Urząd
Zamówień
Publicznych

Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych

(monografia naukowa)

Redakcja naukowa:
Małgorzata Stręciwilk
Anna Dobaczewska

Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych

Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych

Redakcja naukowa:
Małgorzata Stręciwilk
Anna Dobaczewska

Warszawa, czerwiec 2018

Recenzenci:
Prof. UŁ, dr hab. Andrzej Borowicz
Prof. UWr, dr hab. Tadeusz Kocowski

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

ISBN 978-83-88686-63-4

© Urząd Zamówień Publicznych

Łamanie, druk i oprawa:
Zakład Poligrafii Wydawnictwa Uniwersytetu Gdańskiego
ul. Armii Krajowej 119/121
81-824 Sopot
e-mail: poligraf@gnu.ug.edu.pl

Spis treści

Wstęp 9

CELE I ZASADY
PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Michał Kania
Kierunki zmian polskiego prawa zamówień publicznych. Wybrane zagadnienia 13

Maciej Lubiszewski
Postulaty *de lege ferenda* w odniesieniu do kompleksowego charakteru
prawa zamówień publicznych 34

Paweł Nowicki
Marek Wierzbowski
Kierunki zmian w prawie zamówień publicznych – uwagi *de lege ferenda* 45

Andrzej Panasiuk
Kontrola zamówień publicznych – propozycje rozwiązań systemowych 56

Małgorzata Rakowska
Wymierne i efektywne narzędzia służące realizacji
celów postępowania odwoławczego 66

Ryszard Szostak
O niektórych postulatach zmian w prawie zamówień publicznych 77

Mirosław Urbanek
Tomasz Budzyński
Miejsce systemu zamówień publicznych
w realizacji strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju 94

EFEKTYWNOŚĆ ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Izabela Fundowicz
Izabela Królikowska
Wybrane instrumenty i mechanizmy udzielania zamówień publicznych
służące dobrym jakościowo zakupom.
Stan obecny i perspektywa nowych rozwiązań 119

Krzysztof Horubski
Administracyjnoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń
jako instrument zapewniania efektywności realizacji zamówień publicznych 134

Mariola Lemonnier
Wzmocnienie efektywności zamówień publicznych we Francji 147

Mateusz Winiarz
Efektywność finansów publicznych a efektywne zamówienia publiczne 159

INNOWACYJNOŚĆ ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Justyna Pożarowska
Zamówienia publiczne na innowacje – czy(m) są? 179

Henryk Nowicki
Innowacyjność zamówień publicznych 195

Małgorzata Moras
Transgraniczne zamówienia wspólne na innowacyjną aparaturę badawczą
na tle zamówień realizowanych przez Narodowe Centrum
Promieniowania Synchrotronowego SOLARIS UJ 205

Bartosz Dziadecki, Agata Miętek, Michał Markiewicz
Partnerstwo innowacyjne na rzecz innowacyjnej gospodarki 217

WSPARCIE MŚP

Przemysław Dzierzędzki
Podwykonawstwo jako forma udziału małych i średnich przedsiębiorstw
w zamówieniach publicznych oraz ochrona ich interesów na tle orzecznictwa
Krajowej Izby Odwoławczej – wybrane zagadnienia 235

Włodzimierz Dzierżanowski
Możliwości wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw
w zamówieniach publicznych nieobjętych przepisami dyrektyw UE 243

Izabela Niedziałek-Bujak
Konsorcjum jako instytucja pozwalająca małym i średnim przedsiębiorcom
na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
na tle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej 254

Agnieszka Piwowarczyk
Jak ułatwić dostęp MŚP do rynku zamówień publicznych? 265

Wiktor Płóciennik
Instrumenty promujące MSP na rynku zamówień publicznych na roboty budowlane
(opinie zamawiających) 275

Paweł Stokłosa
Jeden system dwa schematy – próba poprawy dostępności rynku zamówień publicznych dla małych i średnich przedsiębiorstw 284

Marcin Jędrasik
Partnerstwo publiczno-prywatne jako narzędzie rozwoju regionalnego 298

Katarzyna Prowadzisz
Racjonalność ustalenia wartości wadium w odniesieniu do jego funkcji 310

POLITYKA ZAKUPOWA PAŃSTWA

Elżbieta Adamowicz
Zamówienia publiczne jako instrument realizacji polityki państwa 321

Tomasz Budzyński
Mirosław Urbanek
Centralny zamawiający w jednostkach samorządu terytorialnego 333

Norbert Gill
Obszary potencjalnych zagrożeń dla sprawnego wykorzystania zamówień publicznych do realizacji polityki zakupowej państwa 342

Marcin Smaga
Apolonia Winiarz
Wykorzystanie kryteriów oceny ofert w polityce zakupowej państwa. Perspektywa zamówień udzielanych w państwach UE 360

Jan Staniłko
Polityka zakupowa państwa 378

Wstęp

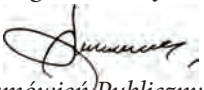
Rynek zamówień publicznych od lat ma duże znaczenie dla rozwoju polskiej gospodarki, stanowiąc istotny jej obszar zarówno z uwagi na wielkość, jak też potencjał kreowania właściwych procesów. Słusznie zatem traktowany jest jako narzędzie efektywnego gospodarowania środkami publicznymi, ale też jako ważny instrument kształtowania polityki społecznej, ekologicznej, sprzyjającej innowacyjności oraz innych procesów szeroko rozumianego zrównoważonego rozwoju.

Właściwe ukierunkowanie i wykorzystanie potencjału zamówień publicznych oraz uczynienie go maksymalnie efektywnym i przyjaznym dla uczestników rynku jest motywem intensywnych działań podejmowanych przez Urząd Zamówień Publicznych, ukierunkowanych na przygotowanie gruntu pod kompleksową i spójną regulację prawną, porządkującą na nowo system zamówień publicznych, która będzie sprzyjała pobudzaniu przedsiębiorczości, wzrostowi innowacyjności czy kształtowaniu pożądanych procesów społecznych. Prace te poprzedzone zostały szeroką dyskusją i kompleksową analizą systemu zamówień publicznych, jego kondycji, rządzących nim reguł oraz potrzeb i oczekiwań jego interesariuszy.

Naturalną konsekwencją wskazanej powyżej polityki Urzędu jest podjęcie tematyki potrzeb i kierunków zmian w Prawie zamówień publicznych w ramach przygotowywanej co roku monografii naukowej. Niniejsza publikacja jest efektem współpracy Urzędu Zamówień Publicznych oraz Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego i Ochrony Środowiska Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Bogaty obszar zagadnień merytorycznych uporządkowano w pięciu blokach tematycznych, obejmujących kolejno: cele i zasady Prawa zamówień publicznych, efektywność zamówień publicznych, ich innowacyjność, wsparcie sektora MŚP na rynku zamówień publicznych oraz politykę zakupową państwa. Te istotne i obszerne tematy wpisują się w aktualnie realizowane naczelne zadanie, którego celem jest stworzenie nowych regulacji prawnych w zakresie zamówień publicznych.

Mam nadzieję, że niniejsza monografia – jako bogate i rzetelne naukowe opracowanie najważniejszych obecnie dla systemu zamówień publicznych zagadnień - będzie stanowić cenne źródło w ostatecznym formułowaniu optymalnych rozwiązań, służących inteligentnym, efektywnym, innowacyjnym, zrównoważonym i celowym zamówieniom publicznym.

Małgorzata Stręciwilk



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

CELE I ZASADY PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Dr hab. Michał Kania
Profesor Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach

Kierunki zmian polskiego prawa zamówień publicznych. Wybrane zagadnienia

Abstrakt

Polskie zamówienia publiczne znajdują się w fazie istotnych zmian związanych z opracowaniem nowej ustawy, która zastąpić ma dotychczasową regulację z dnia 29 stycznia 2004 r. Zmiany te powinny być głębokie i dotyczyć powinny zarówno sfery legislacyjnej, jak również myślenia na temat zamówień publicznych i ich roli w gospodarce krajowej. W niniejszym artykule w pierwszej kolejności zidentyfikowano podstawowe problemy krajowych zamówień publicznych, do których zaliczono m.in.: brak sprecyzowanych celów zamówień publicznych, zbyt małą liczbę tzw. zamówień strategicznych, brak odpowiedniej współpracy z przedstawicielami rynku na etapie przygotowania postępowania, wadliwą konstrukcję umowy w sprawach zamówień publicznych, nadmiernie rozbudowany i niespójny system kontroli, nadużywanie wyłączeń spod reżimu ustawy, w szczególności zamówień *in-house*, brak odpowiedniej promocji sektora mikro-, małych i średnich przedsiębiorców. Następnie wskazano i omówiono zasadnicze kierunki zmian polskiego prawa zamówień publicznych, do których zaliczono m.in.: oparcie nowej regulacji o zasadę efektywności, profesjonalizację uczestników rynku zamówień publicznych, poprawę warstwy legislacyjnej, podniesienie progów stosowania ustawy do tzw. progów unijnych, szersze wykorzystanie, negocjacyjnych trybów udzielania zamówień publicznych, oparcie umowy w sprawach zamówień publicznych o współpracę stron z należytym podziałem ryzyk, wprowadzenie katalogu zakazanych klauzul abuzywnych. Istotne znaczenie odgrywać będzie także powołanie specjalistycznego sądu do spraw zamówień publicznych, jak również uniezależnienie organizacyjne KIO.

