nimi pracowników. Kompetencje zawodowe umożliwiają realizację poszczególnych postępowań przetargowych wyłącznie przez pracowników posiadających taki poziom wiedzy, umiejętności i doświadczenia, który pozwala im skutecznie i efektywnie wypełnić powierzone zadania i obowiązki. Wewnętrzne procedury winny zawierać szczegółowy opis postępowania dotyczącego zatrudniania pracowników, który zapewnia wybór najlepszego kandydata na dane stanowisko pracy. Powierzanie uprawnień – procedury zamówień publicznych są tylko wtedy skuteczne, gdy zostaną zapewnione zakresy uprawnień poszczególnym pracownikom oraz jednocześnie zostaną precyzyjnie określone wagi podejmowania decyzji i autoryzacji. Dla transparentności i adekwatności procedur udzielania zamówień publicznych wymaga się, aby przyjęcie uprawnień było potwierdzone podpisem pracownika.

Umiejętne zarządzanie ryzykiem *(ang. risk management)* w obecnym czasie dla jednostek sektora finansów publicznych to kwestia kluczowa. Dlatego kolejna grupa czynników warunkujących skuteczność procedur zamówień publicznych związana jest z zarządzaniem ryzykiem. Proces ten jest wynikiem debaty dotyczącej *governance* – ładu organizacyjnego, która odgrywa szczególną rolę w ciągu ostatniego dziesięciolecia. Definicja ryzyka odnosząca się bezpośrednio do sektora finansów publicznych została określona w Glosariuszu Międzynarodowych Standardów Profesjonalnej Praktyki Audytu Wewnętrznego, gdzie określono, iż pojęcie ryzyko należy rozumieć jako możliwość zaistnienia zdarzenia, które będzie miało negatywny lub pozytywny wpływ na realizację założonych celów[13]. Etymologia słowa ryzyko wywodzi się z języka włoskiego, gdzie *„risicare”* w dosłownym tłumaczeniu oznacza „odważyć się”. Natomiast według słownika współczesnego języka polskiego pojęcie ryzyko oznacza możliwość niepowodzenia, porażki, straty, przedsięwzięcie, którego wynik jest niepewny lub wątpliwy[14]. Wśród tej grupy czynników dla efektywności procedur zamówień publicznych najważniejsze znaczenie mają takie elementy jak: identyfikacja ryzyka, oraz analiza ryzyka.

Identyfikacja obszarów ryzyka – procesów lub problemów wymagających przepro-

[13] Międzynarodowe Standardy Profesjonalnej Praktyki Audytu Wewnętrznego – *The Institute of Internal Audirors,* Komunikat nr 11 Ministra Finansów z dnia 26 czerwca 2006 r. w sprawie standardów audytu wewnętrznego w jednostkach sektora finansów publicznych (Dz. Urz. nr 7, poz. 56.).

[14] Słownik Współczesnego Języka Polskiego, Wydawnictwo WILGA, Warszawa 2000, s. 283.

wadzenia zadania audytowego ma na celu wskazanie tych obszarów działania jednostki, które są narażone na największe ryzyko. Ryzyko nie może być mierzone, ocenione ani efektywnie zarządzane, dopóki nie zostanie jednoznacznie zidentyfikowane. Zadaniem kierownictwa jest przeprowadzenie łącznie z udziałem audytora wewnętrznego identyfikacji czynników ryzyka, na które narażona jest organizacja według własnej profesjonalnej oceny obszarów ryzyka. Dla skuteczności procedur przetargowych zaleca się, aby identyfikacja ryzyka była dokonywana systematycznie, nie rzadziej niż raz w roku, obejmując czynniki ryzyka egzogenicznego i endogenicznego. W przypadku wprowadzenia nowych procedur lub istotnej zmiany warunków, w których funkcjonuje jednostka, identyfikacja ryzyka powinna być ponawiana.

Istotnym aspektem w procesie zarządzania ryzykiem jest jego analiza ryzyka *(ang. risk analysis)*. Analiza ryzyka w audycie procedur udzielania zamówień spełnia wiele funkcji. Głównie ma ona na celu określenie możliwych skutków i prawdopodobieństwa wystąpienia czynników ryzyka w danej organizacji. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż analiza ryzyka jest procesem mającym na celu gromadzenie i ocenę profesjonalnych osądów na temat negatywnych sytuacji lub zjawisk mogących wystąpić w obszarze działalności organizacji[15]. Etapem końcowym analizy powinna być wypracowana reakcja na zidentyfikowane ryzyko, tj. przeniesienie, wycofanie się lub podjęcie decyzji o tolerowaniu ryzyka. Kierownik jednostki lub upoważnieni pracownicy określają akceptowany poziom ryzyka, który jest później przedmiotem dalszej oceny.

Procedury dotyczące zamówień publicznych powinny być udostępnione wszystkim pracownikom jednostki w szczególności tym związanym z przygotowywaniem procedur przetargowych. Jest to wymóg standardów kontroli finansowej w obszarze informacji i komunikacji. System komunikacji powinien umożliwiać przepływ potrzebnych informacji wewnątrz jednostki, zarówno w kierunku pionowym jak i poziomym. System efektywny to taki, który zapewnia nie tylko przepływ informacji, ale także ich właściwe zrozumienie przez odbiorców.

Dla działalności audytu procedur udzielania zamówień publicznych istotnymi czynnikami ryzyka są następujące elementy takie jak: bieżąca informacja, komunikacja wewnętrzna i zewnętrzna. Audytor wewnętrzny uznaje procedury za efektywne i adekwatne, jeżeli kierownictwo komórek organizacyjnych oraz pracownicy otrzymują w odpowiedniej formie i czasie właściwe i rzetelne informacje potrzebne do wypełnienia obowiązków służbowych. Ponadto wymaga się, aby system komunikacji wewnętrznej zapewniał skuteczne mechanizmy przekazywania ważnych informacji w obrębie struktury organizacyjnej. Udzielanie zamówień publicznych związane jest z utrzymywaniem bieżących kontaktów z oferentami – przyszłymi beneficjentami zamówień. Tak więc ewaluacji poddawany jest także system komunikacji zewnętrznej z podmiotami zewnętrznymi, które mogą mieć znaczący wpływ na osiąganie celów jednostki lub wydatkowania środków publicznych.

Działalność audytu wewnętrznego w sektorze publicznym w dużej mierze obejmuje ocenę efektywności systemu kontroli wewnętrznej, zarządzania ryzykiem oraz sposobu zarządzania jednostką. Celami audytu jest wiec wyrażenie opinii na temat skuteczności ustanowionych mechanizmów kontrolnych w badanych systemach. Dla skuteczności i adekwatności procedur udzielania zamówień podstawowe znaczenie mają mechanizmy kontroli finansowej, które powinny być odpowiednio dostosowane do specyfiki działania jednostki. Tak wiec w każdej procedurze zamówień publicznych powinny być ściśle określone takie czynniki kontroli finansowej, jak: dokumentowanie i rejestrowanie, za-

[15] K. Czerwiński, Analiza ryzyka w audycie wewnętrznym, Wydawnictwo LINK, Szczecin 2003, s.101.

twierdzenie operacji, podział obowiązków i rejestrowanie odstępstw. Dokumentowanie i rejestrowanie operacji finansowych i gospodarczych ma na celu – w sposób rzetelny, łatwo dostępny, transparentny – prześledzenie każdej operacji finansowej, gospodarczej od samego początku, w trakcie trwania i po zakończeniu. Istotnym mechanizmem kontrolnym w procedurach przetargowych jest autoryzacja – zatwierdzanie operacji finansowych lub gospodarczych. Istotą tego mechanizmu jest zatwierdzanie operacji przed ich realizacją wyłącznie przez kierownika jednostki lub upoważnionych przez niego pracowników. Każda procedura przetargowa powinna zawierać opis mechanizmów kontrolnych w zakresie rozdzielenia wykonywanych obowiązków. Celem tych mechanizmów kontrolnych jest zapewnienie rozdzielania zadań pomiędzy różnych pracowników, z uwzględnieniem obowiązków i odpowiedzialności w zakresie zatwierdzania, realizacji i rejestrowania – księgowania operacji finansowych i gospodarczych. Zestawienie obowiązków wymagających rozdzielenia powinno funkcjonować; wymaga się, aby było sformułowane i przekazane wszystkim pracownikom na piśmie. Do innych czynników warunkujących skuteczność procedur zamówień publicznych należy ustanowienie mechanizmu kontrolnego polegającego na rejestrowaniu wszelkich odstępstw od przyjętych procedur, instrukcji, regulaminów lub wytycznych. Każda procedura wewnętrzna staje się tylko wtedy adekwatna i efektywna, jeżeli wprowadzony jest mechanizm identyfikacji i rejestracji wszelkich odstępstw od przyjętych kryteriów.

Do pozostałych, ale równie istotnych czynników, mających wpływ na skuteczność wewnętrznych procedur udzielania zamówień publicznych, należą czynniki bezpośrednio związane z działalnością audyt wewnętrznego. Niezależność audytu wewnętrznego w jednostkach sektora finansów publicznych to zasadniczy element świadczący o jego pozycji w organizacji oraz skuteczności działania. Niezależności audytu wewnętrznego w sektorze publicznym winna być zapewniona zarówno w sferze organizacyjnej, jak również na poziomie operacyjnym. Ten zasadniczy atut audytu został podkreślony w przepisach ustawy o finansach publicznych, jak również w Międzynarodowych Standardach Profesjonalnej Praktyki Audytu Wewnętrznego. Z dyspozycji zawartych w regulacjach prawa i standardach zawodowych jednoznacznie wynika, iż działalność audytu wewnętrznego musi być niezależna, a audytorzy wewnętrzni muszą zachować obiektywizm podczas wykonywania swojej pracy. Niezależność audytu można zdefiniować jako brak warunków i innych czynników zagrażających możliwości rzetelnego i bezstronnego świadczenia usług audytorskich lub brak warunków umożliwiających wykonywanie obowiązków w zakresie zarządzania komórką audytu wewnętrznego.

Podsumowanie

Od kilku lat w sektorze finansów publicznych działa nowy instrument w systemie kontroli i ochrony środków publicznych w postaci instytucji audytu wewnętrznego. Wzorem krajów anglosaskich o bogatym doświadczeniu w funkcjonowaniu audytu wewnętrznego, działalność audytu w sektorze finansów publicznych powinna być ukierunkowana głównie w stronę doradztwa oraz diagnozowania tych obszarów działalności, gdzie ryzyko wystąpienia nieprawidłowości jest największe, wnosząc w ten sposób do jednostki wartość dodaną *(ang. add value).* Decydenci jednostek sektora finansów publicznych muszą mieć pewność, że ustanowione procedury zamówień publicznych istnieją, a co najważniejsze właściwie funkcjonują, eliminując w ten sposób ryzyko wystąpienia nieprawidłowości. Występujące dysfunkcje w mechanizmach kontrolnych są istotnym czynnikiem mającym wpływ na prawidłową realizację ustawowo wyznaczonych zadań publicznych lub pojawienie się tak istotnego w obecnym czasie dla jednostek finansów publicznych ryzyka utraty środków publicznych lub reputacji.

DZIAŁANIE KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ Z URZĘDU W SPRAWIE WSPÓLNOTOWEJ

Aleksandra Sołtysińska
– doktor, adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie

W trakcie postępowania prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą strony mogą powoływać się na przepisy prawa wspólnotowego w celu skorzystania z przyznanych im uprawnień, zwracać się o dokonanie wykładni prowspólnotowej lub zastosowanie zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego. Poza aktywnością procesową stron pozostaje natomiast zagadnienie dopuszczalności podnoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą z urzędu – z własnej inicjatywy - zarzutu opartego na prawie wspólnotowym.

Prawo wspólnotowe zasadniczo nie wprowadza norm procesowych, w oparciu o które sądy krajowe[1] mogłyby stosować materialne prawo wspólnotowe – do wyjątków należą między innymi postanowienia zawarte w dyrektywach Rady 89/665[2] i 92/13[3] koordynujących krajowe przepisy i regulacje administracyjne dotyczące stosowania procedur odwoławczych w udzielaniu zamówień publicznych.[4] Wspomniane dyrektywy ustanawiają jednak tylko pewne minimum warunków, które muszą być spełnione przez krajowe procedury odwoławcze. W przypadku braku szczególnych regulacji wynikających z dyrektyw kompetencja odnośnie kształtu procedur odwoławczych należy do ustawodawcy krajowego. Autonomia procesowa sądów krajowych doznaje jednak ograniczeń nie tylko z powodu potencjalnej możliwości przyjęcia przez Wspólnotę Europejską własnych przepisów proceduralnych, ale również z uwagi na konieczność stosowania zasad ekwiwalentności (równoważności) i efektywności (skuteczności).[5] Pojęcie norm procesowych w tym kontekście obejmuje wszelkie normy związane z dochodzeniem roszczeń – przepisy procesowe w rozumieniu prawa polskiego dotyczące np. terminów oraz przepisy o charakterze materialnym określające np. przesłanki roszczeń odszkodowawczych.[6]

Zasada ekwiwalentności oznacza, że środki prawne dostępne dla zapewnienia przestrzegania prawa krajowego muszą być udostępnione na takich samych zasadach dla zapewnienia przestrzegania prawa wspólnotowego. Zasada efektywności gwarantuje natomiast, że stosowanie przepisów krajowych nie może utrudniać lub praktycznie uniemożliwiać dochodzenia praw wspólnotowych. Przykładowo przepisy procesowe dotyczące terminów do wnoszenia środków odwoławczych i skutków ich niezachowania są zgodne z regułą ekwiwalentności, jeśli na takich samych zasadach

[1] W rozumieniu prawa wspólnotowego Krajową Izbę Odwoławczą można traktować dla celów problematyki podnoszonej w niniejszym artykule jako swojego rodzaju „sąd krajowy" tym bardziej, że z uwagi na jej organizację i posiadane kompetencje jest ona „sądem" w rozumieniu art. 234 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

[2] Dz.U. WE, L 295/89.

[3] Dz.U. WE, L 76/92.

[4] Zmienione dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE, Dz.U. UE, L 335/31.

[5] J. Engström, *National Courts' Obligation do Apply Community Law ex Officio – The Court Showing New Respect for Party Autonomy and National Procedural Autonomy* (w) Review of European Administrative Law, 2008/1, s. 68.

[6] W. Postulski, *Sądy państw członkowskich jako sądy wspólnotowe* (w) *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Biblioteka Sądowa, Zakamycze 2005, s. 462, S. Biernat, *Zasada efektywności prawa wspólnotowego w orzecznictwie ETS* (w) *Studia z prawa Unii Europejskiej*, red. S. Biernat, Kraków 2000, s. 67.

dotyczą roszczeń opartych na prawie krajowym, jak i roszczeń opartych na prawie wspólnotowym.[7]

Zważywszy, że to ustawodawca krajowy w zasadniczej mierze jest twórcą norm procesowych, jednym z ciekawszych zagadnień jest uprawnienie sądu krajowego do stosowania prawa wspólnotowego z urzędu, a nie jedynie na wniosek stron postępowania. Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie wypowiadał się na temat dopuszczalności podnoszenia zarzutów opartych na prawie wspólnotowym z urzędu, lecz udzielane sądom krajowym odpowiedzi były najczęściej osadzone w realiach konkretnej sprawy.

Bardziej ogólną wskazówkę odnośnie stosowania prawa wspólnotowego z urzędu można natomiast wywieść ze sprawy *Van Schijndel*.[8] Trybunał stwierdził, że prawo wspólnotowe nie zobowiązuje sądów krajowych, by rozpatrywały z urzędu zarzuty naruszenia przepisów wspólnotowych, jeżeli analiza takiego zarzutu zmuszałaby je do wyjścia poza granice przedmiotu sporu określonego przez strony, a w konsekwencji do porzucenia swojej pasywnej roli w procesie – jeśli jednak sądy krajowe są zobowiązane lub uprawnione na podstawie prawa krajowego do badania z urzędu zarzutów naruszenia wiążącego przepisu prawa krajowego, to będą również zobowiązane do badania z urzędu zarzutów naruszenia wiążącego przepisu prawa wspólnotowego.

Podobne stanowisko zajął Trybunał w sprawie *Van der Weerd*.[9] Holenderska ustawa o postępowaniu sądowo-administracyjnym stanowiła, iż sąd rozstrzyga sprawę będąc związany zarzutami i wnioskami, które zostały mu przedstawione. Zarzuty dotyczące naruszenia prawa mogą być przez sąd uzupełnione z urzędu, co jednak oznacza, że sąd może ustalić podstawę prawną dla zarzutów, które skarżący podniósł samodzielnie. Trafnie wskazuje się w literaturze, że zgodnie z prawem holenderskim sąd nie miał uprawnień do „stworzenia" nowych zarzutów, tylko do „uzupełnienia co do prawa" zarzutów podnoszonych przez strony. Przenosząc rozważania na grunt polskiej teorii prawa, można uznać, że sąd krajowy miał uprawnienie do ustalenia źródeł rekonstrukcji normatywnej podstawy decyzji.[10] W omawianej sprawie *Van der Weerd* sąd krajowy powziął wątpliwość, czy krajowe przepisy proceduralne nie czynią praktycznie niemożliwym lub nadmiernie trudnym wykonywanie praw przyznanych przez prawo wspólnotowe, skoro sąd nie ma obowiązku dokonania z urzędu kontroli zgodności ze stosowną dyrektywą aktu administracyjnego wydanego przez dyrektora krajowej inspekcji bydła i mięsa, a stwierdzającego zarażenie pryszczycą. Wątpliwość sądu krajowego wynikała z faktu, iż w innych analogicznych sprawach zgodność z prawem podobnych decyzji została podważona za pomocą zarzutów odnoszących się do prawa wspólnotowego, które to zarzuty nie zostały podniesione przez skarżących w rozpatrywanej sprawie, a sąd krajowy, będąc związany zarzutami, nie mógł tego uwzględnić z urzędu.

Powołując się na dotychczasowy dorobek orzeczniczy Trybunał podkreślił, że zasada autonomii proceduralnej doznaje ograniczeń związanych z zasadą równoważności i zasadą skuteczności. Analizując przedstawioną mu sprawę Trybunał uznał, iż odpowiedź na pytanie, czy przepis krajowy powoduje niemożność lub nadmierną trudność w stosowaniu prawa wspólnotowego musi uwzględniać miejsce tego przepisu w całym postępowaniu, przy

[7] Por. sprawa C-33/76 *Rewe-Zentralfinanz*, ECR 1976, s. 1989.

[8] Sprawy połączone: C-430/93 i C-431/93 *Van Schijndel i Van Veen v. SPF*, ECR 1995, s. I-4705.

[9] Sprawy połączone: C-222/05, C-223/05, C-224/05 i C-225/05 *Van der Weerd oraz inne*, ECR 2007, s. I-04233.

[10] M. Domańska, *Działanie sądu z urzędu w sprawie wspólnotowej – omówienie wyroku ETS z 7.06.2007 r. w połączonych sprawach: od C-222/05 do C-225/05* (w) Europejski Przegląd Sądowy, czerwiec 2008, s. 55 oraz powołana tam literatura: L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa,* Warszawa 2004.

uwzględnieniu zasad stanowiących podstawę krajowego systemu sądowego: zasada prawa do obrony, zasada pewności prawa oraz zasada prawidłowego przebiegu postępowania. Ograniczenie uprawnień sądu krajowego wynikało w sprawie *Van der Weerd* z zasady, zgodnie z którą inicjatywa procesowa należy przede wszystkim do stron postępowania. Zasada skuteczności nie wymaga, by sąd miał obowiązek podniesienia z urzędu zarzutów opartych na prawie wspólnotowym, jeśli tylko strony mają rzeczywistą możliwość podniesienia przed sądem krajowym zarzutu mającego podstawy w prawie wspólnotowym. Orzeczenia w sprawach *Van Schijndel i Van der Weerd* mogą być postrzegane jako ograniczenie przez Trybunał interwencji w autonomię proceduralną państw członkowskich.[11]

Należy zgodzić się z poglądem, że problematyka obowiązku sądu krajowego do podnoszenia z urzędu zarzutów opartych na prawie wspólnotowym powinna być rozpatrywana *ad casum*.[12] Analizując dotychczasowe orzecznictwo Trybunału można spostrzec, że charakterystyczne okoliczności danej sprawy, rodzaj postępowania (cywilne lub administracyjne), jak również konieczność zapewnienie ochrony „słabszej" stronie, zwłaszcza konsumentom, skłaniają Trybunał do nakładania na sąd krajowy obowiązku stosowania prawa wspólnotowego z urzędu również w przypadkach, gdy brak jest takiej podstawy w prawie krajowym.[13] Orzecznictwo Trybunału nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, w jakich przypadkach sądy krajowe powinny działać z urzędu, aby zapewnić efektywność prawa wspólnotowego. Taka decyzja będzie wynikiem porównania w konkretnej sprawie szeregu interesów – z jednej strony zasad leżących u podstaw tworzenia krajowych norm procesowych, a z drugiej strony wymogów wynikających z zasad równoważności i skuteczności prawa wspólnotowego. W tym kontekście należy przyjąć konkluzję z wyroku w sprawie *Peterbroeck*[14] o niedopuszczalności stosowania przepisu krajowego, którego skutkiem jest zakazanie sądowi krajowemu rozważania z własnej inicjatywy, czy przepisy prawa krajowego są zgodne z przepisami prawa wspólnotowego.

Jedna ze spraw rozpatrywanych przez Trybunał odnosiła się do zakresu działania sądu z urzędu również w sprawie dotyczącej zamówień publicznych.[15] Zgodnie z prawem austriackim, po udzieleniu zamówienia, sąd krajowy miał jedynie uprawnienie do stwierdzenia, czy kwestionowane przez jednostkę naruszenie istnieje, czy też nie. Taka deklaracja umożliwiała uczestnikowi postępowania przetargowego wniesienie powództwa o zasądzenia odszkodowania. W sprawie *GAT* uczestnik postępowania przetargowego kwestionował jedynie legalność decyzji zamawiającego o udzieleniu zamówienia, gdy tymczasem już wcześniejsze decyzje odnośnie sposobu sformułowania kryteriów kwalifikacji i wyboru oferty były niezgodne z prawem zamówień publicznych, co skutkowało nieważnością całego postępowania. Sąd krajowy powziął wątpliwość dotyczącą możliwości stwierdzenia z urzędu bezprawności wcześniej podjętych decyzji zamawiającego.

Trybunał uznał, że przepisy dyrektywy 89/665 nie zawierają żadnych wskazówek odnośnie uprawnienia sądu do działania z urzędu, co oznacza, że to przepisy krajowe powinny określać, czy i w jakich warunkach sąd krajowy może podnieść z urzędu kwestię bezprawności decyzji zamawiającego, która nie została zawarta w zarzutach skarżącego. W ocenie Trybunału nie może być mowy o niezgodności z celem dyrektywy 89/665, jeśli sąd krajowy z urzędu podniesie zarzut bezprawności decyzji zamawiającego podjętej w trakcie przetargu, bez oczekiwania na inicjatywę stron w tym zakresie. Wymóg, by obie

[11] D. Miąsik, *Zasada efektywności prawa wspólnotowego* (w) *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, s. 336-337.

[12] M. Domańska, *Działanie sądu z urzędu…*, s. 54.

[13] Sprawa C-168/05 *Elisa Maria Mostaza Claro*, ECR 2006, s. I-10421, sprawy połączone: C-240/98-C-244/98 *Eco Swiss*, ECR 1999, s. I-3055.

[14] Sprawa C-312/93 *Peterbroeck*, ECR 1995, s. I-4599.

[15] Sprawa C-315/01 *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)*, ECR 2003, s. I-6351.

strony były wysłuchane w trakcie takiej procedury, nie oznacza, że sąd nie ma uprawnień do podnoszenia pewnych zarzutów z urzędu, a prowadzi jedynie do nałożenia na sąd obowiązku wysłuchania stanowiska obu stron. Dyrektywa 89/665 nie wyklucza, by sąd krajowy prowadzący postępowanie zainicjowane przez uczestnika przetargu w celu uzyskania deklaracji o bezprawności decyzji o udzieleniu zamówienia, niezbędnej dla uzyskania odszkodowania, podniósł z urzędu zarzut bezprawności decyzji zamawiającego innej niż ta kwestionowana przez stronę. Sąd nie może oddalić wniosku skarżącego na tej podstawie, że z powodu bezprawności stwierdzonej z urzędu postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i tak byłoby nieważne, a naruszenie interesu skarżącego nastąpiłoby również w przypadku niewydania decyzji przez niego kwestionowanej. Dyrektywa 89/665 dotyczy możliwości weryfikacji każdej decyzji zamawiającego niezależnie od jej rodzaju, a wśród środków ochronnych przez nią przewidzianych znajduje się również roszczenie odszkodowawcze.

Podsumowując, należy przyjąć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, w braku stosownych uregulowań wspólnotowych, właściwymi przepisami procesowymi, służącymi ochronie wynikających z prawa wspólnotowego praw jednostek, są – zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej państw członkowskich – przepisy krajowe, pod warunkiem, że nie są one mniej korzystne od uregulowań dotyczących podobnych sytuacji o charakterze wewnętrznym oraz nie powodują, iż korzystanie z uprawnień wynikających z prawa wspólnotowego staje się w praktyce niemożliwe lub nadmiernie utrudnione.

Przechodząc do analizy przepisów prawa polskiego, należy stwierdzić, że do postępowania odwoławczego prowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą stosuje się odpowiednio przepisy k.p.c. o sądzie polubownym, jeśli ustawa Prawo zamówień publicznych[16] nie stanowi inaczej. Artykuł 191 ust. 3 ustawy Pzp wprowadza szczególną regulację, zgodnie z którą Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Podobne unormowanie wprowadził polski ustawodawca odnośnie kompetencji sądu okręgowego rozpoznającego skargę wniesioną na orzeczenie Izby – art. 198 ust. 4 ustawy Pzp przewiduje, że sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem protestu. Z powołanych przepisów wynika, iż przedmiot rozstrzyganej sprawy zostaje określony już na etapie wnoszenia protestu, a Krajowa Izba Odwoławcza, a później sąd okręgowy nie mogą orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione przez odwołującego się.

Dla określenia obowiązku podnoszenia z urzędu naruszenia prawa wspólnotowego konieczne jest określenie pojęcia „zarzutu" w rozumieniu przytoczonych przepisów. Zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście jest pojmowany w literaturze jako nakaz orzekania w zakresie żądania strony odwołującej, a tym samym zaniechanie orzekania w zakresie czynności zamawiającego, która nie została zaskarżona protestem.[17] W literaturze spotkamy się również z innym poglądem, że organ orzekający nie może uwzględniać naruszeń prawa ujawnionych w toku postępowania odwoławczego, które nie były przedmiotem zarzutów, niezależnie od tego, czy zarzuty będą tutaj rozumiane jako argumenty popierające zasadność żądania i pojawią się dopiero na etapie odwołania lub skargi, czy też zostały podane już w proteście.[18] Wydaje się jednak, że nie sposób zakazać odwołującemu się poszerzania w odwołaniu i na rozprawie zakresu argumentów na rzecz zasadności żądania w stosunku do argumentacji podanej w proteście, skoro ustawa Pzp

[16] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami); dalej w tekście jako ustawa Pzp.

[17] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Zakamycze 2005, s. 642.

[18] Por. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 414.

wyraźnie rozróżnia „zarzuty" i okoliczności prawne uzasadniające wniesienie protestu.[19] Zakres pojęcia „zarzutu" powinien odnosić się w pierwszej kolejności do treści art. 180 ust. 8 ustawy Pzp, który określa minimalne wymagania, jakim powinien odpowiadać protest. Zasadnicze elementy takiego środka ochronnego obejmują: wskazanie oprotestowanej czynności lub zaniechania zamawiającego, żądanie, zwięzłe przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu. O ile żądanie określa oczekiwania protestującego co do sposobu załatwienia protestu, to zarzuty odnoszą się do wskazania nieprawidłowości w działaniu lub zaniechaniu zamawiającego. J. Jerzykowski[20] trafnie podaje, iż ustawa Pzp stanowi jedynie o konieczności zwięzłego przytoczenia zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu – ma to być raczej argumentacja przyjętego stanowiska niż szczegółowy wywód prawny zawierający przytoczenie konkretnych przepisów, które zdaniem protestującego zostały naruszone.

Wydaje się, że polski ustawodawca podąża w kierunku ograniczenia możliwości działania z urzędu, skoro zrezygnował z przyznania Krajowej Izbie Odwoławczej uprawnienia do brania pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia, jednak nie uniemożliwia badania z urzędu podstawy prawnej stawianych zarzutów.

W świetle wyroków *Van Schijndel* oraz *Van der Weerd* należy przyjąć, że jeżeli zgodnie z prawem krajowym sąd krajowy ma obowiązek zastosować z własnej inicjatywy przepis prawa krajowego, który nie został przywołany przez strony, to taki sam obowiązek istnieje w stosunku do prawa wspólnotowego. Procedury krajowe mogą ograniczyć uprawnienie sądu do działania z urzędu poprzez nałożenie na niego obowiązku trzymania się przedmiotu sporu i oparcia swojego rozstrzygnięcia na przedstawionych mu zarzutach. Takie ograniczenie może wynikać z zasady przyznania inicjatywy procesowej stronom, co oznacza, że sąd może działać z urzędu jedynie w wyjątkowych przypadkach, w interesie publicznym. Zasada skuteczności dochodzenia praw przyznanych w prawie wspólnotowym nie doznaje uszczerbku, jeśli strona ma rzeczywistą możliwość podniesienia zarzutu mającego podstawy w prawie wspólnotowym, nawet jeśli sąd krajowy nie ma obowiązku podniesienia takiego zarzutu z urzędu.

Ciekawe rozwiązanie odnośnie możliwości podnoszenia z urzędu naruszenia prawa wspólnotowego proponuje SN w wyroku z dnia 18 grudnia 2006 r.[21] SN rozpoznaje skargę kasacyjną w granicach jej podstaw, a zatem (poza nieważnością postępowania) nie może rozpoznawać naruszenia przepisów nie wskazanych w skardze, co dotyczy również przepisów wspólnotowych. W ocenie SN – niezależnie od treści wniesionej skargi – należy jednak rozważyć naruszenie przepisów prawa UE w przypadku zaistnienia potrzeby zwrócenia się z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału, ponieważ żaden przepis prawa krajowego nie może stanowić przeszkody w przedstawieniu Trybunałowi zagadnienia wstępnego. Powołując się na orzeczenie Trybunału w sprawie *Van Schijndel*, SN przyznał, że co do zasady nie ma obowiązku rozważania ewentualnego naruszenia przepisów wspólnotowych, jeśli strona nie wskazała naruszenia tych przepisów jako podstawy skargi kasacyjnej. W ocenie SN przepisy wspólnotowe należy jednak uwzględnić, gdy jest oczywiste, że regulują ten sam przedmiot, co prawo krajowe, którego naruszenie zostało wskazane jako podstawa skargi kasacyjnej, występuje możliwość bezpośredniego zastosowania prawa wspólnotowego lub konieczność dokonania wykładni przepisów prawa krajowego zgodnie z przepi-

[19] Por. W. Łysakowski w: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, UZP, Warszawa 2004, s. 40.

[20] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień*…, s. 591.

[21] II PK 17/2006, OSNP 2008/1-2, poz. 8.

sami wspólnotowymi. Jako uzasadnienie SN wskazuje na potrzebę dokonania poprawnej wykładni – w przypadku, gdy strona zarzuca błędną wykładnię przepisów krajowych, to należy taki zarzut rozważyć, uwzględniając przepisy prawa UE i ich wykładnię dokonaną przez Trybunał, ewentualnie przy zarzucie błędnego zastosowania przepisu krajowego, należy zważyć, czy nie pozostaje on w sprzeczności z przepisem prawa wspólnotowego, który ma bezpośrednie zastosowanie. Takie zachowanie nie oznacza w ocenie SN wyjścia poza granice podstaw skargi, gdyż praktycznie zawsze wykładania i zastosowanie przepisu krajowego wymaga interpretacji z uwzględnieniem innych przepisów, w tym przypadku przepisów wspólnotowych.

Przyjmując, że zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, jest pojmowany jako nakaz orzekania w zakresie żądania strony odwołującej, można uznać, iż Krajowa Izba Odwoławcza jest związana tak ustalonym przedmiotem postępowania i nie ma obowiązku podnoszenia z urzędu zarzutów opartych na prawie wspólnotowym, jeśli dotyczą one innych czynności zamawiającego niż wskazane w proteście. Jeśli jednak strona wskazuje na nieprawidłową wykładnię przepisu lub niewłaściwe jego zastosowanie to prawidłowe rozstrzygnięcie sporu wymaga dokonania wykładni również w odniesieniu do prawa wspólnotowego, jeśli mamy do czynienia ze sprawą wspólnotową. Podobnie w innych przypadkach wskazanych przez SN - przy zarzucie błędnego zastosowania przepisu krajowego, Krajowa Izba Odwoławcza powinna zważyć, czy nie pozostaje on w sprzeczności z przepisem prawa wspólnotowego, który ma bezpośrednie zastosowanie. Taki sposób procesowania nie będzie oznaczał wyjścia poza ramy zarzutów podniesionych w proteście. Podobnie jak w sprawie *Van Schijndel* Krajowa Izba Odwoławcza może z urzędu zbadać okoliczności prawne uzasadniające wniesienie protestu stosując z urzędu prawo wspólnotowe, nawet jeśli nie zostało ono powołane przez odwołującego się, jeśli tylko nie dojdzie do postawienia nowego zarzutu w rozumieniu art. 180 ust 8 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza może również rozważyć naruszenie przepisów prawa UE w przypadku zaistnienia potrzeby zwrócenia się z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału, ponieważ żaden przepis prawa krajowego nie może stanowić przeszkody w przedstawieniu Trybunałowi zagadnienia wstępnego.

Niestety w powołanej sprawie *GAT* Trybunał nie odniósł się do obowiązków, które mogłyby wynikać dla sądów krajowych w związku z implementacją dyrektywy 89/665, a jedynie stwierdził, że nie stoi ona na przeszkodzie działaniu sądu z urzędu. Niewykluczone jednak, że w innym stanie faktycznym i prawnym Trybunał doszedłby do wniosku, że przyjęcie szczególnych regulacji wspólnotowych w zakresie norm procesowych wymaga od sądów krajowych działania z urzędu w celu zapewnienia prawidłowej realizacji gwarancji wynikających z dyrektyw odwoławczych.

OCENA NARZĘDZI INFORMATYZUJĄCYCH ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W POLSCE PRZEZ PODMIOTY ZAMAWIAJĄCE NA PODSTAWIE BADAŃ ANKIETOWYCH

Wacława Starzyńska
– profesor, doktor habilitowany Uniwersytetu Łódzkiego, członek Rady Zamówień Publicznych

1. Wstęp

Zamówienia publiczne to ważny segment rynku wewnętrznego Unii Europejskiej. Wpisują się one jako istotny instrument w szeroko rozumianą strategię innowacyjności.[1]

W Raporcie Unii Europejskiej *Creating an Innovative Europe* podkreśla się, że podmioty zamawiające powinny stwarzać warunki dla stosowania innowacyjnie zorientowanych przetargów. Poprzez jasno i precyzyjnie sformułowaną specyfikę istotnych warunków zamówienia zamawiający zostawiają pole manewru dla wykonawców – przedsiębiorstw dla innowacyjnych rozwiązań i kreowania nowych rynków, zwłaszcza w tych obszarach działalności, w których interes społeczny jest szczególnie ważny. Jedną z możliwości ułatwiających konkurencyjny popyt rynkowy na innowacje jest rozwój bezpiecznych narzędzi elektronicznych w komunikowaniu się pomiędzy zamawiającymi i wykonawcami. Informatyzacja zamówień publicznych jest niewątpliwie bardzo ważnym procesem, którego prawidłowe zastosowanie może w istotny sposób usprawnić i przyspieszyć, a co z tym się wiąże, obniżyć koszty postępowania. Ponadto zastosowanie aukcji elektronicznej czy licytacji elektronicznej pozwala zamawiającym na wybór najkorzystniejszej oferty, znacznie lepszej aniżeli w przypadku tradycyjnie stosowanego trybu przetargu nieograniczonego.

Celem artykułu jest próba oceny narzędzi informatyzujących polski system zamówień publicznych na podstawie badań opinii zamawiających. W opracowaniu oparto się o wyniki analiz ankiety elektronicznej, w której uczestniczyło 4627 podmiotów zamawiających z całego kraju.[2]

2. E-zamówienia w Polsce

Kolejne nowelizacje Prawa zamówień publicznych, zwłaszcza nowelizacja w 2007 r., przyczyniają się do uproszczenia, ułatwienia i przyspieszenia procesu udzielania zamówień publicznych poprzez nowoczesne techniki teleinformatyczne. Polski system zamówień publicznych opiera się na zasadach, którymi charakteryzują się e-zamówienia:

- uczciwa konkurencja,
- przejrzystość,
- równe traktowanie wykonawców.

[1] *http://ec.europa.en/invest-in-research/action/2006_ahogroup_en.htm*

[2] Borowicz A. (red.) Starzyńska W., Kubiak A., Wiktorowicz J., Roszko-Grzegorek E., Wendołowski L., Popławski S., Kaniewicz S., Plackowski K., Michalski W., *Informatyzacja polskiego systemu zamówień publicznych – stan obecny, oczekiwania, bariery*. Opracowanie wykonane we współpracy Urzędu Zamówień Publicznych i Uniwersytetu Łódzkiego, Warszawa – Łódź 2008

Prawo zamówień publicznych określa warunki stosowania elektronicznych narzędzi mogących znaleźć potencjalne zastosowanie lub obowiązujących w procedurach zamówień publicznych poprzez:

- samodzielne zamieszczanie przez zamawiających ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych z wykorzystaniem formularzy zamieszczanych na stronach internetowych portalu Urzędu Zamówień Publicznych,
- „profil nabywcy" – miejsce, na stronie internetowej zamawiającego, na którym fakultatywnie zamieszczane są wstępne informacje o planowanych w terminie 12 miesięcy zamówieniach lub umowach ramowych, których wartość robót budowlanych lub usług jest równa lub przekracza tzw. progi unijne lub/i w wyniku zsumowania wartość dostaw w ramach danej grupy CPV jest równa lub przekracza 750 tys. euro,
- możliwość przekazywania przez uczestników zamówień publicznych – o ile zamawiający to dopuści – oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz innych informacji drogą elektroniczną,
- możliwość składania, za zgodą zamawiającego, ofert w postaci elektronicznej, opatrzonych bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu,
- obowiązek udostępniania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) na stronie internetowej zamawiającego, od dnia zamieszczenia na stronie internetowej zamawiającego i od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP lub w Dzienniku Urzędowym UE do upływu terminu składania ofert w sytuacji przetargu nieograniczonego, a w przypadku innych trybów – możliwość udostępniania SIWZ.

W ustawie Prawo zamówień publicznych specjalną uwagę poświęca się także licytacji elektronicznej, w odniesieniu do wartości zamówienia mniejszej niż kwoty unijne oraz aukcji elektronicznej będącej swoistą „dogrywką internetową" w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybach otwartych, tzn. przetargu ograniczonego lub negocjacjach z ogłoszeniem.

Dodatkowym elementem informatyzacji systemu zamówień publicznych jest tzw. dynamiczny system zamówień publicznych – ograniczony w czasie elektroniczny proces udzielania zamówień publicznych, których przedmiotem są dostawy powszechnie dostępne, nabywane na podstawie umowy sprzedaży lub usługi powszechnie dostępne. Zamawiający i wykonawcy przekazują wszystkie niezbędne dokumenty, oświadczenia i inne informacje związane z realizowanym postępowaniem drogą elektroniczną. Takie oferty składa się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.[3] Stanowi to jednak poważną barierę rozwoju zamówień publicznych. W celu uproszczenia procedur w obecnie obowiązującym systemie prawnym istnieje możliwość uchylenia obowiązku posiadania bezpiecznego podpisu elektronicznego. Rozwiązanie to jest stosowane od stycznia 2009 roku w postaci platformy UZP umożliwiającej przeprowadzanie licytacji elektronicznych.

W polskim systemie funkcjonowania zamówień publicznych nie ma centralnego zarządzania e-zamówieniami. Aukcję lub licytację elektroniczną przeprowadzają sami zamawiający, którzy spełniają warunki określone przez Pzp, wykorzystując oprogramowanie UZP i/lub korzystając ze specjalistycznych usług na ogół oferowanych przez firmy informatyczne.

[3] Por. rozdz. 2, art. 102 i 103 ustawy *Prawo zamówień publicznych, Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.,* UZP, Warszawa 2008, s. 50

Wymienione powyżej elementy informatyzacji zamówień publicznych zostały wprowadzone w życie w Unii Europejskiej w postaci: eNotification, eTendering, eAwarding, eOrdering, eInvoicing, eCatalogue, eAttestation, eSignature. Ocenia się, że w 2006 r. 71% krajów członkowskich UE wprowadziło w pełni w życie te systemy, podczas gdy pozostałe 29% wdraża systemy elektronicznych zamówień publicznych. Polska została zaliczona do drugiej z wymienionych grup.[4]

3. Charakterystyka przeprowadzonych badań ankietowych wśród podmiotów zamawiających[5]

Jak już wspomniano we wstępie głównym źródłem informacji niniejszego opracowania były badania ankietowe, a właściwie ankieta elektroniczna. Została ona udostępniona potencjalnym interesariuszom zamówień publicznych na portalu internetowym UZP *www.ankietauzp.pl* w okresie od 15.01.2008 do 20.03.2008. Ankietę wypełniło 4627 osób.

Kwestionariusz liczył łącznie 25 pytań, obejmujących zarówno charakterystykę respondenta, jednostki zatrudniającej (podmiotu zamawiającego), zagadnienia merytoryczne dotyczące sposobów korzystania z elektronicznych narzędzi systemu zamówień publicznych, jak i oceny stanu aktualnego oraz oczekiwań respondentów wobec istniejących i przyszłych rozwiązań.

Blisko 80% respondentów to osoby zajmujące się potencjalnie zamówieniami publicznymi, pozostali zadeklarowali, że ich kontakt z problematyką zamówień publicznych jest doraźny.