Abstract

The Polish public procurement system is undergoing significant changes resulting from preparation of a new Public Procurement Act which is to replace the Act of 29 January 2004 – Public Procurement Law (Journal of Laws of 2017, item 1579). The above-mentioned changes should be profound and cover both legislative aspects as well as the way of thinking on public procurement and its role in the national economy. In this article the main problems of the Polish public procurement regulation were defined. There are among others: the lack of the clear aims of using public procurement in Poland, the insufficient use of the strategic procurement: green, innovative and social, the lack of cooperation with the representatives of the market at the stage of preparation of the procedure, defective contractual clauses, the excessive and incoherent system of supervision, the abuse of exclusions from the scope of the Act, in particular in-house procurement, the lack of sufficient promotion of SMEs' participation in public procurement market. There were also some proposals given by the

author. The main aims of the Polish regulation shall be: the implementation of the effectiveness rule; the professionalization of the participants in the public procurement market, the improvement of the legal text of Public Procurement Act, the raising of national threshold up to EU thresholds, wider use of contract award procedures allowing negotiations, contractual clauses based on the principle of cooperation of the parties and adequate distribution of risks, the introduction of a list of forbidden abusive clauses. There are also some other important aims as: the establishment of a second instance court specialized in public procurement, as well as the organisational independence of National Appeal Chamber.

I. Wprowadzenie

1. Polskie zamówienia publiczne wymagają dogłębnej zmiany. Konieczna jest zarówno ewolucja w sferze legislacyjnej, jak również zmiana myślenia na temat zamówień publicznych i ich roli w gospodarce krajowej. Trwające obecnie w Ministerstwie Przedsiębiorczości i Technologii oraz w Urzędzie Zamówień Publicznych prace nad nową ustawą, która poświęcona jest zamówieniom publicznym, stanowią odpowiedni moment do przedstawienia koncepcji zmian w tej dyscyplinie. Celem niniejszego opracowania jest zarysowanie wybranych założeń takiej koncepcji[1].

2. Przyszłe działania legislacyjne powinny stanowić reakcję na główne problemy pojawiające się w rodzimej praktyce zamówień publicznych. Kluczowe znaczenie posiadają również założenia rozwoju krajowej polityki przemysłowej. Zamówienia publiczne poza swoją podstawową funkcją zakupową (*bussines as usual*) powinny obecnie pełnić rolę regulatora pożądanych działań gospodarczych, np. w dziedzinie rozwoju nowych technologii. Zamówienia powinny zatem kreować innowacyjną i zaawansowaną podaż, szczególnie po stronie rodzimych małych i średnich przedsiębiorców oraz tzw. *National Champions*[2].

Dogłębna identyfikacja problemów zamówień publicznych powinna zatem stać się kluczowa dla ustawodawcy przy konstruowaniu nowych rozwiązań. Niestety w powyższym zakresie brak jest szczegółowych danych i analitycznych opracowań odpowiednich organów. Nie istnieje spójny system identyfikacji kluczowych zagadnień gospodarczych i ich wpływu na rynek zamówień publicznych[3]. Prowadzone badania nie korespondują z założeniami spójnej polityki zakupowej państwa, bowiem takowa

---

[1] Autor uczestniczył jako zewnętrzny ekspert Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii w pracach nad przygotowaniem zasadniczych kierunków zmian w polskim Prawie zamówień publicznych. Jako eksperci pracowali: profesor Henryk Nowicki oraz doktor Paweł Nowicki z Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu. Prace wsparł konsultacjami profesor Christopher Bovis z University of Hull w Wielkiej Brytanii. Wszelkie błędy oraz nieścisłości wynikające z niniejszego opracowania obciążają wyłącznie autora.

[2] Są to krajowe firmy rozpoznawane na rynku europejskim i światowym.

[3] Za takowe trudno uznać wartościowe skądinąd sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

w chwili obecnej nie istnieje. Polska pozostaje w tym aspekcie daleko w tyle za rozwiniętymi gospodarczo krajami.

3. Główny problem polskich zamówień publicznych dotyczy braku sprecyzowanych celów. W praktyce zamawiającym sprawia trudność rozgraniczenie pomiędzy celami zamówień publicznych a zasadami ich udzielania. Zatarła się granica pomiędzy działalnością zakupową odpowiednich jednostek a interpretacją przepisów, które stanowią jedynie proceduralne gwarancje efektywności zamówień. W wyniku takiego działania częstokroć błędnie uważa się, iż nadrzędnym celem zamówień publicznych powinno być promowanie konkurencji czy też transparentności postępowania. Zamawiający nadmierną uwagę przywiązują do realizacji ustawowych zasad, pomijając sens i istotę działań zakupowych, do których są przecież powołani. Takie podejście powoduje, iż często z pola widzenia traci się aspekty związane z efektywnością zakupów – tzw. zasadą *Best Value for Money*[4] – której emanacją w konkretnej sytuacji może być wyłącznie najniższa cena, a w innych również realizacja celów proinnowacyjnych, proekologicznych i prospołecznych. Zamówienia publiczne stanowią swoiste połączenie działań zakupowych oraz tzw. *Social Buying*, mającego na celu realizację określonych polityk, do których predestynowany został sektor publiczny.

4. Pokłosiem gloryfikacji zasady konkurencyjności staje się nadmierne stosowanie w polskiej rzeczywistości zamówień publicznych trybu przetargu nieograniczonego. Tryb ten powinien znaleźć swoje uzasadnienie w sytuacji znajomości rynku przez zamawiającego w odpowiadającym jego potrzebom właściwym opisie przedmiotu zamówienia. Tymczasem przyjęcie, iż z taką sytuacją mamy do czynienia w 82% udzielanych zamówień (procent zamówień publicznych, w którym stosowany był przetarg nieograniczony w 2016 r.[5]) jest po prostu fikcją. Wziąć należy pod uwagę dynamiczny rozwój rynków, nowe technologie i pojawiające się możliwości. Rozwój gospodarczy, a co za tym idzie technologiczny, jest niezwykle dynamiczny. Sytuacja taka ma przecież obecnie miejsce w wielu sektorach, m.in.: w sferze ochrony zdrowia, transporcie, IT czy też budownictwie. Zamawiający tymczasem często nie badają rynku pod kątem uwzględnienia pojawiających się na nim nowinek, kierunków rozwoju i technologicznych możliwości. W Polsce w 2016 r. dialog techniczny, dający takie możliwości zamawiającym, stosowany był w 0,18% przypadków.

W rezultacie zamówienia nie uwzględniają zasadniczego celu, jakim jest efektywność. Ciągle, mimo zmian stanu prawnego, decydujące znaczenie przy wyborze najkorzystniejszej oferty odgrywa cena. Jednocześnie rzekomy cel/zasada zamówień publicznych, czyli konkurencyjność również nie zostaje zrealizowana. Warto bowiem wskazać, iż w praktyce średnia liczba ofert składanych w postępowaniach o wartości

---

[4] Przedmiotowe zagadnienie zostanie przedstawione w najbliższym czasie w przełomowej monografii dra Pawła Nowickiego.

[5] Zgodnie ze Sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 2016 r. o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych dane z rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach w 2016 r. pokazują, że w trybie przetargu nieograniczonego udzielono zamówień w 82% przypadków. Zamówienie z wolnej ręki stanowił tryb udzielenia zamówienia publicznego w 13,42% przypadków.

poniżej progów UE w 2016 r. wyniosła 2,87[6]. Wartości te są znacznie poniżej poziomu zdrowo funkcjonującego rynku zamówień publicznych. Świadczą one jednocześnie o jego nieatrakcyjności z punktu widzenia wykonawców. Sytuacja taka jest sprzeczna z generalnym trendem panującym w rozwiniętych gospodarczo krajach, w których współpraca z szeroko rozumianym sektorem publicznym cieszy się dużym zainteresowaniem rynku prywatnego.

5. Problemem polskich zamówień publicznych jest również niski poziom profesjonalizacji kadr związanych z zamówieniami. Uwaga ta dotyczy nie tylko zamawiających, ale również przedstawicieli organów kontrolnych oraz sędziów orzekających w sprawach zamówień publicznych. Brak spójnego komunikatu dotyczącego kierunków rozwoju zamówień publicznych powoduje, iż na każdym szczeblu przyjmuje się inne kryteria oceny prawidłowości stosowania regulacji poświęconej zamówieniom. Nie istnieje również spójny system szkolenia osób zajmujących się problematyką zamówień publicznych. Niejednokrotnie kluczową rolę przy interpretacji przepisów ze sfery prawa gospodarczego, do której zaliczyć należy zamówienia publiczne, odgrywa anachroniczne ujęcie wykładni językowej, z pominięciem celów regulacji.

Braki w zakresie profesjonalizacji dotyczą również aspektów komercjalizacji dokonywanych zakupów. Widoczny jest także duży deficyt w kompetencjach negocjacyjnych po stronie zamawiających. Nieprawidłowo funkcjonuje ponadto mechanizm kontroli zamówień publicznych. Kontrola jest rozdrobniona i nieefektywna. Nie prowadzi ona do spójnych wyników podnoszących jakość stosowania prawa. Jednocześnie obawa przed wynikami kontroli, odpowiedzialnością na podstawie przepisów o dyscyplinie finansów publicznych, częstokroć paraliżuje działania zamawiających, sprowadzając je do najprostszych, nieefektywnych działań zakupowych.

6. Bez wątpienia istnieje również wiele innych przeszkód w prawidłowym stosowaniu regulacji zamówień publicznych, które utrudniają właściwe funkcjonowanie rynku zamówień publicznych w Polsce. Do zasadniczych zaliczyć należy: nadmierną koncentrację na fazie wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem problematyki realizacji umowy, archaiczną regulację dotyczącą kontraktów, brak wypracowania skutecznych regulacji o charakterze *soft law*, brak wykorzystywania w procesie udzielenia zamówienia znanych otoczeniu biznesowemu metod, takich jak np.: ocena i alokacja ryzyk, analiza SWAT, jak również brak spójności regulacji oraz uchwycenia specyfiki zamówień *in house*.

II. Propozycje zmian o charakterze zasadniczym

1. Poniżej zaprezentowane zostaną zmiany o charakterze zasadniczym. W pierwszej kolejności wskazać należy na konieczność podziału istniejącej *lege iuris* regulacji, zawartej w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, na trzy

[6] Por. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 2016 r. o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych, s. 44.

odrębne ustawy. Obecny stan jest nieprzejrzysty, obciążony wieloma błędami legislacyjnymi, sprzecznymi z zasadami techniki prawodawczej. Ustawa jest „przeładowana" treścią, która to treść wyrażona jest w sposób daleki od precyzji. Interpretacja prawa staje się przez to trudna do prawidłowego zastosowania. Do tego dochodzi wzmiankowana obawa przed wynikami kontroli, prowadząca do prymitywnego wykładania obowiązujących przepisów. Implementacja dyrektyw UE z 2014 r. nastąpiła w większości poprzez mechaniczne odwzorowanie zawartych w nich rozwiązań, bez dostosowania do specyfiki krajowych potrzeb.

De lege ferenda uchwalone powinny zostać trzy ustawy, tj.: ustawa Prawo zamówień publicznych, ustawa dotycząca zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz ustawa dotycząca zamówień sektorowych. Ponadto na system zamówień publicznych składać się powinny ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Zaproponowany podział w znaczący sposób przyczyni się do przejrzystości aktów normatywnych, ułatwi ich stosowanie, jak również pozwoli na uchwycenie odrębności dotyczących zamówień w poszczególnych sektorach.

2. Poza dyskusją pozostaje kwestia poprawy warstwy legislacyjnej[7]. Warto zastanowić się nad ponownym opracowaniem części regulacji wynikających z dyrektyw UE z 2014 r., przenoszonych do rodzimego porządku prawnego. Jako przykład wskazać można regulację dotyczącą modyfikacji treści umowy, która *lege iuris* jest całkowicie nieprzejrzysta. Pamiętać jednocześnie należy, iż dyrektywy unijne wiążą kraje członkowskie co do celu, pozostawiając ustawodawcy krajowemu możliwość uchwycenia jego specyfiki, m.in. gospodarczej. Z tego powodu implementacja większości przepisów dyrektyw unijnych w układzie „jeden do jednego" jest złym rozwiązaniem.

3. Z punktu widzenia umiejscowienia nowej regulacji w systemie prawa krajowego wskazać należy na konieczność opracowania Krajowej Polityki Zakupowej oraz Polityki Przemysłowej. Polityki te powinny wskazywać główne kierunki zakupowe państwa, pozwalające na osiąganie strategicznych celów ekonomicznych. Ponadto konieczne jest dokonanie podziału kraju na obszary o strategicznych rolach określonych gałęzi przemysłu. Mowa w tym miejscu przede wszystkim o kreowaniu aktywnego rynku mikro-, małych i średnich przedsiębiorców, implementacji rozwiązań innowacyjnych, prośrodowiskowych oraz prospołecznych poprzez tworzenie odpowiednich klastrów. Polityka przemysłowa powinna uwzględniać dynamiczne zmiany w sektorach. Mowa tutaj np. o niezwykle dynamicznie rozwijającym się sektorze elektromobilności. Ustawy poświęcone zagadnieniu zamówień publicznych powinny odnosić się do wzmiankowanych polityk i umożliwiać ich realizację. Prowadzone powinno być również bieżące monitorowanie i ewaluacja planowanych zadań.

---

[7] Przykładem aktu normatywnego o wysokiej jakości legislacyjnej była nieobowiązująca już ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2009 r., Nr 19, poz. 101). Ustawa ta zastąpiona została znaczenie gorszą pod względem poziomu legislacyjnego ustawą z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r., poz. 1920).

4. Postulować należy także podniesienie progów, od których zastosowanie znajdzie nowa regulacja. Zdecydowanie odejść należy od obecnie obowiązującego progu 30.000 euro. Nowe progi powinny być zbieżne z progami unijnymi. Poniżej progów unijnych znajdować powinny zastosowanie ogólne zasady wyrażone w prawie Unii Europejskiej. Regulacja poniżej progów powinna przede wszystkim promować rozwój krajowych mikro-, małych i średnich przedsiębiorców. Poniżej progów unijnych zapewnić należy zamawiającym zdecydowanie większą swobodę w dokonywaniu działań zakupowych. Promować należy wykorzystywanie trybów negocjacyjnych oraz transparentne kontakty z lokalnymi przedsiębiorcami, głównie z sektora MŚP. Platformą wymiany informacji gospodarczych (kreacji mechanizmów networkingowych) stać się mogą istniejące lub planowane metropolie.

5. Szczególne miejsce w nowej regulacji zająć powinna efektywność. Efektywność stać się powinna zasadą w działaniach zamawiających. Zasada ta powinna bezpośrednio nawiązywać do celów nowej regulacji. Celami, o których mowa powyżej, powinny być, zgodnie z obecnym stanem wiedzy praktycznej, osiągnięciami nauki oraz politykami Unii Europejskiej, tzw. zamówienia strategiczne. Pod tym pojęciem rozumieć należy zamówienia uwzględniające konieczność kreowania i realizację innowacyjnych rozwiązań, zamówienia prospołeczne oraz zamówienia zielone.

Przyjąć należy ponadto metodę regulacji opartą o zasadę *Top-down*. Polega ona na kształtowaniu treści przyszłej ustawy w układzie: cele – zasady – szczegółowe konstrukcje prawne. Cele powinny przyjąć formę norm programowych, których osiągnięciu służyć powinny konkretne normy prawne, tworzące spójne konstrukcje prawne. W przypadku konfliktu powstającego na tle realizacji określonych celów i zasad nadrzędne znaczenie przyznać należy zasadzie efektywności[8]. Brak powiązania wszystkich kluczowych konstrukcji prawnych z celami ustawy doprowadzi do chaosu, zarówno na poziomie legislacyjnym, jak również na poziomie praktycznym.

6. Trzeba też zwrócić uwagę na skalę wyłączeń spod stosowania reżimu ustawy. Zmierzać należy do ograniczania liczby tychże wyłączeń. Jednocześnie szczególnego namysłu wymaga kwestia zamówień *in house*. Niebagatelny obszar, stanowiący pole zainteresowania wielu wykonawców, w tym MŚP, stanowić mogą usługi w zakresie użyteczności publicznej. Zasadnym staje się w tym kontekście zbadanie rynku tychże usług pod kątem realizacji wspomnianych zadań przez podmioty wewnętrzne – tzw. zamówienia *in house*[9]. Okazać się bowiem może, iż duża liczba np. lokalnych MŚP

[8] Przykładem może być regulacja dotycząca wykluczenia wykonawców z postępowania. Nadrzędne znaczenie powinna w takim przypadku posiadać efektywność zamówień w stosunku do promocji pożądanych zachowań wykonawców. W taki sposób interpretować należy konstrukcję tzw. *self cleaning'u*.