Rozkład badanych osób według następujących grup wieku: poniżej 34 lat, 35-44 lata, powyżej 45 lat był równomierny (po około 1/3). Co najmniej 48% uczestników badania posiadało ponad pięcioletnie doświadczenie w zakresie problematyki zamówień publicznych. Brak jakichkolwiek doświadczeń w zakresie korzystania z Internetu zadeklarowało zaledwie 3,2% respondentów.

Niemal co trzecim zamawiającym reprezentowanym w badaniu ankietowym były jednostki samorządu terytorialnego na poziomie gminy, na drugim miejscu, z odsetkiem 23%, znalazły się podmioty należące do zbioru „inni zamawiający", a na trzeciej pozycji pozostałe podmioty administracji samorządowej (ok. 16%). Zatem około 50% badanych to podmioty administracji samorządowej, podczas gdy administracja rządowa stanowiła zaledwie 8,4% ogółu respondentów.

Około 80% podmiotów miało swoje siedziby w miastach, a w bardzo dużych, liczących ponad 500 tys. mieszkańców, ok. 19% ogółu badanych.

Rozkład liczby odpowiedzi według województw jest prostą konsekwencją dominacji woj. mazowieckiego (15,4% ogółu zamawiających) oraz śląskiego (9,7% ogółu badanych podmiotów).

Zdecydowana większość uczestników badania (około 75%) dysponowała dostępem do Internetu za pomocą szybkiego łącza szerokopasmowego.

Ponad połowa respondentów zadeklarowała, że w jednostce, która ich zatrudnia, zamówieniami publicznymi zajmuje się wyłącznie jedna osoba. Dotyczy to przede wszystkim jednostek samorządu terytorialnego oraz grupy „inni zamawiający". Z kolei wyższe

[4] Por. GKH&Technopolis, *Evaluation of SME Access to Public Procurement Markets In the EU. Final Report*, EC, Brussels 2007.

[5] Borowicz A. (red.), Starzyńska W., Kubiak A. i inni ….op. cit.

uczelnie i zamawiający sektorowi charakteryzują się znacznie większą liczbą zatrudnionych w obszarze zamówień publicznych (od 18% do 26% tych podmiotów zatrudnia przynajmniej 6 osób).

Biorąc pod uwagę rozkład terytorialny, aż 71% instytucji zlokalizowanych na wsi zatrudnia tylko jedną osobę zajmującą się zamówieniami publicznymi, podczas gdy analogiczny odsetek w mieście wynosi tylko 41,2%.

Druga część elektronicznej ankiety zamawiającego zawierała pytania dotyczące:

- oprogramowania wspierającego udzielanie zamówień publicznych,
- elektronicznej drogi przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji,
- ofert w postaci elektronicznej,
- dynamicznego systemu zakupów, aukcji i licytacji elektronicznej,
- czynników, zdaniem respondentów, zniechęcających do stosowania narzędzi informatyzujących system zamówień publicznych,
- oczekiwań ze strony respondentów w zakresie podejmowania działań o charakterze ekonomicznym, technicznym, legislacyjnym oraz organizacyjno-edukacyjnym mającym na celu spopularyzowanie rozwiązań informatyzujących polski system zamówień publicznych.

4. Miejsce i rola narzędzi informatyzujących zamówienia publiczne w Polsce w świetle badań ankietowych

Z oprogramowania wspierającego udzielanie zamówień publicznych korzystają przede wszystkim uczelnie wyższe (blisko połowa w tej grupie) i jednostki samorządu terytorialnego (ok. 29%), co, przy średnim odsetku wynoszącym ok. 31% respondentów, jest relatywnie dobrym wynikiem.

Biorąc pod uwagę lokalizację regionalną, omawiane oprogramowanie stosunkowo najczęściej wykorzystują zamawiający z województw: lubuskiego, warmińsko-mazurskiego oraz zachodniopomorskiego. Brak związku pomiędzy liczbą zaangażowanej w zamówienia kadry a wykorzystywaniem specjalistycznego oprogramowania, natomiast istotną zależność zaobserwowano w przypadku „jakości" kadry. Odsetek instytucji wykorzystujących odpowiednie oprogramowanie rośnie wraz ze wzrostem doświadczenia pracowników, mierzonego stażem w zamówieniach publicznych.

Generalnie, popularność oprogramowania wśród respondentów badania należy uznać za niewystarczającą. Wśród powodów niekorzystania w ogóle z oprogramowania wspierającego udzielanie zamówień publicznych wymieniano przede wszystkim zbyt małą wielkość jednostki zatrudniającej. Szczegółowe informacje na ten temat prezentuje tablica 1.

Tablica 1. Opinie respondentów ankiety elektronicznej zamawiającego na temat powodów niekorzystania przez ich jednostki z oprogramowania wspierającego udzielanie zamówień publicznych

Lp.	Powody niekorzystania z oprogramowania	Rozkład odpowiedzi:	
		w liczbach bezwzględnych	w procentach
1.	Nie jesteśmy zwolennikami komputeryzacji naszych czynności zawodowych	92	3,1
2.	Brak wystarczającej liczby komputerów	41	1,4
3.	Brak zainteresowania przełożonych stosowaniem tego oprogramowania	390	13,1
4.	Brak znajomości takich programów informatycznych	580	19,5
5.	Zbyt wysoka cena tego oprogramowania	626	21,0
6.	Zbyt mała wielkość jednostki, by informatyzować procedury zamówień publicznych	1241	41,7
7.	Znane oprogramowanie nie spełnia naszych wymagań	552	18,5
8.	Brak własnej opinii respondenta wobec problemu postawionego w pytaniu	170	5,7
9.	Różne inne przyczyny (zbiór heterogeniczny)	261	8,8

* W pytaniu dopuszczono możliwość wskazania dowolnej ilości odpowiedzi, odsetki nie sumują się do 100%. Jako podstawę przyjęto liczbę osób, które odpowiedziały, że ich jednostka nie korzysta z oprogramowania.

Źródło: Borowicz A. (red.), Starzyńska W., Kubiak A., Wiktorowicz J., Roszko-Grzegorek E., Wendołowski L., Popławski S., Kaniewicz S., Plackowski K., Michalski W., *Informatyzacja polskiego systemu zamówień publicznych – stan obecny, oczekiwania, bariery*. Opracowanie wykonane we współpracy Urzędu Zamówień Publicznych i Uniwersytetu Łódzkiego, Warszawa – Łódź – 2008

Bardziej szczegółowa analiza tego obszaru informatyzacji zamówień publicznych dowodzi, że niezależnie od skali zaangażowania w zamówienia publiczne, jednostki zamawiające jako istotną barierę wskazywały na wysoką cenę oprogramowania, wysoki stopień ich skomplikowania i w ogóle brak wiedzy na ten temat.

Potrzebę redukcji stopnia skomplikowania tych programów zgłaszają głównie: administracja samorządowa (29%), państwowe uczelnie wyższe (28%), mniejsze jednostki (27%), osoby na stanowiskach kierowniczych (29% ogółu respondentów w tej grupie). Natomiast potrzebę tworzenia bardziej „inteligentnych" programów odczuwają zamawiający sektorowi (36%), pracownicy o długim stażu w zamówieniach publicznych (ok. 31%) oraz kierownicy komórek zamówień publicznych (44%).

Kolejnym etapem badań była ocena stopnia korzystania z drogi elektronicznej przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji. Tę formę preferują zamawiający sektorowi (ok. 80% ogółu respondentów w tej grupie), jednostki zatrudniające w komórce zamówień publicznych od 6 do 10 osób oraz zamawiający z dużych miast.

Rozkład odpowiedzi na temat przyczyn, dla których jednostki zamawiające nie wykorzystują możliwości przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji drogą elektroniczną (tj. 1325 jednostek czyli 28,6% ogółu badanych) prezentuje tablica 2.

Tablica 2. Powody niedopuszczania przez podmioty zamawiające biorące udział w badaniu elektronicznej drogi przekazywania dokumentów w procedurach zamówień publicznych

Lp.	Powody niedopuszczania elektronicznej drogi przekazywania dokumentów w procedurach zamówień publicznych	Rozkład odpowiedzi w:	
		liczbach	procentach
1.	Brak zaufania do elektronicznego sposobu komunikowania	294	22,2
2.	Obawa przed brakiem potwierdzenia wysłania/otrzymania przekazywanych dokumentów	620	46,8
3.	Przeświadczenie, że wartość dowodowa dokumentów przekazywanych elektronicznie jest mniejsza niż tych przekazywanych faxem	386	29,1
4.	Niedysponowanie narzędziami elektronicznego komunikowania się	161	12,2
5.	Brak wiedzy o archiwizowaniu korespondenci elektronicznej	123	9,3
6.	Zbyt wysokie koszty tej formy komunikowania się	24	1,8
7.	Niejednoznaczność przepisów Pzp w odniesieniu do elektronicznego przekazywania dokumentów	333	25,1
8.	Inne powody (zbiór heterogeniczny)	122	9,2
9.	Brak własnego poglądu respondenta w odniesieniu do problemu zawartego w pytaniu	180	13,6

* W pytaniu dopuszczono możliwość wskazania dowolnej ilości odpowiedzi, odsetki nie sumują się do 100%. Jako podstawę przyjęto liczbę osób, które odpowiedziały, że ich jednostki nie dopuszczały drogi elektronicznej przekazywania dokumentów.

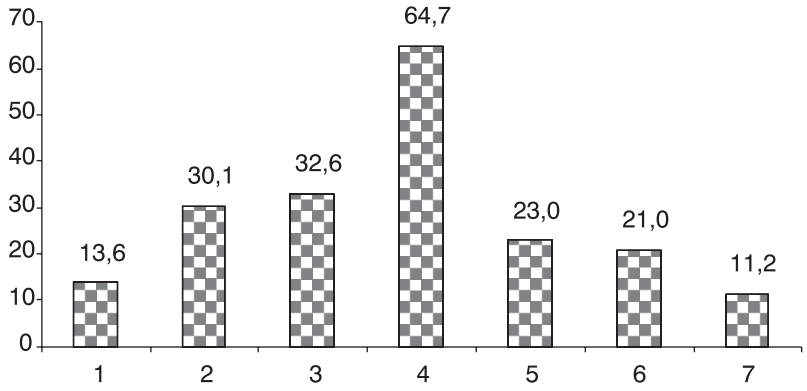
Źródło: Borowicz A. (red.), Starzyńska W., Kubiak A., Wiktorowicz J., Roszko-Grzegorek E., Wendołowski L., Popławski S., Kaniewicz S., Plackowski K., Michalski W., *Informatyzacja polskiego systemu zamówień publicznych – stan obecny, oczekiwania, bariery*. Opracowanie wykonane we współpracy Urzędu Zamówień Publicznych i Uniwersytetu Łódzkiego, Warszawa – Łódź – 2008

Kolejny instrument informatyzacyjny polskiego systemu zamówień publicznych to dopuszczanie możliwości składania ofert w postaci elektronicznej. Niestety jest on bardzo mało popularny, bowiem stosuje go zaledwie 6,2% badanych podmiotów, a ponad 87% udzieliło odpowiedzi negatywnej (6,6% nie znało odpowiedzi lub nie udzieliło żadnej odpowiedzi).

Wśród odpowiadających pozytywnie na omawiane pytanie wyróżniają się jednostki administracji rządowej i samorządowej, podmioty zatrudniające 6 lub więcej osób w zamówieniach publicznych oraz jednostki korzystające zarówno z modemu analogowego lub ISDN i szybkiego łącza. Ta ostatnia grupa jest jednak śladowo reprezentowana w całej próbie (zaledwie 26 jednostek na 4627 podmiotów).

Najgorzej wypadły tutaj zakłady opieki zdrowotnej (zaledwie 3,4% odpowiedziało twierdząco na omawiane pytanie).

Rozkład przyczyn niewykorzystania istniejącej w systemie zamówień publicznych możliwości składania przez wykonawców ofert drogą elektroniczną przedstawia wykres 1.



Wykres 1. Powody niedopuszczenia ofert elektronicznych przez jednostki zatrudniające respondentów ankiety elektronicznej zamawiających

* W pytaniu dopuszczono dowolną ilość odpowiedzi. Odsetki nie sumują się do 100%. Jako podstawę porównań przyjęto liczbę osób, które wcześniej wskazały, że nie dopuszczają ofert elektronicznych.

Legenda:

1) obawiamy się o bezpieczeństwo informacji przekazywanych elektronicznie – 50 odpowiedzi
2) obawiamy się trudności proceduralnych w przypadku ofert składanych w jednym postępowaniu w formie elektronicznej jak i tradycyjnej – 1215 odpowiedzi
3) nasza wiedza o podpisie elektronicznym nie jest wystarczająca – 1318 odpowiedzi
4) brak nam oprogramowania do obsługi ofert składanych drogą elektroniczną – 2613 odpowiedzi
5) obawiamy się problemów technicznych takich jak np. przeciążenie łącza, pliki w nieodpowiednich formatach itp. – 929 odpowiedzi
6) nie znamy sposobu skutecznego zabezpieczenia przesyłanej elektronicznie oferty przed ujawnieniem jej treści przed upływem wyznaczonego terminu otwarcia ofert – 846 odpowiedzi
7) nie mam zdania – 454 odpowiedzi

Źródło: Borowicz A. (red.), Starzyńska W., Kubiak A., Wiktorowicz J., Roszko-Grzegorek E., Wendołowski L., Popławski S., Kaniewicz S., Plackowski K., Michalski W., *Informatyzacja polskiego systemu zamówień publicznych – stan obecny, oczekiwania, bariery*. Opracowanie wykonane we współpracy Urzędu Zamówień Publicznych i Uniwersytetu Łódzkiego, Warszawa – Łódź – 2008

Jak wynika z treści wykresu, na brak stosownego oprogramowania wskazało blisko 65% ogółu respondentów, a co trzeci ankietowany przyczyn tego stanu rzeczy upatruje w braku wystarczającej wiedzy zamawiających o podpisie elektronicznym. Również co trzeci wskazuje na trudności proceduralne w przypadku ofert składanych w formie mieszanej (tradycyjnej i elektronicznej) w jednym postępowaniu.

Oceniając procedury elektroniczne w ustawodawstwie i praktyce funkcjonowania systemu zamówień publicznych, należy podkreślić, że w Polsce są one rzadko stosowane, co potwierdzają również przeprowadzone badania ankietowe.

Tablica 3. Opinie podmiotów zamawiających na temat procedur elektronicznych zamówień publicznych w świetle wywiadów kwestionariuszowych

Wyszczególnienie	licytacja		aukcja		DSZ	
	liczba	%	liczba	%	liczba	%
Procedura jest mi znana	258	36,8	252	35,9	253	36,1
Procedura jest mi znana i spełnia moje oczekiwania	38	14,7	54	21,4	33	13,0
Procedura jest stosowana w zatrudniającej mnie instytucji/braliśmy udział w postępowaniu	12	1,7	5	0,7	3	0,4

Źródło: Opracowanie własne na podstawie badań ankietowych

Jak wynika z tablicy 3, znajomość procedur elektronicznych zamówień publicznych deklaruje mniej więcej co trzeci zamawiający, natomiast tylko niewielki odsetek (od 13% do 21%, w zależności od rodzaju procedury) jest z nich zadowolony.

5. Bariery stosowania narzędzi informatyzujących system zamówień publicznych i oczekiwania zamawiających w tym zakresie

Zastanawiające jest, w wyniku bardziej szczegółowej analizy, dlaczego zamawiający za główną barierę udziału w procedurach elektronicznych uważają brak posiadania podpisu elektronicznego (chociaż system tego od nich nie wymaga). Niezależnie od rodzaju jednostki, jej wielkości czy geograficznego usytuowania ta przyczyna pojawiała się najczęściej.

Pozytywnej oceny procedur elektronicznych zamówień publicznych dokonało niewielu respondentów. Stosunkowo najliczniej na zalety omawianych procedur wskazywali zamawiający sektorowi i administracja rządowa, a stopień zadowolenia rośnie wraz z liczbą osób zaangażowanych w zamówienia publiczne jednostki oraz wraz z wielkością miejscowości, w której zlokalizowany jest podmiot zamawiający. Ponadto, im lepsze wyposażenie jednostki w sprzęt elektroniczny (w tym dostęp do Internetu), tym lepsza ocena omawianych procedur.

Autorzy przeprowadzonego badania podjęli próbę kompleksowej oceny wszystkich możliwych barier stosowania narzędzi informatyzujących system zamówień publicznych. Ankietowani mogli wskazać, spośród wymienionych w danym pytaniu, trzy najważniejsze przyczyny. Tablica 4 prezentuje liczbę i odsetek odpowiedzi dla poszczególnych kategorii.

Tablica 4. Bariery stosowania narzędzi informatyzujących szp uznawane za najważniejsze przez respondentów ankiety elektronicznej zamawiających

Lp.	Rodzaj bariery	Ilość „pierwszych miejsc" na liście rankingowej danej bariery	
		w liczbach	w procentach*
1.	Niedostateczna wiedza informatyczna zamawiających	934	20,2
2.	Zbyt skomplikowane przepisy Pzp odnoszące się do problematyki narzędzi informatyzujących szp	773	16,7

3.	Zbyt skomplikowane przepisy innych aktów prawnych powiązanych z Pzp, np. ustawy o podpisie elektronicznym	739	16,0
4.	Niedostatek specjalistycznych szkoleń o charakterze praktycznym	629	13,6
5.	Brak czasu na zajęcie się nowymi rozwiązaniami	589	12,7
6.	Niedostateczne wyposażenie zamawiających w stosowne oprogramowanie	557	12,0
7.	Niedostateczna wiedza zamawiających o przepisach Pzp w tej dziedzinie	383	8,3
8.	Nadmierny koszt wdrożenia tych rozwiązań	371	8,0
9.	Niedostateczne wyposażenie zamawiających w sprzęt komputerowy	246	5,3

* 100% = wszyscy respondenci ankiety elektronicznej zamawiającego (4627 osób).

Źródło: Borowicz A. (red.), Starzyńska W., Kubiak A., Wiktorowicz J., Roszko-Grzegorek E., Wendołowski L., Popławski S., Kaniewicz S., Plackowski K., Michalski W., *Informatyzacja polskiego systemu zamówień publicznych – stan obecny, oczekiwania, bariery*. Opracowanie wykonane we współpracy Urzędu Zamówień Publicznych i Uniwersytetu Łódzkiego, Warszawa – Łódź - 2008

Na pierwszym miejscu znalazła się niedostateczna wiedza informatyczna zamawiających, do której to kategorii zaliczono również wiedzę o bezpiecznym podpisie elektronicznym (ponad 20% respondentów wskazało tę przyczynę jako najważniejszą).

Zbyt skomplikowane przepisy Prawa zamówień publicznych, jak i innych ustaw, funkcjonalnie związanych z informatyzacją systemu zamówień publicznych, to dwie kategorie o podobnym stopniu wskazań (odpowiednio 16,7% i 16,0%). Jeśli do tych trzech elementów dodamy procent wskazań na niedostateczną wiedzę zamawiających o przepisach Prawa zamówień publicznych dotyczących narzędzi informatyzujących zamówienia publiczne, to wyłania się jedna bardzo ważna kategoria: *niedostateczna wiedza osób zatrudnionych w podmiotach zamawiających odnośnie przepisow, w tym Pzp i stosowania narzędzi informatycznych w ogóle, a w systemie zamówień w szczególności*. Na tę grupę przyczyn wskazuje łącznie ponad 60% ankietowanych.

Pozostałe przyczyny mają głównie charakter ekonomiczny, wiążący się z niedostatkiem specjalistycznych szkoleń, z wysokimi kosztami wdrażania rozwiązań informatycznych w podmiocie zamawiającym czy niedostatecznym wyposażeniem w sprzęt komputerowy.

Ostatnim badanym aspektem są oczekiwania podmiotów zamawiających (a właściwie osób w nich zatrudnionych) wobec konieczności podjęcia działań o charakterze ekonomicznym (E), legislacyjnym (L), w zakresie techniki informatycznej (T) oraz działalności organizacyjno-edukacyjnym (OE). Rozkład odpowiedzi wskazujących dane działanie jako najważniejsze prezentuje tablica 5.

Tablica 5. Gradacja oczekiwań respondentów ankiety elektronicznej zamawiającego wobec działań promujących narzędzia informatyzujące zamówienia publiczne

Lp.	Rodzaj bariery	Rodzaj działania*	Ilość „pierwszych miejsc" na liście rankingowej danej bariery w:	
			liczbach	procentach**
1	Zapewnienie darmowego podpisu elektronicznego dla każdego obywatela	E	2089	45,1
2	Doprecyzowanie przepisów Pzp dotyczących procedur elektronicznych	L	1936	41,8
3	Opracowanie i bezpłatne rozpowszechnienie instrukcji stosowania narzędzi informatyzujących szp	OE	1750	37,8
4	Określenie standardów elektronicznej drogi wymiany dokumentów dla potrzeb szp	L	1391	30,1
5	Dotowanie szkoleń specjalistycznych z zakresu informatyzacji szp	E	1380	29,8
6	Ustanowienie dostępu do usług typu e-zaświadczenia (ZUS, US, KRK, KRS)	T	1306	28,2
7	Dostarczenie rozwiązań ułatwiających uczestnictwo w szp np. e-BZP z wyszukiwarką ogłoszeń	T	1213	26,2
8	Udostępnienie oprogramowania specjalistycznego dla szp w trybie dzierżawy czasowej, bez konieczności ponoszenia opłat licencyjnych	T	1097	23,7
9	Dotowanie oprogramowania specjalistycznego dla potrzeb szp	E	1056	22,8
10	Ustanowienie jednolitych standardów typu e-faktura, e-znaczek skarbowy, e-dokument	T	841	18,2
11	Zorganizowanie w miastach darmowych punktów konsultacyjno-usługowych	OE	792	17,1
12	Utworzenie ośrodka certyfikującego specjalistyczne oprogramowanie wykorzystywane w informatyzacji szp	OE	768	16,6
13	Dopuszczenie możliwości stosowania trybu zapytania o cenę wyłącznie w formie elektronicznej	L	703	15,2
14	Stworzenie możliwości łatwego korzystania na odległość z konsultacji wiarygodnych specjalistów	OE	682	14,7
15	Stopniowe wprowadzanie obligatoryjności procedur elektronicznych i poszerzanie zakresu ich stosowania	L	677	14,6
16	Tworzenie zaawansowanych elektronicznych baz danych o rynku wykonawców i zamawiających	T	586	12,7

17	Obniżenie kosztów dostępu do Internetu	E	579	12,5
18	Powiększenie własnej służby zp o odpowiednio wyedukowanych pracowników	OE	512	11,1
19	Wzbogacenie oferty firm szkoleniowych o szkolenia praktyczne z zakresu informatyzacji szp	OE	394	8,5
20	Wprowadzenie problematyki informatyzacji szp do programów nauczania szkół wyższych i kursów specjalistycznych	OE	295	6,4

* E = działania ekonomiczne,
L = działania legislacyjne,
T = działania techniczne (z zakresu techniki informatycznej),
OE = działania organizacyjno-edukacyjne.

** 100% = wszyscy respondenci ankiety elektronicznej zamawiającego (4627 osób).

Źródło: Borowicz A. (red.), Starzyńska W., Kubiak A., Wiktorowicz J., Roszko-Grzegorek E., Wendołowski L., Popławski S., Kaniewicz S., Plackowski K., Michalski W., *Informatyzacja polskiego systemu zamówień publicznych – stan obecny, oczekiwania, bariery*. Opracowanie wykonane we współpracy Urzędu Zamówień Publicznych i Uniwersytetu Łódzkiego, Warszawa – Łódź - 2008

Na pierwszym miejscu znalazła się kwestia zapewnienia darmowego podpisu elektronicznego dla każdego obywatela (ponad 45% wskazań). Grupa legislacyjna to doprecyzowanie przepisów Prawa zamówień publicznych dotyczących procedur elektronicznych, określenie standardów e-zamówień na portalu dla potrzeb szp oraz stopniowe wprowadzanie obowiązku stosowania procedur elektronicznych, a nawet możliwość stosowania trybu zapytania o cenę w formie elektronicznej. Inne działania o charakterze ekonomicznym to dotowanie lub bezpłatne rozpowszechnianie oprogramowania, bezpłatny dostęp do Internetu czy finansowanie szkoleń z zakresu informatyzacji systemu zamówień publicznych, co daje łącznie ponad 60% wskazań. Z grupy działań technicznych na uwagę zasługują rozwiązania ułatwiające uczestnictwo w e-zamówieniach czy e-BZP z wyszukiwarką ogłoszeń, usługi typu e-zaświadczenia czy dostęp do specjalistycznego oprogramowania dotyczącego systemu zamówień publicznych (w formie dzierżawy czasowej), czy też dostęp do zaawansowanych elektronicznych baz danych o rynku zamówień publicznych (ponad 67% wskazań).

W grupie działań organizacyjno-edukacyjnych akcentowano głównie konieczność opracowania i bezpłatnego rozpowszechniania instrukcji stosowania narzędzi informatyzujących system, stosowania możliwości korzystania z konsultacji na odległość u wiarygodnych specjalistów, powiększenie liczby zatrudnionych w komórkach zamówień publicznych, wzbogacenia oferty firm szkoleniowych o praktyczne szkolenia z zakresu informatyzacji zamówień publicznych czy wreszcie wprowadzenie problematyki informatyzacji badanego systemu do programów nauczania szkół wyższych i kursów specjalistycznych.

6. Uwagi końcowe

Oceniając przeprowadzone badanie, należy podkreślić duże zainteresowanie ze strony uczestników polskiego rynku zamówień publicznych, a także ich pozytywny stosunek do informatyzacji systemu zamówień publicznych.

Inicjatywa w zakresie stosowania elektronicznych rozwiązań w systemie zamówień publicznych należeć powinna do zamawiających. Tym bardziej dziwi niewielki odsetek wy-

korzystania elektronicznych procedur czy innych rozwiązań informatycznych, jakie stwarza Prawo zamówień publicznych. Wydaje się, że przyczyn takiego stanu rzeczy należy szukać w niedostatecznej inicjatywie pracowników komórek zamówień publicznych oraz „braku obycia" w sferze zamówień publicznych.

Z przeprowadzonych badań wynika, że o ile elektroniczne środki udzielania zamówień publicznych nie są obowiązkowe – stosowane są przez zamawiających w stopniu znikomym.

W sferze legislacyjnej możnaby wprowadzić do ustawodawstwa przepisy motywujące zamawiających do stosowania narzędzi elektronicznych, a ponadto zaliczyć licytację elektroniczną do grupy trybów podstawowych (obok przetargu nieograniczonego i ograniczonego).

Stosowanie narzędzi elektronicznych zgodnie z potrzebami zamawiającego skraca czas potrzebny do przeprowadzenia zamówienia publicznego, umożliwia szybkie porozumiewanie się uczestników postępowania i przyczynia się do zwiększenia efektywności systemu zamówień publicznych. Wydaje się, że sektor publiczny powinien być zainteresowany kompleksowym podejściem do narzędzi informatyzujących większość czynności na linii: administracja publiczna – społeczeństwo czy administracja publiczna – przedsiębiorstwa.

W omawianej dziedzinie odnotowano znaczny postęp w pracach UZP w latach 2008-2009, polegający m.in. na stworzeniu i udostępnieniu systemu informatycznego służącego prowadzeniu licytacji i aukcji przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Pierwszy etap tych prac został już sfinalizowany na początku 2009 r., a polegał na stworzeniu modułu licytacji elektronicznych. Drugi, dotyczący modułu aukcyjnego i połączenia obu modułów w kompletną platformę elektroniczną zostanie udostępniony w drugim kwartale 2009.[6]

[6] Materiały uzyskane z Urzędu Zamówień Publicznych

ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ – WCZORAJ, DZIŚ I JUTRO

Małgorzata Stręciwilk
– doktorant Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, członek Krajowej Izby Odwoławczej

Wstęp

Piętnaście lat tworzenia się i funkcjonowania systemu zamówień publicznych to niewątpliwie również okres kształtowania się systemu odwoławczego w procedurze udzielania zamówień publicznych. Na przestrzeni tego okresu system ten ewoluował, przede wszystkim w kontekście dostosowania naszych krajowych rozwiązań i regulacji prawnych do wymogów prawa europejskiego w związku z aspiracjami członkostwa we Wspólnocie Europejskiej przez nasz kraj, by wreszcie stworzyć pewien model rozpoznawania sporów przy udzielaniu zamówień publicznych. Model ten zostanie dopełniony poprzez wdrożenie nowej dyrektywy odwoławczej[1] do aktualnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych[2]. Czy wprowadzenie nowych rozwiązań, wynikających z przywołanej dyrektywy, zakończy proces budowy systemu odwoławczego, czy nowe rozwiązania i mechanizmy służące rozpoznawaniu sporów odwoławczych sprawdzą się w praktycznym funkcjonowaniu? Niektóre z tych pytań pewnie na ten moment pozostaną jeszcze bez pełnej odpowiedzi, niemniej jednak, mając na względzie historyczne uwarunkowania i aktualną praktykę rozwiązywania sporów pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, niniejszy referat próbuje przynajmniej dać odpowiedź co do przyszłości środków ochrony prawnej w polskim systemie zamówień publicznych.

Istotne cechy polskiego systemu odwoławczego

Obowiązujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również regulacje ustawy z 1994 r. o zamówieniach publicznych[3], ukształtowały modelowe rozwiązanie co do środków ochrony prawnej, charakterystyczne dla naszego kraju. Ten swoisty charakter polskiego systemu odwoławczego, który znalazł również naśladowców w innych krajach europejskich (np. na Litwie) wyraża się w tym, że właściwe rozpoznanie sprawy sporu pomiędzy wykonawcą a zamawiającym przez niezależny od stron tego postępowania organ poprzedza postępowanie o charakterze reklamacyjnym, rozstrzygane przez samą stronę sporu, tj. zamawiającego. Chodzi więc o instytucję protestu. Postępowanie protestacyjne jest więc próbą rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu o zamówienie publiczne przez samych jego uczestników – postępowanie to jest bowiem inicjowane przez wykonawcę, a rozstrzygane przez zamawiającego. Wykonawca dochodzący swoich praw w postępowaniu, wskazując na naruszenia przepisów ustawy w toku trwania procedury udzielenia zamówienia publicznego, nie może oddać sporu pod rozstrzygnięcie innego, niezależnego organu, z pominięciem drogi protestacyjnej.

---

[1] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (opublikowana w dniu 20 grudnia 2007 r. w Dzienniku Urzędowym UE serii L 335/31)

[2] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.)

[3] Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. t.j. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.) uchylona przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

Choć protest jest mocno osadzony w zamówieniach publicznych w naszym kraju, to nie jest określony w przepisach prawa europejskiego jako niezbędny element procedury odwoławczej. Stąd również kierunek rozwoju naszego systemu odwoławczego wyrażający się w likwidacji instytucji protestu, który ujawnił się w ostatnim projekcie nowelizacji przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych[4]. Powyższe rozwiązanie, choć może budzić z różnych względów sprzeciw, bez wątpienia znacznie przyspiesza procedurę odwoławczą, a tym samym również proces udzielenia zamówienia publicznego. Rozważania na temat szczegółowych rozwiązań wynikających z projektu nowelizacji Prawa zamówień publicznych będą zawarte w dalszej części referatu.

Charakterystyczna dla naszego krajowego systemu odwoławczego jest również jego instancyjność. Aktualnie bowiem dopiero negatywne rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego daje wykonawcy szanse złożenia kolejnego środka ochrony prawnej (środka odwoławczego), tj. odwołania. Odwołanie składane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, rozpatrywane jest przez niezależny, tak od Prezesa Urzędu czy też szerzej – administracji państwowej, jak i od stron postępowania odwoławczego (zamawiającego i odwołującego się wykonawcy), organ, jakim obecnie jest Krajowa Izba Odwoławcza. Polski ustawodawca aktualnie, jak i w aspekcie historycznym[5], zdecydował się na oddanie sporów dotyczących zamówień publicznych w ręce specjalistów z tej dziedziny, niemniej jednak nie wprost w ręce organu sądowego. Tak Krajowa Izba Odwoławcza, jak i wcześniej rozpatrujące spory odwoławcze zespoły arbitrów, nie są organami sądowymi w znaczeniu konstytucyjnym. Niemniej jednak, jeśli chodzi o Krajową Izbę Odwoławczą, która została powołana jako stały organ przy Prezesie Urzędu, można pokusić się o stwierdzenie, że podmiot ten, poza formalnym usytuowaniem go w strukturze i organizacji wymiaru sprawiedliwości, spełnia wymogi co do swej istoty organu sądowego. Jest to bowiem podmiot niezależny, niezawisły przy orzekaniu, a ponadto przy rozpatrywaniu sporu stosujący mechanizmy i procedurę zbliżoną do procedury cywilnej, od rozstrzygnięcia którego przysługuje instancyjna kontrola sądu stosującego przepisy o postępowaniu w drugiej instancji. Warto również podkreślić, że skład tego organu zapewnia jego kompetencje oraz zawodowość. Członkami Izby mogą być osoby z wykształceniem wyższym prawniczym, z doświadczeniem zawodowym i wiedzą specjalistyczną z zakresu zamówień publicznych.

Tak więc charakter tego organu i przewidziane ustawowe mechanizmy rozpatrywania sporów przez Krajową Izbę Odwoławczą na pewno sytuują ją bliżej władzy sądowniczej aniżeli władzy wykonawczej, wedle tradycyjnego, monteskiuszowskiego modelu trójpodziału władzy.

Kolejnym środkiem ochrony prawnej, przewidzianym przez nasze ustawodawstwo, jest skarga składana do sądu powszechnego. Aktualnie skarga ma charakter instancyjnego mechanizmu, zapewniającego sądową kontrolę orzeczeń wydawanych przez organ *quasi* sądowy, jakim jest Krajowa Izba Odwoławcza. Sądy okręgowe w całej Polsce, właściwe ze względu na miejsce zamieszkania czy też siedzibę zamawiającego, zajmujące się rozpatrywaniem skarg na orzeczenia wydawane przez Krajowa Izbę Odwoławczą, występują tutaj – jak wskazano powyżej – jako organ drugiej instancji. Wskazuje na to przede wszystkim odesłanie w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych do stosowania przy rozpoznaniu przez sąd okręgowy sprawy ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, w sytuacjach nieuregulowanych w tej ustawie, przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu apelacyjnym[6]. Sąd okręgowy jednak rozpoznając skargę i uznając

[4] Projekt ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 2 kwietnia 2009 r.

[5] Ustawa o zamówieniach publicznych z 1994 r.

[6] Art. 194 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

jej zasadność zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka co do istoty sprawy, a więc co do zarzutów podniesionych w odwołaniu, skierowanym do rozpatrzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Potwierdzeniem okoliczności, że sąd okręgowy rozpoznający sprawę skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej działa jako sąd drugiej instancji, jest również wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 czerwca 2006 r. (sygn. akt: SK54/04) dotyczący zgodności art. 92c ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych z art. 78 i 176 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny, wypowiadając się co prawda na temat nieobowiązujących już regulacji prawnych (ustawa o zamówieniach publicznych z 1994 r.), niemniej adekwatnych do aktualnie obowiązujących przepisów, oceniając rozpatrywanie spraw ze skarg na orzeczenia zespołów arbitrów, uznał, że sądy powszechne pełnią w tym zakresie funkcję kontrolną, ale również funkcję instancyjną kontroli prawidłowości rozstrzygnięcia sprawy przez zespół arbitrów.

Uwzględniając stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, tym bardziej zasadne wydaje się odniesienie tych ustaleń do Krajowej Izby Odwoławczej, która – w odróżnieniu od zespołów arbitrów powoływanych *ad hoc* do rozpatrzenia każdej sprawy odwoławczej – jest stałym organem. Gwarancje niezawisłości członków Krajowej Izby Odwoławczej powołanych do rozpatrywania spraw odwoławczych zostały aktualnie dodatkowo wzmocnione poprzez regulację ustawową. Art. 174 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi bowiem, że członkowie składów orzekających Izby przy orzekaniu są niezawiśli i związani wyłącznie przepisami obowiązującego prawa. Również zasada niezależności Izby od organów władzy wykonawczej jest ustawowo zapewniona poprzez gwarancje nieodwoływalności członków Izby. Stosownie do art. 174 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych członkostwo w Izbie wygasa z powodu śmierci albo odwołania danej osoby. Natomiast odwołanie członka Izby może nastąpić wyłącznie z kilku enumeratywnie wymienionych przesłanek ustawowych, związanych przede wszystkim z utratą praw, które dają możliwość zakwalifikowania danej osoby w poczet członków Izby. Są to więc wymogi formalne dla osób ubiegających się o członkostwo w Izbie, takie jak: obywatelstwo polskie, pełna zdolność do czynności prawnych, pełnia praw publicznych, nieposzlakowana opinia, niekaralność, czy też ewentualne dopełnienie warunków związanych z objęciem i sprawowaniem stanowiska członka Izby (złożenie ślubowania, objęcie stanowiska w terminie określonym w akcie powołania, złożenie przez członka Izby rocznych oświadczeń majątkowych i w sprawie ewentualnych postępowań karnych). Odwołanie członka Izby z pełnionej funkcji może również nastąpić w przypadku ukarania danej osoby w ramach postępowania dyscyplinarnego najdotkliwszą karą, związaną z wydaleniem z Izby, czy też w sytuacji ewentualnego toczącego się postępowania karnego wobec tej osoby przez okres dłuższy niż pół roku, czy też na wniosek samego członka Izby o odwołanie z pełnionej funkcji. Wyłącznie te enumeratywnie wskazane w ustawie przesłanki mogą stanowić podstawę odwołania członka Izby z pełnionej funkcji. Zatem gwarancje niezależności czy też wiążące się z tym gwarancje nieusuwalności z pełnionej funkcji są zabezpieczone ustawowo.

Gwarancje niezależności członka Izby są dodatkowo wzmocnione poprzez zakaz łączenia przez członka Izby pełnionej funkcji z przynależnością do partii politycznych, mandatem posła, senatora, radnego, wójta, burmistrza czy prezydenta miasta, członkostwem w zarządzie powiatu lub województwa, w kolegium regionalnej izby obrachunkowej i samorządowym kolegium odwoławczym. Członkowie Izby nie mogą również co do zasady podejmować dodatkowego zatrudnienia czy też innych zajęć zarobkowych z wyjątkiem działalności dydaktycznej lub naukowej, jak też prowadzić działalności gospodarczej, czy też zasiadać w organach spółek handlowych fundacji.

Można co prawda wskazać, że członkowie Izby są powoływani na pełniony urząd przez Prezesa Rady Ministrów, co w jakiś sposób mogłoby sugerować powiązanie Krajowej Izby Odwoławczej z organami władzy państwowej. Zwrócić jednak należy uwagę, że powiązanie to ma wyłącznie charakter formalny i organizacyjny. Prezes Rady Ministrów powołuje na członków Izby wszystkie osoby (według przyjętego limitu osób i punktów), które zostaną wyłonione poprzez przeprowadzenie merytorycznego egzaminu kwalifikacyjnego przez niezależną komisję kwalifikacyjną. Członkami komisji kwalifikacyjnej mogą być wyłącznie osoby posiadające ugruntowaną wiedzę i doświadczenie w zakresie przepisów związanych z udzielaniem zamówień publicznych, jak również autorytet, dające rękojmię prawidłowego i bezstronnego przebiegu postępowania kwalifikacyjnego. W trakcie postępowania kwalifikacyjnego dla członków Izby sprawdzana jest przede wszystkim wiedza kandydatów, ich przygotowanie teoretyczne i praktyczne, ale także ich umiejętności sprawnego przeprowadzania postępowania odwoławczego. Prezes Rady Ministrów nie ma zatem szans na powołanie do składu osobowego Izby określonych osób w sposób dowolny. Odwołanie członka Izby z pełnionej funkcji – jak wskazano powyżej – również nie jest swobodne.

Środki ochrony prawnej wczoraj

Odnosząc się do historycznych regulacji w zakresie środków ochrony prawnej (środków odwoławczych) należy wskazać na kilka ważnych i szczególnych rozwiązań, które podlegały pewnym zmianom, tak w przepisach ustawy o zamówieniach publicznych, jak i Prawa zamówień publicznych. Obydwie jeszcze ustawy przewidywały, że spory odwoławcze będą rozstrzygane przez niezależne trzyosobowe zespoły arbitrów. Do rozpatrzenia każdego odwołania *ad hoc* te składy orzekające były wyznaczane z listy arbitrów prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Początkowo trzyosobowy skład był tworzony wspólnie przez strony postępowania odwoławczego i Prezesa Urzędu (ustawa o zamówieniach publicznych), by następnie składy te powstawały w drodze jawnego i publicznego losowania (ustawa Prawo zamówień publicznych). Listy arbitrów prowadzone w trybie administracyjnym przez Prezesa Urzędu powstawały w 1995 i 1996 r. (ustawa o zamówieniach publicznych) oraz w roku 2004 (Prawo zamówień publicznych). Ostatecznie, dzisiejszy model rozpatrywania sporów przez niezależny i zawodowy organ – Krajową Izbę Odwoławcza – został ukształtowany dopiero w 2007 r. przepisami nowelizacji Prawa zamówień publicznych.[7]

Cofając się nieco do nieodległych przecież czasów obowiązywania pierwszej ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r. w kontekście regulacji związanych z rozpatrywaniem sporów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zwrócić należy szczególną uwagę na zmianę tej ustawy, która wprowadziła odpłatność składanego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołania, poprzez konieczność uiszczania wpisu[8].

Istotne znaczenie dla modelowego ujęcia systemu odwoławczego w zamówieniach publicznych mają dwie nowelizacje przepisów ustawy o zamówieniach publicznych z 2001 r. Jedna z nich wprowadziła możliwość składania środków odwoławczych przed upływem terminu składania ofert przez organizacje zrzeszające przedsiębiorców i pracodawców, które zostały wpisane na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu[9]. Druga zaś wprowadziła

[7] Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 82, poz. 560)

[8] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 123, poz. 778)

[9] Ustawa z dnia 26 lipca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 113, poz. 1208 ze zm.)

w życie instrument stosowany po dzień dzisiejszy, tj. instrument ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, jak również merytoryczną kontrolę orzeczeń wydawanych przez zespoły arbitrów, sprawowaną przez sąd powszechny (Sąd Okręgowy w Warszawie)[10]. Rozpatrywanie spraw skargowych co do istoty zostało utrzymane w przepisach Prawa zamówień publicznych. Ustawodawca zdecydował się tylko w tym zakresie na oddanie tych spraw do właściwości miejscowej wszystkich sądów okręgowych w całej Polsce, odciążając tym samym Sąd Okręgowy w Warszawie.

Najważniejsza zmiana ustawy Prawo zamówień publicznych to – oprócz wspomnianej nowelizacji powołującej do życia Krajową Izbę Odwoławczą – nowela z 2006 r.,[11] wprowadzająca zasadę kumulacji postępowania odwoławczego oraz takie instrumenty w postępowaniu z zastosowaniem środków ochrony prawnej, jak: przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przystąpienie do postępowania odwoławczego, łączne rozpoznawanie spraw odwoławczych.

Stopniowe formowanie się modelu systemu odwoławczego w Polsce to bagaż wielu doświadczeń, wielu lat pracy i wysiłku sporej grupy ludzi. Nie pozostaje on jednak bez wpływu na obecny kształt aktualnych regulacji prawnych dotyczących środków odwoławczych. Nieustannie bowiem, wracając do starych rozwiązań, opieramy na ich podwalinach nowe, które umożliwiają bardziej sprawne prowadzenie procedury udzielania zamówienia publicznego, ale również pozwalają na efektywne korzystanie przez wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia publicznego z praw do kontroli zamawiających.

Środki ochrony prawnej dziś

Aktualnie obowiązujące regulacje prawne dotyczące środków ochrony prawnej z jednej strony zapewniają szybkość ich rozpatrywania, z drugiej zaś fachowość i kompetencje przy rozstrzyganiu problematycznych kwestii rodzących się w sporze pomiędzy wykonawcą ubiegającym się o zamówienie a prowadzącym to postępowanie zamawiającym w procesie udzielania zamówienia publicznego. Regulacje te są również zgodne z aktualnie obowiązującymi dyrektywami odwoławczymi z roku 1989[12] i 1992[13], stąd też zachowane zostały zasady krótkich terminów na rozstrzyganie sporów pomiędzy wykonawcami, a zamawiającym oraz merytoryczna kontrola orzeczeń wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą przez sąd powszechny. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zabezpieczają również wykonawców oraz całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – zgodnie z wymogami dyrektyw odwoławczych – przed podpisaniem umowy do czasu rozpatrzenia środków ochrony prawnej (art. 182 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Art. 94 ust. 1 ustawy przewiduje również wymagany postanowieniami dyrektyw okres zawieszenia postępowania pomiędzy poinformowaniem przez zamawiającego wykonawców o decyzji w sprawie udzielenia zamówienia a zawarciem umowy[14].

---

[10] Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 76, poz. 813 ze zm.)

[11] Ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Nr 79, poz. 551)

[12] Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane

[13] Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania zasad Wspólnoty w zakresie procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji

[14] Por. wyrok ETS w sprawie Alcatel sygn.: C – 81/98

Zauważyć również należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych od 2006 r.[15] zapewniają już możliwość szybkiego prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, w którym skorzystano ze środków ochrony prawnej. Powyższe możliwe jest z uwagi na zasadę koncentracji postępowania, czyli jednoczesnego rozstrzygania w postępowaniu wszystkich protestów dotyczących określonych, najważniejszych w postępowaniu czynności, takich m.in. jak: wybór oferty najkorzystniejszej, ewentualne odrzucenie ofert czy też wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu bądź zaniechanie przez zamawiającego dokonania tych czynności[16]. Nie ma również szans, przy założeniu prawidłowego prowadzenia procedury rozpatrywania protestów przez zamawiającego, na powtórne rozstrzyganie tych samych kwestii związanych z wykonaniem orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Ewentualny protest czy też odwołanie w tym przedmiocie podlegają odrzuceniu[17].

Można zatem stwierdzić, że aktualny kształt regulacji w tym przedmiocie jest wystarczający dla zapobieżenia zawarciu nieważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku wszczęcia procedury odwoławczej. Z drugiej zaś strony koncentracja rozpatrywania środków ochrony prawnej w sposób maksymalny daje szanse jednostkom zamawiającym na skrócenie procedury udzielenia zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego w praktyce stosowania i rozpatrywania środków ochrony prawnej pojawią się różnego rodzaju problemy związane bądź to z wykładnią przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, bądź też koniecznością szybkiego podjęcia rozstrzygnięcia w konkretnej sprawie złożonego odwołania i biegłej analizy zgromadzonego, często bardzo obszernego, materiału dowodowego w postaci dokumentacji postępowania.

Wśród problemów związanych z wykładnią przepisów ustawy, zarówno tych dotyczących samej procedury wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej (dział VI ustawy), jak również przepisów materialnych, można przykładowo wskazać na kilka. I tak w ramach działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych przepisem, który aktualnie sprawia pewne problemy interpretacyjne, jest art. 184 ust. 1a pkt 2 ustawy. Przepis ten pozwala literalnie na zakwestionowanie w trybie odwoławczym dla zamówień poniżej wartości progów europejskich[18] opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Niektórzy z tego przepisu wywodzą wprost prawo do zakwestionowania w trybie odwoławczym określenia przez zamawiającego przykładowo żądania wykazania się jedną dostawą określonego sprzętu o określonej wartości jako wypełnienia warunku udziału w postępowaniu. Inni wskazują na rozróżnienie przewidziane w innych przepisach ustawy odmiennego rozumienia warunków udziału w postępowaniu od opisu sposobu oceny spełniania tych warunków i uznają, że we wskazanym przykładzie niemożliwym jest, ze względów formalnych, złożenie i rozpatrzenie odwołania na tak postawiony warunek udziału w postępowaniu[19].

Aktualnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pojawiły się również problemy wynikające z wykładni przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, który to przepis nakazuje zamawiającemu zatrzymanie wadium w postępowaniu, w sytuacji

[15] Ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Nr 79, poz. 551)

[16] Art. 92 ust. 2 pkt 1 oraz art. 183 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

[17] Art. art. 180 ust. 7, art. 181 ust. 6 oraz art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych

[18] Progi określone przepisami rozporządzenia wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich – Dz. U. Nr 241, poz. 1762.

[19] Por. sprawy o sygn. akt: KIO/UZP 449/09, KIO/UZP 1530/08, KIO/UZP/188/09 i sprawy rozpoznane łącznie: KIO/UZP 424/09, KIO/UZP 425/09, KIO/UZP 426/09

gdy wykonawca nie uzupełni na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów lub oświadczeń czy też pełnomocnictw, a brak ten nie wynika z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy. Interpretacja tego przepisu, jak i jego zastosowanie w procedurze odwoławczej, wywołuje poważne kontrowersje. Zapadają różne orzeczenia, w których Izba bądź podejmuje próbę rozstrzygnięcia zarzutów dotyczących zatrzymania wadium jako czynności podejmowanej w postępowaniu, bądź też nie rozpoznaje merytorycznie tych kwestii, uznając swoją niewłaściwość i wskazując na możliwość drogi sądowej w tym zakresie.

Bardzo istotną i zarazem problematyczną w orzecznictwie okazuje się również kwestia oceny prawidłowości obliczenia ceny ofertowej w kontekście zastosowania właściwej, tj. zgodnej z przepisami prawa podatkowego, stawki podatku od towarów i usług. Krajowa Izba Odwoławcza, nie będąc w tym przedmiocie organem właściwym (podobnie zresztą, jak i zamawiający), podejmuje próbę wykładni przepisów prawa podatkowego w indywidualnych, konkretnych sprawach. Oczywistym jest, że w takich kwestiach Izba musi opierać się na dowodach, w tym w szczególności na opiniach izb skarbowych czy też Ministerstwa Finansów, które jednak – z uwagi na często różne właściwości miejscowe zamawiającego i wykonawców ubiegających się o zamówienie – są rozbieżne.

Podobnych przykładów można by wskazywać wiele, nie temu wszakże ma służyć niniejszy referat. Przywołując jednak kwestie problematyczne i wątpliwe, należy wskazać również na pewne konieczne jeszcze kierunki zmian w zakresie przepisów materialnych, jak i formalnych, związanych z rozpoznawaniem sporów związanych z użyciem środków ochrony prawnej.

Środki ochrony prawnej – jutro (nowelizacja)

Rządowy projekt nowelizacji przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zakłada szereg nowych rozwiązań w zakresie wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, które przede wszystkim związane są z koniecznością wdrożenia nowej dyrektywy odwoławczej[20] do polskich regulacji.

W tym zakresie proponuje się rozwiązanie, dzięki któremu Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując złożone odwołanie, będzie mogła – jeśli stwierdzi, że umowa w sprawie zamówienia publicznego została już zawarta – przede wszystkim wszcząć i przeprowadzić postępowanie wyjaśniające w celu ustalenia przesłanek unieważniania umowy, nałożenia kary pieniężnej albo skrócenia okresu obowiązywania umowy (projektowany przepis art. 190 ust. 8 ustawy). Natomiast przy wydaniu orzeczenia Izba, po rozpoznaniu sprawy odwołania, będzie mogła w oczywistych sytuacjach faktycznych, niewymagających oceny ewentualnego naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego:

- unieważnić umowę albo
- unieważnić umowę i nałożyć karę finansową na zamawiającego albo też
- nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu obowiązywania umowy w sytuacjach, kiedy utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym.

Przywołane oczywiste sytuacje faktyczne to okoliczności wskazane w art. 146 ust. 1 – 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (według regulacji zawartych w projekcie nowelizacji ustawy). Będą to więc sytuacje, kiedy zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryby niekonkurencyjne (negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki),

[20] Patrz przypis 1

nie opublikował wymaganego przepisami prawa ogłoszenia o zamówienie – odpowiednio w zależności od wartości zamówienia – w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej bądź w Biuletynie Zamówień Publicznych, zawarł umowę z naruszeniem terminów na złożenie środka ochrony prawnej. Izba natomiast nie będzie mogła unieważniać umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego, jeśli zamawiający w toku postępowania dokonał określonej czynności albo jej zaniechał z naruszeniem przepisów ustawy, które to naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W tym przedmiocie właściwym do oceny zaistnienia naruszenia przepisów ustawy przy udzielaniu zamówienia oraz oceny stopnia wpływu tego naruszenia na wynik postępowania będzie sąd powszechny. Tym samym wymóg dyrektywy z 2007 r. o szybkości rozpatrywania spraw związanych z unieważnianiem umów („zapewnienie skutecznego, a w szczególności możliwe szybkiego odwołania")[21] został w projekcie zmiany ustawy Prawo zamówień publicznych wypełniony. Organ odwoławczy, jakim jest Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując odwołanie w krótkim terminie 15 dni, będzie również rozstrzygać kwestie związane z nieważnością umowy.

Powyższe rozwiązanie z punktu widzenia systemu i zasady szybkości postępowania należałoby ocenić pozytywnie. Ważne są jednak w tym zakresie również praktyczne rozwiązania organizacyjne i etatowe dla Krajowej Izby Odwoławczej, aby organ rozpoznający tak istotne spory i kwestie, jak nieważność zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze wszystkimi cywilistycznymi konsekwencjami takiego orzeczenia, miał zapewnione gwarancje należytego wykonywania swoich ustawowych obowiązków.

Dokonując analizy tej projektowanej regulacji, warto również postawić pytanie, czy sąd rozpoznający skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, w sytuacji gdy Izba nie unieważniła umowy w sprawie zamówienia publicznego, a powinna była tego dokonać w oparciu o dany stan faktyczny, będzie mógł naprawić ten błąd i wydać orzeczenie co do istoty sprawy oraz unieważnić umowę. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie powinna być twierdząca. Regulacją zapewniającą możliwość korzystania z różnych rodzajów rozstrzygnięć w sprawie złożonego odwołania przez sąd, w tym również unieważniania umowy, jest aktualnie przepis art. 198 ust. 2 ustawy (w projekcie nowelizacji ustawy: art. 198f ust. 2). Z przepisu tego wynika, że sąd w przypadku uwzględniania skargi na orzeczenie Izby zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka co do istoty sprawy. To, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują w tym zakresie szczególnego, wprost zapisanego dla sądu rozpatrującego skargę, uprawnienia do unieważniania umów, nie może oznaczać, że sąd, wydając rozstrzygnięcie merytoryczne w sprawie co do istoty tej sprawy, może nie wziąć pod uwagę okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy czy też skróceniem okresu jej obowiązywania.

Izba dodatkowo będzie mogła również w przypadku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego stwierdzić naruszenie przepisów ustawy. Ta sytuacja będzie możliwa, gdy umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, czyli np. w sytuacji, gdy na podstawie aktualnie obowiązującego art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (a w projekcie nowelizacji ustawy jest to przepis art. 182 ust. 2) Izba wyrazi zgodę na zawarcie umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu po stwierdzeniu przesłanki interesu publicznego oraz po zważeniu interesów wykonawców uczestniczących w postępowaniu i przesłanki interesu publicznego.

Drugim mechanizmem przewidzianym w ramach projektu nowelizacji są kary finansowe, które mają być nakładane na jednostki zamawiających, w sytuacji gdy te zdecydują się na podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego, która podlega unieważnianiu,

[21] Art. 1 pkt 1 w zakresie zmiany art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG i art. 1 pkt 1 w zakresie zaminy art. 1 ust. 1 dyrektywy 92/13/EWG

a nie jest możliwy zwrot już spełnionych świadczeń na podstawie zawartej umowy bądź kiedy Izba stwierdzi, że unieważnianie umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo jej wad, nie leży w interesie publicznym. Kary finansowe, jako inne sankcje wiążące się z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych w związku ze składanymi środkami ochrony prawnej, mają być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające – jak stanowi nowa dyrektywa odwoławcza z 2007 r.[22] Dla wypełnienia tej dyspozycji, wynikającej z dyrektywy zdecydowano się na wprowadzenie kar finansowych na poziomie do 10% wartości wynagrodzenia dla wykonawcy, przewidzianego w umowie. Przy określeniu konkretnej wysokości kary finansowej Izba każdorazowo powinna ocenić rodzaj i zakres stwierdzonego naruszenia przepisów, jak również wartość wynagrodzenia umownego w postępowaniu, w którym kara ta jest orzekana. Ustawodawca przewidział tutaj również kary finansowe na niższym poziomie dla szczególnego naruszenia – naruszenia zakazu zawarcia umowy przed upływem terminu na złożenie środka odwoławczego (tzw. „standstill") oraz do czasu rozstrzygnięcia tego środka przez właściwy organ (Krajowa Izba Odwoławcza). Wysokość kary przewidzianej dla tego typu naruszenia została ustalona na poziomie do 5% wartości wynagrodzenia umownego, przy uwzględnieniu również okoliczności związanych z udzieleniem zamówienia.

Czy wskazane kary finansowe przewidziane w projekcie nowelizacyjnym wypełniają wymóg dyrektywy odwoławczej i są wystarczająco odstraszające, proporcjonalne i generalnie skuteczne, okaże się tak naprawdę dopiero w trakcie ich stosowania. Już w tej chwili jednak można pokusić się o wniosek, że instrument ten, z racji samej jego konstrukcji i założenia, że karze podlegają instytucje zamawiające, a więc w większości jednostki finansowane z budżetu państwa, może okazać się mało skuteczny w zapobieganiu naruszeniom. Wydaje się, że bardziej skuteczna byłaby w tym zakresie indywidualizacja tej kary, a nie konsekwencje dla całej jednostki, skoro za popełnienie naruszenia ponosi odpowiedzialność konkretna osoba. Niemniej jednak dopiero przyszłość pokaże, jaką skutecznością będą wykazywać się te nowe, nieznane dotąd w naszym systemie zamówień publicznych mechanizmy.

Warto również podkreślić, że niezależnie od kar finansowych, wykonawcy, który doznał szkody w wyniku naruszeń przez zamawiającego określonych przepisów ustawy, będzie przysługiwało również roszczenie odszkodowawcze, którego będzie on mógł dochodzić na zasadach określonych w przepisach Kodeksu cywilnego. Jednak takie szczególne roszczenie odszkodowawcze będzie mogło być dochodzone w terminie 3 miesięcy od dnia uprawomocnienia się wyroku Izby lub sądu.

Warto również wskazać, że wynikiem wdrożenia nowej dyrektywy odwoławczej do polskiej ustawy jest określenie nowych terminów do złożenia odwołania i zasadniczo wydłużenia tych terminów. Pierwszy raz dyrektywa odwoławcza wskazuje na konkretne minimalne terminy na składanie środków odwoławczych, stąd też rząd polski związany tymi przepisami zmuszony był do ich uwzględnienia w polskiej regulacji. W takiej to sytuacji projekt nowelizacji przewiduje odrębne terminy na złożenie odwołania na czynność zamawiającego, o której dokonaniu zamawiający informuje wykonawców. Są to terminy: 10 lub 15 dni – dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej wartości progów unijnych albo 7 lub 10 dni – dla zamówień o wartości niższej niż wartość progów unijnych. Rozgraniczenie na terminy dłuższe (15 dni i 10 dni) i terminy krótsze (10 dni i 7 dni) uzależnione jest od formy kontaktów przyjętej przez zamawiającego. Jeśli jest to forma faksowa lub elektroniczna, przewidziane są tak w zamówieniach o mniejszej wartości (poniżej progów UE), jak i w zamówieniach o większej wartości (powyżej progów UE),

[22] Art. 1 pkt 2 wprowadzający do dyrektywy 89/665/EWG przepis art. 2e ust. 2 i art. 2 pkt 2 wprowadzający do dyrektywy 92/13/EWG przepis art. 2e ust. 2

terminy krótsze, jeśli zaś korzystano w tym zakresie z innych form kontaktów, termin ten jest odpowiednio wydłużony. Takie rozróżnienie wprowadzone jest też w przepisach samej dyrektywy odwoławczej[23].

Odrębne terminy na wnoszenie odwołań przewidziano dla zaskarżenia treści ogłoszenia oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przetargu nieograniczonym oraz dla zaskarżenia innych czynności zamawiającego (10 dni i 7 dni od zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w oficjalnym publikatorze lub zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej lub też powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę do złożenia odwołania). Termin dłuższy przewidziano odpowiednio dla zamówień równych bądź powyżej wartości progów UE i termin krótszy – dla zamówień poniżej tych wartości.

Niezależnie od powyższych nowych rozwiązań, wynikających wprost z nowej dyrektywy odwoławczej, rządowy projekt nowelizacji Prawa zamówień publicznych zakłada również inne ważne modyfikacje systemu odwoławczego.

Pierwszą, najbardziej istotną, o której już wspomniano wcześniej, jest likwidacja instytucji protestów. Projektodawcy tego rozwiązania podjęli odważną próbę reformy polskiego systemu odwoławczego. Protest – jak podniesiono – jest ugruntowany w polskiej praktyce udzielania zamówień publicznych. Jest to instrument, który z jednej strony daje szanse wykonawcom i zamawiającym na weryfikację błędów popełnionych przez zamawiającego w postępowaniu, bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów i angażowania w rozstrzyganie sporu innych organów, z drugiej jednak strony może okazać się skutecznym mechanizmem nieuzasadnionej blokady postępowania przez wykonawcę, uniemożliwiającym podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uwzględniając argumenty „za" i „przeciw" likwidacji instytucji protestów, w projekcie nowelizacji ustawy odnaleziono pośrednie rozwiązanie, w którym protest jako odrębny środek ochrony prawnej formalnie zostaje usunięty z procedury, jednak zarzuty podnoszone przez wykonawcę w odwołaniu, przed ich rozstrzygnięciem przez Krajową Izbę Odwoławczą, mogą zostać uwzględnione przez samego zamawiającego. Zatem z jednej strony poprzez likwidację protestu procedura z zastosowaniem środków ochrony prawnej, a tym samym również proces udzielenia zamówienia publicznego, ulega skróceniu, z drugiej zaś – nowe rozwiązania dają szanse naprawy postępowania przez samego zamawiającego, w sytuacji gdy jest taka wola owego podmiotu oraz wykonawców, którzy są zainteresowani uzyskaniem zamówienia.

W tym przedmiocie rozważenia wymaga jednak kwestia, czy rozwiązanie to nie powinno jeszcze podlegać dopracowaniu bądź pewnym modyfikacjom. Szczególnej uwagi wymaga kwestia oceny charakteru i zakresu czynności zamawiającego polegającej na uwzględnieniu odwołania. Z projektowanego przepisu art. 186 ust. 2 wynika, że zamawiający może uwzględnić odwołanie wyłącznie w całości. Zatem nawet w sytuacji zgody na uwzględnienie jednego z podnoszonych zarzutów wszystkich zainteresowanych wykonawców oraz zamawiającego, ten ostatni nie będzie miał w tym zakresie żadnych uprawnień do uwzględnienia zarzutu i sprawa będzie poddana pod rozstrzygnięcie Izby.

Biorąc pod uwagę wskazane zastrzeżenia, likwidację protestu należy ocenić jako pozytywne rozwiązanie w zakresie środków ochrony prawnej, korzystne również dla samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niemniej jednak należy liczyć się z tym, że wobec tej zmiany liczba postępowań odwoławczych, które podlegają formalnemu czy też merytorycznemu rozstrzygnięciu przez Izbę, z pewnością ulegnie zwiększeniu. Stąd

[23] Art. 1 pkt 2 wprowadzający do dyrektywy 89/665/EWG przepis art. 2c i art. 2 pkt 2 wprowadzający do dyrektywy 92/13/EWG przepis art. 2c

niezbędne w tym zakresie są działania mające na celu przeorganizowanie pracy Krajowej Izby Odwoławczej dla zwiększenia jej wydolności i sprawności działania, a przede wszystkim mające na celu zwiększenie etatowe liczby członków Izby oraz jej obsługi administracyjnej, co zostało uwypuklone w dokumencie załączonym do przygotowanego projektu nowelizacyjnego, tj. Ocena skutków regulacji.

Warto również podkreślić, że projekt nowelizacji przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zakłada przekazanie do Krajowej Izby Odwoławczej wszystkich elementów postępowania odwoławczego, w tym również formalnych, takich jak np. podmiot, do którego będzie się wnosiło odwołania. Aktualnie zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który – po ustaleniu, że uiszczono od niego wpis – przekazuje je do rozpatrzenia Krajowej Izbie Odwoławczej. Projektowany przepis art. 180 ust. 4 przewiduje natomiast, że odwołanie wnosi się do Prezesa Izby, który także podejmuje czynności związane z ustaleniem prawidłowości uiszczenia wpisu od odwołania.

Innym przykładem jest kwestia związana z wyłączaniem członków Izby od rozpatrywania danej sprawy odwoławczej na skutek złożonego wniosku o wyłączenie. Aktualnie rozstrzygnięcie w tym zakresie podejmuje Prezes Urzędu (art. 186 ust. 5 ustawy), projekt nowelizacji ustawy zakłada, że co do zasady będzie się tym zajmował Prezes Izby, poza sytuacją, gdy wniosek o wyłączenie będzie dotyczył jego samego (art. 188 ust. 5 i 6 projektu nowelizacji). Zatem rola Urzędu Zamówień Publicznych w postępowaniu odwoławczym w praktyce, wedle projektowanych rozwiązań, będzie sprowadzała się jedynie do faktycznej obsługi administracyjno – księgowej Krajowej Izby Odwoławczej, co w sposób jeszcze bardziej naoczny podkreśla niezależność Izby od organów administracji państwowej

Do innych regulacji w zakresie środków ochrony prawnej, wprost niezwiązanych z wymogami nowej dyrektywy odwoławczej, należy zaliczyć rozwiązanie, wedle którego skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej będą mogły być składane zarówno – jak dotychczas – do sądów okręgowych w całej Polsce (zamówienia o wartości poniżej wartości progów UE), jak i do sądów apelacyjnych (zamówienia o wartości równej lub przekraczającej wartości progów UE).

Przekazanie spraw skargowych do kompetencji sądów apelacyjnych wydaje się ze wszech miar zasadne. Sądy te są znacznie mniej obciążone niż sądy okręgowe, a ponadto waga spraw dotyczących zamówień publicznych – w szczególności po wejściu w życie przepisów nowelizacji, kiedy w organ pierwszej instancji (Krajowa Izba Odwoławcza) będzie rozstrzygał sprawy związane z unieważnianiem umów cywilnych – będzie znaczna. Wydaje się zasadnym ponowne rozważenie, czy jednoczesna kompetencja do rozpoznawania spraw skargowych w rękach zarówno sądów okręgowych, jak i apelacyjnych, będzie dobrze funkcjonującym i skutecznym rozwiązaniem z punktu widzenia jednolitości orzecznictwa w sprawie zamówień publicznych.

Podsumowanie

Referat prezentuje tylko niektóre najważniejsze aspekty związane z funkcjonowaniem środków ochrony prawnej – marginalnie w ujęciu historycznym oraz w sposób bardziej szczegółowy w oparciu o regulacje prawne aktualnie obowiązujące oraz projektowane. Nie sposób omówić przy tej okazji wszystkich kwestii związanych z tą tematyką – tych pozytywnych, jak i problematycznych. Dlatego też niniejszy referat obejmuje tylko ten mały wycinek, który w mojej ocenie może mieć istotny wpływ na kierunki rozwoju polskiego systemu odwoławczego w zamówieniach publicznych.

Rozwój systemu odwoławczego nakierowany winien być przede wszystkim na wzmocnienie Krajowej Izby Odwoławczej, która jako organ kompetentny ma również bardzo istotny atut w postaci możliwości szybkiego rozpoznawania sporów w trakcie procedury udzielania zamówienia publicznego, co ma poważne znaczenie dla szybkości realizacji inwestycji publicznych. Należałoby utrzymać taki charakter tego organu, rezygnując jednocześnie ze zbyt dalekiego sformalizowania i biurokratyzowania postępowania odwoławczego, co w sposób istotny mogłoby negatywnie wpłynąć na efektywność i szybkość pracy Izby. Dla ugruntowania pozycji Krajowej Izby Odwoławczej konieczne również jest jej formalne umiejscowienie w systemie organów w państwie w porządku konstytucyjnym.

Koniecznym wydaje się także stworzenie takiego mechanizmu rozpoznawania skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, który z jednej strony gwarantowałby skuteczność i celowość tego środka ochrony prawnej i tej drogi, w sytuacji gdy zamawiający może podpisać umowę w sprawie zamówienia publicznego po orzeczeniu Izby, z drugiej zaś strony zapewniałby możliwość szybkiej realizacji zamówienia publicznego.

Niektóre wnioski i postulaty na pewno dałoby się zrealizować jeszcze na etapie aktualnego projektu nowelizacji, niemniej należy sobie również zdawać sprawę z tego, że wiele jeszcze koniecznych mechanizmów i rozwiązań będzie niezbędnych do rozważenia w zakresie systemu odwoławczego w najbliższej przyszłości. Powyższe będzie w szczególności zasadne po okresie obserwacji i ocenie skutków wdrożenia dyrektywy odwoławczej do naszego krajowego sytemu zamówień publicznych.

O POTRZEBIE DALSZYCH USPRAWNIEŃ W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ryszard Szostak
– doktor habilitowany, profesor nadzwyczajny Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, członek Rady Zamówień Publicznych

I. Prawo zamówień publicznych z 2004 r. należy do najczęściej zmienianych ustaw odnoszących się do działalności sektora publicznego[1]. Ciągle ewoluuje. Niektóre zmiany są jednak już zbyt chwiejne, w wyniku braku dojrzałych koncepcji legislacyjnych i coraz bardziej widocznego oddziaływania czynników partykularnych. Po długo trwającym procesie konsolidacji regulacji, zgodnym z europejskimi tendencjami rozwojowymi, w 2008 r. doszło do nieoczekiwanego jej podziału z wyodrębnieniem przepisów o koncesjach na roboty budowlane i usługi w ramach osobnej ustawy[2], przewidującej szczególne rozwiązania prawne w sprawach uniwersalnych, jak np. w odniesieniu do środków ochrony prawnej wykonawców. Nie sprzyja to oczekiwanej w praktyce stabilizacji prawa. Zastrzec jednak trzeba, że większość utrzymujących się trudności praktycznych nie ma już bezpośredniego związku – tak jak dawniej – z nietrafnymi dyspozycjami ustawowymi, na pierwszy plan wysuwają się coraz częściej rozmaite mankamenty organizacyjno-biurokratyczne. Przestarzałe i mało efektywne rozwiązania regulaminowe, kult tradycyjnej formy pisemnej z wykorzystaniem pośrednictwa pocztowego przy niechęci do nowoczesnych form przekazu informacji, brak dostatecznej wiedzy po stronie kadry zarządzającej (zamówienia komplikują się coraz bardziej) oraz spowolnione procesy decyzyjne obciążone przerostem wymagań dokumentacyjnych i archaicznym obiegiem dokumentów to zasadnicze bariery ograniczające efektywność zamówień publicznych. Dodatkowo sytuację pogarszają utrzymujące się trudności z zakresu planowania wydatków na zamówienia publiczne. Usunięcie tych barier wymaga czasu i być może większego zaangażowania administracyjnych środków dyscyplinujących oraz karnych. Dużą rolę może tu odegrać także stabilne orzecznictwo.

Projektowane ostatnio zmiany w prawie zamówień publicznych zbliżają je do modelu docelowego[3]. Niestety nie będą to jeszcze zmiany przełomowe, ponieważ po nowelizacji przedmiotowa regulacja nie stanie się całkowicie wolna od luk i niespójności, przerostów i zbędnej kazuistyki oraz innych mankamentów wymagających dalszych zabiegów legislacyjnych. Znaczna częstotliwość i wycinkowy charakter zmian przyczyniają się – niestety – do postępującej dezintegracji regulacji, a w rezultacie do niepewności prawa w stosun-

[1] Praktyczne uciążliwości zbyt częstych zmian stały się przedmiotem ożywionej dyskusji uczestników konferencji nt. „Efektywności udzielania i wykonywania zamówień publicznych", zorganizowanej w Krakowie w dn. 11-12 grudnia 2008 r. Por. sprawozdanie w oprac. U. Walczak, „Prawo Zamówień Publicznych" 2009, Nr 1, s. 118-119.

[2] Ustawa z dn. 5 grudnia 2008 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2009 r. , Nr 19, poz. 101.

[3] Por. rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dn. 2 kwietnia 2009 r., który zmierza do implementacji dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/WE i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych dziedzinie udzielania zamówień publicznych. Jest to ostatnia z ważniejszych dyrektyw modernizujących rozwiązania wspólnotowe poświęcone zamówieniom publicznym. W zakresie tzw. zamówień wyłączonych spod działania ogólnego reżimu prawnego wszczęto jedynie postępowanie legislacyjne (2007 r.) nad dyrektywą w sprawie procedur udzielania niektórych zamówień publicznych na prace budowlane, dostawy i usługi w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (COM/2007/0766 końcowy). Brak zaś danych o planowanej dyrektywie dotyczącej zamówień polegających na nabywaniu praw do nieruchomości.

kach społeczno gospodarczych. Tymczasem rzecz dotyczy bardzo doniosłego aktu normatywnego, dla przedsiębiorców i całej gospodarki, a także dla licznej rzeszy urzędników administracji publicznej.

Prawo zamówień publicznych musi być stabilne, spójne i przejrzyste, uwzględniające w miarę możliwości tradycyjną aparaturę pojęciową, właściwą dla prawa cywilnego i innych dziedzin, uwzględniające nowoczesne tendencje rozwojowe w prawie i ekonomii, a także operujące koniecznym przy tego typu regulacjach językiem powszechnego stosowania. Nadchodzi zatem czas dla nowej ustawy, choć niekoniecznie pilnie wymaganej. Tym razem powinien być to akt gruntownie przygotowany pod względem legislacyjnym. Pożądane byłoby nawet wcześniejsze wprowadzenie niektórych nowych rozwiązań do aktualnie obowiązującej ustawy, w celu uruchomienia niezbędnej dyskusji i upewnienia się o ich trafności, przede wszystkim w sferze stosowania prawa. Prowadzone sukcesywnie prace analityczno-studialne powinny zmierzać od rzetelnej weryfikacji obowiązującej regulacji w kierunku budowy optymalnego modelu regulacji systemu zamówień w Polsce. Obowiązujący stan trudno uznać za „systemowy", skoro nasuwa zastrzeżenia w zakresie kompletności, spójności i przejrzystości. Należy zatem zgodzić się z tezą, że system zamówień publicznych w Polsce ciągle jeszcze znajduje się w stadium kształtowania. Podstawę prac nad nową ustawą powinny więc stanowić zweryfikowane pozytywnie rozwiązania zawarte w aktualnie obowiązującym prawie zamówień publicznych oraz w ustawie o koncesjach. Jeśliby jednak koncepcja nowej ustawy nie znalazła wystarczającej aprobaty w ramach inicjatywy rządowej, rozważyć należałoby, w związku z kolejną nowelizacją dotychczasowej regulacji, co najmniej urzędowe ujednolicenie jej tekstu z zachowaniem ciągłej numeracji przepisów.

Pod względem liczebnym podstawowe znaczenie w sferze zamówień publicznych mają normy o charakterze cywilnoprawnym, regulujące zwłaszcza procedury ich udzielania[4]. Dlatego przy projektowaniu nowych przepisów uwzględnić trzeba będzie nie tylko europejskie regulacje poświęcone wprost zamówieniom publicznym, lecz także ogólne akty modelowe[5]

[4] Zawarte w Prawie zamówień publicznych unormowania publicznoprawne stymulują w oznaczonym zakresie stosowanie norm o charakterze cywilnoprawnym, zwłaszcza nakazują zastosowanie określonych procedur przedumownych. Por. R. Szostak: Przetarg na zamówienia publiczne – zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2005, s. 27 i n.

[5] Chodzi przede wszystkim o zasady prawa umów UNIDROIT z 2000 r., europejskie zasady prawa umów z 2000 r. (PECL), przejęte w znacznym zakresie do projektu tzw. ogólnych ram odniesienia z 2007 r. (DCFR), a także zasady obowiązującego europejskiego prawa umów (Acquis). Por. bliżej o tym P. Machnikowski: Przepisy dotyczące czynności prawnych w projekcie Common Framne of Reference i w Principles of the Existing EC Contract Law, cz. I, „Rejent" 2008, Nr 4, s. 35 i n. oraz cz. II, „Rejent" 2008, Nr 5, s. 42 i n., a także F. Zoll: Metoda Acqius Group. Wkład w harmonizację prawa umów w Europie (w:) Europeizacja prawa prywatnego, t. II (red. M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk i M. Szpunar), Warszawa 2008, s. 75 i n.

Szczególne znaczenie w nadchodzącym czasie będą miały dyspozycje CFR. Są to rozwiązania modelowe opracowane pod auspicjami Komisji Europejskiej (por. Komunikat z 12 lutego 2003 r. o zwiększeniu spójności europejskiego prawa kontraktów, COM 2003/68, a także sprawozdanie przedłożone Parlamentowi Europejskiemu 25 lipca 2007 r. co do Wspólnych Ram Odniesienia, COM/2007/0447), które mają spełniać funkcję instrumentu zbliżenia prawa krajowego w zakresie regulacji umów cywilnoprawnych. DCFR został oficjalnie przedstawiony Komisji Europejskiej w grudniu 2008 r. (zob. tekst www.storme.be2009.02DCFR Outline Edition.pdf), która rozpoczęła wewnętrzny proces selekcji, celem wyodrębnienia tych części, które jeszcze w 2009 r. mają ukazać się w „Białej Księdze w sprawie wspólnego układu odniesienia" (CFR). Według oświadczenia Rady UE z 18 kwietnia 2008 r. „CFR powinien być narzędziem służącym lepszemu stanowieniu prawa (…), tworzącym zbiór niewiążących wytycznych, z którego dobrowolnie korzystać będą pracodawcy w Europie". Parlament Europejski zaś w swojej rezolucji legislacyjnej z 3 września 2008 r. (P6-TA/2008/0397) wyraził przekonanie, że CFR „wykroczy poza ramy zwykłego narzędzia legislacyjnego i stanie się instrumentem opcjonalnym". Bliżej o tym M. Boszko: Plan działania Komisji Europejskiej w zakresie europejskiego prawa umów, „Transformacje Prawa Prywatnego" 2006, Nr 1, s. 7 i n., M. Hesselink: Polityczne aspekty europejskiego kodeksu cywilnego, „Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2006, Nr 2, s. 30 i n., S. Leible: Drogi do europejskiego prawa prywatnego, „Europejski Przegląd Sądowy" 2007, Nr 8, s. 4 i n.

i konwencyjne[6], odzwierciedlające nowoczesne tendencje rozwojowe w zakresie prawa cywilnego, rozwijające się pod wpływem potrzeb obrotów transgranicznych. W pierwszej kolejności jednak niezbędne będzie zapewnienie odpowiedniej spójności z nowym kodeksem cywilnym[7]. Chodzi w szczególności o rozwiązania dotyczące przedkontraktowych stosunków proceduralnych (oferta, negocjacje, aukcja, przetarg) i wynikających z nich powinności stron, a także konstrukcji jurydycznych czynności prawnych zapadających w toku realizacji poszczególnych procedur[8]. Nie bez znaczenia będą też nowe unormowania wadium przetargowego, przedkontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej[9], umów ramowych[10] oraz elektronicznej formy czynności prawnych[11]. Niewątpliwie istotnemu poszerzeniu ulegnie katalog umów nazwanych. Wyraźne przeobrażenia nastąpią też zapewne w kodeksowej typologii umów dotyczących usług i robót budowlanych. Z drugiej strony nie można pomijać osiągnięć innych państw europejskich, zwłaszcza zawartych w ustawodawstwach zbliżonych do polskiego porządku prawnego, przede wszystkim Niemiec i Austrii – z uwagi na uwarunkowania historyczne. Dyrektywy europejskie o zamówieniach publicznych nie regulują przecież wszystkiego. Wiele rozwiązań proceduralnych nadal leży wyłącznie w domenie prawa krajowego[12]. To samo dotyczy zasad rozpoznawania środków ochrony prawnej wykonawców. Konieczna jest zatem kontynuacja badań prawno-porównawczych prowadzonych na użytek prac legislacyjnych.

Unormowania publiczno-prawne, zwłaszcza wyznaczające granice ustawowego reżimu zamówień publicznych, powinności organów instytucji zamawiających i zasięg stosowania pozaprzetargowych procedur udzielania zamówień, w mniejszym stopniu wymagają korekty, ponieważ z reguły zdeterminowane zostały dyspozycjami dyrektyw europejskich. To samo dotyczyć będzie wkrótce postępowania rozpoznawczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (gruntowna nowelizacja). W pozostałym zakresie potrzeba zmian ujawni się szerzej, choćby dlatego, że w sferze regulacji samego toku postępowania o udzielenie zamówienia nadal dominujące znaczenie zachowuje prawo krajowe, wymagające dalszej „optymalizacji" z punktu widzenia zmieniających się okoliczności społeczno-gospodarczych.

II. W pierwszej kolejności uporządkować trzeba niektóre definicje legalne, jak np. pojęcie tzw. dynamicznego systemu zakupów, wymagające „przełożenia" na język zobowiązań[13], umowy ramowej – ustalającej warunki przyszłych zamówień jednostkowych, czy

---

[6] W szczególności postanowienia konwencji wiedeńskiej NZ z 1980 r. o międzynarodowej sprzedaży towarów (Dz. U. z 1997 r., Nr 45, poz. 286).

[7] Por. sprawozdanie z konferencji pn. Główne założenia projektu kodeksu cywilnego zorganizowanej w dn. 29 marca 2007 r. przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego i Instytut Nauk Prawnych PAN w Warszawie, opracowane przez M. Wróbel: Główne założenia projektu Kodeksu cywilnego, „Monitor Prawniczy" 2007, Nr 13.

[8] Więcej o nich R. Szostak: Przetarg … op. cit., s. 84 i n.

[9] Por. zwłaszcza P. Sobolewski: Odpowiedzialność przedkontraktowa (w:) Europeizacja prawa prywatnego (red. M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar), t. II, Warszawa 2008, s. 393 i n. oraz A. Całus: Sytuacja prawna uczestników negocjacji przed zawarciem ostatecznej umowy (w:) Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań (red. E. Gniewek, E. Górska i P. Machnikowski), Warszawa 2009 (w druku).

[10] Por. R. Szostak: Charakter prawny porozumień ramowych w zamówieniach publicznych, „Państwo i Prawo" 2005, Nr 7, s. 65 oraz G. Wicik: Umowa ramowa w zamówieniach publicznych-główne problemy interpretacyjne oraz postulaty de lege ferenda, „Prawo Zamówień Publicznych" 2008, Nr 4, s. 258 i n.

[11] Por. D. Szostek: Liberalizacja elektronicznej formy oświadczenia woli w zamówieniach publicznych – wnioski de lege lata i de lege ferenda, „Prawo Zamówień Publicznych" 2009, Nr 1, s. 15 i n.

[12] Por.A. Sołtysińska: Europejskie prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2006, s. 13 i n. oraz D. Piasta: Kierunki zmian w dyrektywach odwoławczych dotyczących udzielania zamówień publicznych, „Prawo Zamówień Publicznych" 2008, Nr 4, s. 172 i n.