[9] Por. np. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 23 października 2013 r. RKT-411-03/13/M wobec miasta Katowice, w której to decyzji za praktykę ograniczającą konkurencję uznano nadużywanie przez gminę Katowice pozycji dominującej na lokalnych rynkach świadczenia usług cmentarnych na cmentarzach do niej należących poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania konkurencji na ww. rynkach lokalnych. Szerzej na temat prawidłowego wykorzystywania

nie ma możliwości uzyskania zamówień publicznych w wyniku obowiązywania systemowych rozwiązań, preferujących wzmiankowane podmioty wewnętrzne. Proponuje się zatem dokonywanie przez zamawiających systemowych analiz rynku w celu ewentualnego potwierdzenia zasadności wykorzystywania zamówień *in house*. Konstrukcja *in house* powinna *de lege ferenda* znaleźć zastosowanie jedynie w przypadku braku ukształtowania faktycznej konkurencji, mogącej zaspokajać potrzeby społeczne. Warte rozważenia może okazać się dodanie do obecnie obowiązującego art. 67 ust. 1 pkt. 12 zwrotu: „jeżeli na rynku właściwym nie ukształtowały się warunki konkurencyjne". Wprowadzenie takiego rozwiązania wymagałoby przeprowadzenia przez zamawiających testu rynku pod kątem ustalenia istnienia na nim konkurencji.

Pozytywnie ocenić należy również przepisy wymuszające modernizację podmiotów wewnętrznych. Zaliczyć do nich należy np. art. Ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych, zgodnie z którym „jednostka samorządu terytorialnego, z wyłączeniem gmin i powiatów, których liczba mieszkańców nie przekracza 50 000, świadczy usługę lub zleca świadczenie usługi komunikacji miejskiej w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym podmiotowi, którego udział autobusów zeroemisyjnych we flocie użytkowanych pojazdów na obszarze tej jednostki samorządu terytorialnego wynosi co najmniej 30%". Takie rozwiązanie wymusza na podmiotach wewnętrznych podniesienie jakości świadczonych przez nie usług, realizując jednocześnie normy programowe zawarte w Strategii Europa 2020[10] oraz politykach krajowych.

III. Profesjonalizacja i komercjalizacja zamówień publicznych

1. Bez wątpienia wdrożenie nowych rozwiązań legislacyjnych wymaga odpowiedniego przygotowania kadr zajmujących się zamówieniami publicznymi. Na wskazany aspekt zwraca się mocno uwagę w Komunikacie Komisji Europejskiej z dnia 3 października 2017 r.[11] W najnowszej literaturze przedmiotu zwraca się zaś uwagę na konieczność przemodelowywania rynku B2G do standardów obowiązujących w relacjach B2B[12]. Koniecznym elementem budowy takiej sytuacji staje się profesjonalizacja kadr zamawiającego – rozumiejącego potrzeby i specyfikę funkcjonowania wykonawców. Działanie takie wpisuje się w kreację tzw. inteligentnego zamawiającego.

---

mechanizmów *in house* w warunkach kształtowania rynku konkurencyjnego zob.: W. Hartung: *Zamówienia in-house – między zamówieniami a konkurencją*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań,* red. A. Panasiuk, M. Stręciwilk, Warszawa 2017, s. 17–27.

[10] Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 3 marca 2010 r.: *Europa 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*.

[11] Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 3 października 2017 r.: *Making Public Procurement work in and for Europe*, Strasbourg, COM(2017) 572.

[12] Ibidem, s. 343.

Warto zastanowić się zatem nad kilkoma możliwymi działaniami w powyższym zakresie. Po pierwsze, rozważyć należy stworzenie Akademii Prawa Zamówień Publicznych, która to akademia powinna zostać w pierwszej kolejności ośrodkiem szkoleniowym dla sędziów oraz arbitrów KIO[13]. Pozostały zakres działalności Akademii obejmować powinien zamawiających oraz inne środowiska zainteresowane stosowaniem zamówień publicznych, w tym środowiska naukowe. Po drugie, zastanowić należy się nad stworzeniem profesjonalnego systemu szkolenia dla zamawiających, opartego o współpracę praktyków i środowiska naukowego. Stworzenie odpowiedniego systemu związane mogłoby być z obowiązkiem uzyskiwania przez pracowników zamawiających określonej liczby punktów szkoleniowych, na wzór rozwiązań przyjętych np. w samorządzie radców prawnych. Brak uzyskania przez pracowników zamawiającego odpowiedniej liczby punktów powinien podlegać upublicznieniu i stanowić informację dla potencjalnych kontrahentów. Po trzecie, proponuje się stworzenie centrów wiedzy o zamówieniach publicznych na szczeblu lokalnym, które to centra mogłyby prowadzić działalność informacyjną, szkoleniową oraz networkingową, skierowaną przede wszystkim do lokalnych mikro-, małych i średnich przedsiębiorców. Działalność szkoleniowa powinna opierać się przede wszystkim na wiedzy ekonomicznej i technicznej. Uzupełnieniem tej wiedzy powinna być wiedza prawnicza, pełniąca służebną rolę wobec tych wspomnianych w pierwszej kolejności. Takie podejście pozwoli z czasem na odwrócenie tendencji w interpretacji prawa z błędnej, dziś dominującej, językowej, na pożądaną – celowościową.

2. Istotnym aspektem nowego prawa zamówień publicznych będzie również kwestia komercjalizacji oraz elektronizacja zamówień. Pożądany stan wiedzy w zakresie zamówień publicznych zakłada połączenie standardów i poziomu zakupów sektora prywatnego ze wzmiankowaną misją sektora publicznego (*Social Buying*). W chwili obecnej żaden z wymienionych aspektów nie jest realizowany w odpowiednim stopniu. Komercjalizacji brak, a *Social Buying* na poziomie podstawowym realizowany jest jedynie w kilkunastu procentach zamówień.

3. Zdecydowanemu zwiększeniu ulec powinno wykorzystanie agregacji zamówień tak, aby zamawiający mogli osiągać określone poziomy standaryzacji przedmiotów zamówienia w szerszym zakresie. Agregacja pozwoli również na osiąganie efektu skali, sprzyjającego dogodniejszym warunkom wyboru najkorzystniejszych ofert. W swoich działaniach zamawiający powinni wykorzystywać instrumenty znane rynkowi prywatnemu, takie jak np.: macierz Krajlica czy też rankingi wewnętrzne wykonawców, w zależności od poziomu wykonanych zamówień. Warto również wykorzystywać kluczową wiedzę z zakresu *Supply Chain Management*. Pozwoli ona z czasem na dostrzeżenie i uwzględnienie potrzeb i roli MŚP.

4. W praktyce w zdecydowanie większy niż dotychczas sposób powinno się zwracać uwagę na wykorzystanie w procedurze zamówień publicznych środków elektro-

[13] Pomysł stworzenia Akademii zaproponowany został przez profesora Christophera Bovisa podczas konsultacji założeń nowej ustawy Prawo zamówień publicznych w Ministerstwie Przedsiębiorczości i Technologii w dniach 15–16 stycznia 2018 r.

nicznych. Oczywiście powyższa kwestia wynika *ex lege* z rozwiązań narzuconych przez Dyrektywę klasyczną[14]. Chodzi jednak o to, aby nie była ona traktowana jako „zło konieczne", lecz jako faktyczna możliwość uzyskiwania zdecydowanie lepszych rezultatów w sferze zamówień. Elektronizacja zamówień publicznych powinna obejmować stworzenie centralnej platformy zakupowej, umiejscowionej przy Ministerstwie Inwestycji i Rozwoju oraz wykreowanie miejsca dla mniejszych platform komercyjnych działających w formule PPP, które poprzez stałą konkurencję powinny permanentnie ulepszać i rozwijać swoje funkcjonalności. Każdy zamawiający powinien mieć swobodę co do wyboru platformy obsługującej jego potrzeby.

IV. Zmiany na etapie przygotowania postępowania oraz wyboru najkorzystniejszej oferty

1. Etap przygotowania postępowania odgrywa istotną rolę w procesie udzielania zamówień publicznych. W celu wzmocnienia pozycji wykonawców i realizacji efektywności zamówień publicznych rozważyć należy zdecydowanie większy od dotychczasowego wpływ przedstawicieli tego sektora na sposób kształtowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść zawieranych umów[15]. Posiadana przez wykonawców wiedza okazać się może bowiem przydatna dla zamawiających, w szczególności w przypadku udzielania zamówień strategicznych. Wpływ wykonawców, w tym przede wszystkim MŚP, na treść SIWZ zwiększy potencjalne możliwości udziału przedstawicieli tego sektora w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Postulowane rozwiązanie wymaga zatem zwiększenia elastyczności zamawiających na etapie przygotowania postępowania.

2. Na powyższym etapie warto zwrócić uwagę na konstrukcję dialogu technicznego. Zgodnie z art. 31a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może poinformować wykonawców o planach i oczekiwaniach dotyczących zamówienia, w szczególności może przeprowadzić dialog techniczny, zwracając się do ekspertów, organów władzy publicznej lub wykonawców o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy".

Zgodnie ze Sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 2016 r. o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych z treści opublikowanych w 2016 r. w BZP ogłoszeń wynika, iż zamawiający przeprowadzili 193 postępowania, w których

---

[14] W świetle zaś art. 22 ust. 1 dyrektywy państwa członkowskie zapewniają, że wszelka komunikacja i wymiana informacji odbywająca się na mocy niniejszej dyrektywy, w szczególności elektroniczne składanie ofert, przeprowadzane są z wykorzystaniem elektronicznych środków komunikacji zgodnie z wymogami niniejszego artykułu.

[15] Na powyższy aspekt wskazuje się m.in. w opracowaniu pt.: *Zamówienia Publiczne a innowacyjność MSP*, PARP, Warszawa 2013, s. 47.

zastosowano dialog techniczny, co stanowiło 0,18% ogółu postępowań poniżej progów unijnych[16]. *De lege ferenda* warto byłoby zatem zastanowić się nad nowym, czasowym rozwiązaniem, polegającym na wprowadzeniu obligatoryjności dialogu technicznego w przypadkach zamówień o określonych celach strategicznych bądź też w zamówieniach o określonej wartości kwotowej.

3. Zwrócić należy również uwagę na zasadność przeprowadzania analiz przed realizacją określonych zamówień publicznych, głównie dotyczących robót budowlanych oraz określonych rodzajów usług. Przed wykorzystaniem do przedmiotowych projektów instytucji zamówień publicznych przeprowadzić należy odpowiednią analizę przedrealizacyjną. W wyniku takiej analizy okazać się może, iż bardziej efektywną metodą realizacji zamówienia będzie partnerstwo publiczno-prywatne, w tym PPP w modelu koncesyjnym bądź w modelu opłaty za dostępność. Obowiązek przeprowadzenia przedmiotowej analizy niekoniecznie musi wynikać z treści ustawy Prawo zamówień publicznych. Powinien się jednak znaleźć w którejś z ustaw tworzących system zamówień publicznych w Polsce. Naturalnym miejscem dla takiej regulacji, poza ustawą poświęconą zamówieniom publicznym, jest regulacja partnerstwa publiczno-prywatnego.

4. Warto również pochylić się nad kwestią wzmocnienia kompetencji negocjacyjnych zamawiających. Prymat trybów przetargowych, o którym mowa w art. 10 ust. 1 ustawy, odgrywa kluczową rolę przy założeniu paradygmatu zasady konkurencyjności w postępowaniach zamówieniowych. Przesunięcie akcentów w kierunku realizacji zasady efektywności, uwzględniającej realizację tzw. zamówień strategicznych wymaga zdecydowanie większego niż obecnie wykorzystania trybów negocjacyjnych. W 2016 r. były one wykorzystywane, poza trybem zamówienia z wolnej ręki w mniej niż 1% udzielonych zamówień[17]. Tymczasem naturalnym środowiskiem dla stosunków zobowiązaniowych, szczególnie tych, których przedmiot jest skomplikowany i zaawansowany technicznie, są negocjacje pomiędzy stronami umowy.

W tym kontekście należy jednakże zwrócić uwagę na konieczność pozostawania przez krajowego ustawodawcę w reżimie wyznaczanym prawem unijnym w odniesieniu do braku rozszerzania przesłanek zastosowania trybów negocjacyjnych w postępowaniach powyżej progów unijnych. Na pierwszym planie powinna się zatem pojawić funkcjonalna wykładnia przepisów zawierających przesłanki stosowania trybów negocjacyjnych powyżej progów unijnych. Poniżej zaś tych trybów, przy ewentualnym braku podwyższenia progów stosowania ustawy, zdecydowanemu zwiększeniu ulec powinna liczba postępowań, w których wykorzystywane zostaną negocjacje z ogłoszeniem oraz partnerstwo innowacyjne.

---

[16] W 2015 r. dialog techniczny zastosowano w 240 postępowaniach (0,21%), a w 2014 r. – w 275 postępowaniach i podobnie w 2013 r., tj. od momentu obowiązywania przepisów wprowadzających instytucję dialogu technicznego, w BZP ukazała się taka sama liczba ogłoszeń, w których wskazano na zastosowanie dialogu technicznego.

[17] Por. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 2016 r. o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych, s. 40.

V. Zmiany w zakresie umowy w sprawach zamówień publicznych

1. Zmiany wymaga również obecny kształt umowy w sprawie zamówienia publicznego, regulowany *de lege lata* w art. 139 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych. Obserwacja funkcjonowania rynku zamówień publicznych w praktyce, dokonywana m.in. w oparciu o analizę orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, prowadzi do konstatacji, zgodnie z którą na pierwszym planie w odniesieniu do umów znajdują się kwestie związane z działaniami kontrolnymi oraz sankcyjnymi, podejmowanymi przez zamawiających wobec wykonawców. Razi również nierównomierny podział ryzyk na gruncie przedmiotowych umów. Tym samym wyraźnie rysuje się uprzywilejowana pozycja zamawiającego kosztem interesów wykonawców. Tymczasem, jak słusznie zauważa P. Nowicki, działania zamawiających powinny stanowić swoisty balans pomiędzy zagwarantowaniem efektywności zamówienia publicznego a działalnością nadzorczą[18]. Oznacza to, iż aby osiągnąć efektywność zamówień publicznych, konieczne staje się zdecydowanie większe współdziałanie zamawiających z wykonawcami w celu realizacji zamówień, dostrzeganie potrzeb, ryzyk oraz problemów wykonawców.

2. Pożądany model umowy w sprawach zamówień publicznych uwzględniać powinien realizację zasady *Win-Win*, w świetle której w ramach prowadzonych negocjacji (również procedury przetargowej), jak również w samej treści kontraktu uwzględnione powinny zostać interesy obu stron umowy. Brak uwzględnienia interesów wykonawców prowadzi w rezultacie do negatywnych konsekwencji dla zamawiających. Celem reformy Prawa zamówień publicznych w obszarze regulacji umowy w sprawach zamówień publicznych powinno być zatem przesunięcie akcentów w stronę współdziałania zamawiającego z wykonawcami przy realizacji zamówienia publicznego. Działanie takie powinno zastąpić występujące obecnie autorytatywne konstruowanie przez zamawiającego treści stosunku zobowiązaniowego, oparte o jego nadrzędną pozycję, częstokroć pomijające uzasadnione interesy i potrzeby przedstawicieli rynku prywatnego. *De lege ferenda* proponuje się zatem wprowadzenie do treści ustawy przepisu wskazującego *expressis verbis* na konieczność współdziałania stron umowy w zakresie realizacji zamówienia.

3. Istotną w praktyce kwestią staje się zagadnienie techniki regulacji umowy w sprawach zamówień publicznych w treści nowej ustawy. Proponuje się zatem rozważenie wprowadzenia jednostki redakcyjnej obejmującej kluczowe, obligatoryjne elementy umowy w sprawach zamówień publicznych, na wzór rozwiązań przyjętych np. w nieobowiązujących już: ustawie z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (art. 18 ustawy) bądź ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (art. 22 ustawy). Przepis taki posiadałby charakter przepisu *ius cogens* i porządkowałby modelowe rozwiązania dotyczące wszystkich umów w sprawach zamówień publicznych. Możliwym byłoby również pozostawienie aktualnego

[18] Por. P. Nowicki: *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2013, s. 51.

art. 143d ust. 1 ustawy, który doprecyzowywałby *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane. Wart rozważenia jest również pomysł stworzenia jednostki redakcyjnej (następującej po wyspecyfikowaniu *essentialia negotii* umowy w sprawie zamówienia publicznego), zawierającej przykładowe klauzule abuzywne występujące na gruncie umów w sprawach zamówień publicznych.

4. Kluczowe znaczenie dla treści stosunku zobowiązaniowego powstającego na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych posiada kwestia podziału ryzyk. Problematyka ta wpływa bezpośrednio m.in. na takie elementy umowy jak: cena, termin wykonania świadczenia, należyta realizacja przedmiotu zobowiązania. Szczególnego znaczenia kwestia ryzyk nabiera w odniesieniu do projektów partnerstwa innowacyjnego[19]. Wadliwe skonstruowanie podziału ryzyk w tego typu projektach doprowadzi w praktyce do braku zainteresowania nimi ze strony rynku prywatnego. Podział ryzyk w umowach w sprawach zamówień publicznych posiada również kluczowe znaczenie w aspekcie osiągania efektywności zamówień publicznych. Zamawiający przy konstruowaniu umowy powinien mieć na uwadze zasadę *Best Value for Money*, a więc działać w celu maksymalizacji efektów w stosunku do nakładów. Jest w stanie osiągnąć to wówczas, gdy w umowie w sprawie zamówienia publicznego zdywersyfikuje ryzyko, przypisując je stronom w taki sposób, że każda ponosić będzie to ryzyko, którym jest w stanie lepiej zarządzać oraz które, z uwagi na istotę swojej działalności, potrafi skuteczniej niwelować[20]. Niestety, jak słusznie zauważa się w doktrynie, dyskusje na temat podziału ryzyka między sektor publiczny a sektor prywatny odbywają się najczęściej tylko na gruncie inwestycji realizowanych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. W procesie udzielania zamówień publicznych mało który zamawiający zastanawia się nad tym problemem, wykorzystując niejako samą chęć wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego[21].