[13] Więcej o tym R. Szostak: Udzielanie zamówień publicznych w trybie powtarzalnego przetargu elektronicznego – dynamiczny sposób dokonywania zakupów, „Przegląd Prawa Handlowego" 2007, Nr 1, s. 27, a także G. Wicik, P. Wiśniewski: Prawo zamówień publicznych – Komentarz, Warszawa 2007, s. 527 i n.

usług, których definicja nie może zawierać odesłania do dyrektyw europejskich. W szczególności „dynamiczny system zakupów" nie jest żadnym „systemem", lecz sposobem udzielania zamówień. Niezręczne sformułowanie z dyrektywy nie musi być odzwierciedlane wprost w ustawie krajowej. Poza tym natura prawna „aukcji elektronicznej" z art. 91 Pzp wskazuje wyraźnie, że nie jest to żadna aukcja, lecz zwyczajny przetarg, choć nietypowy, gdyż elektroniczny. W świetle art. 70^2 kc oferta złożona w toku aukcji przestaje wiązać, gdy inny uczestnik złożył ofertę korzystniejszą, natomiast odmienny mechanizm przewidziany w art. 91b Pzp charakterystyczny jest dla przetargu (tu uzupełniającego). Oferty wiążą bowiem równolegle, a każdy z uczestników postępowania może złożyć nie tyle kolejną ofertę, ile polepszyć (zmienić) swoją złożoną uprzednio ofertę[14]. W niektórych krajach, zwłaszcza tam gdzie nie jest znane odrębny termin „przetarg", pojecie „aukcji" funkcjonuje w szerszym znaczeniu i obejmuje procedurę porównywania równolegle wiążących ofert. Wobec tego niesłusznie zmieniono przed paru laty określenie samodzielnej procedury aukcyjnej z art. 74 Pzp, nazywając ją „licytacją", którą kodeks w ogóle nie operuje, ponieważ w polskim ustawodawstwie wyrażenie to zostało zarezerwowane dla procedur egzekucyjnych, upadłościowych i likwidacyjnych, prowadzonych pod kontrolą sądu bądź innego organu władzy publicznej. Są ponadto istotne problemy z aparaturą pojęciową dotyczącą wadium, zwłaszcza co do „wnoszenia wadium" przez wykonawcę oraz „zwrotu wadium" przez zamawiającego, gdy zabezpieczenie wadialne ustanawiane jest w postaci gwarancji lub poręczenia osoby trzeciej, nie wspominając o roli wadium na tle roszczeń związanych z uchylaniem się od uzupełnienia dokumentów.

Pomimo, że znaczna część regulacji zamówień publicznych ma publiczno-prawny charakter, pojęcie zamawiającego wymaga jednak dostosowania do rozwiązań cywilnoprawnych, przy rezygnacji z atrybutów właściwych prawu administracyjnemu. Skoro bowiem celem udzielenia zamówienia publicznego jest doprowadzenie do zawarcia efektywnej umowy majątkowej, zamawiającym może być tylko jednostka wyposażona w osobowość prawną, z wyłączeniem jednostek pozbawionych podmiotowości cywilnoprawnej[15]. To samo dotyczy statusu wykonawcy jako osoby prawnej lub fizycznej. Wykluczenia wymagają jednostki nieposiadające osobowości prawnej, których dopuszczenie w obecnym art. 2 pkt 11 Pzp stanowi martwe rozwiązanie, na dodatek częściowo sprzeczne z kodeksowym pojęciem przedsiębiorcy, a nawet z dyspozycjami art. 23 Pzp. Uwzględnienie cywilistycznej konstrukcji osoby byłoby w zgodzie ze standardami europejskimi i rozwiązaniami przyjętymi w innych krajach, a także z tradycyjnie polskim pojęciem instytucji zamawiającej[16]. Z tego punktu widzenia zmian wymaga też ujęcie (a nie zakres) ustawowego katalogu jednostek zamawiających z art. 3 Pzp. W szczególności odesłanie do jednostek sektora finansów publicznych powinno być zastąpione przywołaniem wprost Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego oraz odpowiednich osób prawa publicznego, z właściwą definicją tych ostatnich. Procedury poprzedzające udzielanie zamówień publicznych także mają cywilnoprawny charakter (art. 14 Pzp). Natomiast to, że zamawiający, a raczej jego organ, jest ustawowo przymuszony do określonych czynności przygotowawczych albo obciążony publicznoprawnym obowiązkiem zastosowania pewnych rozwiązań proceduralnych, unormowanych (do swobodnego stosowania przez inne podmioty) w kodeksie cywilnym, czy nawet powinnością załatwienia protestu – ma drugoplanowe znaczenie. W ogóle celem unikania nieporozumień, pożądane jest wyraźniejsze akcentowanie w ustawie

[14] Por. R. Szostak: Elektroniczne zamówienia publiczne (w:) e-Administracja – prawne zagadnienia informatyzacji administracji (red. D. Szostek), Wrocław 2009, s. 112 i n.

[15] Por. B. Gnela: O potrzebie prawidłowego określenia zamawiającego w ustawie Prawo zamówień publicznych, „Prawo Zamówień Publicznych" 2008, Nr 4, s. 16 i n.

[16] Por. ustawę z 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego (Dz. U. R.P. Nr 19, poz. 127).

powinności publicznoprawnych zamawiającego (wyjątkowych), na tle dominujących obowiązków cywilnoprawnych. Podobnie funkcje zamówień publicznych związane z celowym i efektywnym wydatkowaniem środków publicznych nie mogą być tu obciążające, ponieważ realizacja wydatków (zadań) publicznych odbywa się z wykorzystaniem instrumentów publiczno- jak i prywatnoprawnych.

W świetle powyższego dużą nadzieją napawa zamiar zdefiniowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w art. 2 pkt 7a Pzp[17]. Projektowana definicja – wzorem art. 70 (1) § 4 kc – powinna jednak wskazywać jednoznacznie na obligacyjny charakter więzi, w ramach której „rozgrywa" się postępowanie, kreowanej na mocy adhezyjnie ustalanych warunków zamówienia, przy uzupełniającym działaniu ustawy (art. 56 kc). Niezbyt jasno przy tym przedstawia się charakter procedury udzielania zamówienia z wolnej ręki. Nie wiadomo bowiem, czy podstawą negocjacji jest wiążący stosunek prawny, czy tylko faktyczny, jak to wynika pośrednio z art. 93 ust. 1 Pzp (brak podstaw do unieważnienia postępowania), choć z drugiej strony ustawa dopuszczając wyraźnie protesty i odwołania w zakresie tej procedury (art. 184 ust. 1a pkt 1 Pzp) wskazuje pośrednio na istnienie więzi prawnej między stronami negocjacji prowadzonych w trybie z wolnej ręki.

III. Doniosłe znaczenie w sferze stosowania prawa mają zasady udzielania zamówień publicznych. Aktualny stan normatywny w tej materii nie jest zadowalający. W szczególności brak wyraźnego odniesienia do zasady przejrzystości oraz zasady celowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wymóg przejrzystości postępowania wyostrza obraz konkurencji, wzmacnia uczciwą konkurencję i ogólne poszanowania dla dobrych obyczajów, a także zaufanie konkurentów do zamawiającego-organizatora[18]. Według zaś drugiej zasady postępowanie ofertowo-eliminacyjne szybko zmierza wyłącznie do wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający-organizator powinien więc wyczerpać całą procedurę oraz zakończyć ją rzetelnym wyborem oferty i podpisaniem umowy finalnej. Nie wolno mu ustalonego z góry toku procedury przewlekać, popadać w stan bezczynności ani bezzasadnie zamykać, wyjątki przewiduje art. 93 ust. 1 w ramach dopuszczalnego unieważnienia postępowania. Poza tym, w związku z pożądanym wzrostem zastosowania elektronicznej formy czynności rozważyć trzeba na nowo ukształtowanie zasady pisemności postępowania. Jednocześnie podstawowa rola i charakter art. 14 Pzp nasuwają potrzebę podniesienia dyspozycji w im wyrażonej do rangi zasady, najlepiej w powiązaniu z zasadą celowości postępowania.

IV. Poważnych trudności w praktyce nastręcza ciągle problem tzw. dzielenia zamówień na części zwłaszcza z punktu widzenia względnego zakazu z art. 32 ust. 2 oraz wyłączenia reżimu ustawowego przewidzianego w art. 4. pkt. 8 Pzp. Nie wiadomo dokładnie, bez zmian których wymagań nie wolno zamawiającemu unikać poprzez tzw. rozdrabnianie zamówień, wymuszanych często okolicznościami organizacyjno-ekonomicznymi. Wymagań uzależnionych wprost od sumarycznej wartości przewidywanego zamówienia nie jest wiele, można by je wskazać w ustawie z wielkim pożytkiem dla praktyki (jak np. dotyczące progu wyłączenia z art. 4 pkt. 8 Pzp, rodzaju ogłoszenia obligatoryjnego czy dopuszczalności zastosowania procedury przewidzianej dla zamówień małej wartości), natomiast większość wymagań proceduralnych zależy wprost od jednostkowej wartości zamówienia jak np. wartość przesądzająca o wysokości wadium lub o sumie podawanej oferentom przed

[17] Por. ostatni projekt nowelizacji Prawa zamówień publicznych, o którym mowa w przypisie 3.

[18] Por. zwłaszcza preambułę do dyrektywy (pkt 4b) 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (OJ L-134, p. 114, 30.04.2004) i stanowisko Komisji Europejskiej zawarte w „komunikacie wyjaśniającym z 2006 r. o stosowaniu prawa wspólnotowego przy udzielaniu zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych" (OJ L-179/02, 01.08.2006).

otwarciem ofert albo o wysokości zamówienia podstawowego w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt. 6-7 Pzp. Sytuację łagodzi wyraźnie nowy art. 6a Pzp, ale nadal – zdaniem niektórych – zamawiający nie musi stosować ustawy, przy wydawaniu tzw. resztówki nie przekraczającej 14 tys. euro pozostałej z większej kwoty[19]. Poza tym nie jest dostatecznie jasne, według jakich kryteriów identyfikuje się przedmiot zamówienia, który mógłby być ewentualnie „dzielony" na części. Niewątpliwie chodzi tu o przedmiot przewidywany „urzędowo" w ujęciu rzeczowo-finansowym (plan, program, preliminarz dotacyjny), trafnie pojmowany w praktyce, w oparciu o przepisy art. 31 ust. 1, 33 ust. 1 oraz 34 ust. 1 Pzp jako „rodzaj" dostaw lub usług albo zakres robót niezbędnych do wybudowania, przebudowy, montażu lub wyremontowania pojedynczego obiektu budowlanego.

V. Z publiczno-administracyjnego punktu widzenia istotny wpływ na skuteczność postępowania o udzielenie zamówienia ma status organu zarządzającego. To właśnie on jest bezpośrednim adresatem publicznoprawnych powinności. Nie może być on jednak inny niż wynika to z właściwych przepisów odrębnych. Pojęcie „kierownika" wymaga zatem zastąpienia pojęciem „organu zarządzającego" ze wskazaniem na podwójny jego status, organu administracyjnego odpowiedzialnego (pełniącego niekiedy funkcje zlecone z zakresu administracji publicznej) oraz podmiotu reprezentującego zamawiającego w stosunkach cywilnoprawnych. Komisja przetargowa zaś stanowi pomocniczy zespół zadaniowy, nie tyle „kierownika", ile zamawiającego (art. 20 ust. 1 Pzp).

Konieczne wydaje się zaostrzenie odpowiedzialności osób reprezentujących zamawiających, zwłaszcza pełniących funkcje organów zarządzających, za dopuszczenie do uchybień w zakresie czynności przygotowawczych. Chodzi przede wszystkim o różne usterki w opisie przedmiotu zamówienia budowlanego zawartego (w dopuszczanej niekiedy automatycznie bez odbioru sprawdzającego) dokumentacji budowlanej, stanowiące obecnie podstawową przyczynę zaburzeń w procesie budowlanym. Na drugim planie jest nierzetelne szacowanie zamówień, leżące u podstaw karygodnych niekiedy uchybień proceduralnych, narażających dodatkowo sektor publiczny na dotkliwe straty. Tymczasem kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (rzetelnie ustalona zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp), to suma pieniężna wynikająca z oszacowania powiększona o VAT, znajdująca pokrycie w planie finansowym jednostki zamawiającej. Brak w tym zakresie wyraźnej dyspozycji publiczno-prawnej stanowi źródło ciągle utrzymujących się w praktyce niepewności. Być może w nadchodzącej przyszłości korzystniejszym rozwiązaniem będzie, aby kwotę powyższą zamawiający podawał już z góry w warunkach zamówienia, a nie dopiero w związku z otwarciem ofert w trybie art. 86 ust. 3 Pzp, skoro jest to deklaracja prawnie wiążąca, a nie zwykła informacja. Z szacunkową wartością zamówienia wiąże się też podstawa unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp). Zamawiający nie musi oczywiście dokonywać wyboru oferty w sensie prawnym, ma jednak prawo do zweryfikowania sumy oszacowania ze skutkiem ex nunc, choć ustawa o tym nie wspomina. Jeśli bowiem zamawiający dopuści do unieważnienia postępowania w warunkach „niedoszacowania" wartości zamówienia, może popaść w odpowiedzialność odszkodowawczą z art. 93 ust. 4 Pzp.

VI. Niezbędna jest dalsza racjonalizacja wymagań dokumentacyjnych po stronie wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne. W większym stopniu trzeba uwzględniać oświadczenia własne wykonawców, ograniczając liczbę zaświadczeń urzę-

[19] W świetle wyroku Sądu Najwyższego z 7 lipca 2007 r. (II CSK-344/07), opubl. z glosą R. Szostaka „Prawo Zamówień Publicznych" 2008, Nr 1, s. 105 i n. umowa zawarta w zakresie zamówienia dodatkowego o wartości nieprzekraczającej 14 tys. euro jest nieważna, jeśli jej zawarcie nastąpiło z pogwałceniem wymagań Prawa zamówień publicznych.

dowych, choć musi temu towarzyszyć efektywne ściganie karne za podawanie nieprawdy. Rozważyć należy wprowadzenie przepisu o urzędowym wykazie wiarygodnych wykonawców, co mogłoby pozwolić na złagodzenie wobec niektórych z nich wymagań dokumentacyjnych (por. art. 52 dyrektywy 2004/18/WE). Jednocześnie konieczne jest ograniczenie możliwości uzupełniania dokumentów po otwarciu ofert. Obecny, nie w pełni zgodny z art. 51 dyrektywy, przepis art. 26 ust. 3 Pzp godzi nie tylko w zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji, lecz pozostaje także w sprzeczności ze standardami zwykłego rozsądku, skoro przy udzielaniu zamówień większej wartości (gdzie termin do składania ofert wynosi co najmniej 40 dni) czynności związane z uzupełnianiem dokumentów pochłaniają około 1 miesiąca. Kurczowe utrzymywanie tego przepisu staje się przyczyną coraz bardziej wyrafinowanych manipulacji, rzutujących niekiedy na wynik przetargu bądź innej procedury. Przeciwdziałanie im pociąga z kolei „piramidalne" rozwiązania, jak choćby to z art. 46 ust. 4a Pzp o konieczności zatrzymania wadium ustanowionego przez konkurenta uchylającego się od uzupełnienia brakujących dokumentów, chyba że zdoła on „udowodnić", że wynikło to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Tymczasem wadium pełni zupełnie inne funkcje niż dyscyplinowanie oferentów w zakresie uzupełniania dokumentów (por. art. 70^4 kc). Nie może wchodzić w status kary pieniężnej, wyznaczanej ad hoc przez samego zamawiającego. Trudności co do zasadności zatrzymania wadium są przyczyną wielu niepotrzebnych sporów, kierowanych nierzadko bezpodstawnie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Możność wspólnego ubiegania się o zamówienia jest powszechnym prawem podmiotowym, przejawem konstytucyjnie chronionej wolności gospodarczej. Dlatego przepis art. 23 ust. 1 Pzp wydaje się zbędny, natomiast istota problemu dotyczy kształtowania i oceny warunków wymaganych od konkurentów, która została jednak pominięta w art. 23 Pzp.

Uporządkowania wymaga też problem podwykonawców. Przepisy obecnego art. 36 ust. 4-5 nie są wzajemnie spójne. Na uznanie zasługuje projektowana dyspozycja (ust. 6) o możliwości oceny zdolności zawczasu przedstawionego podwykonawcy do należytego spełnienia świadczenia w zastępstwie wykonawcy głównego. Wymuszanie zakładania konsorcjów jest wykluczone. Podwykonawca wyręczający wykonawcę nie może być gorszy pod względem zdolności techniczno realizacyjnych od samego wykonawcy.

VII. W odniesieniu do przepisu art. 87 ust 2 Pzp nasuwa się zastrzeżenie, iż dopuszczenie możliwości korygowania przez zamawiającego omyłek w ofercie wykraczających poza tradycyjne pojecie „oczywistej omyłki", poprawianej w trybie zwykłej wykładni oświadczenia woli (art. 65 kc), stanowi w istocie przyzwolenie na dodatkowe negocjacje prowadzone w celu zmiany złożonej oferty, co koliduje wyraźnie z zasadami równości i przejrzystości postępowania. Nie wspominając o tym, że kryterium dopuszczalnej ingerencji w cudze oświadczenie woli w postaci „nieistotnych zmian" sprawia liczne trudności w praktyce.

W obrębie katalogu podstaw odrzucenia ofert z art. 89 ust 1 Pzp niejasno przedstawia się relacja dyspozycji z pkt 1 do pozostałych przypadków objętych tym przepisem. Wydaje się, że formuła ogólna „niezgodności z ustawą" powinna być rozwinięta poprzez przykładowe wyliczenie, obejmujące właśnie pozostałe przypadki mające charakter szczególny. W odniesieniu zaś do art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp nasuwa się uwaga, że nie tyle samo złożenie oferty może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, ile złożenie jej w warunkach nieuczciwej konkurencji uzasadnia odrzucenie[20]. Konstrukcja prawna „odrzucenia oferty" też wymaga lepszego unormowania niż w obecnym art. 68 kc, co zapewne nastąpi już w nowym kodeksie cywilnym.

[20] Por. P. Wiśniewski, P. Wicik: Prawo zamówień publicznych – Komentarz, s. 456.

VIII. Na tle art. 91-92 Pzp niezbyt jasno rysują się skutki prawne wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie może chodzić przecież o wybór w sensie faktyczno-rejestracyjnym (stosowny wpis do protokołu), czy informacyjnym (zawiadomienie oferentów), lecz o wybór w sensie prawnym, skoro między zamawiającym a zwycięskim oferentem nawiązuje się przejściowy, dwustronny (postępowanie jest wielostronne) stosunek zobowiązujący do zawarcia umowy finalnej, opisany w art. 94 Pzp. Niestety w ustawie brak przepisu o tym, jak do tego dochodzi. Wniosek może być tu tylko taki, że wybrana oferta podlega przez zamawiającego przyjęciu (oświadczenie woli), a zatem w wyniku wyboru oferty połączonego z jej przyjęciem wykreowany zostaje stosunek właściwy dla umowy przedwstępnej[21]. To właśnie dlatego obie strony mają obowiązek (zagrożony odpowiedzialnością majątkową) zawarcia umowy o zamówienie publiczne na warunkach wybranej oferty, a tym samym według umowy przedwstępnej. Nie działa tu bynajmniej sam przepis ustawy[22], lecz wola stron przy dopełniającej funkcji ustawy (art. 56 kc). W przeciwnym wypadku nie byłoby można „rozliczyć" wybranej oferty, skoro przy zawarciu umowy finalnej zwycięski oferent na nowo składa oświadczenie woli (ostateczne). Powyższy mechanizm wpływa istotnie na zasady wyznaczania terminu i realizacji samego obowiązku zawarcia umowy, a także na charakter sankcji w razie uchylenia się od tego obowiązku (por. art. 94 i 46 ust. 5 Pzp oraz art. 70^4 kc).

Ze względu na skomplikowane uwarunkowania w dalszej perspektywie można będzie rozważyć zniesienie tego dwustopniowego rozwiązania (zastosowanie przejściowej konstrukcji umowy przedwstępnej), ale obecnie brak jeszcze ku temu wystarczających warunków. Wywodzące się z przeszłości rozwiązanie, według którego przyjęcie oferty najkorzystniejszej nie prowadzi automatycznie do zawarcia umowy finalnej, podyktowane jest bezpieczeństwem transakcji związanym z pewnością co do tożsamości wybranego oferenta (oferty składa się zaocznie), możliwością uprzedniej kontroli postępowania, koniecznością załatwiania protestów, potrzebą ujawnienia nieprawdziwych informacji, ustanowieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy itd. Słabą stroną tego rozwiązania jest jednak konieczność ponownego złożenia oświadczeń woli przez strony (ostatecznych), wymagających dodatkowych formalności, a także niebezpieczeństwo uchylenia się którejś ze stron od zawarcia umowy przyrzeczonej, nie wspominając o egzekwowaniu odpowiedzialności wadialnej i powtórnym wyborze oferty spośród pozostałych ofert. W niektórych krajach, zwłaszcza w Niemczech i Austrii, obowiązuje bezpośrednie rozwiązanie, polegające na tym, że w związku z wyborem oferty, zamawiający najpierw zawiadamia zwycięskiego oferenta o zamiarze przyjęcia jego oferty w nadchodzącym czasie, a dopiero po ostatecznym upewnieniu się o bezpieczeństwie transakcji, zwłaszcza po wyczerpaniu możliwości zaskarżenia wyniku procedury, składa wybranemu wykonawcy oświadczenie woli o przyjęciu oferty z automatycznym skutkiem zawarcia umowy[23]. Odpada wiele formalności, ponieważ oferent po złożeniu oferty, a zamawiający po dokonaniu wyboru tracą w zasadzie wpływ na zawarcie umowy.

Wraz z rozwojem stosunków rynkowych w sferze zamówień publicznych rozważyć trzeba przywrócenie zasady, według której wybór oferty najkorzystniejszej odbywa się

[21] Podobnie na gruncie art. 70^3 § 3 kc. J. Rajski: Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego „Przegląd Prawa Handlowego" 2003, Nr 5, s. 8, A. Brzozowski (w:) Kodeks cywilny – Komentarz, Warszawa 2004, s. 281-282, Cz. Żuławska: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania, t. I, Warszawa 2009, s. 196, a także wyrok SN z 21 września 2000 r. (II CKN-1075/98), „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna" 2001, Nr 2, poz. 33.

[22] Odmiennie jednak A. Wójcik: Zawarcie umowy w drodze przetargu, Kraków 2000, s. 49 i n.

[23] Por. zwłaszcza A. Boesen: Vergaberecht Kommentar zum 4. Teil des GWB, Köln 2000, s. 324, N. Portz: Kommentar zur VOL/A, Vergaberecht-Rechtsschutz, Düsseldorf 2000, s. 622 oraz A. Aicher: Bundesvergabegesetz 2002 – Kommentar, Wien – N. York 2004, s. 1212 i n.

spośród co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu. Obecnie postępowanie przetargowe może się toczyć nawet przy udziale jednego wykonawcy. Wprawdzie dyrektywy europejskie zezwalają na takie rozwiązanie (w zakresie regulacji toku postępowania zachowano prymat prawa krajowego), ale nie jest ono w pełni konkurencyjne. Problem leży w odpowiednim ukształtowaniu podstaw do unieważnienia postępowania w ramach art. 93 ust. 1 Pzp, w tym charakteru podstawy uzasadniającej przedwczesne zamknięcie procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki, skoro nie jest to tryb ofertowy (art. 66 Pzp). Wątpliwości co do statusu tej negocjacyjnej procedury potęguje też niejasny art. 94 ust. 1a Pzp dopuszczający możliwość zawarcia umowy przed upływem okresu zawieszenia typu stand still, ograniczający taką możliwość wyłącznie do przypadku, gdy „w postępowaniu złożona została tyko jedna oferta". Zastrzeżenia nasuwa wreszcie – jako pozbawiona ratio legis – dyspozycja art. 94 ust. 2 Pzp, że zamawiający „może wybrać", a nie „wybiera" kolejnej oferty, gdy zwycięski konkurent uchyli się od zawarcia umowy finalnej lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia. Niepotrzebnie stanowi ona źródło niepewności w praktyce. Tymczasem na gruncie polskiego prawa sytuacja przedstawia się stosunkowo prosto: albo zamawiający-organizator wybiera ofertę, albo unieważnia postępowanie, natomiast aktualny art. 94 ust. 2 in fine Pzp otwiera drogę do jakiejś jeszcze trzeciej – bliżej nieokreślonej – możliwości.

Poza tym w ustawie brak dostatecznego odzwierciedlania konstrukcji prawnej unieważnienia postępowania. Wydaje się, że już z samego brzmienia ustawy powinien wynikać mechanizm rozwiązujący wielostronny stosunek proceduralny, a także odrzucenie ewentualnie utrzymujących się przy przetargu ofert (muszą wygasnąć), podczas gdy ze zwrotu „unieważnienie" wynika jedynie zniesienie z mocą wsteczną zapadłych już wtoku postępowania czynności organizatorskich[24].

IX. W zakresie regulacji konkursu nasuwają się co najmniej trzy uwagi. Po pierwsze, nie powinno się przeciwstawiać konkursów zamówieniom publicznym, lecz co najwyżej procedurom ich udzielania. Wprawdzie nie zawsze bezpośrednim celem konkursu jest udzielenie zamówienia, tak jak w wyjątkowym przypadku konkursu z nagrodą pieniężną lub rzeczową (art. 111 ust. 1 pkt 1 Pzp), ale stanowi on co najmniej pierwszy etap „hybrydowej" procedury zmierzającej do udzielenia zamówienia, skoro zamawiający po zakończeniu konkursu musi toczyć dalsze postępowanie w celu udzielenia zamówienia. Po drugie, z ustawy nie wynika dostatecznie, na jakiej podstawie zamawiający nabywa majątkowe prawa autorskie do wybranej pracy w konkursie o bezpośrednich skutkach. Z prawa autorskiego zaś płynie wniosek, że może być to tylko umowa. Jakie są więc przeszkody, aby zrównać finał takiego konkursu z udzieleniem zamówienia sensu largo? Po trzecie, ustawa nie wspomina też o tytule przejścia praw autorskich do wybranego dzieła w pozostałych dwóch rodzajach konkursu. Jeśli zamawiający we własnym zakresie nie unormuje tego odpowiednio w warunkach konkursu, naraża się na odmowę uczestnictwa laureata w dalszym postępowaniu o udzielenie zamówienia (na rozwinięte dzieło projektowe) bez uprzedniej zapłaty za opracowane na konkurs dzieło koncepcyjne. Tymczasem istotą każdego konkursu w obrocie powszechnym jest przejście praw autorskich do wybranego dzieła na organizatora konkursu. Te i inne uwarunkowania regulacji ustawowej stanowią jedną z przyczyn słabego zainteresowania praktyki zamawianiem prac projektowych w trybie konkursu.

X. Wprowadzone ostatnio i projektowane dalsze zmiany w przepisach dotyczących umów ocenić należy pozytywnie. Wątpliwości budzi jednak zniesienie możliwości żądania ustanowienia przez wykonawcę zabezpieczenia roszczeń wynikających z udzielonej przez niego gwarancji jakości. Dobrowolna z natury gwarancja, staje się faktycznie dla

[24] Por. R. Szostak: Przetarg nieograniczony … op. cit., s. 197 i n.

wykonawcy „przymusową", gdy zamawiający w warunkach zamówienia żąda jej udzielenia wyznaczając minimalne jej wymagania. Sytuacja ulega skomplikowaniu, gdy pośród kryteriów oceny ofert znajdą się warunki gwarancji, zezwalając na „punktację" określonych elementów odpowiedzialności za wady przedmiotu zamówienia. Skłania to – niestety – niektórych oferentów do składania wygórowanych propozycji, bez liczenia się z późniejszymi kosztami serwisu gwarancyjnego. Zabezpieczenie roszczeń gwarancyjnych na rzecz zamawiającego stymulowało tu dotychczas (korzystnie) oferentów. W razie wykluczenia możliwości zabezpieczania roszczeń gwarancyjnych postulować trzeba większe zainteresowanie zamawiających żądaniem wydłużenia okresu ustawowej rękojmi za wady[25], zamiast iluzoryczną – w warunkach zmniejszonej efektywności – gwarancją.

Poza tym na tle nowego brzmienia art. 144 ust. 1 Pzp rysuje się pilna konieczność dopuszczenia „nieistotnych zmian" zawartej umowy o zamówienie publiczne, poza głównymi świadczeniami stron umowy i terminem jej realizacji, bez potrzeby uprzedzenia o nich w warunkach zamówienia. Nie są one bowiem szkodliwe dla interesu publicznego, nie stoją też w sprzeczności z kierunkami orzecznictwa europejskiego[26], byłyby zaś niezwykle korzystne dla praktyki, przeżywającej aktualnie duże trudności na gruncie stosowania tego przepisu.

XI. Przyszłość Krajowej Izby Odwoławczej zależy od sprawnego jej funkcjonowania i rzetelnego orzecznictwa. Alternatywne rozwiązanie polegające na przyporządkowaniu jurysdykcji w sprawach odwoławczych sądom powszechnym w najbliższej perspektywie nie jest realne, z uwagi na konieczność zapewnienia wydania sprawiedliwego werdyktu w krótkim czasie – 2 tygodni[27]. Dlatego w interesie publicznym leży dalsze wzmocnienie statusu Izby, także pod względem proceduralnym. Jeśli zaś to rozwiązanie ustrojowe wytrzyma próbę czasu, niezbędne będzie w przyszłości usytuowanie Izby przy Prezydencie RP (z uwagi na wymóg pełnej niezależności i niezawisłości) z odpowiednim umocowaniem konstytucyjnym, ponieważ według art. 175 Konstytucji wymiar sprawiedliwości w RP należy do sądów. Wobec planowanego zniesienia instytucji protestu wzrośnie niewątpliwie znaczenie postępowania prowadzonego przed KIO. Odwoływanie się do koncepcji sądu polubownego nie jest szczęśliwe. Konieczne jest otwarcie drogi do odpowiedniego stosowania zasad procesu sądowego. Brak wyraźnego stanowiska ustawodawcy przyczynia się do chwiejności orzecznictwa (vide: problem pełnomocnictwa, interwencji ubocznej czy statusu procesowego stron). Z uwagi zaś na konstytucyjny wymóg ustawowego normowania praw i obowiązków jednostki zachodzi potrzeba „przeniesienia" niektórych postanowień z regulaminu postępowania przed KIO do prawa zamówień publicznych. Przy okazji można by zastąpić zbyt ogólną nazwę „odwołanie" innym zręczniejszym określeniem (np. wnioskiem), ponieważ tego typu skarga publicznoprawna stanowi odpowiednik pozwu i nie ma charakteru dewolutywnego[28].

XII. Projekt kolejnej reformy środków ochrony prawnej wykonawców trzeba ocenić pozytywnie. W obecnych realiach gospodarczych, przy niespotykanej dotychczas skali wydatków inwestycyjnych ponoszonych na cele publiczne, zaskarżanie uchybień popełnianych przez zamawiających nie może prowadzić do paraliżu procedur udzielania zamówień

[25] Por. U. Walczak: O terminach dochodzenia roszczeń z tytułu wad fizycznych obiektu budowlanego, „Prawo Zamówień Publicznych" 2008, Nr 4, s. 252 i n.

[26] Por. zwłaszcza wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 19 czerwca 2008 r. (C-454/06, Nachrichtenagentur), „European Court Reports" 2008, I-04401.

[27] Więcej o zróżnicowanych uwarunkowaniach w tym zakresie R. Szostak: Rozstrzyganie sporów przedumownych wynikających z uchybień popełnionych przy udzielaniu zamówień publicznych, „Przegląd Sądowy" 2007, Nr 3, s. 79 i n.

[28] Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13 czerwca 2006 r. (SK-54/04), „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego" 2006, Nr 6, poz. 64.

publicznych. Z drugiej strony nie wolno jednak dopuszczać do skrajności. W szczególności zniesienie protestu wymaga sprawnego instrumentu zastępczego w postaci możliwości uznania zarzutów odwołania i skorygowania uchybienia przez zamawiającego, jeszcze przed rozprawą przed KIO (surogat protestu), bez większych konsekwencji finansowych. Powinno się przy tym przywrócić w pełni odwołania co do zamówień małej wartości poprzez skreślenie ograniczenia z art. 184 ust. 1a Pzp. Alternatywą mniej korzystną byłoby zachowanie regulacji protestu w sprawach, w których nie przysługują odwołania. Opłaty od odwołań i skarg sądowych nie mogą być „zaporowe", tamujące dostęp do wymiaru sprawiedliwości. Pieniactwo procesowe zwalczać trzeba selektywnie. Wzorem prawa niemieckiego (§ 125 GWB)[29] można by rozważyć przepis, stanowiący lex specialis względem art. 415 kc, według którego, jeśli odwołanie (skarga sądowa) okaże się od początku oczywiście bezzasadna, wykonawca nadużywający środka ochrony prawnej obowiązany byłby do naprawienia szkód powstałych w wyniku nadmiernego odroczenia możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne[30]. Obecnie ochrona interesów zamawiającego w zakresie odszkodowania dochodzonego na podstawie ogólnego art. 415 kc nie funkcjonuje należycie. Dostrzegalny wzrost liczby skarg na orzeczenia KIO, a także znaczny odsetek skarg uwzględnionych przez sądy w ostatnich latach[31], uzasadniają rozważenie przepisu, w świetle którego do chwili wydania wyroku przez właściwy sąd apelacyjny (z uwagi na skomplikowany charakter spraw wykluczyć trzeba właściwość sądów okręgowych) powinien utrzymywać się bezwzględny zakaz zawarcia umowy finalnej. Zbyt często bowiem po zmianie orzeczenia KIO na mocy wyroku sądowego wychodzi na jaw nieważność umowy, która w całości bądź w części została już wykonana. Projektowane kary finansowe nie załatwią zupełnie tego trudnego problemu. Specjalne rozwiązanie przewidujące „odszkodowawcze" zwalczanie pieniactwa zastosowano na gruncie niemieckiej GWB (§ 118), z oderwaniem roszczeń od typowych przesłanek odpowiedzialności deliktowej. Wymagałoby to – rzecz jasna – usprawnienia procedury sądowo-apelacyjnej (lex specialis), tak aby okres przewidziany na wydanie wyroku można było skrócić z 1 miesiąca do 2 tygodni (vide tryb rozpoznawania protestów wyborczych, a także spraw z zakresu prawa pracy). Przy obecnym brzmieniu art. 182 ust. 2 Pzp, nie tylko KIO musi mieć prawo do unieważnienia umowy zawartej z pogwałceniem poprzedzającej ją procedury, ale i sąd skargowy. Niewątpliwie o wiele mniej problemów z nieważnością umowy byłoby w sytuacji, gdyby zakaz zawarcia umowy utrzymywał się aż do wydania wyroku przez sąd skargowy, być może odpadłaby też potrzeba operowania alternatywnymi karami finansowymi, przewidywanymi na wypadek dopuszczenia przez zamawiającego do wykonania umowy, która następnie została unieważniona.

[29] Gesetz gegen Wettbewerbeschränkungen vom 27 Juli 1957 (BGBl.I.1998, s. 1081; 2005, 44, s. 2114).

[30] Więcej o tym R. Szostak: Z problematyki odpowiedzialności odszkodowawczej przedsiębiorcy za nadużycie środków ochrony prawnej, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu" 2009 (w druku).

[31] Por. informacja o działalność Krajowej Izby Odwoławczej w latach 2007-2008, s. 64-69.

OCHRONA INTERESU PUBLICZNEGO PRZEZ RĘKOJMIĘ ZA WADY FIZYCZNE OBIEKTU BUDOWLANEGO

Urszula Walczak
– asystent w Katedrze Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

Szczególny reżim odpowiedzialności wykonawcy robót budowlanych – rękojmia za wady fizyczne obiektu budowlanego, ma z założenia chronić przede wszystkim indywidualny interes inwestora – gwarantować wszechstronne zabezpieczenie prawidłowej jakości przedmiotu świadczenia. Z uwagi na liczne niedoskonałości ogólnego systemu odpowiedzialności cywilnoprawnej dłużnika kontraktowego, ustawodawca wiele kwestii unormował w sposób swoisty w części szczególnej prawa zobowiązań i jedynie w przypadku stosunków prawnych o ściśle określonej treści mamy do czynienia z dodatkowym reżimem ochrony. Przez ów interes prywatny rozumieć będziemy: *„wyprowadzoną z danego stanu obiektywnego określoną korzyść przypadającą jednostce. Interes indywidualny jest zatem relacją pomiędzy jakimś stanem obiektywnym a oceną tego stanu z punktu widzenia korzyści, jaką on przynosi lub może przynieść jednostce [...]"*[1]. Interes indywidualny jest pewnym komponentem osobowości ludzkiej i odpowiada partykularnym celom, zamierzeniom, pragnieniom formułowanym w granicach przysługującej jednostce wolności. Jeżeli chodzi natomiast o znaczenie pojęcia interesu publicznego, które z punktu widzenia prowadzonych dalej rozważań będzie miał znaczenie kluczowe, uznaje się w literaturze, że jest to interes wszystkich ludzi, żyjących w ramach politycznie zorganizowanej wspólnoty, gdzie *„zapewniona jest realizacja określonych, legitymowanych interesów ogółu, zorganizowanego w konkretnej postaci z poszanowaniem wolności jednostki jako niezbywalnej części składowej dobra publicznego"*[2]. Realizacja tak definiowanego interesu publicznego powinna być dokonywana bezwarunkowo w celu zapewnienia harmonijnej i niezakłóconej egzystencji danej zbiorowości[3]. W związku z powyższym, w procesie ustalania, jakie działanie „leży w interesie publicznym" konieczne wydaje się wyprowadzenie go z pewnej wiązki wartości przynależnych interesom indywidualnym[4].

Doktryna prawa administracyjnego poświęca wiele uwagi wzajemnej relacji pomiędzy kategorią interesu publicznego a kategorią interesu indywidualnego, podkreślając, że niezwykle często mamy w takim wypadku do czynienia ze swoistego rodzaju konfliktem i trudno we wskazanym zakresie określić jakieś jednoznaczne, uniwersalne reguły jego rozstrzygania[5]. Konflikt taki, generowany jest *primo* faktem, że interes publiczny zawsze w pewnym stopniu stanowi wypadkową interesów indywidualnych określonej zbiorowości, a skoro jedynie wypadkową – część interesów indywidualnych pozostających niejako „w mniejszości" będzie z interesem publicznym sprzeczna, *secundo* – obowiązujący stan nor-

[1] W. Jakimowicz, *Interes społeczny a interes indywidualny,* Piśmiennictwo: Praktyczne wyjaśnienia oraz wzory umów i pism, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis 2006; zobacz również: W. Jakimowicz, *Interes indywidualny w prawie administracyjnym,* Casus 1999/14, s. 45 oraz M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym,* Warszawa 1986, s. 51.

[2] W. Jakimowicz, *Interes społeczny...*;

[3] *Ibidem;* J. Lang, Z *rozważań nad pojęciem interesu w prawie administracyjnym,* Acta Universitatis Wratislaviensis nr 2018, Przegląd Prawa i Administracji XXXVIII, Wrocław 1997, s. 127; M. Kastelik, *Pojęcie „interes publiczny" w orzecznictwie Sądu Antymonopolowego,* Glosa. Przegląd Prawa Gospodarczego nr 10/2004, s. 13.

[4] J. Zimmenmann, *Prawo administracyjne,* Zakamycze 2005, s. 314.

[5] Zob. M. Zdyb, *Interes jednostki a interes publiczny (społeczny). Konflikt interesów,* Annales Universitatis Mariae Curie – Skłodowska, t. XL/1993, s. 300.

matywny powoduje, że na tle różnorodnych zaszłości faktycznych dochodzi do ścierania się regulacji administracyjnoprawnej (chroniącej interes ogółu) i prywatnoprawnej (stojącej z natury na straży interesu indywidualnego). Tak jest choćby w przypadku konfliktogennych sfer związanych z reglamentacją, ochroną środowiska, planowaniem przestrzennym, ochroną porządku publicznego, ograniczeniami swobód obywatelskich, ubezpieczeniami społecznymi etc.[6]

Może się jednak zdarzyć również tak, że pewne mechanizmy przewidziane dla realizacji i ochrony praw podmiotowych jednostki staną się doskonałym narzędziem w służbie interesu publicznego w sytuacjach, gdy z żadnym konfliktem interesów w płaszczyźnie organ administracji – jednostka (czy też: interes publiczny – interes prywatny) nie będziemy mieli do czynienia.

W przypadku realizacji interesu publicznego przez zamawiającego w reżimie prawa zamówień publicznych[7] mamy co prawda niekiedy do czynienia z pewnego rodzaju „konfliktem interesów" – chodzi tu jednak nie tyle o starcie pomiędzy treścią indywidualnych zamierzeń jednostki prywatnej a określonymi zachowaniami jednostki publicznej działającej w interesie ogółu, co o ewentualną sprzeczność interesów stron umowy, która to sprzeczność może się: po pierwsze – w ogóle nie pojawić[8], po drugie – w przypadku konfiguracji podmiotowej *stricte* prywatnoprawnej, ów ewentualny spór miałby identyczną naturę.

Sięgnięcie przez legislatora krajowego do mechanizmów prawa cywilnego w związku z koniecznością realizacji inwestycji celu publicznego[9] pozwala wręcz na uniknięcie zarzutu nadużycia pozycji nadrzędnej, skoro druga strona umowy (wykonawca) pozostaje na każdym etapie: zawierania, wykonywania i ewentualnej odpowiedzialności za naruszenie zobowiązania podmiotem równorzędnym, tym samym, szereg decyzji kluczowych z punktu widzenia treści stosunku prawnego jest podejmowanych w sposób autonomiczny, jakkolwiek zachowane pozostają pewne konieczne ograniczenia swobody kontraktowania – w większym stopniu celem zagwarantowania realizacji zasad transparencji, jawności postępowania, uczciwej konkurencji i wyboru najkorzystniejszej oferty niż, by zamawiający znajdował się w jakiejś uprzywilejowanej w stosunku do wykonawcy pozycji.

Doskonałym przykładem wykorzystania instytucji prawa prywatnego dla ochrony interesu publicznego na gruncie zamówień publicznych jest znajdująca w tym zakresie pełne zastosowanie regulacja rękojmi za wady fizyczne przedmiotu świadczenia w umowie o roboty budowlane.

Nie sposób kwestionować olbrzymiej gospodarczej doniosłości tej umowy. Waga społeczno-ekonomiczna robót budowlanych jest w powszechnym uznaniu doktryny i praktyki na tyle znacząca, że ustawodawca zdecydował się wręcz podnieść umowę o roboty budowlane do rangi odrębnego typu umowy nazwanej[10], a w zakresie zamówień publicznych roboty budowlane zostały potraktowane jako osobna, obok dostawy i usług, kategoria nor-

[6] *Ibidem,* s. 305.

[7] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: PZP), Dz. U. Nr 19, poz. 177.

[8] Jeżeli świadczenia obydwu stron umowy zostaną prawidłowo spełnione.

[9] Zob. art. 139 ust. 1 PZP odsyłający w sprawach nieunormowanych ustawą do Kodeksu cywilnego.