5. Brak należytego podziału ryzyk skutkuje zatem m.in. brakiem przystępowania przez część wykonawców do postępowań w sprawach zamówień publicznych, brakiem należytej realizacji zamówień na skutek upadłości części wykonawców oraz podwyższeniem przez wykonawców cen oferowanych w postępowaniach[22]. Niekorzystne skutki posiada również zjawisko wycofywania się części wykonawców z postępowań z powodu nieprawidłowego podziału ryzyk. Skutkiem takiego działania jest bowiem zmniejszenie konkurencji w zamówieniach publicznych oraz wzmiankowane pod-

---

[19] Por. np.: *Risk Managment in Public Procurement for Innovation: the Case of Nordic – Baltic Sea cities*, „Innovation – The European Journal of Social Science Research" 2010, vol. 23, no. 3, s. 241.

[20] Tak: P. Nowicki: *Efektywne zamówienia…*, s. 53.

[21] Ibidem.

[22] Jak zauważa KIO „Wykonawca kształtujący część przyszłych postanowień umownych, w tym zawsze cenę, może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia". Zob. Wyrok KIO z dnia 4 października 2010 r., KIO 2036/10, Legalis 327791.

wyższenie cen oferowanych przez pozostających „w grze" wykonawców[23]. Negatywne skutki, z perspektywy realizacji zasady efektywności zamówień publicznych, posiada również sytuacja, w której wykonawcy świadomie pomijają w kalkulacji ceny ryzyka wynikające z wadliwie skonstruowanych umów. W rezultacie są oni w stanie przedstawić oferty z niższymi cenami. Jednak w sytuacji wystąpienia konkretnego ryzyka dochodzi do nienależytego wykonania bądź niewykonania w ogóle zamówienia publicznego. Przy większych projektach, głównie związanych z robotami budowlanymi, skutki takiego działania posiadają bezpośredni wpływ na podwykonawców. Brak realizacji umów powoduje *de facto* dodatkowe koszty związane m.in. z: zabezpieczeniem i inwentaryzacją placów budowy, czasem niezbędnym na wyłonienie nowego wykonawcy, kosztami nowej procedury. Powyższe koszty powstające po stronie zamawiających mogą być bardziej dotkliwe aniżeli ewentualne oszczędności i ułatwienia wynikające z przerzucenia ryzyk[24].

6. Proponuje się zatem *de lege ferenda* wprowadzenie do treści nowej ustawy Prawo zamówień publicznych rozwiązania, zgodnie z którym strony powinny w sposób zrównoważony (racjonalny) dokonywać w umowie podziału ryzyk. Pozostałe zagadnienia dotyczące ryzyk mogłyby zostać szczegółowo opracowane we wzorach umów, o których mowa w art. 154 pkt. 10 ustawy[25].

Rolą zamawiającego będzie rozpoznanie własnych potrzeb i takie przeprowadzenie postępowania, które służy zaspokojeniu tychże potrzeb, najlepszej realizacji celów, dla jakich zamówienie jest udzielane. Istotne będzie zatem dostosowanie wszelkiego rodzaju wzorców do sytuacji zamawiającego[26]. Kwestie znajdujące się we wzorach umów powinny obejmować następujące etapy: (i) identyfikację i ocenę wpływu ryzyka na przedmiot zobowiązania, (ii) alokację ryzyk z uwzględnieniem zasady *Win-Win*, (iii) zarządzanie ryzykami poprzez zmniejszenie prawdopodobieństwa ich wystąpienia oraz minimalizację skutków.

7. Proponuje się ponadto wprowadzenie *de lege ferenda* w nowej regulacji prawnej konstrukcji umożliwiających zarządzanie realizacją zamówienia publicznego.

---

[23] Zgodnie ze Sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 2016 r. o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych średnia liczba ofert składanych w postępowaniach o wartości poniżej progów UE w 2016 r. wyniosła 2,87.

[24] Warto w tym kontekście wskazać, iż – jak konstatuje KIO – „To zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania (…)". Zob. Wyrok KIO z dnia 25 maja 2012 r., KIO/UZP 974/2012.

[25] Na podstawie wskazanego przepisu Prezes UZP przygotowuje i upowszechnia przykładowe wzory umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień. Zgodnie zaś z art. 36c ustawy, przygotowując i przeprowadzając postępowanie zamawiający może korzystać z przykładowych wzorów umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów, o których mowa w art. 154 pkt 10, stosowanych przy udzielaniu zamówień. W każdym przypadku korzystanie z przygotowanych wzorcowych dokumentów nie jest obligatoryjne.

[26] Zob. M. Stachowiak: *Komentarz do art. 36c ustawy – Prawo zamówień publicznych*, LEX 19.10.2014.

W uproszczeniu mechanizm ten nazwany może być *zarządzaniem umową w sprawie zamówienia publicznego* (ang.: *Contract Management in Public Procurement*)[27]. W szczególności tego typu rozwiązania mogą znaleźć zastosowanie w zamówieniach, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi. Konstrukcja zarządzania umową bazuje na systemowych rozwiązaniach obejmujących: (i) ocenę i monitoring realizacji zamówienia publicznego, (ii) mechanizmy sankcyjne oraz, co równie istotne, mechanizmy wspierające i nagradzające wykonawców, (iii) rozwiązania instytucjonalne zmierzające do należytej realizacji umowy. Zwiększenie znaczenia fazy realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga znacznego rozwinięcia mechanizmów oceny i monitoringu[28]. Wykorzystać należy tutaj możliwości, jakie daje szeroko rozumiana elektronizacja (elektroniczne systemy wsparcia monitoringu realizacji umowy w sprawach zamówień publicznych). Procedura oceny realizacji zamówienia oraz same kryteria tej oceny powinny być jasne dla wykonawców i przeprowadzane na z góry określonych zasadach. System ocen powinien następnie przekładać się na zastosowanie mechanizmów sankcyjnych, w tym kar umownych oraz rozwiązania umowy, bądź benefitów związanych z należytą realizacją zamówienia.

8. *De lege ferenda* rozważyć należy również zmiany w zakresie nadużywanych dzisiaj mechanizmów dotyczących kar umownych. Proponuje się zatem wprowadzenie uregulowania przewidującego ograniczenie w możliwości ich naliczania. Kwestią otwartą pozostaje określenie górnej granicy przedmiotowych kar. W doktrynie wskazuje się na zasadność wprowadzenia ogólnej normy o konieczności sankcjonowania karami umownymi wszelkich istotnych uchybień realizacyjnych, których wysokość powinna zapewniać co najmniej pokrycie spodziewanych szkód majątkowych. Działanie takie zapobiegłoby być może tendencjom do rozrostu tytułów obligatoryjnych kar umownych w Prawie zamówień publicznych[29].

9. Warto również zastanowić się nad rozszerzeniem możliwości wnoszenia środków odwoławczych dotyczących treści wzoru umowy w postępowaniach o wartości szacunkowej mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. W świetle bowiem art. 180 ust. 2 ustawy wykonawca nie ma możliwości złożenia odwołania dotyczącego treści wzoru umowy w tego typu postępowaniach. *De lege lata* pozostaje mu w takiej sytuacji, zgodnie z art. 181 ustawy Prawo zamówień publicznych, instytucja poinformowania zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy. W przypadku uznania zasadności przekaza-

---

[27] Rozwiązania takie powinny stać się standardem w umowach koncesji na roboty budowalne lub usługi.

[28] Por.: O. Smirnova, J.E. Yusuf, S. Eland: *Managing for Performance*: *Measurement and Monitoring of contracts in the transit industry*, „Journal of Public Procurement" 2016, vol. 16, issue 2, s. 213 i n.

[29] Por.: R. Adamus: *Kara umowna w zamówieniach publicznych*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych" 2015, nr 3, s. 3 i n., [za:] R. Szostak: *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. A. Panasiuk, M. Stręciwilk, Warszawa 2017, s. 182.

nej informacji zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej. Zamawiający nie jest jednak zasadniczo związany dokonanym powiadomieniem i jakakolwiek reakcja na przekazaną informację pozostaje zależna wyłącznie od jego uznania.

De lege ferenda należałoby zatem postulować rozważenie rozszerzenia możliwości wnoszenia odwołania w postępowaniach poniżej progów, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy (jeżeli ustawodawca uzna za zasadne pozostawienie dotychczasowego progu stosowania ustawy), również na czynności związane z opracowaniem treści wzoru umowy. Działanie takie wymaga jednak wyraźnego wskazania, iż KIO posiada kompetencje do oceny kwestii materialnoprawnych w sprawach umów.