[10] Pierwotny motyw był jakkolwiek jednak nieco inny. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 października 2004 r., CK 71/2004, OSP 2005/12 poz. 146 z glosą Andrzeja Jakubeckiego, stwierdził, że: *„Umowa o roboty budowlane została wyodrębniona z umów o dzieło w czasach gospodarki centralnie kierowanej, miała być jednym z instrumentów umacniania ówczesnego ustroju gospodarczego. W obecnym systemie gospodarki rynkowej odrębność umów o roboty budowlane zdaje się mieć charakter reliktowy, ale jest zachowana".*

matywna, w stosunku do której przewidziano szczególny reżim udzielania i wykonywania zamówień. W przypadku realizacji inwestycji budowlanych przez podmioty funkcjonujące w reżimie prawa zamówień publicznych[11] skala przedsięwzięcia ma nie tylko nieoceniony wymiar społeczny, ale nader często – również ekonomiczny. Pod auspicjami instytucji publicznych powstają wszelkie obiekty użyteczności publicznej – oświatowe, kulturalne, sportowe, infrastrukturalne, etc. Prognozowany okres ich amortyzacji jest zwykle określany na wiele lat i, z punktu widzenia zdefiniowanego na wstępie interesu publicznego istotne jest nie tyle, by zamawiający objęty został jakąś ochroną prawną na wypadek naruszenia zobowiązania przez drugą stronę, konieczna jest zapewnienie, że ów system ochrony pozwali na efektywną realizację konkretnego interesu publicznego, który legł u podstaw zawarcia umowy o roboty budowlane.

Reżim rękojmi za wady fizyczne przedmiotu świadczenia w umowie o roboty budowlane ma zagwarantować należytą jakość tego świadczenia. W myśl art. 556 k.c. w zw. z art. 656 k.c. w zw. art. 638 k.c., wykonawca robót odpowiada względem zamawiającego, jeżeli ów przedmiot świadczenia wskutek jego wytworzenia, względnie – przetworzenia obiektu już istniejącego, ma wady, *verba legis,* zmniejszające jego użyteczność ze względu na cel w umowie oznaczony albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenia obiektu, jeżeli obiekt nie ma właściwości, o których istnieniu wykonawca zapewnił zamawiającego, albo jeżeli obiekt został zamawiającemu oddany w stanie niezupełnym. W przypadku robót budowlanych kontraktowanych w trybie zamówień publicznych, pojęcie „celu" i „przeznaczenia" nabiera zupełnie nowego znaczenia – obydwie kategorie winny być interpretowane w kontekście publicznego przeznaczenia projektowanego przedmiotu świadczenia. Będziemy mieli w tym wypadku do czynienia ze swoistą obiektywizacją warunków uznania przedmiotu świadczenia za niewadliwy – wada fizyczna wystąpi w przypadku zmniejszenia użyteczności obiektu budowlanego ze względu na wskazany w umowie albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenia „publiczny cel" realizacji określonej inwestycji.

Skuteczność zgłoszonych reklamacji będzie zawisła w szczególności od spełnienia przesłanki negatywnej art. 557 § 2 k.c. – braku wiedzy o wadzie w chwili odbioru robót przez inwestora (zamawiającego). Zastrzega się, że zamawiający w sytuacji wykrycia wady może uczynić odpowiednie zastrzeżenie lub odmówić przyjęcia robót właśnie po to, by nie narazić się na zarzut z art. 557 § 2 k.c.[12]. Nie jest do końca jasna racjonalizacja takiego rozstrzygnięcia – sama wiedza o istnieniu wady i odbiór wadliwego świadczenia nie powinny decydować o utracie wszelkich uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Dodać wypada, że w świetle treści na przykład generalnej reguły art., 471 k.c. okoliczność, że wierzyciel wiedział o naruszeniu zobowiązania przez dłużnika i wbrew tej wiedzy przyjął świadczenie nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia przysługujących mu roszczeń.

Mechanizmy ochronne w postaci wiązki uprawnień: roszczenia o nieodpłatną naprawę, prawa do obniżenia wynagrodzenia, prawa do odstąpienia od umowy oraz uzupełniająco – roszczeń odszkodowawczych[13] mają charakter niezwykle wszechstronny, a przewidziana

[11] Generalnie chodzi tutaj o podmioty w zasadniczym stopniu „publiczne", przede wszystkim – jednostki sektora finansów publicznych.

[12] Cz. Żuławska, *Zabezpieczenie jakości świadczenia,* Studia Cywilistyczne, t. XXIX, 1978, s. 34; S. Buczkowski, System..., s. 427.

[13] Zamawiający może ich dochodzić na zasadzie art. 471 k.c. w zw. 656 k.c. w zw. z art. 638 k.c. w zw. z art. 566 § 1 k.c., przy czym, zgodnie z ustalonym stanowiskiem doktryny i judykatury, dochodzenie naprawienia szkody nie jest warunkowane odstąpieniem od umowy lub żądaniem obniżenia wynagrodzenia – tak: A. Ohanowicz, *Rękojmia przy sprzedaży a odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie świadczenia,* RPEiS 1962, Nr 2, s. 21; J. Skąpski, [w:] *System prawa cywilnego,* t. III, cz. 2, Ossolineum 1976, s. 146 oraz prezentacja stanowiska przeciwnego: A. Brzozowski, *System prawa prywatnego. Tom 7. Prawo zobowiązań – część szczegółowa,* Warszawa 2004, s. 377. Na temat odpowiedzialności odszkodowawczej

kodeksowa sekwencja realizacji tych uprawnień ma na celu utrzymanie skuteczności umowy i zapewnienie tak długo, jak tylko będzie to w świetle obiektywnych możliwości świadczenia, woli stron i zasad prawidłowej, racjonalnej gospodarki, osiągalne. Owa wszechstronność ma wyrażać się również tym, że zamawiający ma pełną swobodę decydowania, na jakiej podstawie prawnej będzie realizował swoje uprawnienia. – w zależności od czasu ich zgłoszenia, potrzeb dostosowanych do konkretnych realiów i możliwości dowodowych. Właśnie w interesie publicznym leży bowiem, by określona inwestycja została ukończona, względnie – by stwierdzone nieprawidłowości we właściwym czasie usunięto – odstąpienie od umowy może natomiast nastąpić dopiero w sytuacji, gdy wady obiektu budowlanego są, po pierwsze istotne, po drugie – wykonawca nie usunął wad w wyznaczonym terminie, z uwagi na nadmierne koszty odmówił naprawy lub gdy naprawa jest z przyczyn obiektywnych niemożliwa[14]. Kluczową rolę w sytuacjach stwierdzenia nieusuwalnej wady o „nieistotnym" charakterze odgrywać będzie kształtujące uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia – wedle proporcji wartości obiektu wolnego od wad do wartości obiektu wadliwego (art. 563 § 3 k.c.) – wedle stanu z chwili wykonania uprawnienia. Obniżenie wynagrodzenia nie dość zaspokaja interes zamawiającego, lecz również nie prowadzi do nadmiernego obciążenia wykonawcy skutkami odstąpienia od umowy (w szczególności, gdy wynagrodzenie zostało wyrażone ryczałtowo).

Jeszcze na etapie wykonywania robót budowlanych, zamawiający może powierzyć poprawienie lub dalsze ich wykonywanie innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy[15], względnie – w przypadku znacznego opóźnienia się wykonawcy z rozpoczęciem robót – od umowy odstąpić na zasadzie art. 635 k.c.[16]. Jakkolwiek, na pierwszy rzut oka wydawać by się mogło, że skoro zamawiający od umowy odstępuje, to nie może być mowy o ochronie interesu publicznego, gdyż nie będzie on w danej relacji kontraktowej w ogóle realizowany. Nic bardziej błędnego, w myśl bowiem normy art. 635 k.c. uprawnienie do odstąpienia aktualizuje dopiero zaistnienie takiego stanu rzeczy, w którym wykonawca w ogóle nie przystąpił jeszcze do spełniania świadczenia i jest niemal pewne, że nie zdoła ukończyć go przed upływem umówionego terminu. W takiej sytuacji świadczenie i tak albo w ogóle nie byłoby spełnione, albo skala opóźnienia jest tak znaczna, że dbałość o interes publiczny nakazywała by raczej pozbycie się nierzetelnego kontrahenta i zawarcie nowej umowy z takim, który będzie gwarantował terminowość wykonania zobowiązania.

Niezwykle istotną rolę odgrywa dla analizowanego problemu jakości ochrony interesu publicznego przez rękojmię wypadku także charakter odpowiedzialności wykonawcy. O ile, w przypadku reżimu ogólnego, zamawiający ma obowiązek wykazania szeregu okoliczności, jak szkoda, związek przyczynowy, naruszenie zobowiązania[17], o tyle szczególny obowiązek ciążący na wykonawcy *ex lege* w postaci rękojmi za wady fizyczne powstaje niezależnie od jego winy, zamawiający ma wykazać jedynie istnienie wady i okoliczność, że istniała ona w chwili oddania obiektu, ewentualnie – jest efektem przyczyn tkwiących w tym obiekcie w chwili oddania[18]. Zamawiający może zatem realizować znakomitą większość uprawnień niezależnie od zawinienia (niedbalstwa) wykonawcy.

---

wykonawcy ogólnie, zob. R. Szostak, *Cywilnoprawna odpowiedzialność zamawiającego – organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,* Kwartalnik Zamówień Publicznych nr 2/2008; J. P. Naworski, *Uprawnienia zamawiającego z tytułu wad obiektu budowlanego,* PUG 1992, Nr 10, s. 12.

[14] Zob. art. 637 k.c.

[15] J. Strzępka, [w:] *System...,* s. 415.

[16] Z uwagi na silny rygoryzm regulacji umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane jako tzw. umów rezultatu, ustawodawca, wzorem rozwiązań francuskich i *common law,* zdecydował posłużyć się radykalnym środkiem ochrony interesu wierzyciela w postaci tzw. *anticipatory breach of contract.*

[17] Przy jednoczesnym domniemaniu niedochowania należytej staranności przez wykonawcę w jej kwalifikowanej postaci – określonej standardem art. 355 § 2 k.c.

[18] Nie zaś, jak w reżimie ogólnym, że wada obiektu jest skutkiem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. A. Brzozowski, *System...,* s. 359.

Rękojmia za wady fizyczne obiektu budowlanego pozwana wreszcie na elastyczne sformułowanie czasowego zakresu ochrony inwestora – zamawiającego. W świetle obowiązującego stanu prawnego terminy zawite dochodzenia roszczeń są stosunkowo krótkie – 1 rok i 3 lata w przypadku wad budynku[19], istnieje jednak możliwość umownego wydłużania (względnie – skracania) ustawowych terminów dochodzenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady obiektu budowlanego[20]. Na gruncie obowiązującego stanu prawnego trzeba stanowczo stwierdzić, że brak jakichkolwiek podstaw, by kontynuować praktykę rozszerzającej wykładni zakazu z art. 119 k.c.[21]. Podobnie do analizowanej problematyki ustosunkował się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 sierpnia 2005 roku[22], konkludując: *„Przewidziany w art. 568 k.c. termin wygaśnięcia uprawnień z tytułu rękojmi może być przedłużony umową stron”.* Powołane orzeczenie, wydane w sprawie dotyczącej wadliwej instalacji budowlanej, pozostaje aktualne również w przypadku tych umów, do których odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego o rękojmi przy sprzedaży, zwłaszcza do umowy o produkcję na indywidualne zamówienie, umowy o dzieło i wszelkich umów o roboty budowlane.

Dodać w tym miejscu należy, że ustawowa ochrona zamawiającego na wypadek niewłaściwej jakości przedmiotu świadczenia ma charakter elastyczny również w świetle obowiązującego art. 559 k.c. Nawet w przypadku znacznych rozbieżności co do okresu przewidywanej trwałości poszczególnych przedmiotów świadczenia, możliwość egzekwowania roszczeń z tytułu wad fizycznych obiektów budowlanych obciążona jest wymogiem, by wada wynikła z przyczyny tkwiącej uprzednio w tym obiekcie (art. 559 k.c.), zatem – istnienia swoistego związku przyczynowego pomiędzy ujawnioną wadą a pierwotną nieprawidłowością, której powstaniu miał zapobiegać wykonawca. Jeżeli do uszkodzenia czy zniszczenia obiektu budowlanego doszło na skutek upływu okresu trwałości obiektu, brak wspomnianego związku przyczynowego wykluczy możliwość realizacji odpowiednich uprawnień przez wierzyciela. Zasadne byłoby w tym zakresie utrzymanie obciążenia dowodowego po stronie wierzyciela[23]. Norma odpowiadająca aktualnie obowiązującemu art. 568 k.c. mogłaby zatem odwoływać się nie tyle do pojęcia „budynku”, co do określonego w art. 3 p. 1 ustawy prawo budowlane[24] „obiektu budowlanego”, korelując jednocześnie z treścią art. 647 k.c.

W świetle przedstawionych wyżej mechanizmów ochronny interesu publicznego – pierwotnie *stricte* prywatnoprawnych nie sposób oprzeć się wrażeniu, że tradycyjnie wyznaczona sztywna granica pomiędzy prawem publicznym a prywatnym jest tworem sztucznym. Okazuje się dalej, że właśnie swoiście skoncentrowana na zupełnej i efektywnej ochronie interesów prawnych i ekonomicznych jednostki elastyczna konstelacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady przedmiotu świadczenia w umowie o roboty budowlane, jest znacznie

[19] Zob. Cz. Żuławska, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania,* t. II, Warszawa 2003, s. 75. Podobnie w zakresie charakteru prawnego terminów: A. Szpunar, *Uwagi o rękojmi za wady prawne przy sprzedaży,* Rejent 1997, nr 6, s. 9; E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich,* Warszawa 1999, s. 322; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa,* Warszawa 1998, s. 38.

[20] Zob. na ten temat: U. Walczak, O *terminach dochodzenia roszczeń z tytułu wad fizycznych obiektu budowlanego,* Kwartalnik Zamówień Publicznych nr 4/2008 oraz U. Walczak, *„Rękojmia efektywna – uwagi o terminach dochodzenia przez zamawiającego uprawnień z tytułu rękojmi za wady fizyczne obiektu budowlanego”,* Zamówienia Publiczne Doradca, nr 4/2009.

[21] Inaczej, aczkolwiek nietrafnie: S. Dalka, *Skutki prawne przedawnienia zobowiązań w polskim prawie cywilnym,* Warszawa 1972, s. 103 i nast.

[22] II CK 28/05, niepublikowany, z glosą aprobująca R. Szostaka.

[23] Dowód taki z kolei ułatwiają istniejące domniemania faktyczne i zasady doświadczenia życiowego, którymi kieruje się sąd rozstrzygający ewentualny spór. Zob. G. Bieniek. H. Ciepła, S. Dmowski, *Komentarz…,* s. 52.

[24] Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, tekst jednolity: Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118.

lepszym i w sposób naturalny akceptowanym reżimem ochrony również interesów publicznych, jakie prawidłowe wykonanie świadczenia w procesie inwestycji budowlanych ma zaspokajać, niż wszelkie inne narzędzia swoiste dla relacji publicznoprawnych. Oczywiście nie sposób sięgać do tych mechanizmów w obliczu wspomnianego na wstępie konfliktu interesu publicznego i prywatnego – tam, gdzie jednostki publiczne funkcjonują wyłącznie w sferze *imperium,* sprawują władzę publiczną – nadal będziemy mieć do czynienia ze sferami życia społecznego, które nie mogą być zorganizowane na zasadzie równorzędności funkcjonujących w określonej strukturze społecznej podmiotów. Jakkolwiek, w przypadku realizacji zamówień publicznych obrany kierunek poddania skutków naruszenia zobowiązania przez wykonawcę reżimowi, w tym również – sankcjom, cywilnoprawnemu, należy uznać za słuszny i powinien on być kontynuowany.

PRZETARGI, ROKOWANIA I NEGOCJACJE JAKO SZCZEGÓLNE TRYBY WYBORU PRZEDSIĘBIORCY

Michał Waligórski
– profesor , doktor habilitowany Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

1. Uwagi wstępne

Współczesna administracja w coraz większym stopniu korzysta z form działania, uwzględniających samodzielność podmiotów prawnych. Organy administracji, mimo że dysponują władztwem administracyjnym, stosują przy wykonywaniu swych zadań także formy typowe dla prawa prywatnego, a przede wszystkim umów wywodzących się z prawa cywilnego. Niejednokrotnie jednak zawarcie umowy cywilnej z wybranym oferentem lub udzieleniem zezwolenia bądź koncesji będzie poprzedzone przetargiem, rokowaniami czy negocjacjami.

Spośród szczególnych trybów wyłaniania przedsiębiorców można wymienić przede wszystkim te, których celem jest udzielenie koncesji lub zezwolenia przedsiębiorcom dającym rękojmię prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej. Należy tu wskazać: 1) przetarg na udzielenie koncesji, o którym mówi ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 ze zm. – dalej u.s.d.g.); 2) przetarg na udzielenie zezwolenia w zakresie gier losowych, uregulowany w ustawie z 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych (t.j. Dz. U. z 2004 r. Nr 4, poz. 27 ze zm. – dalej u.g.l.) oraz 3) przetarg na udzielenie zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w specjalnej strefie ekonomicznej, wskazany w ustawie z 29 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 274 ze zm. – dalej u.s.e.). Zbliżony charakter prawny będzie miało postępowanie przetargowe zmierzające do wyboru przedsiębiorcy, z którym zostanie zawarta umowa o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady, unormowane w ustawie z 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (t.j. Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2571 ze zm. – dalej u.a.p.) oraz postępowanie o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, o którym mówi ustawa z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101 – dalej u.k.b.).

2. Przetarg na koncesje

Podstawą ogólnego modelu działalności gospodarczej jest ustrojowa zasada wolności podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej. Już sama ustawa o swobodzie działalności gospodarczej wprowadzając koncesje ograniczyła tą swobodę, co ma jednakże umocowanie w art. 22 Konstytucji RP. Przepis art. 52 ust. 1 u.s.d.g. wprowadza jeszcze dalej idące ograniczenia działalności gospodarczej, przewidując specjalny tryb udzielania koncesji w sytuacji ich ograniczonej liczby. W przypadku gdy organ koncesyjny przewiduje udzielenie ograniczonej liczby koncesji zamieszcza ogłoszenie o możliwości uzyskania koncesji w Monitorze Polskim. Ogłoszenie takie powinno zawierać: 1) określenie przedmiotu i zakresu działalności gospodarczej, na którą ma być wydana koncesja; 2) liczbę koncesji; 3) szczególne warunki wykonywania działalności gospodarczej, na którą ma być wydana koncesja, o ile organ koncesyjny przewiduje określenie w koncesji szczególnych warunków wykonywania działalności gospodarczej, 4) termin wniosków miejsce składania wniosków o udzielenie koncesji; 5) wymagane dokumenty i informacje dodatkowe; 6)

czas, na jaki może być udzielona koncesja. W przypadku ogłoszenia przetargu wyłączona jest możliwość ubiegania się o promesę koncesji (art. 51 ust. 3 u.s.d.g.).

Przetarg, którego przedmiotem jest udzielenie koncesji, zarządza organ koncesyjny jeżeli liczba przedsiębiorców, spełniających warunki do udzielenia koncesji i dających rękojmię prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją jest większa niż liczba koncesji przewidzianych do udzielenia (art. 52 u.s.d.g.). Przetarg niewątpliwie jest jednym ze sposobów zawarcia umowy. Przetarg koncesyjny nie może być jednak wykorzystywany wyłącznie jako instrument służący wzbogaceniu budżetu państwa kosztem spełniania zasadniczych funkcji reglamentacji podejmowania i wykonywania danego rodzaju działalności gospodarczej. Do przetargu powinni być dopuszczeni wyłącznie przedsiębiorcy, spośród których wszyscy spełniają materialnoprawne przesłanki warunkujące udzielenie koncesji oraz dają rękojmię prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją. Nałożenie na podmiot ubiegający się o koncesję obowiązku dołączenia do wniosku o udzielenie koncesji dokumentów poświadczających, że spełnia on warunki określone przepisami prawa, wymagane do wykonywania określonej działalności gospodarczej, uprawnia organ koncesyjny do żądania uzupełnienia wniosku o brakującą dokumentację pod rygorem pozostawienia wniosku bez rozpatrzenia (art. 50 pkt 1 u.s.d.g.). Jest to zatem wymóg formalnoprawny, aczkolwiek organ koncesyjny jest uprawniony także do sprawdzenia danych zawartych w takich dokumentach. Istotnym uprawnieniem organu koncesyjnego zawartym w art. 50 pkt 2 u.s.d.g. jest także możliwość dokonania kontrolnego sprawdzenia faktów podanych we wniosku o udzielenie koncesji w celu stwierdzenia, czy przedsiębiorca spełnia warunki wykonywania działalności gospodarczej objęte koncesją oraz czy daje rękojmię prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją co ma istotne znaczenie przy dopuszczeniu przedsiębiorcy do przetargu, którego przedmiotem jest udzielenie koncesji (art. 52 ust. 1 u.s.d.g.). Brak rękojmi należałoby rozpatrywać z punktu widzenia możliwości niespełnienia przez ubiegającego się o koncesję warunków wykonywania działalności gospodarczej określonych w ustawie lub szczególnych warunków podanych do wiadomości przedsiębiorcom. Owo sprawdzenie danych pozwala organowi koncesyjnemu ocenić rzetelność złożonego wniosku przed jego rozpatrzeniem i „prześwietlić" przedsiębiorcę. Postępowanie kontrolne w większości przypadków będzie miało charakter „gabinetowy" i powinno być prowadzone zgodnie z postępowaniem dowodowym określonym przepisami kodeksu postępowania administracyjnego np. przesłuchanie świadków (art. 77 k.p.a), opinii biegłych (art. 84 k.p.a), czy też oględzin (art. 85 k.p.a). Przeprowadzenie postępowania dowodowego ma służyć realizacji zasady ogólnej prawdy obiektywnej wyrażonej w art. 7 i 77 k.p.a. Jest to jednak uprawnienie organu a nie jego obowiązek. Wydaje się jednak, iż dawanie rękojmi należytego wykonywania działalności objętej koncesją nie może de lege lata stanowić samodzielnej przesłanki warunkującej uzyskanie koncesji.

O konieczności przeprowadzenia przetargu organ koncesyjny ogłasza w Monitorze Polskim wskazując minimalną opłatę, za którą może być udzielona koncesja – nie niższą niż opłata skarbowa albo inna opłata o charakterze publicznoprawnym, przewidziana w odrębnych przepisach za udzielenie koncesji; miejsce i termin składania ofert; szczegółowe warunki, jakie powinna spełniać oferta; wysokość, formę i termin wniesienia wadium; termin rozstrzygnięcia przetargu. Ofertę sporządza się w języku polskim zamieszczając dane określające firmę przedsiębiorcy, oznaczenie jego siedziby i adresu albo miejsca zamieszkania i adresu oraz adresu głównego miejsca wykonywania działalności gospodarczej jak też deklarowaną wysokość opłaty za udzielenie koncesji. Oferty złożone nie podlegają wycofaniu (art. 53 u.s.d.g.). To ostatnie rozwiązanie zostało ocenione krytycznie z tego względu, iż przepis art. 53 ust. 6 u.s.d.g. zupełnie niepotrzebnie uniemożliwia wycofanie złożonej oferty, zwłaszcza że nie zastrzega żadnego terminu. Tymczasem oferent może

mieć trudności z wpłaceniem wadium lub też z innej ważnej przyczyny może nie być już zainteresowany uzyskaniem koncesji.

Przetarg przeprowadza właściwy organ koncesyjny dokonując wyboru ofert w liczbie zgodnej z liczbą wskazaną w ogłoszeniu, kierując się wysokością zadeklarowanych opłat za udzielenie koncesji. W przypadku, gdy kilku przedsiębiorców zadeklarowało opłatę w takiej samej wysokości, organ koncesyjny wzywa ich do ponownego zadeklarowania wysokości opłat i wybiera ofertę przedsiębiorcy, który zadeklarował wyższą opłatę. O wyniku przetargu informowani są pisemnie uczestnicy przetargu niezwłocznie po jego rozstrzygnięciu. Organ koncesyjny zwraca wadium przedsiębiorcom, których oferty nie zostały wybrane. Koncesje udzielane są tym przedsiębiorcom, których oferty zostały wybrane z zaliczeniem wadium na poczet opłaty skarbowej (art. 54 u.s.d.g.).Rozumienie „przetargu", którego przedmiotem jest udzielenie koncesji, różni się od znaczenia, jakie przypisuje temu terminowi prawo cywilne.

Wprowadzenie przez ustawodawcę obowiązku przeprowadzenia przetargu w przypadku, gdy o koncesję ubiega się kilku przedsiębiorców, rodzi problem ochrony informacji udostępnianych innym przedsiębiorcom. Przepis art. 53 u.s.d.g. pozwala niektórym informacjom nadać klauzulę poufności. Chodzi przede wszystkim o informacje mające istotne znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności przedsiębiorcy. Informacji, które wyłączono z jawności nadając im klauzulę poufności, nie udostępnia się innym uczestnikom postępowania bez zgody przedsiębiorcy przekazującego takie informacje. Wniosek o nadanie klauzuli poufności może być uwzględniony pod warunkiem, że przedsiębiorca przekazując organowi koncesyjnemu takie informacje uzasadni swoje żądanie oraz z przekazanych informacji sporządzi streszczenie, które może zostać udostępnione innym uczestnikom postępowania. Celem takiego uregulowania jest zapewnienie równych szans wszystkim podmiotom zainteresowanym podjęciem danej działalności gospodarczej.[1]

3. Przetarg na zezwolenia w zakresie urządzania gier losowych i zakładów wzajemnych

Nieco odmienny tryb uzyskiwania uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej ustawodawca zastosował przy ubieganiu się o zezwolenia na urządzanie gier losowych i zakładów wzajemnych. Poddanie prowadzenia tej działalności wymogowi uzyskania zezwolenia budziło wątpliwości doktryny, gdyż tradycyjnie działalność objęta monopolem państwa, a do takich niewątpliwie należy prowadzenie gier losowych (np. Monopol Loteryjny) była uważana jako podlegająca koncesjonowaniu.

Monopolem Państwa została objęta działalność w zakresie gier liczbowych, loterii pieniężnych, wideoloterii i gry telebingo. Wykonywanie monopolu loteryjnego należy do Ministra Skarbu Państwa, który w porozumieniu z Ministrem Finansów, w tym celu tworzy jednoosobowe spółki Skarbu Państwa. Do prowadzenia tego rodzaju działalności nie mają zastosowania przepisy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie ochrony konkurencji (art. 4 u.g.l.). Natomiast niektóre gry losowe oraz zakłady wzajemne a także gry na automatach mogą być urządzane na podstawie zezwolenia udzielanego przez Ministra Finansów. W przypadku zaś loterii fantowych, w których uczestniczy się poprzez nabycie losu lub innego dowodu udziału w grze, a podmiot urządzający loterię oferuje wyłącznie wygrane rzeczowe; gier bingo fantowych, w których uczestniczy się poprzez nabycie przypadkowych zestawów liczb z ustalonego z góry zbioru liczb, a podmiot urządzający

[1] M.A. Waligórski, Koncesje na działalność gospodarczą w prawie polskim, Forum Naukowe Poznań 2009.

grę oferuje wyłącznie wygrane rzeczowe; loterii promocyjnych, w których uczestniczy się przez nabycie towaru, usługi lub innego urządzający loterię oferuje wygrane pieniężne lub rzeczowe i loterii audioteksowych, w których uczestniczy się poprzez odpłatne połączenie telefoniczne, a podmiot urządzający loterię oferuje wygrane pieniężne lub rzeczowe zezwolenia są udzielane, na podstawie upoważnienia tegoż ministra zawartego w rozporządzeniu, określonym dyrektorom izb skarbowych i naczelnikom urzędów skarbowych. Ustawa różnicuje również podmioty dopuszczone do urządzenia określonego rodzaju gry. I tak loterie fantowe, gry bingo fantowe, loterie promocyjne i loterie audioteksowe mogą być urządzane przez osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej zaś gry cylindryczne, a więc takie w których uczestniczy się poprzez wytypowanie liczb, znaków lub innych wyróżników, a wysokość wygranej zależy od z góry określonego stosunku wpłaty do wygranej, wynik zaś gry ustalany jest za pomocą urządzenia obrotowego; gry w karty takie jak black jack, poker oraz baccarat; gry w kości; gry bingo pieniężne, w których uczestniczy się poprzez nabycie przypadkowych zestawów liczb z ustalonego z góry zbioru liczb, a podmiot urządzający grę oferuje wyłącznie wygrane pieniężne, których wysokość zależy od łącznej kwoty wpłaconych stawek; zakłady wzajemne, którymi są zakłady o wygrane pieniężne, polegające na odgadywaniu wyników sportowego współzawodnictwa ludzi lub zwierząt, w których uczestnicy wpłacają stawki, a wysokość wygranej zależy od łącznej kwoty wpłaconych stawek – totalizatory lub odgadywania zaistnienia różnych zdarzeń, w których uczestnicy wpłacają stawki, a wysokość wygranych zależy od umówionego, pomiędzy przyjmującym zakład a wpłacającym stawkę, stosunku wpłaty do wygranej – bukmacherstwo; gry na automatach, którymi są gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych i elektronicznych (także o niskich wygranych, w których wartość jednorazowej wygranej nie może być wyższa niż równowartość 15 euro, a wartość maksymalnej stawki za udział w jednej grze nie może być wyższa niż 0,07 euro) mogą być prowadzone wyłącznie w formie spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, mającej siedzibę w Polsce, przy czym akcje (udziały) w tych spółkach może nabywać lub obejmować jedynie osoba prawna lub spółka niemająca osobowości prawnej, której siedziba znajduje się na terytorium państwa członkowskiego UE lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz osoba fizyczna będąca obywatelem takiego państwa członkowskiego. O zezwolenia na prowadzenie tego rodzaju gier mogą ubiegać się spółki, które udokumentują legalność źródeł pochodzenia kapitału, terminowe wywiązywanie się z obowiązków podatkowych wobec budżetu państwa oraz terminowe opłacanie składek na ubezpieczenia społeczne (art. 27a u.g.l.).

Jeżeli o jedno zezwolenie ubiega się więcej niż jeden podmiot spełniający ustawowe warunki, przeprowadzany jest przetarg w taki sposób aby jego ogłoszenie zapewniało właściwe poinformowanie podmiotów zainteresowanych przetargiem, warunki uczestnictwa w przetargu nie eliminowały podmiotów spełniających wymagania warunkujące uzyskanie zezwolenia oraz aby oceny ofert miały charakter obiektywny, przejrzysty i niedyskryminujący żadnego uczestnika przetargu. Szczegółowe warunki przeprowadzania przetargu w zakresie gier reguluje rozporządzenie Ministra Finansów z 3 czerwca 2003 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o grach i zakładach wzajemnych (Dz. U. Nr 102, poz. 948 ze zm.). Przetarg jest przeprowadzany w formie pisemnej. Zawiadomienie o przetargu jest ogłaszane na tablicy ogłoszeń i stronie internetowej Ministerstwa Finansów. Zawiadomienie o przetargu powinno zawierać: 1) przedmiot przetargu, a w szczególności zakres przyszłego zezwolenia; 2) wymaganą treść ofert; 3) kryteria i sposób oceny ofert, określające warunki uznania oferty za najkorzystniejszą; 4) miejsce i terminy: a) składania ofert, b) otwarcia ofert, c) rozpoczęcia przetargu, d) rozstrzygnięcia przetargu, e) ogłoszenia wyników przetargu. Okres między zawiadomieniem o przetargu a terminem składania ofert nie może być dłuższy niż miesiąc zaś okres między terminem

składania ofert a terminem zakończenia przetargu nie może być dłuższy niż 3 miesiące. Postępowanie przetargowe przeprowadza komisja złożona co najmniej z trzech osób wyznaczonych przez Ministra Finansów spośród pracowników ministerstwa, która w części jawnej przetargu stwierdza prawidłowość ogłoszenia przetargu, odrzuca oferty złożone po wyznaczonym terminie oraz otwiera pozostałe koperty z ofertami przy udziale – na ich życzenie – uczestników postępowania przetargowego. Natomiast w części niejawnej przetargu komisja odrzuca oferty niespełniające wymagań określonych w przepisach o grach i zakładach wzajemnych, wybiera najkorzystniejszą ofertę albo ustala, że żadna z ofert nie została przyjęta. Z przebiegu przetargu sporządza się protokół, który zawiera oznaczenie miejsca i czasu przetargu, imiona i nazwiska osób prowadzących przetarg, liczbę zgłoszonych ofert, wskazanie ofert nieodpowiadających warunkom przetargu lub zgłoszonych po wyznaczonym terminie wraz z uzasadnieniem, ustalenia komisji zgodnie oraz podpisy osób prowadzących przetarg. Komisja niezwłocznie zawiadamia uczestników postępowania przetargowego o terminie wydania decyzji w sprawie zezwolenia, które powinno nastąpić w terminie nie dłuższym niż 14 dni od dnia zakończenia postępowania przetargowego. Komisja przekazuje ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych protokół postępowania przetargowego, który unieważnia przetarg w drodze decyzji, jeżeli zostały rażąco naruszone przepisy prawa sam zaś wynik przetargu nie jest dla niego wiążący.

4. Przetarg na zezwolenia na działalność gospodarczą w specjalnych strefach ekonomicznych

Specjalną strefę ekonomiczną ustala się w celu przyspieszenia rozwoju gospodarczego części terytorium kraju, w szczególności przez rozwój określonych dziedzin działalności gospodarczej, nowych rozwiązań technicznych i technologicznych oraz ich wykorzystanie w gospodarce narodowej, rozwój eksportu, zwiększenie konkurencyjności wytwarzanych wyrobów i świadczonych usług, zagospodarowanie istniejącego majątku przemysłowego i infrastruktury gospodarczej oraz nie wykorzystanych zasobów naturalnych z zachowaniem zasad równowagi ekologicznej jak również tworzenie nowych miejsc pracy. Podjęcie działalności gospodarczej na terenie specjalnej strefy ekonomicznej uzależnione jest od uzyskania uprawnienia do korzystania z pomocy publicznej jakim jest zezwolenie.[2] Maksymalną wielkość pomocy publicznej, którą można udzielić przedsiębiorcy prowadzącemu działalność gospodarczą na terenie strefy na podstawie zezwolenia oraz warunki udzielania takiej pomocy określa rozporządzenie Rady Ministrów z 10 grudnia 2008 r. w sprawie pomocy publicznej udzielanej przedsiębiorcom działającym na podstawie zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej na terenach specjalnych stref ekonomicznych (Dz. U. Nr 232, poz. 1548). Pomoc publiczna udzielana przedsiębiorcy w formie zwolnień od podatku dochodowego stanowi pomoc regionalną z tytułu kosztów nowej inwestycji lub tworzenia nowych miejsc pracy. Jednakże nie wszystkie dziedziny działalności gospodarczej objęte są wymogiem uzyskania zezwolenia. I tak zgodnie z § 2 rozporządzenia zezwolenie nie jest wydawane na prowadzenie działalności gospodarczej m.in. w zakresie wytwarzania materiałów wybuchowych, wyrobów tytoniowych, przetwarzania paliw silnikowych, a także wyrobu, rozlewu i przetwarzania napojów alkoholowych oraz spirytusu przeznaczonego na cele inne niż produkcja biokomponentów; prowadzenia ośrodków gier losowych i zakładów wzajemnych; usług instalowania, napraw, konserwacji i remontu maszyn i urządzeń wykorzystywanych do prowadzenia działalności gospodarczej na terenie strefy oraz przedmiotów osobistego użytku, itp. Ustalenie przedsiębiorców, którzy

[2] M.A. Waligórski, Administracyjnoprawna reglamentacja działalności gospodarczej w tzw. specjalnych strefach ekonomicznych, Studia Prawnicze 1997, nr 2.

uzyskują zezwolenie następuje w drodze przetargu lub rokowań co ma służyć uczciwemu i efektywnemu wyłonieniu podmiotu, który miałby prowadzić działalność gospodarczą na terenie strefy. Jest to możliwe przez przeprowadzanie przetargu jawnie, zachowanie konkurencyjności oraz równe traktowanie wszystkich przedsiębiorców ubiegających się o zezwolenie. Przetargi (rokowania) są podejmowane na podstawie publicznego zaproszenia w celu ustalenia tych przedsiębiorców, których planowane przedsięwzięcia gospodarcze na terenie strefy w największym stopniu przyczynią się do osiągnięcia celów ustanowienia strefy. W przypadku ubiegania się przedsiębiorcy o zezwolenie i nabycie prawa do nieruchomości lub innych składników majątkowych położonych na terenie strefy zarządzający przeprowadza przetarg łączny. Natomiast w trakcie rokowań ustala się warunki prowadzenia działalności gospodarczej, w szczególności przedmiot działalności oraz minimalną wielkość nakładów inwestycyjnych i minimalną liczbę nowych miejsc pracy utworzonych w wyniku tej inwestycji.

Zaproszenie do przetargu lub rokowań zawiera w szczególności: 1) nazwę i siedzibę zarządzającego oraz nazwę strefy; 2) określenie sposobu uzyskania specyfikacji istotnych warunków przetargu lub rokowań oraz cenę specyfikacji, jeżeli jej udostępnienie jest odpłatne; 3) miejsce, termin składania i otwarcia ofert. W przypadku ubiegania się przedsiębiorcy o zezwolenie i nabycie prawa do nieruchomości lub innych składników majątkowych położonych na terenie strefy zaproszenie do przetargu zawiera również informację o nieruchomości lub innych składnikach majątkowych położonych na terenie strefy, które mają być wykorzystane do podjęcia przedsięwzięcia gospodarczego na terenie strefy.

Sposób przeprowadzenia, zasady i warunki przetargu (rokowań) a także kryteria oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte na terenie strefy, ustala właściwy minister w drodze rozporządzenia, odrębnie w odniesieniu do każdej strefy (zob. np. rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z 15 listopada 2004 r. w sprawie sposobu przeprowadzenia, zasad i warunków przetargów lub rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców na terenie Pomorskiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej. Dz. U. Nr 254, poz. 2545). Procedura przetargu (rokowań) rozpoczyna się od opublikowania ogłoszenia przetargu w codziennej prasie ogólnokrajowej (gdy jest to celowe również w zagranicznej) oraz na stronie internetowej strefy w języku polskim oraz w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym, zawierającego podstawowe informacje o warunkach i przedmiocie przetargu. Ogłoszenie o organizacji przetargu zawiera podstawowe informacje, pozwalające ocenić każdemu zainteresowanemu, czy jest zdolny spełnić warunki wymagane na terenie strefy. W szczególności dotyczyć to będzie stopnia, w jakim wielkość, przedmiot i charakter ekonomiczny planowanych przez przedsiębiorcę przedsięwzięć na terenie strefy oraz warunki ich realizacji przyczynią się do osiągnięcia celów ustanowienia strefy określonych w planie rozwoju strefy.

Podstawowym dokumentem postępowania przetargowego czy rokowaniowego jest specyfikacja, precyzująca warunki uzyskania preferowanego ulgami zezwolenia. W dokumencie takim niezbędne jest wskazanie wszelkich warunków, do których dostosować musi się przedsiębiorca. Specyfikacja ta powinna w sposób rzetelny, jednoznaczny, wyczerpujący i kompletny przedstawiać wszelkie informacje niezbędne dla zainteresowanych podmiotów w celu sporządzenia ofert rzeczywiście odpowiadających wymaganiom zarządzającego strefą. Ofertę sporządza się w formie pisemnej w języku polskim. Termin składania ofert, wyznaczony przez zarządzającego, nie może być krótszy niż 21 dni, licząc od dnia zaproszenia do przetargu lub rokowań. Ofertę odrzuca się, jeżeli nie odpowiada wymogom ustalonym w rozporządzeniu, niezwłocznie zawiadamiając o tym oferenta. Niezwłocznie po zakończeniu postępowania przetargowego zarządzający zamieszcza

na stronie internetowej strefy informację o wyborze oferty oraz powiadamia pisemnie wyłonionego w drodze postępowania oferenta o warunkach realizacji ustaleń przetargu lub rokowań.

Zarządzający może unieważnić przetarg lub odstąpić od rokowań w przypadku, gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć lub gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą wydanie zezwolenia lub zawarcie ważnej umowy na udostępnienie prawa do nieruchomości. O unieważnieniu postępowania Zarządzający zawiadamia pisemnie równocześnie wszystkich oferentów, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zarządzający przekazuje ministrowi właściwemu do spraw gospodarki wyniki postępowania przetargowego lub rokowań w celu wydania zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej na terenie strefy, o ile minister właściwy do spraw gospodarki nie powierzy zarządzającemu wydawania zezwoleń.

Należy tu dodać, iż w przypadku gdy podjęcie działalności gospodarczej z mocy odrębnych przepisów wymaga koncesji lub innego zezwolenia, bądź wpisu do rejestru regulowanej działalności gospodarczej przedsiębiorca przystępujący do przetargu (rokowań), obowiązany jest posiadać ich promesę. Uzyskanie promesy (sui generis przyrzeczenia organu administracji) ułatwia osobie zamierzającej podjąć działalność gospodarczą dokonania stosownych przygotowań bez narażenia się na ryzyko strat materialnych, które wystąpiłyby w przypadku odmowy zezwolenia.

5. Przetarg na autostrady płatne

Budowa i eksploatacja autostrady albo wyłącznie eksploatacja autostrady wymaga przeprowadzenia przetargu. Do przetargu mogą przystąpić wyłącznie spółki akcyjne lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Polsce lub w państwach członkowskich Unii Europejskiej, których przedmiotem działalności jest, zgodnie ze statutem lub umową spółki, wyłącznie budowa lub eksploatacja dróg, o kapitale zakładowym nie mniejszym niż równowartość 5 mln euro w przypadku przetargu na budowę i eksploatację autostrady lub 2 mln euro w przypadku przetargu wyłącznie na eksploatację autostrady (art. 43 u.a.p.).Wybór spółki następuje w drodze przeprowadzonego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad trójstopniowego postępowania przetargowego, składającego się z:

1) kwalifikacji wstępnej;
2) przetargu ograniczonego do zakwalifikowanych do złożenia ofert, 3) negocjacji umowy o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady.

Uściślenie procedury przeprowadzania przetargów na autostrady płatne oraz drogi ekspresowe, do których mają zastosowanie przepisy o autostradach płatnych, nastąpiło rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 27 kwietnia 2001 r. w sprawie szczegółowych warunków postępowania przetargowego na udzielenie koncesji na budowę i eksploatację autostrad płatnych (Dz. U. Nr 50, poz. 531). Przetarg przeprowadza komisja przetargowa, składająca się z członków powołanych przez ministra właściwego do spraw transport(art. 45 u.a.p.).

Kwalifikację wstępną rozpoczyna zaproszenie Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (GDDKiA) do wzięcia w niej udziału po uprzednim przedłożeniu Radzie

Ministrów informacji o przewidywanych warunkach postępowania przetargowego oraz akceptacji przez Radę Ministrów przewidywanych zasad dofinansowania realizacji zadań związanych z budową autostrady lub jej odcinka ze środków Krajowego Funduszu Autostradowego, a także po udzieleniu wskazań lokalizacyjnych. O przetargu zamieszcza się ogłoszenia w prasie o zasięgu krajowym oraz Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Kwalifikację wstępną przeprowadza się w razie złożenia dokumentacji przez co najmniej trzech uczestników. W razie stwierdzenia, że akcjonariusze spółki lub uczestnicy uczestniczą w innych spółkach lub podmiotach ubiegających się o udzielenie koncesji na budowę i eksploatację tej samej autostrady lub jej odcinka, komisja w celu zapewnienia konkurencyjności postępowania przetargowego zaprzestaje dalszej oceny dokumentacji tych spółek lub tych uczestników po uprzednim ich powiadomieniu. Podstawą wyboru uczestników przetargu jest ocena dokumentacji złożonej do kwalifikacji wstępnej, dokonywana zgodnie z kryteriami określonymi przez ministra właściwego do spraw transportu. Jeżeli komisja przetargowa dokonała wyboru mniej niż dwóch oferentów, GDDKiA uznaje kwalifikację wstępną za bezskuteczną o czym zawiadamia ministra właściwego do spraw transportu oraz uczestników kwalifikacji wstępnej(art. 47a). Kwalifikacja wstępna stanowi pierwszy etap przetargu ograniczonego. Drugi etap obejmuje składanie ofert oraz postępowanie zmierzające do wyłonienia przedsiębiorcy.

Do przetargu zaprasza pisemnie GDDKiA.

Przetarg może być przeprowadzony w razie złożenia co najmniej dwóch ofert. W przypadku złożenia mniej niż dwóch ofert komisja uznaje przetarg za bezskuteczny i zawiadamia o tym ministra właściwego do spraw transportu, Generalnego Dyrektora oraz oferentów. Komisja w trakcie przeprowadzania przetargu ocenia oferty biorąc pod uwagę stan ekonomiczno-finansowy, w tym wiarygodność finansową oferenta, przygotowanie organizacyjne i techniczne oferenta lub wskazanych przez niego wykonawców do należytego wykonania autostrady, plan finansowania oraz program budowy i eksploatacji autostrady oraz stopień zdolności oferenta do finansowania budowy bez gwarancji i poręczeń. Komisja dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej lub wskazuje oferty uznane za równorzędne na podstawie oceny punktowej zawartej w informacji o warunkach przetargu.

Budowa i eksploatacja autostrady albo wyłącznie eksploatacja autostrady wymaga zawarcia umowy o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady.(art. 40 u.a.p.). Ostatnim etapem trójstopniowego postępowania przetargowego jest przeprowadzenie negocjacji umowy o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady przez Generalnego Dyrektora z przedsiębiorcą, którego oferta została uznana przez komisję przetargową za najkorzystniejszą. Celem negocjacji jest uzgodnienie treści umowy koncesyjnej.Jeżeli negocjacje nie zostaną zakończone uzgodnieniem treści umowy o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady w terminie 9 miesięcy od dnia ich rozpoczęcia, Generalny Dyrektor może, za zgodą ministra właściwego do spraw transportu, uznać postępowanie przetargowe za bezskuteczne lub przeprowadzić negocjacje ze spółką, której oferta była druga w kolejności po ofercie najkorzystniejszej. W przypadku gdy negocjacje zostaną zakończone uzgodnieniem treści umowy o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady, Generalny Dyrektor przedstawia ministrowi właściwemu do spraw transportu projekt umowy o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady, wraz z protokołem z negocjacji.

Uczestnikom postępowania przetargowego, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez komisję przetargową przepisów ustawy, przysługuje prawo złożenia do Generalnego Dyrektora pisemnego odwołania w terminie 14 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o wynikach przetargu. Jednakże odwołanie wniesione po terminie lub wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu. Rozpatrzenie

odwołania powinno nastąpić nie później niż w terminie 30 dni od dnia jego otrzymania w drodze decyzji Generalnego Dyrektora. Do rozpatrzenia odwołania stosuje się przepisy k.p.a. z tym że wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy wnosi się w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji a Generalny Dyrektor rozpatruje ten wniosek w terminie 14 dni od dnia otrzymania wniosku. Od decyzji Generalnego Dyrektora przysługuje skarga do sądu administracyjnego, który rozpoznaje ją niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 30 dni od dnia wpływu skargi do sądu.

6. Postępowanie o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi

Wprowadzenie terminu „koncesja" początkowo do polskich przepisów o zamówieniach publicznych a następnie szczegółowe uregulowanie koncesji w u.k.b. stworzyło pewien problem pojęciowy. Pojęcie koncesji na roboty budowlane używane w u.p.z.p. odzwierciedla rozwiązania przyjęte w art. 1 pkt d dyrektywy 93/37/EWG, zgodnie z którą „koncesją na roboty budowlane jest umowa, różniąca się od umów, o których mowa w pkt a (tj. umów o roboty budowlane) jedynie tym, że wynagrodzenie za roboty, które mają być wykonane, jest albo wyłączne prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, albo takie prawo wraz z płatnością". Na gruncie polskiej ustawy koncesyjnej koncesjonariusz na podstawie umowy koncesji zawieranej z koncesjodawcą zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji za wynagrodzeniem, które stanowi w przypadku koncesji na roboty budowlane wyłącznie prawo do korzystania z obiektu budowlanego albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy a w przypadku koncesji na usługi – wyłącznie prawo do korzystania z usługi albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy. W obu sytuacjach koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji (art. 1 ust. 2 i 3 u.k.b.). Nadto koncesjonariusz, z którym zawarto umowę koncesji na roboty budowlane, jest obowiązany stosować przepisy u.p.z.p. do udzielania zamówień wynikających z wykonywania koncesji (art. 131 ust. 1). Natomiast u.k.b.. sama określiła zasady i tryb zawierania umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz środki ochrony prawnej (art. 1 ust. 1). Postępowanie o zawarcie umowy koncesji wszczynane jest w drodze publicznego ogłoszenia o koncesji, którego celem jest dokonanie przez koncesjodawcę wyboru zainteresowanego podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa koncesji (art. 2 pkt 9 u.k.b.). Koncesjodawca przygotowując i prowadząc postępowanie o zawarcie umowy koncesji jest obowiązany zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie zainteresowanych podmiotów, działać w sposób przejrzysty oraz z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji (art. 6).

Koncesjodawca wszczyna postępowanie przez publikację ogłoszenia o koncesji. Koncesjodawca zamieszcza ogłoszenie o koncesji na usługi w Biuletynie Zamówień Publicznych, udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych. Koncesjodawca przesyła ogłoszenie o koncesji na roboty budowlane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej w sposób określony dyrektywami Parlamentu Europejskiego. W przypadku niezłożenia przez zainteresowany podmiot stosownych oświadczeń lub złożenia ich w niepełnym zakresie, koncesjodawca informuje go o nieprzyjęciu wniosku. Koncesjodawca zaprasza do udziału w negocjacjach kandydatów, którzy złożyli wymagane wnioski. Prowadzone negocjacje mogą dotyczyć wszystkich aspektów koncesji, w tym aspektów technicznych, finansowych i prawnych. O zakończeniu negocjacji koncesjodawca informuje wszystkich kandydatów. Protokół z prowadzonych negocjacji jest jawny. Koncesjodawca wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród ofert spełniających wy-

magania określone w opisie warunków koncesji, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w tym opisie. Koncesjodawca może prowadzić postępowanie także w przypadku, gdy wpłynęła tylko jedna oferta. Koncesjodawca informuje oferentów o wyborze oferty najkorzystniejszej podając uzasadnienie. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej zawiera również powody niedopuszczenia ofert do oceny i porównania.Oferent, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jest obowiązany w terminie wskazanym przez koncesjodawcę złożyć wskazane w opisie warunków koncesji dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Koncesjodawca odwołuje postępowanie, o ile zaistnieją okoliczności przewidziane w ogłoszeniu o koncesji. Zastrzeżenie w ogłoszeniu o koncesji możliwości odwołania postępowania bez podania przyczyn jest nieważne.

Koncesjodawca zawiera umowę z oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W przypadku zaś partnera prywatnego zgodnie z przepisem art. 6 ustawy z 19 grudnia 2008 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100) najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans wynagrodzenia i innych kryteriów odnoszących się do przedsięwzięcia.

7. Podsumowanie

Oceniając powyższe tryby przetargowe należy wskazać na istotne cechy różniące je od przetargów unormowanych w prawie cywilnym (art. 70.1 – art. 72.1 k.c.) czy w prawie zamówień publicznych. Zgodnie z cywilistycznym rozumieniem, przetarg jest jednym ze sposobów zawarcia umowy[3]. Natomiast w wyniku postępowania przetargowego w sprawie uzyskania uprawnienia administracyjnego w postaci koncesji lub zezwolenia nie dochodzi do zawarcia umownego stosunku prawnego pomiędzy danym przedsiębiorcą a organem koncesyjnym lub zezwalającym, lecz wydania decyzji – aktu władczej formy działania organu. Z tych względów przetarg na koncesję lub zezwolenie należy rozumieć raczej jako pewną formę postępowania organu, zmierzającą do ustalenia i wybrania nie tylko przedsiębiorcy dającego rękojmię prawidłowego prowadzenia działalności gospodarczej lecz także – w przypadku koncesji – wyboru finansowo dla państwa najkorzystniejszej (najkorzystniejszych) propozycji wykonywania działalności objętej koncesją.

Należy negatywnie ocenić, jako wyraz źle pojętego fiskalizmu państwa unormowanie przewidziane w art. 52- 54 u.s.d.g., wprowadzające przetarg, którego przedmiotem jest udzielenie koncesji w przypadku złożenia wniosku o udzielenie koncesji przez kilku przedsiębiorców. Wydaje się, że dopuszczalność przetargu, gdy w grę wchodzi opłata skarbowa, będąca opłatą publiczną budzi uzasadnione wątpliwości. W przetargu przedsiębiorca proponuje więc nie cenę za udzielenie koncesji, lecz sugeruje, iż zapłaci więcej niż tego wymaga ustawa określająca wysokość opłaty skarbowej za udzielenie koncesji. Tymczasem opłata publiczna, podobnie jak podatek, nie może być przedmiotem negocjacji i przetargu. Jest bowiem ustalana władczo przez państwo i nie może być zmieniana w drodze cywilnoprawnej. Przyjęcie w regulacji, iż przedsiębiorcy będą deklarować wyższą opłatę aniżeli wynika ona z przepisów, należy uznać z punktu widzenia doktrynalnego za niedopuszczalne. Jeżeli jednak względy fiskalne decydują o przyjęciu takiego rozwiązania prawnego, to moim zdaniem, należałoby zastosować je także w odniesieniu do gier losowych i zakładów wzajemnych bowiem aktualnie celem tego postępowania przetargowego nie jest uzyskanie najwyższej opłaty za udzielone zezwolenie lecz wyłonienie najbardziej wiarygodnego przedsiębiorcy a nadto nie jest on wiążący bowiem przetarg można unieważnić lub w ogóle nie uwzględnić jego wyniku.

[3] E. Przeszło, Przetarg jako forma rozporządzenia mieniem publicznym, PUG 1996, nr 6.

Stąd też – moim zdaniem – w przypadku złożenia wniosku o udzielenie koncesji lub zezwolenia przez kilku przedsiębiorców realizacji zasady równości przedsiębiorców bardziej służy nieobowiązujące już unormowanie zawarte w ustawie – Prawo działalności gospodarczej, wprowadzające obowiązek objęcia jednym postępowaniem administracyjnym wszystkich wniosków o udzielenie koncesji lub zezwolenia oraz przeprowadzenia w ramach tego postępowania rozprawy administracyjnej[4]. Nadto, gdy wydanie zezwolenia na wykonywanie działalności gospodarczej wszystkim wnioskodawcom, spełniającym wymagane prawem warunki nie było możliwe, organ zezwalający przeprowadzający rozprawę administracyjną wydawał zezwolenie na czas oznaczony, mając na uwadze stworzenie możliwości ubiegania się w realnej przyszłości o dane zezwolenie innym przedsiębiorcom. Wprawdzie organ koncesyjny lub zezwalający nie był związany wynikiem rozprawy administracyjnej, ale w wyniku jej przeprowadzenia dysponował znacznie większym zasobem argumentów niż te, które może uzyskać przeprowadzając przetarg. Stąd też należy postulować zastąpienie przetargów na koncesje i zezwolenia instytucją rozprawy administracyjnej jako leżącej w interesie przedsiębiorców. Ustny, bezpośredni i jawny charakter rozprawy administracyjnej czyni z niej szczególnie przydatną formę postępowania w sprawach, w których ścierają się interesy kilku przedsiębiorców ubiegających się o uprawnienie publicznoprawne. Przy udzielaniu koncesji lub zezwolenia taka forma postępowania wyjaśniającego jest korzystna z punktu widzenia samego organu administracyjnego, któremu łatwiej uniknąć zarzutów o stronniczość. Taka forma w jakimś sensie ogranicza możliwość rozstrzygnięć dowolnych po stronie organu, który poprzez rozprawę jest faktycznie kontrolowany co do sposobu wykorzystania władzy dyskrecjonalnej. Przeprowadzenie rozprawy administracyjnej oznacza dokonanie wyboru przedsiębiorcy w warunkach lepszych niż w ramach przetargu lub rokowań, ponieważ rozprawia administracyjna stwarza przedsiębiorcom równe szanse i możliwości wzajemnego prezentowania swych racji przed organem koncesyjnym lub zezwalającym nie tylko własnych walorów, ale także obnażania słabości konkurentów.

Niekiedy jednak dla wyboru przedsiębiorcy najbardziej wiarygodnego należy stosować przetarg ograniczony, zwłaszcza gdy chodzi o usługi lub roboty budowlane o wysoce specjalistycznym charakterze, jednostkowe, niekiedy skomplikowane, wymagające od wykonawcy posiadania szczególnej wiedzy, umiejętności lub uprawnień tak jak ma to miejsce w przetargu na budowę lub eksploatację autostrady płatnej. Trójetapowe postępowanie przetargowe zmierza do wyłonienia przedsiębiorcy, z którym zostanie zawarta umowa o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady. Ten wysoce sformalizowany tryb wyboru wykonawcy można w niektórych sytuacjach sprowadzić tylko do etapu postępowania o zawarcie umowy koncesji, przewidzianej w ustawie o koncesji na roboty budowlane i usługi, bowiem jak stanowi przepis art. 1a znowelizowanej u.a.p. autostrady płatne i ich odcinki oraz płatne drogi ekspresowe mogą być budowane i eksploatowane albo wyłącznie eksploatowane na zasadach określonych u.k.b. Wprawdzie w tekście ustawy konsekwentnie pomija się termin „przetarg" to w istocie samo postępowanie zmierzające do wyboru wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie odbiega znacząco od postępowania przetargowego określonego w u.a.p. czy w u.p.z.p. Także sam ustawodawca uchwalając u.k.b. zastrzegł w sposób ogólny stosowanie przepisów u.p.z.p. do udzielania przez koncesjonariuszy zamówień publicznych w celu wykonania przedmiotu koncesji (art. 26 u.k.b.) zaś w szczególności do udzielania zamówień wynikających z wykonywania koncesji na roboty budowlane (art. 3 ust. 1 pkt 7) w sytuacji gdy koncesjonariusz jest zamawiającym z szeroko rozumianego sektora finansów publicznych (art. 131 ust. 1) a w wypadku gdy koncesjonariusz nie

[4] M.A. Waligórski, Postępowanie koncesyjne jako szczególna procedura administracyjna, w: Procedura administracyjna wobec wyzwań współczesności, red. H. Wróblewska, Łódź 2004, s. 145-150.

jest takim podmiotem , przy udzielaniu zamówień na roboty budowlane, których wartość jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wynikających z wykonywania koncesji jest obowiązany do stosowania przepisów ustawy dotyczących: ogłoszenia o zamówieniu, ustalania wartości zamówienia na roboty budowlane, określania terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z art. 49 ust. 1 i 2 oraz terminów składania ofert zgodnie z art. 52 ust. 2. Koncesjonariusz jest także obowiązany do prowadzenia postępowań w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust.1 u.p.z.p.). Natomiast może on nie stosować przepisów ustawy dotyczących ogłoszenia o zamówieniu, ustalania wartości zamówienia oraz terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i terminów składania ofert jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności, o których mowa w art. 62 ust. 1 i art. 67 ust. 1 u.p.z.p. To, że w istocie koncesjonowanie robót budowlanych jest formą zamówienia publicznego potwierdza także unormowanie przewidziane w przepisie art. 4 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym pozwalające dokonać wyboru partnera prywatnego stosując albo przepisy u.k.b. jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej bądź też przepisy u.p.z.p.z uwzględnieniem przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Należy tu zauważyć, iż pojęcie koncesji tradycyjnie odnoszono do administracyjnoprawnej reglamentacji działalności gospodarczej. Takie też stanowisko prezentuje SN w wyroku z 8 maja 1998 r. III RN 34/98 OSNAP 1999/5/157 stwierdzając, iż koncesja ma charakter publicznoprawnego uprawnienia podmiotowego i z tej przyczyny co do zasady wyłączona jest z obrotu cywilnoprawnego (ius extra commercium) Taki też charakter miała koncesja na budowę i eksploatację autostrad płatnych, która wraz z umową koncesyjną tworzyła w miarę spójny instrument reglamentowania tej dziedziny działalności gospodarczej.[5] Jednakże zniesienie tej koncesji ustawą z 2 lipca 2004 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1808) spowodowało naruszenie klasycznej koncepcji służby publicznej ukształtowanej w systemie prawa, orzecznictwie i doktrynie francuskiej. Od tak rozumianych koncesji należy odróżnić koncesje dotyczące robót budowlanych lub usług, noszą one charakter prywatnoprawny. Koncesja jest bowiem traktowana jako umowa na roboty budowlane lub usługi zawarta pomiędzy koncesjodawcą a koncesjonariuszem na piśmie pod rygorem nieważności (art. 21 ust. 4 u.k.b.). Jest to zgoła inne rozumienie pojęcia „koncesja" aniżeli w znaczeniu nadanym mu przepisami u.s.d.g. jako sui generis zgody władzy publicznej na podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej przez przedsiębiorcę.

Trzeba tu dodać, iż do koncesji na roboty budowlane lub usługi przyjęto odmienny od przewidzianego w u.p.z.p. tryb stosowania środków ochrony prawnej. Ustawa koncesyjna przyjęła bowiem możliwość wniesienia skargi do sądu administracyjnego podmiotowi, którego interes prawny w zawarciu umowy koncesji doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez koncesjonodawcę z naruszeniem przepisów ustawy (art. 27 u.k.b.). Ustawodawca podjął tu próbę wekslowania cywilnej sprawy gospodarczej na drogę administracyjną, aczkolwiek ustawodawstwo polskie nie zna umowy administracyjnej, zaskarżanej do sądu administracyjnego tak jak to ma miejsce w prawie francuskim lub niemieckim i co stanowi logiczną konsekwencję uznania koncesji na roboty budow-

[5] M.A. Waligórski, Istota koncesji i umowy koncesyjnej na budowę i eksploatację autostrad płatnych w: Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej, red. E. Nosala, A. Matan, G. Łaszczyca, Zakamycze, Kraków 1999, s. 555-564.

lane lub usługi za decyzję administracyjną. Jak się wydaje zastosowanie pojęć takich jak „koncesja", „umowa koncesji", „koncesjonariusz", „koncesjodawca" (tu lepszy byłby termin „koncedent") w przepisach u.p.z.p. oraz u.k.b. wynika z braku lepszego terminu, który oddawałby istotę regulacji oraz przystawał do pojęć stosowanych w dyrektywach unijnych. Czas zatem wprowadzić do polskiego systemu prawnego umowę administracyjną, powszechnie postrzeganą jako niezbędne i praworządne narzędzie regulacyjne administracji publicznej, odpowiadające zwłaszcza koncepcji nowoczesnej administracji demokratycznego państwa prawnego.

OCHRONA INTERESU PUBLICZNEGO W ZAKRESIE ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ ZA ZMOWĘ PRZETARGOWĄ W KONTEKŚCIE ART. 305 K. K.

Piotr Wiatrowski
– doktor Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

Zgodnie z zasadą *ultima ratio* prawo karne ingeruje tam, gdzie sankcje innych gałęzi prawa nie są wystarczające. Sama ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[1] nie zawiera przepisów karnych, a jedynie sankcje o charakterze administracyjnym nakładane w drodze decyzji administracyjnej przez Prezesa UZP, które nie są jednak wystarczające dla ochrony prawidłowości udzielania zamówień publicznych przed różnorodnymi możliwymi jej naruszeniami. Przetarg publiczny był chroniony prawno karnie już w Kodeksie karnym z 1932 r.[2] (art.283) a następnie w Kodeksie z 1969 r.[3] (art.245) z tym, że w pierwszym z nich znajdował się w rozdziale XL – Przestępstwa na szkodę wierzycieli, zaś w drugim w rozdziale XXXII – Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i społecznych. Następnie przepis penalizujący utrudnianie lub udaremnianie przetargu pojawił się w art.2 ustawy z 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego[4] w bardzo zbliżonym do obecnego kształcie z tym, że obowiązująca regulacja dodatkowo kryminalizuje wejście w porozumienie z inną osobą, przy działaniu na szkodę właściciela mienia. Przepis art. 2 § 1 wspomnianej ustawy powtórzył treść art. 245 k.k., który został skreślony. Ustawa poszerzyła też treść przepisu kodeksu z 1969 r. dodając do art. 2 ustawy § 2 i 3. Aktualnie omawiana regulacja (art. 305) znajduje się w rozdziale XXXVI Kodeksu karnego z 1997 r. pt. Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, co oznacza zmianę zakresu ochrony przewidzianego tym przepisem w stosunku do regulacji z 1932 r. i 1969 r. Tytuł rozdziału wskazuje bowiem na rodzajowy przedmiot ochrony przestępstwa. Przedmiotem ochrony art.305 k.k. są też interesy majątkowe właściciela mienia objętego przetargiem publicznym lub podmiotu na rzecz którego przetarg ten jest dokonywany[5].

Naruszenia prawa zamówień publicznych mogą być także związane z odpowiedzialnością za popełnienie innych różnorodnych przestępstw, a w szczególności sprzedajności i przekupstwa (art. 228 k.k. i 229 k.k.), płatnej protekcji i handlu wpływami (art. 230 i 230 a k.k.), nadużycia władzy (art. 231 k.k.), fałszu materialnego dokumentów, poświadczania nieprawdy, ukrywania czy niszczenia dokumentów (art. 270, 271, 276 k.k.), nadużycia zaufania (art. 296 k.k.), oszustwa w zamówieniu publicznym (art. 297), a nie tylko utrudniania i udaremniania przetargu (305 k.k.). Na tym tle na uważniejszą analizę zasługują te dwa ostatnie przestępstwa, bowiem wyraźnie odnoszą się w swych znamionach do zamówień publicznych. Przestępstwo oszustwa związanego z zamówieniem publicznym zachodzi, gdy sprawca w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego zamówienia publicznego od jednostki organizacyjnej prowadzącej działalność gospodarczą na podstawie ustawy albo od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi przedkłada

[1] Dz.U. Nr 19, poz 177 ze zm.
[2] Dz.U.Nr 60, poz.571.
[3] Dz.U.Nr 13, poz.94 ze zm.
[4] Dz.U. z 1994 r., Nr 126, poz.615.
[5] W.Wróbel (w:) A.Barczak – Oplustil, G.Bogdan, Z.Ćwiąkalski, M.Dąbrowska-Kardas, P.Kardas, J.Majewski, J.Raglewski, M.Rodzynkiewicz, M.Szewczyk, W.Wróbel, A.Zoll, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz pod red.A.Zolla, t.III, Kraków 2006, s.843.

podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego zamówienia. Karze podlega także ten, kto wbrew ciążącemu obowiązkowi nie powiadamia właściwego podmiotu o powstaniu sytuacji mogącej mieć wpływ na wstrzymanie albo ograniczenie wysokości udzielonego zamówienia publicznego. Nie podlega natomiast karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zrezygnował z zamówienia publicznego (art.297 k.k.)[6]. Art. 305 k.k. przewiduje natomiast odpowiedzialność sprawcy, który w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (dla siebie lub kogoś innego – art.115 §4 k.k.), udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny albo wchodzi w porozumienie z inną osobą działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Tak samo karany jest ten, kto w związku z publicznym przetargiem rozpowszechnia informacje lub przemilcza istotne okoliczności mające znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu albo wchodzi w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa ściganie tego przestępstwa następuje na wniosek pokrzywdzonego[7].

Ustawodawca nie definiuje pojęcia przetargu publicznego. W doktrynie można się spotkać z poglądem, że przetarg ma charakter publiczny gdy jest organizowany na podstawie aktu prawa publicznego, dysponentem środków do wykorzystania w wyniku przetargu jest instytucja o charakterze publicznym (państwowa lub samorządu terytorialnego) lub środki, które są dysponowane w przetargu mają charakter publiczny[8]. Słuszne jednak wydaje się zapatrywanie J.Skorupki, który twierdzi, że charakter publiczny ma przetarg o jawnym, otwartym charakterze, który jest dostępny dla nieograniczonej liczby uczestników zaś sam publiczny czy prywatny charakter podmiotu organizującego przetarg nie ma żadnego znaczenia[9]. Ograniczenie według kryterium generalnego liczby uczestników przetargu w dalszych jego etapach nie pozbawia jednak przetargu charakteru publicznego[10]. Do zmiany Kodeksu cywilnego w 2003 r. nie odróżniano werbalnie przetargu od aukcji, którą nazywano przetargiem ustnym. W świetle art.70[1] k.c. aukcja należała do procedur przetargowych (tzw. przetarg ustny). Powstaje więc pytanie, jakie ma to znaczenie z punktu widzenia penalizacji czynów objętych art.305 k.k. Należy przyjąć, że Kodeks karny operuje nowym pojęciem przetargu, co jest uzasadnione zasadą ścisłej określoności typu czynu zabronionego i zakazem wnioskowania *per analogiam w* prawie karnym. *De lege ferenda* w doktrynie postuluje się zatem wprowadzenie definicji legalnej przetargu**.** Za tryby przetargowe opisane przez Prawo zamówień publicznych uznaje się w doktrynie: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, negocjacje bez ogłoszenia i zapytanie o cenę[11]. Ochronie art.305 k.k. nie podlega zamówienie z wolnej ręki. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę, iż szczególnie w jedynym konkurencyjnym trybie przetargowym – negocjacjach z ogłoszeniem i bez ogłoszenia może dochodzić do działań polegających na zmowie oferentów w celu udaremnienia postępowania bądź wykluczenia konkurencji a następnie doprowadzenia do zawarcia umowy w trybie z wolnej

[6] Szerzej nt. tego przestępstwa w pracy W.Makowski, Z problematyki efektywności karnoprawnej zamówień publicznych, Kwartalnik PZP 2008, nr 4, s.139 i n.

[7] W doktrynie postuluje się, że ściganie z urzędu powinno obejmować także działanie na szkodę jednostek samorządu terytorialnego. A.Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2007, s.568.

[8] R.Zawłocki, (w:) Kodeks karny. Część szczegółowa, t.II, Komentarz, Warszawa 2004, s.1249.

[9] J.Skorupka, Przestępstwo utrudniania przetargu de lege lata i de lege ferenda, PS 2005, nr 11-12, s.115.

[10] Wyrok SA w Warszawie z 11 marca 1998 r., II Aka 247/97, Apelacja Warszawska 1998, nr 4.

[11] R.Szostak, Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2005, s.34 i n.

ręki[12]. Ma to szczególne znaczenie, gdyż w tym trybie zawierane są też duże kontrakty, np. na leki czy sprzęt medyczny. Zgodnie z art.305 k.k. karalne są czyny sprawcy, które miały miejsce od momentu ogłoszenia przetargu publicznego do jego rozstrzygnięcia lub unieważnienia, nie zaś te które nastąpiły w trakcie postępowania przygotowawczego poprzedzającego przetarg publiczny, np. uniemożliwienie ogłoszenia przetargu czy tzw. ustawienie przetargu. Postępowanie przetargowe składa się bowiem z trzech etapów: czynności przygotowawczych, czynności po zamieszczeniu ogłoszenia o przetargu, oceny ofert i podpisania umowy. Sam jednak przetarg rozpoczyna się dopiero z chwilą zamieszczenia ogłoszenia. Udaremnienie przetargu może być skutkiem fałszywych informacji o jego odwołaniu, usunięcia określonych dokumentów, zapewnianiu że przetarg się odbył albo został przełożony na inny termin, innego wprowadzenia w błąd jego uczestników, bezprawnego unieważnienia przez np. posłużenie się sfałszowanymi dokumentami czy nawet zniszczenia mienia będącego przedmiotem przetargu, zastraszenia lub zastosowania przemocy[13]. Chodzi zatem o każde bezprawne zachowanie, które uniemożliwia odbycie się całego przetargu bądź jego kontynuację. Odsunięcie któregoś z oferentów może stanowić utrudnianie przetargu. Utrudnianiem będzie też zachowanie przeszkadzające odbyciu się przetargu zgodnie z przepisami, powodujące istotną komplikację bądź przedłużenie jego trwania lub pogorszenie warunków jego prowadzenia[14]. Utrudnianie może polegać na dopuszczeniu do przetargu tylko części ofert, nieogłoszeniu przetargu w prasie, odsunięciu określonej osoby od przetargu przez zastosowanie podstępu itp.[15] Czyn jest dokonany w chwili utrudnienia lub udaremnienia przetargu i można go dokonać także w formie zaniechania, np. przez nieobecność osoby wymaganej do ważnego odbycia się przetargu czy przemilczenie istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu[16].

Przemilczanie istotnych okoliczności to świadome ich zatajanie, które jest możliwe jedynie przez osobę prawnie zobowiązaną do ich ujawnienia i może dotyczyć, np. niewywieszenia ogłoszenia o przetargu, nieujawnienia wobec oferentów określonego kryterium wyboru oferty[17], zatajenia udziału w przetargu osoby nieuprawnionej, zatajenia a przez właściciela mienia rzeczywistego stanu jego majątku, braku wymaganych zezwoleń do realizacji umowy, braku kooperantów, zachowania w tajemnicy okoliczności uzasadniających unieważnienie przetargu jak również informacji mogących wpłynąć na cenę przedmiotu przetargu[18]. Rozpowszechnianie to rozgłaszanie wśród innych uczestników przetargu treści oferty, nieprawdziwych informacji o oferentach itp. W tym zakresie momentem granicznym jest otwarcie ofert. Do tej chwili rozpowszechnianie zarówno informacji prawdziwych, jak i fałszywych może wpływać na wynik przetargu.

Przetarg – niestety – nie w każdym przypadku gwarantuje uczciwą konkurencję w zamówieniach publicznych. Zmowa przetargowa ma miejsce gdy uczestnicy przetargu ustalają pomiędzy sobą warunki składanych ofert. Mogą to czynić sami przedsiębiorcy przystępujący do przetargu, jak również przedsiębiorcy z organizatorem przetargu. Celem zmowy jest w ogóle realizacja zamówienia przez konkretnego wykonawcę. Zmowę przetargową stanowi także ustalanie przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków

[12] P.Szustakiewicz, Ustawa o zamówieniach publicznych a przestępstwo utrudniania przetargu, Prok. i Pr. 2004, nr 2, s.89.

[13] M.Sieradzka, Przestępstwo utrudniania przetargu w systemie zamówień publicznych (w:) Nowa kodyfikacja Prawa karnego, t.XXI, Wrocław 2007, s.100.

[14] A.Bartosiewicz, R.Kubacki, Prawnokarna ochrona przetargu publicznego, Mon. Pr. 2002, nr 20, s.945. R.Góral, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2007, s.535.

[15] E.Szwedek, Nadużycia przy przetargu publicznym, NP 1971, nr 9, s.1278.

[16] J.Skorupka, op.cit., s.118.

[17] W.Wróbel, op.cit., s.853.

[18] E.Szwedek, op.cit., s.946. J.Skorupka, op.cit., s.118.

zamówienia pod konkretnego wykonawcę. Zdarza się bowiem, że zamawiający opisuje przedmiot zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji poprzez takie ustawienie parametrów technicznych lub jakościowych, które spełnia tylko produkt oferowany przez jednego wykonawcę.

Zmowom przetargowym sprzyjają te regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych, które pozwalają na uzupełnianie dokumentów po otwarciu ofert, jak również składanie niepełnych ofert co umożliwia ich uzupełnianie po otwarciu ofert po wcześniejszym przeanalizowaniu ofert pozostałych konkurentów.

Forma sprawcza w postaci „wejścia w porozumienie" występowała już na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. pod nazwą „zmowy" natomiast nie była ona znana Kodeksowi z 1969 r. i ustawie o ochronie obrotu gospodarczego z 1994 r. W k.k. z 1932 r. analizowana czynność sprawcza to „wejście w porozumienie z inną osobą co do działania przy przetargu publicznym, mogącego wyrządzić szkodę majątkową wierzycielowi lub dłużnikowi" co wskazywało na treść i cel przestępnego porozumienia zaś *de lege lata* ustawodawca nie sprecyzował znamienia „porozumienie", co stoi w sprzeczności z zasadą określoności typu czynu zabronionego. Wydaje się, że „wejście w porozumienie z inną osobą" oznacza porozumienie się przynajmniej dwóch osób (niekoniecznie uczestników przetargu) dla wspólnego, szkodliwego działania przeciw stronom przetargu publicznego motywowane chęcią osiągnięcia korzyści majątkowej[19]. Samo bezprawne porozumienie niesprowadzające niebezpieczeństwa dla interesów podmiotów chronionych art.305 k.k. nie wyczerpuje jeszcze znamion tego przestępstwa. Wejście w porozumienie można by uznać jako wprowadzenie karalności czynności przygotowawczych do udaremniania lub utrudniania przetargu, a wchodzenie w porozumienie należałoby wtedy rozumieć podobnie jak w art.16 §1 k.k.[20] R.Zawłocki odrzuca pogląd, że wejście w porozumienie stanowi karalną formę przygotowania do udaremniania lub utrudniania przetargu publicznego, gdyż nie wynika to z treści art.305 k.k. oraz sprzeczne jest z zasadą ścisłego wskazania karalnego przygotowania (art.16 §2 k.k.)[21]. Przyjmuje się, że porozumienie to stanowią niejawne uzgodnienia zamawiającego z oferentem uprzywilejowanych warunków zawarcia umowy (zmowa licytacyjna) bądź uprzywilejowanego przeprowadzenia samego przetargu (oferta krótkiego spięcia)[22].

J.Makarewicz na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. twierdził, że zmowa licytantów ma za cel niedopuszczenie do sprzedaży po cenie odpowiadającej wartości i może polegać na uzyskaniu przez kupującego biernego zachowania się licytantów, którzy „zadowalają się okupem ze strony kupującego, albo też na kupnie na wspólny rachunek przedmiotu przetargu"[23].

Uczestnikami przestępnego porozumienia nie muszą być uczestnicy przetargu, a mogą też np. biegli wyceniający przedmioty nim objęte[24]. Nie jest wymagane, aby uczestnicy bezprawnego porozumienia rozpoczęli jego realizację, gdyż wchodzenie w porozumienie to już samo postępowanie dążące do uzgodnienia celu czy stanowiska odnośnie wspólnego działania. Ustawa niestety nie wprowadza znamion określających czego porozumienie ma dotyczyć, co, jak już wskazano, jest sprzeczne z zasadą *nullum crimen sine lege certa*.

---

[19] R.Zawłocki (w:) O.Górniok, W.Kozielewicz, E.Pływaczewski, B.Kunicka-Michalska, R.Zawłocki, B.Michalski, J.Skorupka, Kodeks karny. Część szczególna, t.II , Komentarz do art.222-316 pod red.A.Wąska, Warszawa 2006, s.1433.

[20] T.Bojarski, A.Michalska – Warias, J.Piórkowska – Flieger, M.Szwarczyk, Kodeks karny. Komentarz pod red. T.Bojarskiego, Warszawa 2009, s.711.

[21] R.Zawłocki, Kodeks karny… (2006), s.1434.

[22] M.Sieradzka, op.cit., s.101.

[23] J.Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1932, s.390.

[24] W.Wróbel, op.cit., s.851.

W prawie karnym na potrzeby analizy pojęcia współsprawstwa przyjmuje się, że forma porozumienia nie jest ważna i może ono mieć nawet charakter dorozumiany, a warunkiem jego zaistnienia jest wystąpienie wspólnego zamiaru współdziałania. Ponadto relacje między osobami działającymi w porozumieniu nie muszą opierać się na bezpośrednich kontaktach, a osoby te nie muszą nawet się znać, lecz muszą mieć świadomość wspólnego działania. Porozumienie takie może zaistnieć zarówno przed działaniem, jak i w trakcie dokonywania czynności[25]. Wydaje się, że można przyjąć istnienie porozumienia też w formie współdziałania polegającej na poleceniu wykonania określonych działań, gdy polecający będzie miał świadomość zależności od niego wykonawcy polecenia (sprawstwo polecające) oraz sytuację, gdy od danej osoby zależeć będzie rozpoczęcie działań, ich trwanie i zakończenie (sprawstwo kierownicze)[26].

Porozumienie to musi jednak stanowić obiektywne, realne i bezpośrednie zagrożenie dla interesów majątkowych właściciela mienia objętego przetargiem albo osoby lub instytucji na rzecz której przetarg jest dokonywany, gdyż przestępstwo określone w art.305 k.k. jest przestępstwem narażenia na niebezpieczeństwo i wystarczy, że sprawca podejmuje działania mogące wywołać szkodę nie powodując ujemnych następstw w postaci uszczerbku majątkowego[27]. Nie będzie zatem odpowiadał sprawca który przeszkodził w odbyciu przetargu w zaplanowanym terminie, jeżeli chciał doprowadzić do kolejnego przetargu przeprowadzonego przy większym zainteresowaniu i możliwości zawarcia korzystniejszej umowy[28]. Samo wejście w porozumienie może nawet nie wywoływać zagrożenia dla interesów beneficjenta i stanowić ze względu na zamierzoną treść usiłowanie popełnienia omawianego przestępstwa[29].

Zwrócić należy uwagę, iż „wejście w porozumienie" stanowi znamię zarówno art.305 §1 k.k., jak i art.305 §2 k.k. co uznać należy za błąd redakcyjny, jednak zakładając racjonalność prawodawcy trzeba przyjąć, że zakresy tych czynów zabronionych odnoszą się do różnych zachowań inaczej bowiem dublowanie znamion byłoby zbędne. Różnice występują w stronie podmiotowej oraz konieczności wystąpienia w przypadku porozumienia określonego w art. 305 §1 k.k. celu osiągnięcia korzyści majątkowej[30].

Wejściem w porozumienie będzie uzgodnienie zamiaru działania na szkodę określonych podmiotów oraz podjęcie decyzji takiego zachowania się. Skutkiem może być doprowadzenie do wyboru wbrew przepisom ustawy oferty, która nie jest najkorzystniejsza, albo takiej, która podlegałaby odrzuceniu[31]. Jeżeli wejście w porozumienie nastąpi w celu utrudniania lub udaremniania przetargu bądź rozpowszechniania informacji lub przemilczania istotnych okoliczności to należy przyjąć współsprawstwo takich zachowań a nie osobny typ zabronionego zachowania[32].

W praktyce działający w zmowie dostawcy mogą utworzyć kartel, aby podzielić się kontraktem i uzyskać przez każdego z nich część prac oferowanych przez firmę zamawiającą. Dostawcy mogą między sobą uzgodnić, np. że oferta a będzie najniższa w pierwszym kontrakcie, oferta B w drugim, a oferta C w trzecim, a planując swoje oferty z wyprzedzeniem mogą uzgodnić wyższe ceny[33].

---

[25] K.Buchała, A.Zoll, Kodeks karny – część ogólna, Kraków 1998, s.172-175. A.Kaźmierczyk-Henzelmann, op.cit., s.76.

[26] A.Kaźmierczyk-Henzelmann, Unieważnienie umowy zawartej w drodze przetargu, PS 2000, nr 7-8, s.77.

[27] R.Zawłocki (w:) Kodeks karny…(2006), s.1433.

[28] J.Wojciechowski, Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 1988, s.541.

[29] M.Sieradzka, op.cit., s.101.

[30] R.Zawłocki, (w:) Kodeks karny…(2006), s.1438.

[31] A.Bartosiewicz, R.Kubacki, op.cit., s.945.

[32] Ibidem, s.946.

[33] J.T.Wells, Nadużycia w firmach. Vademecum. Zapobieganie i wykrywanie. Warszawa 2006, s.293.

Z punktu widzenia cywilnoprawnego zmowa uczestników przetargu mająca na celu nabycie rzeczy za jak najniższą cenę jest zdarzeniem uzasadniającym zarzut nieważności czynności takiego nabycia[34]. Zmowa przez element nieuczciwości jest przykładem podstępu (art.86 k.c.), a błąd wywołany przez podstęp skutkuje względną nieważnością określonego oświadczenia woli, a zatem wynik przetargu jest ważny do chwili skorzystania przez uprawniony podmiot z przysługującego mu prawa kształtującego uchylenia się w formie pisemnej od skutków prawnych swego oświadczenia woli[35]. Nieważność zachowania naruszającego wolną konkurencję może wynikać także z naruszenia zasad współżycia społecznego (art.58 §2 k.c.) oraz unieważnienia na podstawie art.70[4] §1 k.c. w świetle którego strona umowy zawartej w drodze przetargu może żądać jej unieważnienia, jeżeli druga strona lub działająca z nią w porozumieniu osoba trzecia, sprzecznie z prawem lub zasadami współżycia społecznego, wpłynęła na wynik przetargu[36].