10. W przypadku bardziej złożonych zamówień publicznych istotne znaczenie przypisać należy zespołowi do spraw realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz współpracy z wykonawcami[30]. Zespół ten mógłby przyjąć nazwę *Zespołu projektowego*. Działanie podobnych zespołów przewidziane jest w specjalistycznych metodologiach realizacji projektów, np. w metodologii *Prince 2*. *De lege lata* kwestia dotycząca zespołu na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych uregulowana została w art. 20a, w świetle którego „W przypadku zamówienia na roboty budowlane lub usługi, którego wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro, do nadzoru nad realizacją udzielonego zamówienia powołuje się zespół osób". Wskazane rozwiązanie budzi wątpliwości w praktyce. Ułomnością tego rozwiązania może okazać się brak określenia choćby kryteriów tego nadzoru. Nadzór z art. 20a ustawy należy postrzegać obecnie szeroko w kategoriach pełnego monitoringu realizacji zamówienia z prawem wnioskowania o zastosowanie ewentualnych sankcji, zwłaszcza kar umownych dyscyplinujących z tytułu ujawnionych nieprawidłowości, naruszania ustalonego harmonogramu albo zuchwałego przedłożenia do odbioru przedmiotu z brakami ilościowymi lub wadami jawnymi[31].

De lege ferenda proponuje się wyraźne zmniejszenie kwoty, od której istniałaby konieczność powoływania zespołu. Proponuje się również rozszerzenie *expressis verbis* kompetencji zespołu, które obejmować powinny współdziałanie z wykonawcą w realizacji zamówienia publicznego oraz odbiór zrealizowanego zamówienia. Rolą zespołu oprócz działalności związanej z klasycznym nadzorem powinno być zatem monitorowanie i ocena realizacji zamówienia, jak również współdziałanie z wykonawcami w celu eliminacji pojawiających się problemów związanych z zamówieniem. Wprowadzenie proponowanego rozwiązania poprzedzone powinno zostać jednakże działaniami szkoleniowo-edukacyjnymi, związanymi z budową i kompetencjami przedmioto-

---

[30] Por.: G. Popa: *The Organization Function in The Managment of Public Procurement*, „Bulletin Scientific" 2013, nr 2, s. 171.

[31] Por. R. Szostak: *Aktualny stan rynku zamówień publicznych w Polsce – problemy i kierunki rozwoju*, [w:] *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku,* red. M. Kania, P. Nowicki, Warszawa 2017, s. 263.

wych zespołów, tak aby ich funkcjonowanie w praktyce przynosiło konkretne korzyści dla zamawiającego[32].

VI. Wsparcie mikro-, małych i średnich przedsiębiorców

1. Wsparcie MŚP w systemie zamówień publicznych stanowi jeden z kluczowych celów polityk Unii Europejskiej[33]. Docenienie MŚP posiada również wymiar normatywny, na który wskazuje chociażby przepis art. 173 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zgodnie z którym „Unia Europejska oraz państwa członkowskie czuwają nad zapewnieniem warunków niezbędnych dla konkurencyjności przemysłu Unii i w tym celu, zgodnie z systemem wolnych i konkurencyjnych rynków, ich działania zmierzają m.in. do wspierania środowiska sprzyjającego inicjatywom i rozwojowi przedsiębiorstw w całej Unii, a zwłaszcza małych i średnich przedsiębiorstw".

2. Realizacja zamówienia publicznego przy udziale sektora MŚP pozwala nie tylko na jego efektywne wykonanie, lecz również kreuje znaczącą wartość dodaną. Ograniczenie barier dla MŚP w systemie zamówień publicznych pozwala na: 1) zwiększenie konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie publiczne, co może umożliwić zamawiającym oszczędne wydatkowanie środków finansowych, 2) wzrost liczby przedsiębiorstw z sektora MŚP wśród zwycięzców postępowań, co przekłada się na trwały rozwój tego sektora rynku, 3) zwiększenie różnorodności świadczeń oferowanych zamawiającym, co pozwala im zwiększyć spektrum i innowacyjność dostępnych dóbr[34].

3. Udział MŚP w rynku zamówień publicznych przynosi również przedstawicielom tego sektora wiele korzyści. Po pierwsze, zamówienia publiczne niosą ze sobą stabilne i względnie przewidywalne źródło wynagrodzenia. Daje to możliwość racjonalnego planowania przez MŚP źródeł przychodów, inwestowania w nowe technologie, sprzęt oraz rozwijanie poziomu zatrudnienia[35]. Ponadto współpraca MŚP z zamawiającymi przyczynia się w znaczący sposób do budowania renomy przedstawicieli tego sektora. Współpraca ta stanowi również wartość marketingową dla MŚP. Należycie funkcjo-

---

[32] Por.: G. Popa: *The Organization Function…*, s. 171.

[33] Por.: Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 3 października 2017 r.: *Making Public Procurement work in and for Europe*. Strasbourg, COM (2017) 572, Working Paper, *Green Paper on the Modernisation of EU Public Procurement Policy, Towards a More Efficient European Procurement Market, Synthesis of Replies*. MŚP przypisuje się pierwszoplanową rolę w kreowaniu lokalnych miejsc pracy, rozwoju rynków lokalnych, kreacji i wdrażaniu rozwiązań innowacyjnych. Tak m.in.: W. Kirkwood: *The Evolution of Small Business Preferences in the United States and Selected Lessons Learned for the European Union*, EPPPL 2016, nr 4, s. 314; M. Trybus: *The promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement: A Strategic Objective of the New Public Sector Directive,* [w:] F. Lichere, R. Caranta, S. Treumer: *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen 2014, s. 257.

[34] Tak: J. Jerka: *Przewodnik po nowym podejściu do zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 39–40.

[35] Zob. np: A. Flynn, P. Davis: *Explaining SME participation and success in public procurement using a capability-based model of tendering*, „Journal of Public Procurement" 2017, vol. 17, s. 339.

nujący sektor publiczny kreuje ponadto popyt na rozwiązania innowacyjne, których realizacja przez MŚP pozwala na ich progres technologiczny i podniesienie wartości przedsiębiorstwa[36].

4. Działania państwa pozwalające na zwiększenie udziału MŚP w rynku zamówień publicznych, jak również działania umożliwiające realizację celów zamówień publicznych powinny polegać na dokonaniu określonych zmian legislacyjnych oraz przede wszystkim wdrożeniu pakietu działań pozalegislacyjnych. Na powyższy aspekt zwrócono uwagę już w Komunikacie Komisji Europejskiej z 2008 r. pt. „*Europejski Kodeks Najlepszych Praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych*". Wskazano w nim, iż „W istocie, zainteresowane strony, z którymi przeprowadzono konsultacje podczas przygotowywania kodeksu, podkreśliły, że do ułatwienia dostępu MŚP do zamówień publicznych najbardziej potrzebne są nie zmiany legislacyjne w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych, lecz zmiana kultury instytucji zamawiających w zakresie udzielania zamówień". Zachęcenie dostosowania wskazanego Kodeksu do potrzeb praktyki znalazło się w Motywie 78 Preambuły do Dyrektywy zamówieniowej. Zgodnie z nim „Instytucje zamawiające należy zachęcać do korzystania z kodeksu najlepszych praktyk określonych w dokumencie roboczym służb Komisji z dnia 25 czerwca 2008 r. zatytułowanym »Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych«, zawierającego wytyczne mówiące o tym, w jaki sposób instytucje te mogą stosować ramy zamówień publicznych, aby ułatwić udział MŚP".

5. Do głównych szczegółowych propozycji zmian zaliczyć należy utworzenie Centrum Wsparcia MŚP lub całej sieci odpowiednich punktów na poziomie województw. Przykłady tego typu rozwiązań funkcjonują m.in. w Niemczech, Irlandii czy też na Litwie. Zadania Centrum koncentrować się powinny na działalności informacyjnej, consultingowej, networkingowej oraz edukacyjno-szkoleniowej. Możliwe staje się rozważenie powołania większej ilości przedmiotowych centrów i umiejscowienie tychże np. przy regionalnych izbach gospodarczych.

6. Do zasadniczych propozycji legislacyjnych zaliczyć należy również wzmocnienie mechanizmów wynagrodzeń na rzecz wykonawców, w tym MŚP. W praktyce obserwuje się działania zamawiających, które oddziaływają w powyższej materii niekorzystnie w stosunku do wykonawców. Praktyki takie polegają m.in. na kształtowaniu warunków wypłaty wynagrodzenia lub jego części w sposób wymagający od wykonawców wysokiego własnego zaangażowania finansowego czy też nieproporcjonalnego rozłożenia wynagrodzenia w stosunku do etapów zrealizowanego zamówienia. Obserwowane jest również nadużywanie przez zamawiających formuły wynagrodzenia ryczałtowego oraz praktyka zlecania dodatkowych prac, nieujętych w umowie, w ramach uzgodnionego wynagrodzenia.

Jedynie w określonym zakresie i w określonych przypadkach ustawodawca przewidział *lege iuris* w art. 142 ust. 5 ustawy konieczność waloryzacji wynagrodzenia wy-

[36] Ibidem, s. 340.

konawcy oraz w art. 143a ust. 1 ustawy konieczność wypłacania zaliczki lub zapłatę wynagrodzenia w częściach.