Zmowa przetargowa jest zakazana również przez ustawę z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[37]. W świetle art.6 ust.1 pkt 7 tejże ustawy zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Porozumienia te są w całości lub w odpowiedniej części nieważne. Art. 106 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pozwala Prezesowi UOKiK nałożyć na przedsiębiorcę w drodze decyzji karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10 % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie dopuścił się takiego czynu.

Według jednych autorów art. 305 k.k. stanowi przestępstwo formalne, gdyż nie jest konieczny skutek w postaci doprowadzenia przez sprawcę do realnej szkody[38], zdaniem innych natomiast – materialne, a znamieniem skutku jest „działanie na szkodę", którego wynikiem może być faktyczna szkoda, jak i wywołanie realnego zagrożenia dla prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego[39]. Byłoby to zatem przestępstwo sprowadzenia niebezpieczeństwa określonego skutku[40]. Szkoda może być wynikiem wyboru niekorzystnej oferty dla beneficjentów przetargu i zawarcia umowy na wykonanie robót lub usług po cenach zawyżonych bądź np. zlicytowania zbywanego przedmiotu po cenie znacznie niższej od rzeczywistej jego wartości[41]. Zachowanie sprawcy musi stworzyć albo w sposób znaczący zwiększyć niebezpieczeństwo dla dobra chronionego prawem. Nie wszystkie działania sprawcy będące udaremnianiem przetargu prowadzić będą do niebezpieczeństwa powstania szkody, np. jeżeli udaremniony przetarg zostanie powtórzony w krótkim odstępie czasu, a i tak nie mógł się odbyć z powodu choroby członka komisji przetargowej albo gdy utrudniający przetarg uczestnik opuści natychmiast miejsce przetargu[42]. Działanie na szkodę zawiera w sobie element podmiotowy – zamiar chociażby ewentualny oraz przedmiotowy – stworzenie niebezpieczeństwa powstania szkody[43]. Między zachowaniem sprawcy a możliwością nastąpienia szkody musi istnieć związek, chociaż nie musi on mieć

[34] Wyrok SN z 17 czerwca 1981 r., II CR 224/81, OSPiKA 1983, poz.149 c.

[35] K.Korzan, Glosa do wyroku SN z 17 czerwca 1981 r., II CR 224/81, OSPIKA 1983, poz.149 c, s.359.

[36] Szerzej nt. możliwości unieważnienia umowy A.Kaźmierczyk-Henzelmann, op.cit., s.68 i n.

[37] Dz.U. Nr 50, poz.331 ze zm.

[38] J.Wojciechowski, op.cit., s.543.

[39] R.Zawłocki (w:) Kodeks karny…(2006), s.1436.

[40] W.Wróbel, op.cit., s.855.

[41] M.Sieradzka, op.cit., s.103. Por. też R.Góral, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2007, s.535.

[42] E.Szwedek, op.cit., s.1280.

[43] Wyrok SN z 3 lutego 1969 r., III KR 185/68, OSNKW 1969, nr 9, poz.104.

charakteru bezpośredniego[44]. Sprawca powinien działać w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, choć samo osiągnięcie korzyści nie jest niezbędne do dokonania tego przestępstwa podobnie jak wyrządzenie szkody. Jest to zatem tzw. przestępstwo materialne ścięte, dla którego dokonania wystarczy dążenie przez sprawcę do realizacji przez sprawcę określonego skutku, który jednak nie musi nastąpić. Działanie sprawcy motywowane jedynie zemstą bądź złośliwością nie wypełni znamion tego przestępstwa. Korzyść majątkowa może polegać na kupnie oferowanych w przetargu przedmiotów po niższej cenie, zawarciu kontraktu w miejsce wyeliminowanego kontrahenta i in.[45]

W przypadku wejścia w porozumienie z inną osobą w związku z publicznym przetargiem, jak również rozpowszechniania informacji lub przemilczania istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu, jeżeli sprawca działa na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest organizowany nie jest wymagane, aby działał on w celu osiągnięcia korzyści majątkowej dla siebie lub dla kogoś innego (art.305 §2 k.k.). Taki zamiar (bezpośredni) jest wymagany dla realizacji art.305 §1 k.k. co przesądza kierunkowy charakter tej postaci przestępstwa. Zamiarem bezpośrednim musi sprawca obejmować znamiona czasownikowe i sam cel działania. Zamiar bezpośredni wymagany będzie też z natury rzeczy w przypadku przemilczania tzn. świadomego zatajania. Przyjmuje się jednak, że zamiarem bezpośrednim nie muszą być objęte wszystkie znamiona tego czynu, gdyż „chceniem" powinien być objęty czyn jako całość, zaś poszczególne znamiona winny być jedynie objęte świadomością sprawcy co do ich istnienia lub co do możliwości ich istnienia połączoną ze zgodą sprawcy na taką możliwość (tzw. zamiar quasi-ewentualny)[46].

W każdym przypadku przestępstwo określone w art.305 k.k. ma charakter umyślny i powszechny, gdyż jego znamiona może zrealizować także właściciel mienia będącego przedmiotem przetargu, osoba na rzecz której przetarg jest organizowany, a nawet osoba prowadząca przetarg. Jeśli chodzi o rozpowszechnianie informacji, to bez znaczenia jest ich prawdziwość oraz czy informacje zostały udostępnione nieokreślonemu czy już ograniczonemu kręgowi osób, np. osobom które wpłaciły wadium. Niestety nie jest karalne przekazanie informacji jednej osobie co może być podobnie szkodliwe jak rozpowszechnienie.

Z uwagi na okoliczność, iż pokrzywdzonymi art.305 k.k. są jedynie właściciel mienia albo osoba lub instytucja, na której rzecz przetarg jest dokonywany, to poza ochroną pozostają uczestnicy przetargu (licytanci, oferenci), co nie wydaje się prawidłowym rozwiązaniem, w sytuacji gdy najgroźniejsze zmowy przetargowe i oszustwa przetargowe związane z zamówieniami publicznymi godzą w oferentów[47]. Nie jest bowiem dopuszczalna kwalifikacja z art.305 k.k. w przypadku tzw. ustawienia przetargu, kiedy stroną porozumienia jest właściciel mienia albo osoba lub instytucja, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Nie mogą oni bowiem być pokrzywdzonymi skoro sami biorą udział w bezprawnym porozumieniu w związku z czym *de lege ferenda* proponuje się zmianę art.305 k.k., która umożliwiałaby penalizację zmowy organizatora przetargu i jego uczestnika co do warunków jego oferty[48]. Podstawę ochrony interesu wykonawcy w szerszym zakresie *de lege lata* może stanowić kwalifikacja z art.231 k.k.

Dla przykładu można wskazać, że koncerny medyczne często zmawiają się, żeby podzielić się polskim rynkiem. Np. kilka lat temu krakowska spółka EM-MED sprzeda-

[44] A.Bartosiewicz, R.Kubacki, op.cit., s.944.
[45] W.Wróbel, op.cit., s.858.
[46] E.Szwedek, op.cit., s.1282.
[47] J.Skorupka, op.cit., s.119, O.Górniok, Ochrona obrotu gospodarczego w kodeksie karnym, Prok. i Pr. 1996, nr 5, s.18.
[48] J.Skorupka, op.cit., s.120, 122.

jąca stenty czyli mikroskopijne narzędzia jednorazowego użytku służące do udrożniania naczyń krwionośnych używane w zabiegach koronografii oraz angioplastyki nie mogła się przebić ze swoimi produktami, gdyż przetargi wygrywały często wielkie koncerny /Johnson&Johnson, MDS,Boston, Meditronic/, które oferowały identyczną cenę za swoje wyroby[49]. Również w innych branżach pojawiają się zmowy. W innej sprawie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Parexbud zarzuciło trzem przedsiębiorcom – Impex Trade, Zakładowi Meblowemu „Fornit" oraz Zakładowi L&L – zawarcie nielegalnego porozumienia podczas składania ofert w przetargu. Przedsiębiorcy ubiegali się o zamówienie publiczne na dostawę i montaż wyposażenia budynków na Drogowym Przejściu Granicznym w Dorohusku[50]. Podczas badania sprawy prezes UOKiK ustalił, że trzej uczestnicy przetargu zawarli między sobą nielegalne porozumienie, co wpłynęło na jego przebieg i wynik. Najważniejszym jego skutkiem było doprowadzenie do uzyskania zamówienia przez przedsiębiorcę wyznaczonego przez kartel – Zakład Meblowy „Fornit" oraz wyeliminowanie z przetargu oferentów nieuczestniczących w porozumieniu. Jak wykazało postępowanie, uczestnicy zmowy uzgodnili warunki ofert – w tym ceny – które przedstawiono organizatorom przetargu. Ponadto ustalono wspólne działania, polegające m.in. na celowym nieuzupełnieniu braków formalnych w złożonych dokumentach[51]. W 2003 r. cztery krakowskie firmy zmówiły się, aby „ustawić" drugi z przetargów na remont ul. Kalwaryjskiej. W porozumieniu uczestniczyły: Energopol i Grupa ZUE. Zobowiązały się one, że zwyciężając w przetargu dadzą zlecenia spółkom ZGK i ZIM. Umowę zawarto między tymi firmami 27 czerwca 2003 r. i podpisano w siedzibie Energopolu, zaś o sprawie wiedziało około 10 osób. Chodziło o to, by ZGK i ZIM wycofały się, bo ich oferta z pierwszego przetargu była najtańsza i opiewała na 18 mln zł. Aby postępowanie mogło zostać rozstrzygnięte, do organizującego przetarg Zarządu Dróg i Komunikacji wpłynęła druga oferta, spełniająca warunki ustalone w specyfikacji złożona przez krakowski Budostal 5 – piątego uczestnika zmowy. Wspólna oferta Energopolu i ZUE opiewała na 27 mln 422 tys. zł, a Budostalu 5 – na 27 mln 927 tys. zł[52]. Symptomatyczne jest, że kilka lat wcześniej w przetargach na remonty krakowskich torowisk startowały jako konkurenci trzy te same firmy które – niezależnie od rozstrzygnięcia – dzieliły następnie między siebie zlecenia, np. w roku 2000 na modernizacje ul. św. Gertrudy i Stradomskiej oferty przetargowe złożyli: Budostal 5, Energopol i ZUE a zwyciężył Energopol (wartość oferty – 12,7 mln zł). Podwykonawcami byli Budostal 5 i ZUE. W roku 2002 na przebudowę ul. Jancarza i Srebrnych Orłów oferty przetargowe złożyli Budostal 5 i ZUE a zwyciężył ZUE (8,3 mln zł), zaś podwykonawcy to Energopol i Budostal 5. Podobnie w roku 2002 przy modernizacji ul. Piłsudskiego oferty przetargowe pochodziły od Budostalu 5 i ZUE zaś zwyciężył Budostal 5 (16,4 mln zł). Podwykonawcami byli Energopol i ZUE.[53] W Poznaniu pięciu przedsiębiorców Alkom, Astra, Bakom, Grocmar i Romski uzgodniło warunki składanych ofert w przetargu z 10 marca 2003 r. na oczyszczanie ulic miasta. Wymienieni przedsiębiorcy porozumieli się w sprawie ceny i warunków składanych ofert. Na wstępie procedury przetargowej przedstawili bardzo zróżnicowane pod względem cen oferty (różnice w wycenie usługi sięgały nawet kilkuset procent). Następnie w toku postępowania Bakom – przedsiębiorca, który przedstawił najtańszą ofertę i miał w ten sposób największe szanse na zwycięstwo (najważniejszym kryterium była cena) nie złożył wymaganych dokumentów (oświadczenia o braku powiązań z innymi uczestnikami postępowania) wykluczając się w ten sposób z przetargu[54]. Tak samo postąpiło jeszcze dwóch przedsiębiorców: Romski i Grocmar. Również oni nie zło-

[49] K.Niklewicz, Medyczna zmowa przetargowa czy przypadek, GW z 27.11.2003 r.
[50] http://www.spedycje.pl/wiadomosci/8393/dotkliwe_kary_za_zmowe_przetargowa.html 27.02.2009
[51] Ibidem.
[52] K.Fijałek, Zmowa pięciu firm w sprawie remontu ul.Kalwaryjskiej, GW z 16.01.2004 r.
[53] Ibidem.
[54] Komunikaty prasowe UOKiK, www.uokik.gov.pl, 26.03.2009.

żyli stosownych dokumentów. W efekcie pozostało dwóch najdroższych oferentów: Alkom i Astra. Ostatecznie przetarg na oczyszczanie centrum miasta wygrał Alkom, ponieważ jego oferta była tańsza. Dowodem obciążającym uczestników porozumienia był fakt występowania pomiędzy nimi licznych powiązań rodzinnych, gospodarczych i prawnych (m.in. strony postępowania użytkowały te same pojazdy, posiadały swoje bazy sprzętowe na jednym terenie oraz wzajemnie zlecały sobie niektóre prace)[55].

Przestępstwo określone w art.297 k.k. zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 3 lat do lat 5, zaś to opisane w art.305 k.k. kara pozbawienia wolności od 1 miesiąca do lat 3. Jeżeli przestępstwo zostało popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub sprawca rzeczywiście taką korzyść osiągnął sąd może orzec na podstawie art.33 §2 k.k. karę grzywny obok kary pozbawienia wolności. W przypadkach obu tych przestępstw możliwe jest jednak zamiast kary pozbawienia wolności orzeczenie kary grzywny albo kary ograniczenia wolności w szczególności, jeżeli sąd orzeka jednocześnie środek karny (art.58 §3 k.k.). W przypadku przestępstwa określonego w art.305 k.k., gdy społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna i sąd orzeka równocześnie środek karny możliwe jest nawet odstąpienie przez sąd od wymierzenia kary, jeśli cele kary zostaną przez ten środek spełnione (art.59k.k.).

W praktyce art.305 k.k. nie jest często stosowany, a w 2006 roku skazano za to przestępstwo tylko 39 osób w tym 27 na karę pozbawienia wolności (w każdym przypadku orzeczoną z warunkowym zawieszeniem)[56]. Jednocześnie często pojawiają się w środkach masowego przekazu informacje o różnego rodzaju nieprawidłowościach w zamówieniach publicznych, co może wskazywać na znaczną ciemną liczbę tego typu przestępstw.

[55] Ibidem.
[56] http://www.ms.goc.pl/statystyki/2006, 18.05.2009.

O WDRAŻANIU DO POLSKIEGO SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH DYREKTYWY 2004/18/WE – UWAG KILKA

Grzegorz Wicik
– doktorant Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, radca prawny

W 2009 r. przypada potrójna rocznica. Piętnaście lat temu przejęto ustawę o zamówieniach publicznych[1]. W styczniu minęła piąta rocznica uchwalenia ustawy – Prawo zamówień publicznych[2], a w marcu upłynęło pięć lat od przyjęcia dyrektywy 2004/18/WE[3].

Jaki jest stan wdrożenia dyrektywy 2004/18/WE do polskiego sytemu zamówień publicznych ?

Zwykło się twierdzić, że polski ustawodawca w całości transponował dyrektywę 2004/18/WE wielką nowelizacją Pzp z 7.4.2006 r[4]. Nie jest jednak tajemnicą, że głównym celem ostatniej nowelizacji Pzp z 4.9.2008 r.[5] było uzyskanie pełnej spójności z dyrektywami UE, w tym przede wszystkim z dyrektywą 2004/18/WE. Zmiany były wymuszone zastrzeżeniami zgłoszonymi przez Komisję Europejską[6]. Stawką była groźba zwrotu funduszy pomocowych.

Warto więc zapytać, jak polski ustawodawca wywiązał się z tego zadania? Czy stan pełnej spójności Pzp z dyrektywą 2004/18/WE został już osiągnięty? Na pytanie to należy odpowiedzieć przecząco. Nie tylko, że nie osiągnęliśmy celu maksymalnego, czyli usunięcia wszystkich rozbieżności, które powodują, że polski system zamówień publicznych jest mniej elastyczny, niż europejski. Nie zrealizowaliśmy również celu minimalnego, jakim było, a właściwie być powinno, całkowite wyeliminowanie sprzeczności pomiędzy prawem polskim a unijnym, z którymi wiąże się ryzyko utraty funduszy strukturalnych.

Porównując przepisy dyrektywy 2004/18/WE z przepisami Pzp można wskazać blisko 40 niezgodności. Omówienie ich wszystkich przekroczyłoby ramy referatu. Dlatego ograniczę się do przedstawienia zaledwie kilku, w mojej ocenie najważniejszych przykładów. Pominę zwłaszcza te niezgodności, które polski ustawodawca usiłuje usunąć w ramach dwóch kolejnych aktualnie procedowanych nowelizacji[7]. W tej ostatniej grupie można w szczególności wymienić niezgodności polegające na braku transpozycji przepisów:

---

[1] Ustawa z 10.6.1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 76, poz. 344).

[2] Ustawa z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr. 223, poz. 1655 ze zm.), dalej „Pzp".

[3] Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (DzUrz. WE, polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, tom 7, s. 132), dalej „dyrektywa 2004/18/WE".

[4] Ustawa z 7.4.2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. Nr 79, poz. 551).

[5] Ustawa z 4.9.2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 171, poz. 1058), zwana dalej „nowelą z 4.9.2008 r."

[6] W motywach ustawodawczych noweli z 4.9.2008 r. wskazano, iż „Konieczność nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) jest związana z zastrzeżeniami zgłoszonymi przez Komisję Europejską dotyczącymi niezgodności przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych ze wspólnotowymi dyrektywami 2004/17/WE, 2004/18/WE, 89/665/EWG oraz Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską." – zob. druk sejmowy nr 471.

[7] Zob. projekt nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, skierowany do Sejmu 3.4.2009 r., a także projekt nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, skierowany do uzgodnień międzyresortowych 2.4.2009 r. – www.uzp.gov.pl.

– umożliwiających wykonawcom powołanie się na potencjał ekonomiczny i finansowy oraz doświadczenie innych podmiotów[8],
– nakazujących ustalać minimalne wymagania w zakresie kwalifikacji wykonawców w związku oraz proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia[9],
– umożliwiających wykonawcom udowodnienie sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą innych, niż wymagane przez zamawiającego dokumentów[10].

Wybrane niezgodności omówię w kolejności wynikającej z systematyki dyrektywy 2004/18/WE.

Zamówienia na roboty budowlane

Już analiza art. 1 dyrektywy 2004/18/WE, zawierającego definicje pojęć, może dostarczyć kilku przykładów niewłaściwej transpozycji tej dyrektywy. Najważniejsze z nich mają związek z definicją zamówienia publicznego na roboty budowlane. Pzp definiuje roboty budowlane, jako wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu Prawa budowlanego[11], za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego[12]. Nie mogąc, z uwagi na ograniczony zakres niniejszego referatu, poświęcić szczegółowej uwagi regulacjom Prawa budowlanego, poprzestać musimy w tym miejscu na ogólnym stwierdzeniu, że robotą budowlaną w rozumieniu tej ustawy jest budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego[13]. Prawo budowlane nie zalicza przy tym do robót budowlanych prac polegających na bieżącej konserwacji obiektu budowlanego[14].

Natomiast dyrektywa 2004/18/WE uznaje za zamówienie publiczne na roboty budowlane nie tylko wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego oraz realizację za pomocą dowolnych środków obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez zamawiającego, ale także wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku I do dyrektywy. Definicja ta obejmuje w szczególności bieżącą konserwację obiektu budowlanego oraz prace, których przedmiotem nie jest obiekt budowlany, ale które są powiązane z działalnością budowlaną. W jej zakres wchodzą m.in. oczyszczenie placu budowy (np. usunięcie drzew), montaż alarmów przeciwwłamaniowych w budynkach, montaż szaf ściennych i zabudów kuchennych, kładzenie posadzek, podłóg, wykładzin i dywanów, malowanie ścian, czyszczenie fasady budynku, a także najem sprzętu budowlanego wraz z obsługą.

Inaczej na gruncie Pzp, gdzie ww. prace będą kwalifikowane jako „inne usługi" w rozumieniu załącznika IIB do dyrektywy 2004/18/WE i tym samym zaliczone do usług nieprioritetowych. W rezultacie zamawiający stanie przed możliwością udzielenia za-

[8] Zob. art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz por. art. 26 ust.2b w brzmieniu zaproponowanym w przedłożeniu rządowym z 3.4.2009 r.

[9] Zob. art. 44 ust. 2 akapit. 2 dyrektywy 2004/18/WE oraz por. art. 22 ust. 4 Pzp w brzmieniu zaproponowanym w przedłożeniu rządowym z 3.4.2009 r.

[10] Zob. art. 47 ust. 5 dyrektywy 2004/18/WE oraz por. art. 26 ust.2c Pzp w brzmieniu zaproponowanym w przedłożeniu rządowym z 3.4.2009 r.

[11] Ustawa z 7.7.1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.), dalej „Prawo budowlane".

[12] Zob. art. 2 pkt 8 Pzp.

[13] Zob. art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego.

[14] Zob. art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego.

mówienia w procedurze uproszczonej, o której mowa w art. 5 Pzp. Korzystając z dobrodziejstwa art. 5 Pzp zamawiający wejdzie jednak w kolizję z prawem wspólnotowym w tych przypadkach, gdy wartość zamówienia przekroczy próg stosowania dyrektywy do zamówień na roboty budowlane.

Taka sama kolizja może powstać na gruncie regulacji art. 6 Pzp. Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie roboty budowlane oraz usługi, ustawa każe stosować do udzielenia zamówienia przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy[15]. Tymczasem w prawie wspólnotowym obowiązuje reguła, że gdy zamówienie zawiera zarówno elementy związane z zamówieniem publicznym na roboty budowlane, jak i elementy związane z zamówieniem na usługi, to o kwalifikacji zamówienia decyduje jego główny przedmiot[16]. Przy czym, jak stwierdził w wyroku w sprawie C-412/04 ETS[17], wartość poszczególnych świadczeń powinna być jedynie jednym z szeregu kryteriów, które należy brać pod uwagę w ramach kwalifikacji zamówienia mieszanego.

Zasada przejrzystości

Niezgodność dotyczy również katalogu zasad udzielania zamówień. Dyrektywa zna dwie zasady. Są to zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości[18]. Natomiast polska ustawa przewiduje zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania[19], jawności postępowania o udzielenie zamówienia[20], pisemności[21] oraz prowadzenia postępowania w języku polskim[22]. Z zestawienia obu katalogów wynika, że Pzp pomija zasadę przejrzystości. Zamiast tego przewiduje zasadę jawności. Od razu jednak powiedzmy, że zasada jawności nie pokrywa się z zasadą przejrzystości.

Scharakteryzujmy bliżej zasadę przejrzystości. Zasada przejrzystości oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania zaś zamawiający podejmują przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ujawnionych kryteriów[23]. Wykonawca jest w stanie z góry przewidzieć, o co chodzi w postępowaniu i jakie posiada szanse związane z udziałem w konkretnej procedurze.

Rozróżnia się przejrzystość ex-ante i ex post. Obowiązek przejrzystości ex-ante oznacza przede wszystkim, iż przedsiębiorstwo z siedzibą w innym państwie członkowskim ma dostęp do odpowiednich informacji odnoszących się do zamówienia przed jego udzieleniem i w konsekwencji jest w stanie wyrazić swoje ewentualne zainteresowanie otrzymaniem takiego zamówienia[24]. Dla zachowania przejrzystości ex-ante konieczne jest również m.in. zapewnienie uprzedniego podania dokładnych informacji na temat kryte-

[15] Zob. art. 6 ust. 1 Pzp.
[16] Zob. wyrok ETS z 18.01.2007 r. w sprawie C-220/05 Auroux i in., ECR I-385, pkt 37.
[17] Wyrok ETS z 21.02.2008 r., C-412/04 – Komisja p. Włochom, pkt 49, PZP 1, 2009, s. 76 i n.; szerzej na ten temat G.Wicik, Glosa do wyroku ETS z 21.02.2008 r., C-412/04 – Komisja p. Włochom, PZP 1, 2009, s. 93 i n.
[18] Zob. art. 2 dyrektywy 2004/18/WE.
[19] Art. 7 ust. 1 Pzp.
[20] Art. 8 Pzp.
[21] Art. 9 ust. 1 Pzp.
[22] Art. 9 ust. 2 Pzp.
[23] Zob. A.Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych, Zakamycze 2006, s. 115.
[24] Zob. np. wyrok ETS z 21.7.2005 r. w sprawie C-231/03 *Coname.*

riów kwalifikacji oraz kryteriów udzielenia zamówienia (w ogłoszeniu lub dokumentacji przetargowej)[25].

Obok zachowania przejrzystości ex-ante istotne jest, aby wykonawcy mieli zapewnioną możliwość weryfikacji decyzji zamawiającego oraz informację o ocenie innych wykonawców (przejrzystość ex-post). Obowiązek ten wyraża się w prowadzeniu przez zamawiającego dokumentacji postępowania[26].

Nie trzeba długo rozwodzić nad oczywistą konstatacją, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma niewiele wspólnego z przejrzystością ex-ante. Polskie prawo nie gwarantuje wykonawcom należytej, zgodnej ze standardami prawa wspólnotowego ochrony przed nieprzejrzystymi działaniami zamawiającego. Na uzasadnienie tej tezy wystarczy powołać przykład. Zamawiający wzywa w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wszystkich bez wyjątku wykonawców, którzy złożyli oferty przetargowe, do uzupełnienia złożonych przez nich wykazów zrealizowanych zamówień. W każdym wypadku wezwanie uzasadnia tym, że „wykaz nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt xy ogłoszenia". Ponieważ zamawiający w wezwaniu nie poinformował wykonawców o tym, jakie błędy zawierają przedłożone przez nich dokumenty, wykonawcy ponownie składają nieprawidłowe wykazy. Pomimo pozornie nagannego zachowania zamawiającego nie można postawić zarzutu naruszenia ustawy. Wszak art. 26 ust. 3 Pzp nie określa żadnych konkretnych wymagań odnoszących się do treści wezwania. Skoro zaś działanie zamawiającego wobec każdego wykonawcy było jednakowe i nie ma podejrzenia zmowy, trudno również stawiać zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Dodajmy, że wbrew mylącym pozorom nawet przejrzystość ex-post nie może być utożsamiona z zasadą jawności. Wprawdzie można mówić o częściowym pokrywaniu się obu pojęć, lecz i tu trzeba odnotować istotne różnice. Przykładem może być sytuacja, w której każdy z członków komisji przetargowej, wypełniając kartę indywidualnej oceny ofert, uzasadnia punktację przyznaną w ramach kryterium „metodologia realizacji zamówienia" zdaniem: „Punkty przyznano zgodnie z wymaganiami pkt xy siwz". Powołany pkt xy siwz zawierał opis kryterium oraz sposób oceny ofert. Na żądanie jednego z wykonawców zamawiający udostępnił karty indywidualnej oceny ofert. Wymagania jawności zostały więc zachowane. Pomimo to sposób wypełnienia kart indywidualnej oceny ofert uniemożliwia skuteczną weryfikację decyzji członków komisji przetargowej. Wobec takiego działania zamawiającego wykonawca pozostaje jednak bezradny.

Szacowanie wartości zamówienia

Wiele niezgodności grupuje się w obrębie przepisów regulujących problematykę szacowania wartości zamówienia.

Nasamprzód wysuwa się tu kwestia zakazu dzielenia zamówienia na części. Zakaz ten jest zupełnie inaczej wysłowiony w dyrektywie 2004/18/WE, niż w Pzp. Jak wynika z art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE „żaden projekt budowlany ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania niniejszej dyrektywy". Różnica nie sprowadza się jednak tylko do terminologii. Na gruncie dyrektywy zakaz dzielenia zamówienia na roboty budowlane należy odnosić do pojęcia „projekt budowlany" (ang. works project; niem: Bauvorhaben), które jest szersze

[25] Zob. np. wyrok ETS z 12.12.2002, C-470/99.
[26] Por. R.Noch, Vergaberecht kompakt, Werner Verlag 2008, s. 17.

od pojęcia „obiekt budowlany”[27]. Oznacza to, że przy obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się wartość kilku obiektów budowlanych, jeżeli stanowią ono jedno przedsięwzięcie budowlane. Przykładowo, jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie ośrodka sportowego, to nie można w celu uniknięcia stosowania właściwych przepisów dzielić takiego przedsięwzięcia na części, uznając wykonanie hali sportowej, boiska oraz basenu za osobne zamówienia.

Co najmniej dyskusyjne jest, czy do takich samych wniosków prowadzi nas wykładnia art. 32 ust. 2 Pzp. Zastosowany tam termin „dzielenie zamówienia” naturalnie kieruje naszą uwagę w stronę definicji „zamówienia publicznego”, a ta ostatnia odsyła nas – poprzez użyte tam pojęcie robót budowlanych – do wykonania obiektu budowlanego. Dlatego uprawnione może wydawać się uznanie, iż Pzp zakazuje dzielenia na części obiektu budowlanego, a nie przedsięwzięcia budowlanego.

O ile opisany wyżej problem zakazu dzielenia zamówienia na części w celu ominięcia ustawy Pzp można usiłować rozwiązywać w drodze wykładni prowspólnotowej, nadając mu znaczenie, jakie posiada na gruncie dyrektywy 2004/18/WE, o tyle trudno jest tym sposobem zapełnić olbrzymią lukę spowodowaną brakiem transpozycji art. 9 ust. 5 lit. b dyrektywy 2004/18/WE. Przepis wprowadza nakaz sumowania wartość kilku zamówień na podobne dostawy, jeżeli do udzielenia tych zamówień może dojść w tym samym czasie. Aby uwidocznić skutki, jakie niesie za sobą niewdrożenie tego przepisu do polskiego systemu zamówień publicznych, wystarczy wskazać, jak szeroko na gruncie dyrektywy 2004/18/WE rozumiane jest pojęcie podobnych dostaw. W piśmiennictwie wyrażany jest pogląd, że podobne dostawy, to dostawy, które mogą być dostarczone przez tego samego dostawcę, choć mają nieco inne przeznaczenie – na przykład materiały biurowe lub gdy są przeznaczone do identycznego lub podobnego użytku[28]. Przykładowo, jeżeli zamawiający w tym samym czasie planuje zakup sprzętu komputerowego, drukarek, urządzeń kserujących oraz faksów, musi się liczyć z koniecznością kumulowania wartości tych zakupów.

W sposób niewłaściwy wdrożony został również przepis art. 9 ust. 7 dyrektywy 2004/18/WE, który dotyczy szacowania wartości zamówień na dostawy i usługi powtarzające się lub podlegające odnowieniu w oznaczonym czasie. Termin „zamówienia na dostawy i usługi powtarzające się lub podlegające odnowieniu w oznaczonym czasie”[29] w polskiej ustawie został zastąpiony terminem „zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo”[30]. Tymczasem „zamówienia na dostawy i usługi powtarzające się” w rozumieniu dyrektywy to po prostu zamówienia udzielane w sposób częstotliwy, które mogą, ale nie muszą być skumulowane w postaci jednego zamówienia[31]. Z kolei „zamówienia na dostawy i usługi podlegające odnowieniu w oznaczonym czasie” to zamówienia, których gospodarcze znaczenie nie wyczerpuje się poprzez spełnienie przez wykonawcę jednokrotnego świadczenia. Charakteryzują się one tym, że obowiązek spełnienia świadczenia trwa w sposób ciągły względnie nieustannie powstaje od nowa. Dotyczy to np. umów naj-

[27] Por. brzmienie art. 6 ust. 4 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, str. 54), który zakazywał podziału obiektu budowlanego na części w celu uniknięcia stosowania dyrektywy. Dlatego za niekatulany należy uznać pogląd ETS wyrażony w wyroku 5.10.2000 r. w sprawie C – 16/98, iż w celu określenia czy wykonanie danego obiektu budowlanego nie zostało sztucznie podzielone na części, powinno być ono ocenione w świetle ekonomicznej i technicznej funkcji, jaką ma spełniać rezultat robót budowlanych.

[28] S.Arrowsmith, The Law of Public and Utilities, s. 170; za A.Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Zakamycze 2006, s. 114.

[29] Por. ang. „public supply or service contracts which are regular in nature or which are intended to be renewed within a given period” oraz niem. „regelmäßig wiederkehrenden öffentlichen Aufträgen oder Daueraufträgen über Lieferungen oder Dienstleistungen“.

[30] Zob. art. 34 ust. 1 Pzp.

[31] Por. R.Noch, Vergaberecht kompakt, Werner Verlag 2008, s. 376.

mu, umów o utrzymanie czystości, umów o usługi ochrony, umów serwisowych itp[32]. Art. 9 ust. 7 dyrektywy 2004/18/WE obejmuje zatem swoim zakresem zamówienia, których przedmiotem są zarówno sukcesywne dostawy i usługi, jak i świadczenia okresowe oraz ciągłe. Tymczasem art. 34 ust. 1 Pzp, który wdraża wspomniany przepis dyrektywy, dotyczy wyłącznie zamówień, których przedmiotem są świadczenia okresowe.

Wreszcie warto choćby jednym zdaniem zwrócić uwagę na brak wdrożenia przepisu art. 9 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2004/18/WE. Przepis ten nakazuje uwzględniać przy szacowaniu wartości zamówienia wartość nagród lub wynagrodzenia dla kandydatów lub oferentów, jeżeli zamawiający przewidział ich przyznanie.

Terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału oraz ofert

Sięgając do innych przykładów braku należytego wdrożenia dyrektywy 2004/18/WE można wskazać na przepisy odnoszące się do ustalania terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału oraz ofert. Szczególne problemy przy ustalaniu długości tych terminów mogą wynikać z niepełnej transpozycji do Pzp art. 38 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE. Przepis ten wymaga, aby przy wyznaczaniu terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału oraz ofert uwzględniać nie tylko minimalne terminy, określone w dyrektywie dla procedur otwartych, ograniczonych oraz częściowo negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia i dialogu konkurencyjnego, ale również brać pod uwagę „w szczególności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert". Mówiąc prosto, nie zawsze wystarczy przestrzegać minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału lub ofert. Niekiedy konieczne jest wyznaczenie dłuższych terminów. Tymczasem z przepisów Pzp nie wynika nic ponad obowiązek zachowania minimalnych terminów[33].

Kolejnym przepisem dyrektywy 2004/18/WE, który dotychczas nie doczekał się transpozycji, jest art. 38 ust. 7. Przepis stanowi o tym, że jeżeli z jakiejkolwiek przyczyny specyfikacje, dokumenty lub informacje dodatkowe, pomimo złożonego terminowo wniosku, nie zostaną dostarczone w terminach określonych w art. 39 i 40 lub w przypadku gdy oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu wizyty na miejscu albo po dokonaniu na miejscu sprawdzenia dokumentów dołączonych do specyfikacji zamówienia, terminy składania ofert przedłuża się tak, aby wszyscy zainteresowani wykonawcy mogli uzyskać informacje niezbędne do sporządzenia ofert.

Podwykonawstwo

Nie jest tajemnicą, że problematyka podwykonawstwa nie została kompleksowo uregulowana ani wcześniejszymi dyrektywami regulującymi udzielanie zamówień publicznych[34] ani dyrektywą 2004/18/WE. W konsekwencji wiele było tu kwestii niejasnych, budzących wątpliwości. Większość z nich (choć nie wszystkie) została jednak wyjaśniona przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. W kluczowym dla tej problematyki wyroku z 18.3.2004 r. w sprawie C – 314/01[35] Trybunał, uznał, iż „dyrektywa 92/52 nie zabrania

[32] Ibidem

[33] Zob. art. 43 ust. 2 i 3, art. 49 ust. 2 i 3, art. 52 ust. 2 – 5, art. 56 ust. 2 i art. 60c ust. 2 Pzp.

[34] Zob. dyrektywa 92/50/EWG z 18.6.1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, dyrektywa 93/36/EWG z 14.6.1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy oraz dyrektywa 93/37/EWG z 14.6.1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.

[35] Zob. omówienie tego wyroku: A. Sołtysińska, Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych, PZP 2, 2004, s. 68 i n.; M.Lemke i D.Piasta, Analiza orzecznictwa ETS dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 r. do 2005 r., Warszawa 2006, s. 125 i n.`

wykluczenia lub ograniczenia możliwości wykorzystania podwykonawców do wykonania zasadniczych części zamówienia w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie ocenić ich technicznych i finansowych możliwości na tym etapie postępowania, kiedy dokonuje wyboru wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę". Zdaniem S. Arrowsmith z wydanego przez ETS wyroku wynika ogólna zasada, że zamawiający ma obowiązek ocenić w odniesieniu do każdego stanu faktycznego, czy podwykonawcy są odpowiedni, zamiast wprowadzania ogólnego zakazu podwykonawstwa. Zamawiający może przecież żądać od oferentów podania informacji o proponowanych podwykonawcach, może ocenić ich sytuację ekonomiczną i finansową[36]. Z kolei zdaniem M. Dischendorfera jeżeli zamawiający dopuszcza podwykonawstwo na etapie składania ofert i pozwala oferentowi powoływać się na zasoby podwykonawców – powinien również umożliwić wykorzystanie tych zasobów do wykonania zamówienia. Zakaz podwykonawstwa na etapie realizacji zamówienia nie jest przewidziany w dyrektywach. Dyrektywy nie określają zatem żadnych warunków, ograniczających lub zabraniających zastosowanie takiego zakazu. Zamawiający może natomiast wprowadzić zakaz zlecenia przez wybranego wykonawcę części zamówienia na etapie wykonania. Ograniczenie to musi być jednak zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego: swobodnego przepływ towarów i swobody świadczenia usług oraz zakazem dyskryminacji[37].

Idąc za znawcami prawa wspólnotowego wypada przyjąć, iż zamawiający nigdy, z żadnych powodów nie może zakazać podwykonawstwa na etapie składania ofert (lub wniosków o dopuszczenie do udziału). Wykonawca może swobodnie zadeklarować, jaką część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom. Ograniczenia mogą jedynie wynikać z ustawy lub właściwości świadczenia[38]. W tym ostatnim przypadku będą to sytuacje, kiedy z przyczyn technicznych bądź artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych[39] zamówienie może być wykonane osobiście tylko przez jednego wykonawcę[40]. Nie mówimy tu jednak o zakazie podwykonastwa w znaczeniu wyłączenia czy też ograniczenia podwykonawstwa przez zamawiającego, tylko o ustawowych ograniczeniach swobody kontraktowania. Natychmiast trzeba jednak wyjaśnić, że jeżeli wykonawca nie zadeklaruje, iż któraś z części zamówienia będzie powierzona podwykonawcom (i w ślad za tym nie wskaże konkretnych podwykonawców oraz nie zapewni możliwości weryfikacji ich predyspozycji), to zamawiający może na etapie realizacji umowy zakazać powierzenia tej części zamówienia podwykonawcom.

Po tych – siłą rzeczy dość rozbudowanych – ogólnych rozważaniach na temat zakazu podwykonawstwa w dyrektywie 2004/18/WE, przejdźmy do kwestii zasadniczej w niniejszym referacie, a mianowicie do ukazania niezgodności, jakie zachodzą między tą dyrektywą a Pzp. W tym kontekście trzeba przede wszystkim zauważyć, że art. 36 ust. 5 Pzp, choć

[36] S. Arrowsmith " The Law of Public and Utilities", s. 779; podaję za: M.Lemke i D.Piasta, Analiza orzecznictwa ETS…., s. 128 i 129.

[37] M. Dischendorfer "Case C – 314/01, Siemens, Prohibiting Subcontracting Under the EC Public Procurement Directives", Public Procurement Law Review 5, 2004; podaję za: M.Lemke i D.Piasta, Analiza orzecznictwa ETS…., s. 128 i 129.

[38] Por. art. 356 § 1 kc, zgodnie z którym „wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, ustawy albo właściwości świadczenia".

[39] Por. przypadek zastosowania procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia, którym mowa w art. 31 pkt 1 lit. b dyrektywy 2004/18/WE.

[40] Por. P.Machnikowski, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, pod. red. E.Gniewka, Legalis 2008, który (w komentarzu do art. 356 kc) wyjaśniając pojęcie „właściwość świadczenia" pisze, że w przypadku tym chodzi o sytuację, gdy świadczenie spełnione przez inną osobę niż dłużnik nie będzie miało tych cech, które miałoby świadczenie spełnione przez dłużnika. Dotyczy to przede wszystkim świadczeń polegających na wykonaniu utworu artystycznego czy naukowego, ale także polegających na wykonaniu usług, jeżeli zlecono je określonemu dłużnikowi ze względu na jego szczególne, nieprzeciętne kwalifikacje, zdolności czy umiejętności.

w wąskim zakresie, to jednak dopuszcza ograniczenie podwykonawstwa na etapie postępowania. Wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Lecz nawet zakaz podwykonawstwa mieszczący się w tak wąskich granicach nadal pozostaje w sprzeczności z prawem wspólnotowym[41].

Uzupełnianie dokumentów

Na koniec warto choćby w kilku zdaniach podzielić się wątpliwościami co do zgodności z prawem wspólnotowym regulacji art. 26 ust. 3 Pzp, odnoszącej się do uzupełniania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Faktem jest, że dyrektywa 2004/18/WE w art. 51 dopuszcza wezwanie wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych w celu udowodnienia zdolności lub o ich wyjaśnienie. Jak podkreśla się jednak w piśmiennictwie, przepis ten umożliwia wyjaśnianie treści lub uzupełnianie wyłącznie dokumentów złożonych (np. np. brak wskazania w referencji osoby do kontaktu po stronie wystawcy referencji; brak poświadczenia za zgodność z oryginałem), natomiast stanowczo wykluczone jest wezwanie do „uzupełnienia" dokumentu, który w ogóle nie był pierwotnie złożony[42]. Zatem istnieje uzasadniona obawa, że art. 26 ust. 3 Pzp, w zakresie, w jakim nakazuje wezwać wykonawców do uzupełniania nieprzedłożonych dokumentów, pozostaje w sprzeczności z dyrektywą.

Zakończenie

Fakt, iż mimo kilku prób transpozycji do polskiego systemu zamówień publicznych dyrektywy 2004/18/WE, nadal istnieje szereg niezgodności, nie jest z pewnością zjawiskiem pozytywnym. Jest oczywiste, że pociąga to za sobą ryzyko zwrotu środków pomocowych. Wystawia to negatywne świadectwo polskiemu ustawodawcy. Kwestia ta ma oprócz wymiaru ekonomicznego także aspekt polityczny i kulturowy, skłaniający do szerszych analiz ustrojowych i ideologicznych. Obecnie, prawo pozostaje pod zbyt dużym naciskiem i presją bieżących, często zmiennych potrzeb politycznych. Brakuje spójnej wizji kierunku zmian. Tymczasem dobry ustawodawca nie powinien łatwo tworzyć i pisać pod ciśnieniem chwili. Nie może i nie powinien on zbyt łatwo poddawać się logice politycznej rywalizacji i zabiegania o poklask społeczny. Z pewnością jest to trudne zadanie.

[41] Por. F.Hausman, [w:] Kommentar zur VOL/A, red. Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Werner Verlag 2007, s. 798, wedle którego krajowy przepis, wprowadzający warunek samodzielnego wykonania zamówienia, narusza prawo wspólnotowe.

[42] Zob. R.Noch, Vergaberecht kompakt, Werner Verlag 2008, s. 670; F.Hausman [w:] Kommentar zur VOL/A, red. Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Werner Verlag 2007, s. 810; podobnie, choć nie tak stanowczo A.Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Zakamycze 2006, s. 389.

UCZCIWA KONKURENCJA W ŚWIETLE ORZECZNICTWA KOMISJI ORZEKAJĄCYCH W SPRAWACH O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz
– doktorant Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, wiceprezes Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie

Wprowadzenie

Uczciwa konkurencja należy do najważniejszych zasad udzielania zamówień publicznych. Stąd też bardzo często jest przedmiotem orzecznictwa i piśmiennictwa. Warto jednakże zwrócić uwagę na wyniki pracy instytucji, których rola w systemie zamówień publicznych nie jest powszechnie uświadamiana, mimo, że wywiera istotny wpływ na sposób interpretacji niektórych przepisów Prawa zamówień publicznych. Jeżeli przyjmie się założenie, że racjonalny ustawodawca szczególne znaczenie określonych uregulowań podkreślił ustanawiając sankcje za ich naruszenie – to można stwierdzić, że komisje przedstawiają stanowiska w zakresie kluczowych uregulowań, przede wszystkim z punktu widzenia jednostek sektora finansów publicznych.

W zakresie przedmiotowym orzecznictwa komisji orzekających mieści się w szczególności tematyka zamówień publicznych. Na potrzeby niniejszego opracowania przedstawiono wyniki analizy orzecznictwa jedynie odnośnie czynu obejmującego bezpośrednio naruszenie uczciwej konkurencji w postępowaniu i to w zakresie, w którym można mówić o utrwalonej linii orzeczniczej. Nie ma potrzeby wykazywać, że orzecznictwo komisji obejmuje znacznie bogatszą tematykę.

Odpowiedzialność dyscyplinarna za nieprawidłowości przy udzielaniu zamówień publicznych, historycznie rzecz ujmując, sięga tak daleko, jak ustawa o zamówieniach publicznych. Od początku funkcjonowania przepisów o zamówieniach publicznych ustawodawca uznawał, że prawidłowe ich stosowanie powinno podlegać szczególnej odpowiedzialności, zwłaszcza w jednostkach sektora finansów publicznych.

Analizując orzecznictwo komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych trzeba być świadomym charakteru i przedmiotu tych orzeczeń. Zadaniem komisji jest orzec, czy dana osoba (obwiniony) jest odpowiedzialna za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wobec tego, komisja musi przesądzić w sprawie przynajmniej w trzech aspektach: czy obwiniony podlega odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, czy został popełniony czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych i wreszcie czy obwinionemu można udowodnić winę.

Znajomość stanowiska komisji orzekających ma więc dla osób występujących w imieniu zamawiających z sektora finansów publicznych znaczenie podwójne – jako wskazówka interpretacyjna przepisów ustawy oraz jako wytyczne dla postępowania w sposób pozwalający uniknąć odpowiedzialności.

Komisje orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych jako organy interpretujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych

W stosowaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wspomagają się interpretacjami dokonywanymi przez szereg uprawnionych do tego instytucji. Ze specyfiki przepisów dotyczących zamówień publicznych wynika, że w tym zakresie orzeka Krajowa Izba Odwoławcza oraz właściwe sądy okręgowe, interpretacje przepisów prezentują organy kontroli, w tym Najwyższa Izba Kontroli, regionalne izby obrachunkowe i urzędy kontroli skarbowej, a swoje stanowiska prezentują także instytucje właściwe w systemie dysponowania środkami publicznymi, w tym pochodzącymi z Unii Europejskiej.

Do tej mnogości instytucji dołączają również komisje orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ich podmiotowy zakres działania sprowadza się do zamawiających należących do sektora finansów publicznych. Nie zaprzecza to naturalnie uniwersalności zaprezentowanych stanowisk w zakresie zamówień publicznych. Komisje orzekają jednak odnośnie takich działań lub zaniechań zamawiających, których nielegalność nawet jeśli nie została orzeczona, to przynajmniej wzbudziła wątpliwości rzecznika dyscypliny finansów publicznych.

Komisje orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych są to instytucje merytorycznie niezależne, wywierające istotny wpływ na postrzeganie i interpretację przepisów, w szczególności w przedmiocie zamówień publicznych, przez jednostki mieszczące się w zakresie podmiotowym ich działania. Warto również podkreślić, że w wielu przypadkach orzeczenia komisji są właściwie jedynym źródłem interpretacji przepisów dokonanych przez organ orzekający. W szczególności np. Krajowa Izba Odwoławcza niezmiernie rzadko orzeka w zakresie postępowań prowadzonych w trybie z wolnej ręki, składania oświadczeń przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu, czy na temat obowiązku stosowania przepisów ustawy w ogólności.

W używanym w niniejszym opracowaniu pojęciu „komisje orzekające" mieszczą się komisje pierwszej instancji, to jest:

- wspólna komisja orzekająca,
- resortowe komisje orzekające przy ministrach kierujących działem lub działami administracji rządowej,
- komisja orzekająca przy Szefie Kancelarii Prezesa Rady Ministrów,
- regionalne komisje orzekające przy regionalnych izbach obrachunkowych,

a także Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych. To te organy są właściwe do orzekania w sprawach odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komisje pierwszej instancji działają zgodnie z właściwością określoną przez ustawę, przy czym ustawodawca nie posługuje się jednolitym kluczem w podziale kompetencji między komisje. W niektórych przypadkach o właściwości komisji decyduje realizowana część budżetu państwa, w innych wymienia się wprost jednostki (np. samorządowe kolegia odwoławcze), w innych wreszcie osoby pełniące konkretne funkcje, np. wojewody, czy marszałka województwa.

To zróżnicowanie kompetencyjne ma również znaczenie dla przedmiotu orzekania. Należ bowiem brać pod uwagę w szczególności różnice pomiędzy realizacją budżetu państwa w poszczególnych częściach, czy specyfikę budżetu samorządu. Jednakże w przypadku zamówień publicznych, z powszechnego charakteru ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że w tym przedmiocie stanowiska komisji orzekających nabierają szczególnie

uniwersalnego charakteru i jako takie są postrzegane przez zamawiających z sektora finansów publicznych.

Przedmiot odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny budżetowej rozstał rozszerzony o naruszenie zasad, formy i trybu postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych już ustawą z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych[1] poprzez zmianę brzmienia art. 57 w ust. 1 pkt 14 ustawy z dnia 5 stycznia 1991 r. – Prawo budżetowe (Dz.U. z 1993 r. Nr 72, poz. 344). Naruszenie zasady, formy lub trybu postępowania penalizowane było również przepisem art. 138 ust 1 pkt 12 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych[2]. Ustawą Prawo zamówień publicznych ograniczono przedmiot odpowiedzialności do zasad lub trybu postępowania, rezygnując z formy.

1 lipca 2005 roku weszła w życie ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych[3]. Przedmiot odpowiedzialności, szczególnie w zakresie zamówień publicznych, został znacznie rozszerzony i uszczegółowiony. W chwili obecnej więc, po korektach podążających za zmianami Prawa zamówień publicznych, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przedmiocie zamówień obejmuje:

1) udzielenie zamówienia publicznego:
   a) wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących:
      – przesłanek stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia publicznego,
      – obowiązku przekazania lub zamieszczenia ogłoszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
      – obowiązku zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych,
   b) którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji,
   c) z innym, niż wymienione wyżej, naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
2) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego:
   a) bez zachowania formy pisemnej,
   b) na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych lub na czas nieoznaczony, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o zamówieniach publicznych,
   c) przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.
3) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania.
4) niezłożenie przez członka komisji przetargowej lub inną osobę występującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu zamawiającego oświadczeń wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych.
5) niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych.

[1] Dz.U. Nr 76, poz. 344.
[2] Dz.U. Nr 155, poz. 1014 ze mianami.
[3] Dz.U. 2005 Nr 14, poz. 114 ze zmianami.

6) zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.
7) dopuszczenie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych do popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych dotyczącego udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach ustawy, zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyłączenia z postępowania osób podlegających wyłączeniu wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli finansowej.

Komisje orzekające zatem, przypisując odpowiedzialność konkretnemu obwinionemu, zobligowane są wykazać naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, albo w sytuacji, gdy stwierdzają, że zarzucanego czynu nie popełniono, potwierdzić prawidłowość działań zamawiającego. Interpretacje te mieszczą się w zakresie wyżej przytoczonym, bowiem nie każde naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych podlega odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Określony wyżej przedmiot orzekania komisji odnośnie zamówień publicznych uzupełniać należy o zakres podmiotowy ich kompetencji. Komisje rozpatrują sprawy dotyczące osób wyraźnie wskazanych w ustawie, zatem oceniają legalność zamówień publicznych tylko w przypadku zamawiających, których przedstawiciele w tej kompetencji się mieszczą. Statystycznie jednak dotyczy to sporej ilości zarówno zamawiających, jak i postępowań, bowiem zasadniczą grupą osób podlegających odpowiedzialności są przedstawiciele jednostek sektora finansów publicznych. Odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają bowiem w szczególności kierownicy jednostek sektora finansów publicznych, pracownicy jednostek sektora finansów publicznych, którym powierzono określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej lub czynności przewidziane w przepisach o zamówieniach publicznych, a także osoby gospodarujące środkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych. Ostatnia ze wskazanych kategorii osób podlegających odpowiedzialności rozszerza grupę zamawiających, których działania podlegają weryfikacji przez komisje orzekające o podmioty spoza sektora finansów publicznych, które wydatkują środki publiczne otrzymane jako określonego rodzaju dotacje.

Zakres odpowiedzialności za naruszenie zasady uczciwej konkurencji

Art. 7 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie oferentów. Rozwinięcie tej zasady znaleźć można w szczególności w art. 22 ust. 2 Pzp. Stosownie do tego przepisu, zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z kolei art. 29 ust. 2 Pzp, zabrania przedmiot zamówienia opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

W zakresie zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców zdecydowanie większą liczbę bardziej skomplikowanych spraw rozpatruje Krajowa Izba Odwoławcza a wcześniej Zespoły Arbitrów. Pamiętać bowiem należy, że wykonawcom, którzy uważają swój interes prawny za naruszony wskutek działań lub zaniechań zamawiającego, przysługują określone w Pzp środki ochrony prawnej. Stąd właśnie rozstrzyganie sporów między zamawiającymi a wykonawcami dostarcza wielu wskazówek co do interpretacji przepisów dotyczących zachowania uczciwej konkurencji i równości wykonawców. Wydaje się, że w tym trybie, z udziałem uczestników konkretnego rynku (wykonawców konkretnych przedmiotów zamówienia) możliwe jest rzeczywiste określenie czy te podstawowe zasady udzielania zamówień pu-

blicznych zostały zachowane, czy też nie. Tym bardziej, że w taki sposób jeszcze na etapie prowadzenia postępowania możliwe jest doprowadzenie do zgodności z prawem w tym zakresie. Niemniej jednak, komisje orzekające również odnoszą się do zachowania zasady uczciwej konkurencji, w szczególności w sytuacji, gdzie środki ochrony prawnej nie przysługują, lub wykonawca nie chce z nich skorzystać.

Nie bez znaczenia jest fakt, że komisje orzekając rozpatrują wniosek o ukaranie skierowany przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych. Ten z kolei formułowany jest na podstawie właściwego zawiadomienia, kierowanego najczęściej w wyniku przeprowadzonej kontroli. W dużym uproszczeniu można więc stwierdzić, że komisje orzekające weryfikują również stanowiska organów uprawnionych do kontroli udzielania zamówień publicznych, takich jak Najwyższa Izba Kontroli, regionalne izby obrachunkowe, czy Urząd Zamówień Publicznych.

Warto zauważyć, że dyscyplina finansów publicznych obejmuje naruszenie zasady uczciwej konkurencji w zasadzie tylko w zakresie odnoszącym się do opisu przedmiotu zamówienia oraz określenia warunków udziału w postępowaniu. Każde inne złamanie zasady uczciwej konkurencji stanowi oczywiście naruszenie przepisów Pzp, jednak nie podlega penalizacji w zakresie dyscypliny finansów publicznych na podstawie przepisu rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt 3 Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Dodatkowo natomiast odpowiedzialnością objęte są te naruszenia, które miały wpływ na wynik postępowania. Będzie to miało miejsce w szczególności w przypadku, gdy dojdzie do nieprawidłowości przy zastosowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, która doprowadzi do wpływu na wynik postępowania.

Pamiętać należy o różnicy w brzmieniu art. 29 ust. 2 Pzp (Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję), a art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności (Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji). Stwierdzić można, że zasadniczo każde określenie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji (art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności) stanowiło będzie jednocześnie naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp, ale nie każde naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 Pzp stanowić będzie naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności[4]. W przypadku art. 29 ust 2 Pzp wystarczy potencjalne naruszenie (wyrażenie „mógłby utrudnić"), zaś przepis ustawy o odpowiedzialności mówi o „sposobie naruszającym" zasadę.

Opis przedmiotu zamówienia i warunki udziału w postępowaniu w świetle zasady uczciwej konkurencji

Podstawowym problemem pozostaje zdefiniowanie pojęcia „uczciwa konkurencja". Ustawodawca nie pokusił się o zdefiniowanie tego pojęcia w Pzp, należy więc posłużyć się definicją czynu stanowiącego nieuczciwą konkurencję zawartą w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta[5]. Okoliczność prowadząca do lepszej sytuacji wykonawcy w porównaniu z innymi uczestnikami postępowania stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji[6].

[4] Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Rzeszowie z dnia 14 lutego 2008r. 4010/8/2007.
[5] Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 20 września 2007r. DF/GKO-4900-38/42/07/1725.
[6] Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Kielcach z dnia 11 marca 2008r. KDF-53/7/2008.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zatem działanie zamawiającego polegające w szczególności na określeniu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, ewentualnie przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, bez uwzględnienia dyspozycji art. 29 Pzp, jak również na określeniu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia niezgodnie z art. 22 ust. 2 Pzp, skutkiem którego byłoby niezgodne z prawem ograniczenie dostępu do udziału w takim postępowaniu potencjalnym wykonawcom poprzez nie znajdujące uzasadnienia w okolicznościach konkretnej sprawy utrudnienie albo uniemożliwienie złożenia oferty, wykluczenie wykonawcy z prowadzonego postępowania. Poniesienie odpowiedzialności za opisane naruszenia nie zależy przy tym ani od ilości złożonych (lub nie) ofert, ani od tego, czy w toku określonego postępowania o udzielenie zamówienia miało miejsce wykluczenie choćby jednego wykonawcy czy odrzucenie chociaż jednej oferty[7].

Oczywiste jest, że poza granice działań zamawiającego w ramach zachowania zasady uczciwej konkurencji nie wykracza respektowanie prawa zamawiającego do określenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w taki sposób, który zapewni udzielenie zamówienia tylko tym podmiotom, które będą w stanie podołać udzielonemu zamówieniu[8].

Rozstrzygając sprawy dotyczące naruszenia dyscypliny finansów publicznych komisje udzieliły wielu wskazówek w zakresie zgodności czynności zamawiającego z zasadą uczciwej konkurencji.

Wobec brzmienia art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności komisje najczęściej odnosiły się do zachowania zasady uczciwej konkurencji w zakresie ustalania warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia.

Naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji wynikającej z art. 22 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych może być w szczególności określenie w sposób niejednoznaczny warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia[9].

Zasadę uczciwej konkurencji narusza każde niezgodne z przepisami Pzp ograniczenie kręgu podmiotów, które mogą się ubiegać o zamówienie. Po analizie orzecznictwa do przykładów takiego działania zaliczyć można:

– zażądanie wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej potwierdzającego działalność firmy w branży budowlanej minimum trzy lata[10],
– wprowadzony do SIWZ wymóg, iż o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy w ostatnich trzech latach dostarczyli do jednostek straży pożarnej min. jeden zestaw ratownictwa medycznego R-1, który wykluczał z udziału w tym zamówieniu podmioty, które zrealizowały takie zamówienia, ale dla innych zamawiających niż jednostki straży pożarnej[11],
– zawarty w SIWZ warunek wykonania robót budowlanych finansowanych ze środków Unii Europejskiej[12].

---

[7] por. Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia z dnia 4 listopada 2004 r. sygn. akt DF/GKO/Odw.-73/102/2004/755.

[8] Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 20 września 2007r. DF/GKO-4900-38/42/07/1725.

[9] Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 25 października 2004 r. sygn. akt DF/GKO/Odw.-34/48/2004.

[10] Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 21 maja 2007r. DF/GKO-4900-1/1/RN-1/07/145.

[11] Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 13 września 2007r. DF/GKO-4900-33/37/RN-15/07/1622.

[12] Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 2 czerwca 2008r. DF/GKO/4900/23/21/08/989; Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Poznaniu z dnia 22 stycznia 2008r. 0965-DB/154/07.

Warunki określone w specyfikacji powinny mieć jedynie na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania danego zamówienia, a nie mogą prowadzić do eliminacji wykonawców poprzez formułowanie warunków nadmiernych.

Dodatkowo, za jednym z orzeczeń, stwierdzić należy, że niedopuszczalne są twierdzenia, iż to treść dokumentów wymaganych przez zamawiającego przesądza o rzeczywistym zakresie warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, takie właśnie niejednoznaczne, dające się różnie interpretować, określenie warunków udziału w postępowaniu, może utrudniać uczciwą konkurencję. Może się bowiem zdarzyć, że zainteresowany zamówieniem podmiot zrezygnuje ze startu w postępowaniu po analizie warunków udziału wskutek stwierdzenia, że ich nie spełnia. Inny natomiast wykonawca, który również nie spełnia postawionego warunku, weźmie udział w postępowaniu, albowiem stwierdzi, że wskutek analizy żądanych dokumentów, zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania spełnienia tego warunku, lub też, że jego rzeczywiste oczekiwania wobec wykonawców były inne, niż zapisany warunek. Taki sposób formułowania warunków udziału w postępowaniu jest, zdaniem GKO, sprzeczny z art. 22 ust. 2 Pzp, który zakazuje ich określania w sposób, który – chociażby potencjalnie – narusza uczciwą konkurencję[13].

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji często dotyczy również opisu przedmiotu zamówienia. Dyspozycję art. 29 ust. 1 i 2 Pzp narusza w szczególności zaniechanie wskazania w siwz ilości zamawianego przedmiotu zamówienia czy np. jednostek miary towarów[14]. Również brak jednoznacznego wskazania elementów przedmiotu zamówienia, może mieć wpływ na konkurencję między wykonawcami, gdyż rzutuje na wysokość ceny oferty. Przy takim sformułowaniu zapisów SIWZ dopuszcza się możliwość dowolnego kształtowania ostatecznej ceny za przedmiot zamówienia, niezależnie od ceny oferty, która była brana pod uwagę w toku oceny ofert[15].

W praktyce zarzut o możliwości utrudniania uczciwej konkurencji dotyczy najczęściej sytuacji, gdy zamawiający w dokumentacji postępowania zawiera zapisy wskazujące na konkretny wyrób czy wykonawcę, przy czym wskazanie takie nie musi być bezpośrednie. Wystarczy, że analiza wszystkich elementów zamawianego produktu wskazuje na produkt jednego tylko wykonawcy spośród wielu działających na rynku albo postawione warunki może spełnić wyłącznie jeden wykonawca[16].

Komisje zwracają również uwagę, że w nawet przypadku zgodnego z prawem skorzystania z uprawnienia do określenia przedmiotu zamówienia przy pomocy znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, zamawiający ma obowiązek zaznaczyć w specyfikacji, że dopuszcza oferty równoważne[17].

---

[13] Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 15 listopada 2006r. DF/GKO-4900-76/94/RN-38/06/2246

[14] Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Krakowie z dnia 28 maja 2007 r. sygn. akt RKO-511/22/07 Główna Komisja Orzekająca potwierdziła to stanowisko Orzeczeniem z dnia 18 października 2007 r. Nr DF/GKO-4900-50/54/07/2391 uznając jednakże, iż nie jest możliwe jednoczesne wykazanie naruszenia uczciwej konkurencji

[15] Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Krakowie z dnia 16 stycznia 2006r. RKO-511/29/05

[16] Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 2 czerwca 2008r. DF/GKO/4900/23/21/08/989 Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Poznaniu z dnia 19 sierpnia 2008r. 0965-DB/81/08; Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Warszawie z dnia 28 sierpnia 2008r. RIO-IV-R-24/07-K-64/07; Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 21 maja 2007r. DF/GKO-4900-1/1/RN-1/07/145

[17] Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 10 września 2007r. DF/GKO-4900-32/36/RN-14/07/1617; Orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Krakowie z dnia 6 marca 2006 r. RKO-511/1/06

Podsumowanie

Analiza orzecznictwa komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie stosowania zasady uczciwej konkurencji prowadzi do wniosku, że składy orzekające zawierają w uzasadnieniach również wiele praktycznych wskazówek dotyczących samego jej rozumienia, jak i wypełniania w konkretnych sytuacja w postępowaniu. Wydaje się jednak, że przemyślenia wymaga konstrukcja czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych w tym zakresie. Jakkolwiek trudno odmówić słuszności ustawodawcy, który do najistotniejszych naruszeń uczciwej konkurencji zalicza określenie przedmiotu lub warunków zamówienia publicznego w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, to wydaje się, że może zaistnieć szereg istotnych naruszeń uczciwej konkurencji, które nie będą podlegać penalizacji. Jako przykład można tu wskazać naruszenia przepisów dotyczące kryteriów oceny ofert, czy obowiązku informacyjnego wobec wykonawców.

Doświadczenia organów kontroli wskazują, że dyscyplina finansów publicznych jest jednym z istotniejszych instrumentów zapewnienia prawidłowego stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych. Stąd też instytucje te przykładają dużą wagę do zgodnego z przepisami ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zawiadomienia rzecznika dyscypliny finansów publicznych o stwierdzanych w toku kontroli nieprawidłowościach. Osobista odpowiedzialność osób występujących w imieniu zamawiających z sektora finansów publicznych zmniejsza ryzyko podejmowania działań niezgodnych z ustawą przez co zabezpiecza również prawidłowość wydatkowania środków publicznych.

NOWELIZACJA ART. 38 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH – BY MEDAL MIAŁ TYLKO JEDNĄ STRONĘ

Katarzyna Wińska-Rużewicz
- doktorant Uniwersytetu Gdańskiego

Wprowadzenie

Skierowany dnia 15 maja 2009r do Komitetu Europejskiego Rady Ministrów oraz Komitetu Rady Ministrów ds. Informatyzacji i Łączności, projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, obejmuje treścią istotną zmianę art. 38 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, określającego instytucję składania przez wykonawców wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Artykuł ten, w proponowanej treści, ogranicza ciążący na zamawiającym obowiązek udzielenia odpowiedzi na składane przez wykonawców zapytania, dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. U podstaw wprowadzenia nowej regulacji, leży założenie o wyeliminowaniu sytuacji, w której koniecznym jest przedłużanie terminu składania ofert z uwagi na wypełnienie obowiązku odpowiedzi na pytania, złożone na 6 lub więcej dni przed otwarciem ofert, w tym odpowiedzi na pytania składane celem przedłużeniu procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże osiągniecie powyższego zamierzenia, może nie być jedynym skutkiem wprowadzenia zmian treści art. 38. w proponowanym brzmieniu. Bez rozpoznania będą mogły pozostać również wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji, uzasadnione rzeczywistymi wątpliwościami wykonawców podejmujących decyzje na podstawie posiadanej wiedzy, której budulcem są informacje. W miejscu tym należy wskazać, iż celem niniejszego referatu nie jest ocena ewentualnych skutków działania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w warunkach niepełnej informacji, gdyż ta z pewnością wymaga obszernego opracowania. U podstaw niniejszego referatu leży chęć zapoczątkowania dyskusji na temat szeroko postrzeganej możliwości pozostawienia pytań wykonawcy bez merytorycznej odpowiedzi i tym samym pozbawienia wykonawców, na pewnym etapie postępowania, możliwości skutecznego wnioskowania o przekazanie informacji, być może koniecznych do sporządzenia korzystnej dla zamawiającego oferty. Pożądane jest również rozważenie ewentualnych, kierowanych do zamawiających, wytycznych korzystania z tej możliwości, tak by zmiana treści art. 38 ustawy Prawa zamówień publicznych, miała jedynie „dobrą stronę medalu".

Składanie zapytań w uchylonym, obowiązującym oraz proponowanym stanie prawnym

Przedstawienie instytucji wnioskowania o wyjaśnienie treści specyfikacji, na gruncie uchylonych oraz obowiązujących przepisów prawa krajowego, wymaga analizy w przedmiotowym zakresie następujących, ułożonych w porządku chronologicznym, aktów prawnych.

1. Ustawa z dnia 10 czerwca 1994r o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 76, poz. 334 z późn. zm.);
2. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997r o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 123, poz. 778);

3. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004r – Prawo zamówień publicznych (j. t. z 2007r. Dz. U. nr 223 poz. 1655 z pózn. zm.);
4. Ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. nr 79, poz. 551).

Ustawa z dnia 10 czerwca 1994r o zamówieniach publicznych w art. 36 nakładała na zamawiającego obowiązek udzielenia odpowiedzi na pytania złożone przez oferentów w trakcie prowadzenia postępowania. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997r o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych, wprowadziła zwolnienie zamawiającego z powyższego obowiązku w sytuacji, gdy pytania oferenta wpłynęły do zamawiającego na 5 lub mniej dni przed otwarciem ofert. Oczywiście możliwość pozostawienia wniosku bez rozpoznania nie oznaczała, iż zamawiający nie mógł odpowiedzieć na przedmiotowe pytania. Ustawodawca pozostawił zamawiającemu wybór, a ten decydował, czy odpowiada na zadane pytania, czy też pozostawia je bez merytorycznej odpowiedzi. Natomiast ustawa z dnia 29 stycznia 2004r – Prawo zamówień publicznych, również wskazana w przedstawionym katalogu aktów prawnych, przeniosła ten zapis w powyższym brzmieniu do nowego wówczas stanu prawnego. Wskazaną już nowelizacją z dnia 7 kwietnia 2006r, ustawodawca przesunął graniczny termin 6 dni, stanowiący o konieczności udzielenia odpowiedzi, do 4 dni, w przypadku prowadzenia procedury w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia. W takim stanie prawnym, w zakresie art. 38 ustawy, zamawiający obecnie prowadzą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Natomiast kwestia proponowanej zmiany treści art. 38, zgodnej z postanowieniem art. 39 ust. 2 oraz 40 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE, omówiona zostanie na podstawie projektów aktów prawnych:

1. Projekt z dnia 26 lutego 2009r ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, określający zmianę treści art. 38 ustawy – Prawo zamówień publicznych
2. Przygotowany projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w wersji skierowanej w dniu 15 maja 2009 r. na Komitet Europejski Rady Ministrów oraz Komitet Rady Ministrów ds. Informatyzacji i Łączności

W obu tych projektach, w zakresie art. 38 ustawy, proponuje się określenie zasad zwracania się przez wykonawców z wnioskami o udzielenie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiednio udzielania wyjaśnień przez zamawiających. Zasadnicza zmiana dotyczy określenia terminu, do upływu którego wykonawca będzie uprawniony do wystąpienia z wnioskiem o wyjaśnienia. Ponadto skuteczne wnioskowanie o wyjaśnienia, czyli otrzymanie odpowiedzi na pytania, powiązane zostało z obowiązkiem wniesienia wadium. Proponowana treść stanowi, iż wykonawcy mogliby składać wnioski o wyjaśnienia treści specyfikacji do końca dnia, w którym upływa połowa terminu wyznaczonego do składania ofert. Jednocześnie termin ten nie ulegałby przedłużeniu wraz z przedłużeniem terminu składania ofert. Zamawiający będzie obowiązany udzielić niezwłocznie wyjaśnień w sytuacji, gdy wpłyną one do zamawiającego w wyznaczonym terminie, jednakże przepis prawa ponadto wyznacza graniczny termin udzielenie odpowiedzi tak, by wykonawcy mieli czas na wprowadzenie ewentualnych zmian w treści oferty, tj. odpowiednio: co do zasady nie później niż na 6 dni przed upływem terminu otwarcia ofert – w przypadku gdy wartość szacunkowa przekracza wartości tzw. progów unijnych (4 dni w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem w sytuacji, gdy zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia), albo na 2 dni przed upływem terminu otwarcia

ofert otwarciem ofert, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza od przedmiotowych kwot progowych.

W przypadku złożenia przez wykonawcę wniosku po upływie połowy terminu przewidzianego na składanie ofert, zamawiający może udzielić wyjaśnień lub pozostawić wniosek bez rozpoznania.

Projekt ustawy z dnia 26 lutego 2009r o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, obejmował zakresem jedynie zmianę art. 38 ustawy. W przedmiotowym zakresie projekty te różniły się tym, że projekt z dnia 26 lutego zakładał, iż w przypadku wniosków złożonych po upływie połowy terminu przewidzianego na składanie ofert, zamawiający udziela wyjaśnień do upływu terminu składania ofert, natomiast wnioski nierozpatrzone w tym terminie, może pozostawić bez rozpoznania. Tak sformułowany przepis sugeruje, iż zasadą jest udzielenie przez zamawiającego wyjaśnień.

Inaczej o przedmiotowym zakresie traktuje projekt przekazany do Komisji w dniu 4 kwietnia 2009r o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, który w art. 38 ust 1b treścią: „Jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął po upływie terminu składania wniosku, o którym mowa w ust. 1, lub dotyczy udzielonych wyjaśnień, zamawiający może udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez rozpoznania", kładzie na jednej szali udzielenie przez zamawiającego wyjaśnień oraz pozostawienie wniosku bez rozpoznania.

Poszukując genezę powstania propozycji zmiany treści obecnie obowiązującego art. 38 odnaleźć można informację, iż opisane powyżej zmiany przeciwdziałać mają powstaniu sytuacji, w której wykonawcy składają zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia krótko przed otwarciem ofert, jednak na 6 lub więcej dni przed terminem otwarcia ofert, zmuszając tym samym zamawiającego do udzielenia odpowiedzi, co z kolei może prowadzić do przedłużenia terminu składania ofert, i w efekcie przedłużenia procedury. Proponowana zmiana spowoduje przeniesienie terminu wpływu zapytań na wcześniejszą fazę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym zamawiający będzie miał więcej czasu na przygotowanie odpowiedzi, a wykonawcy na wprowadzenie ewentualnych zmian w przygotowywanych ofertach[1].

W uzasadnieniu wprowadzenia przedmiotowej zmiany treści art. 38 ustawy, wskazane zostało, iż posiadanie przez wykonawcę informacji na temat zasad realizacji zamówienia jest ważną kwestią, a możliwość zadawania pytań stanowi instytucję korzystną zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców[2].

Jednocześnie załączona do projektu ocena skutków regulacji wskazuje, iż projekt nie będzie miał wpływu na konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, w tym na funkcjonowanie przedsiębiorstw[3]. W tym miejscu można postawić pytanie: czy potencjalne wystąpienie zjawiska braku możliwości uzyskania informacji koniecznych do oceny rezultatu zawarcia umowy o zamówienie publiczne, nie będzie miało wpływu na decyzje podejmowane przez podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia?

[1] Uzasadnienie, z datą w tytule: 06.03.2009r ,do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, www.uzp.gov.pl, 10.05.2009r

[2] www.uzp.gov.pl, 19.05.2009r

[3] www.uzp.gov.pl, 10.05.2009r

Po co wiedza?

Każdy, podejmując lub nie podejmując działań, opiera się na wiedzy, czyli zbiorze zgromadzonych danych o otaczającym świecie. Chociaż w tradycyjnych modelach funkcjonowania rynku, na ogół zakłada się, że podmioty w nim występujące dysponują doskonałą wiedzą, w rzeczywistości nie istnieją podmioty posiadające taką wiedzę[4].

Jak już wspomniano, wiedzę tworzą gromadzone informacje. Tym samym, do dalszych rozważań, koniecznym jest zdefiniowanie pojęcia informacji. Jak zauważył J. Oleński[5], definiowanie informacji może, co jest uzasadnione, przypominać sposobem definicję pojęcia „koń" zawartą w dziele Benedykta Chmielowskiego „Nowe Ateny", uważanym za pierwszą polską encyklopedię, która stanowi: „Koń – co jest, każdy wie". Podobnie z informacją – co jest, każdy wie. Intuicyjne, tak bliskie każdemu, rozumienie informacji – pojęcia obecnego w każdej dziedzinie nauki, wcale nie przybliża do stworzenia jednej, powszechnie uznanej definicji oddającej istotę informacji. Informacja jest kategorią trudno definiowalną, z którą związane są również różne koncepcje pomiaru i wartościowania[6]. W literaturze spotkać można wiele prób interpretacji pojęcia informacji, w tym opartą na negacji, według której informacją jest wszystko, co nie jest energią ani masą. Charakterystyczną cechą informacji jest m.in. to, iż, iż konsumpcja informacji, tj. wprowadzenie jej do zasobu wiedzy, nie powoduje jej zużywania[7].

Informacja, stanowiąca rodzaj dobra, z punktu widzenia ekonomii, może przysporzyć korzyści, ale z jej pozyskaniem związane jest również ponoszenie kosztów. Z uwagi na to, że z informacją powiązana jest aktywność informacyjna, którą można podzielić na działalność szeroko pojmowanego zaopatrywania się w informacje, oraz przekazywanie informacji, również korzyści należy rozpatrywać osobno dla tych działalności. W przypadku zaopatrywania się w informacje, zastosowanie informacji może przynosić korzyści, zarówno związane z satysfakcją z uzyskania dodatkowych informacji, jak i korzyści z lepszego wykorzystania posiadanej wiedzy. Natomiast korzyści wynikające z przekazania informacji, mogą wynikać ze zmiany zasobu danych posiadanych przez inne podmioty[8]. W omawianej sytuacji składania przez wykonawców zapytań do treści specyfikacji, generalizując, korzyścią zamawiającego wynikającą z udzielenia wyjaśnień, może być otrzymanie ofert zgodnych z oczekiwaniami, służących w jak największym stopniu zaspokojeniu potrzeb zamawiającego. Jednocześnie wskazać należy, iż pomiar korzyści wynikający z aktywności informacyjnej podmiotów jest niezwykle trudny. Oszacowanie korzyści wynikających z przekazania informacji, możliwe jest jedynie w niewielkim stopniu, gdyż zmiana rezultatu osiągniętego przed podmiot przekazujący informacje, nie musi być wynikiem aktywności informacyjnej[9].

Rozpatrując korzyści wynikające z aktywności informacyjnej, nie należy zapominać o kosztach związanych z tą działalnością, tj. zarówno kosztach zaopatrywania się w informacje, jak i kosztach przekazania informacji. Koszty te, w przypadku obu rodzajów aktywności informacyjnej, wynikają z konieczności ukształtowania informacji i przesłania jej do odbiorców.

---

[4] J. Oleński, *Ekonomika informacji*, Fundacja Promocji Rozwoju im. Edwarda Lipińskiego, Warszawa 1998, s. 25.

[5] J. Oleński, *Ekonomika informacji*„ s. 20.

[6] E. Pogodzińska – Mizdrak, *Elementy teorii informacji i ich ewolucja, [w:] Informacja ekonomiczno – finansowa jako podstawa efektywnego zarządzania podmiotami gospodarczymi*, Wyższa Szkoła Bankowości i Finansów w Bielsko – Białej, Bielsko – Biała 2006, s. 98-106.

[7] S. Forlicz, *Informacja w biznesie*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2008, s. 13-17.

[8] S. Forlicz, *Niedoskonała wiedza podmiotów rynkowych*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2001, s. 52-53.

[9] S. Forlicz, *Niedoskonała wiedza ...,* s. 53-54.

Jak już wspomniano, wiedza stanowi podstawę podejmowania decyzji. Sytuacje decyzyjne można podzielić, ze względu na ilość informacji, na następujące sytuacje[10]:

1. Podejmowanie decyzji w warunkach pewności, czyli sytuacja w której decydent dysponuje doskonałą wiedzą.
2. Podejmowanie decyzji w warunkach ryzyka – gdy możliwe są różne stany otoczenia, jednak decydent zna prawdopodobieństwo wystąpienia każdego z nich.
3. Podejmowanie decyzji w warunkach niepewności – gdy decydent zna możliwe stany otoczenia, a nie są mu znane prawdopodobieństwa wystąpienia każdego z nich.
4. Podejmowanie decyzji w warunkach ignorancji – sytuacja, w której podejmującemu decyzje nie są znane wszystkie możliwe stany otoczenia, nie zna możliwych sposobów własnego działania oraz związanych z nimi rezultatach.
5. Podejmowanie decyzji w warunkach konfliktu – gdy stan otoczenia jest wynikiem podjęcia decyzji przez inny podmiot, który kieruje się dążeniem do osiągnięcia własnych celów.

Wykonawca działający w sytuacji niepewności, będzie podejmował działania służące ograniczeniu skutków podejmowania decyzji w warunkach niedoskonałej wiedzy.[11] Może to być zarówno odrzucenie ryzyka, czyli zrezygnowanie z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, jak i przerzucenie ryzyka na zamawiającego poprzez przyjęcie założenia o wystąpieniu najmniej korzystnej dla wykonawcy sytuacji i dostosowanie do niej oferty.

Druga strona medalu

Jak wskazano, przygotowany projekt obejmujący zakresem zmianę treści art. 38 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zakłada możliwość pozostawienia bez rozpoznania wniosku wykonawcy o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Możliwość ta obejmuje zarówno sytuacje, gdy wykonawcy składają zapytania celem przedłużenia procedury udzielenia zamówienia, jak i sytuacje, w których wykonawcy wnioskują o wyjaśnienie treści specyfikacji ku rozwianiu wątpliwości wykonawców co do merytorycznego zakresu zamówienia czy też postanowień potencjalnie zawartej umowy. Wykonawca, składając ofertę, zobowiązuje się, zasadniczo, do realizacji przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w specyfikacji, w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Decyzje w zakresie składanej oferty podejmowane są, na podstawie posiadanej przez wykonawcę wiedzy. Ta związana jest z otrzymanymi informacjami. Jeśli wykonawca ma świadomość, iż znajduje się w przedstawionej już sytuacji ryzyka, niepewności czy ignorancji, wówczas może ofertę budować, zakładając najmniej korzystny dla siebie wariant spośród zakładanych sytuacji. To założenie, w połączeniu z kwestią tworzenia umowy „na złe czasy", może prowadzić do sytuacji, w której zamawiający uznając jedną ze złożonych ofert za najkorzystniejszą, wybiera ofertę względnie korzystną względem pozostałych złożonych ofert, jednakże odbiegającą, na niekorzyść zamawiającego, od ofert, które mogłyby być złożone w przypadku dysponowania przez wykonawców większym zasobem informacji.

Przykład 1.:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi sprzątania. Jeden z wykonawców składa zapytanie, czy przewidywane świad-

[10] S. Forlicz, *Niedoskonała wiedza ...,* s. 22-23.
[11] S. Forlicz, *Niedoskonała wiedza ...,* s. 80 – 81.

czenie usługi obejmuje również zapewnienie środków higieny w postaci ręczników papierowych. Zamawiający, analizując sytuację, wskazuje dość lakonicznie, iż do obowiązków wykonawcy należy dostawa przedmiotowego asortymentu. W takim wypadku dla wykonawcy znacząca staje się liczba użytkowników asortymentu – pracowników zamawiającego, jednakże zamawiający nie ma obowiązku, zgodnie z proponowaną treścią art.38 ustawy, udzielenia wyjaśnień udzielonej już odpowiedzi na zadane pytania.

Przykład 2.:

Zamawiający dokonuje modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu przewidzianego na składanie pytań. W przypadku powstania wątpliwości co do właściwego rozumienia zmodyfikowanej treści specyfikacji, wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji może, zgodnie z wyborem zamawiającego, pozostać bez rozpoznania.

Podsumowanie

Bez wątpienia wprowadzenie art. 38 ustawy w proponowanej w projekcie treści, służyć może zapobieganiu występowania niekorzystnego zjawiska, jakim jest celowe przedłużanie przez wykonawców procedury udzielania zamówień. Jednak jedynie ostrożne korzystanie z instytucji pozostawienia bez rozpoznania wniosku o udzielenie wyjaśnień treści specyfikacji, może pozwolić osiągnąć zamierzony cel, szczędząc przy tym wystąpienia niepożądanych skutków działania zamawiających. Bodźcem każdorazowego poddania pod rozwagę decyzji o pozostawieniu wniosku bez rozpoznania, może być świadomość ewentualnej korzyści płynącej z przekazania informacji służących dostosowaniu ofert wykonawców do potrzeb zamawiającego. Świadomość ta być może sprawi, że w przedmiotowym zakresie nie będzie miał zastosowania pogląd, iż jedną z przyczyn, dla których regulacja procesów ekonomicznych może powodować ograniczenie ich efektywności, jest brak możliwości tworzenia regulacji zapobiegających jedynie występowaniu negatywnych zjawisk[12].

[12] O. Lissowski, *Zamówienia publiczne w Stanach Zjednoczonych oraz Unii Europejskiej, Wybrane zagadnienia prawne i ekonomiczne*, Publicus, Warszawa 2001, s. 44-45.