7. Możliwość wypłaty zaliczek przewidziana została zaś w art. 151a oraz 131w ustawy. Obligatoryjne zaliczki przewidziane zostały zaś w jej art. 143a ust. 1. Zakres wskazanych przepisów jest ograniczony, nieprzystający do oczekiwań rynku. Art. 143a ust. 1 ustawy dotyczący obowiązkowych zaliczek, odnosi się tylko do umów na roboty budowlane, których termin wykonywania przekracza 12 miesięcy. W przypadku zatem zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę całości wynagrodzenia należnego wykonawcy po wykonaniu całości robót budowlanych, zamawiający jest obowiązany przewidzieć udzielanie zaliczek, przy czym udzielanie kolejnych zaliczek przez zamawiającego wymaga przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, którzy zawarli zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona.

Dalece niesatysfakcjonujące jest wykorzystywanie zaliczek „fakultatywnych". Zgodnie ze Sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 2016 r. o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych z danych zawartych w ogłoszeniach o zamówieniu opublikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych wynika, że w roku 2016 liczba postępowań, w których przewidziano zaliczkowanie, wyniosła 482, co stanowiło 0,45% ogółu postępowań ogłoszonych w BZP. Dla porównania w roku 2015 liczba takich zamówień wyniosła 593 (0,51% ogółu postępowań), w roku 2014 – 780 (0,54%), a w roku 2013 – 1 362 (0,77%).

De lege ferenda proponuje się zatem rozważenie nowego rozwiązania polegającego na możliwości wprowadzenia w określonych przypadkach postanowień przewidujących konieczność wypłacania zaliczek również w przypadku, kiedy przedmiotem zamówienia są usługi oraz dostawy. Warta rozważenia staje się również kwestia dopuszczenia, iż ww. zaliczki będą wypłacane w przypadkach umów zawieranych na okresy krótsze niż 12 miesięcy.

8. Na podstawie art. 141 obecnie obowiązującej ustawy zamawiający może żądać wykonania umowy od wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia łącznie lub od każdego z osobna, a zaspokojenie zamawiającego przez któregokolwiek z tych wykonawców zwalnia pozostałych. Z przepisu art. 141 ustawy wynika, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec zamawiającego. Odpowiedzialność taka może okazać się w niektórych przypadkach niekorzystna dla MŚP realizujących zamówienia publiczne w konsorcjach. Może również działać „odstraszająco" na takich przedsiębiorców. Warto w tym miejscu wspomnieć, iż kwestia odpowiedzialności solidarnej związana jest również z uzyskaniem doświadczenia i referencji w związku z realizowanym zamówieniem. Z sytuacją, gdy konsorcjum nie zrealizuje zamówienia, mogą wiązać się sankcje w postaci wykluczenia z przyszłych postępowań. W takim przypadku element solidarnej odpowiedzialności może powodować, że nierzetelne zachowanie jednego członka konsorcjum obciąży również drugiego, jeśli nie zdoła wywiązać się

z obowiązków umownych. Jak słusznie argumentuje się w doktrynie, skoro miałby on uzyskiwać prawo do doświadczenia (referencje) w przypadku doprowadzenia do prawidłowej realizacji zamówienia również w stosunku do wykonania zadań, za które w ramach konsorcjum nie odpowiadał, to z drugiej strony powinien ponosić również negatywne konsekwencje, wynikające z solidarnej odpowiedzialności[37]. Warto zatem poddać pod dyskusję konieczność likwidacji rozwiązania dotyczącego solidarnej odpowiedzialności na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych np. w kontekście bardziej złożonych zamówień infrastrukturalnych. Tym bardziej, iż wymóg odpowiedzialności solidarnej zniesiony został w Ustawie z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prawnym. Brak takiego wymogu również na gruncie Ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

VII. Zmiany w zakresie środków ochrony prawnej i kontroli

1. Daleko idących zmian wymaga również system kontroli zamówień publicznych.

Szczególnego znaczenia nabiera kwestia reformy środków ochrony prawnej. Ich szczegółowe omówienie wraz z analizą rynku zawarte zostało w Raporcie Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych pt. *Funkcjonowanie środków ochrony prawnej w krajach UE. Kluczowe wnioski*[38]. Do głównych propozycji przedstawionych w Raporcie zaliczyć należy: propozycję powołania w pierwszej instancji odrębnych i wyspecjalizowanych organów, w których obok prawników zasiadaliby eksperci z innych obszarów, powołanie jednego sądu właściwego w sprawach zamówień publicznych w drugiej instancji, przedłużenie okresu zakazu zawarcia umowy do upływu terminu na wniesienie skargi (lub parę dni później) oraz wprowadzenie przepisów jednoznacznie przyznających stronom możliwość wnioskowania o zabezpieczenie w postaci zakazu zawarcia umowy, ewentualnie z prawem uchylenia tego zakazu przez Izbę, wprowadzenie możliwości złożenia skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego przez strony postępowania, obniżenie wysokości wpisów i opłat za korzystanie ze środków ochrony prawnej.

2. Warto również zastanowić się nad zmniejszeniem liczby organów przeprowadzających kontrole w zakresie spraw związanych z zamówieniami. Zasadnym wydaje się skoncentrowanie kompetencji kontrolnych w jednym organie specjalistycznym, którym powinien być Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Istotne znaczenie posiada również zagwarantowanie zamawiającym jednolitości wyników postępowań kontrolnych. W przypadku zatem ewentualnych rozbieżności w wynikach kontroli przez różne organy powinny one mieć obowiązek ustalania pomiędzy sobą przyczyn takowych wątpliwości, bez jednoczesnej możliwości wyciągania negatywnych konsekwencji wobec zamawiającego.

---

[37] Tak: K. Kuźma, W. Hartung: *Przetargi: udział konsorcjów w postępowaniach o zamówienie publiczne*, „Rzeczpospolita", 24.08.2017.

[38] http://www.stowarzyszeniepzp.pl/inicjatywy-projekty.

Podsumowanie

W niniejszym opracowaniu wyrażono zdecydowany pogląd o konieczności głębokiej reformy polskich zamówień publicznych. Zmiany powinny nastąpić zarówno w sferze tekstowej bazowego dla polskich zamówień publicznych aktu normatywnego, jak i w jego warstwie merytorycznej. Ewentualnemu przyjęciu zmian towarzyszyć powinny szerokie działania edukacyjno-szkoleniowe. Pierwsze efekty całościowej reformy polskich zamówień publicznych powinny być widoczne w perspektywie kilku lat.

Bibliografia

Adamus R.: *Kara umowna w zamówieniach publicznych*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych" 2015, nr 3.

Flynn A., Davis P.: *Explaining SME participation and success in public procurement using a capability--based model of tendering*, „Journal of Public Procurement" 2017, vol. 17.

Hartung W.: *Zamówienia in–house – między zamówieniami a konkurencją*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. A. Panasiuk, M. Stręciwilk, Warszawa 2017.

Jerka J.: *Przewodnik po nowym podejściu do zamówień publicznych*, Warszawa 2012.

Kirkwood W.: *The Evolution of Small Business Preferences in the United States and Selected Lessons Learned for the European Union*, EPPPL 2016, nr 4.

Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 3 października 2017 r.: *Making Public Procurement work in and for Europe*, Strasbourg, COM (2017) 572, Working Paper, *Green Paper on the Modernisation of EU Public Procurement Policy, Towards a More Efficient European Procurement Market, Synthesis of Replies*.

Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 3 marca 2010 r.: *Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*.

Kuźma K., Hartung W.: *Przetargi: udział konsorcjów w postępowaniach o zamówienie publiczne*, „Rzeczpospolita", 24.08.2017.

Nowicki P.: *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2013.

Risk Managment in Public Procurement for Innovation: the Case of Nordic – Baltic Sea cities. Innovation, „The European Journal of Social Science Research" 2010, vol. 23, no. 3.

Popa G.: *The Organization Function in The Managment of Public Procurement*, „Buletin Scientific" 2013, nr 2.

Stachowiak M.: *Komentarz do art. 36c ustawy – Prawo zamówień publicznych*, LEX, 19.10.2014.

Trybus M.: *The promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement: A Strategic Objective of the New Public Sector Directive,* [w:] F. Lichere, R. Caranta, S. Treumer: *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen 2014.

Smirnova O., Yusuf J.E., Eland S.: *Managing for Performance*: *Measurement and Monitoring of contracts in the transit industry*, „Journal of Public Procurement" 2016, vol. 16, issue 2.

Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 2016 r. o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych.

Szostak R.: *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych,* [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. A. Panasiuk, M. Stręciwilk, Warszawa 2017.

Szostak R.: *Aktualny stan rynku zamówień publicznych w Polsce – problemy i kierunki rozwoju,* [w:] *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 r.*, red. M. Kania, P. Nowicki, Warszawa 2017.

Zamówienia Publiczne a innowacyjność MSP, Warszawa 2013.

Dr Maciej Lubiszewski
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Wydział Prawa i Administracji

Postulaty *de lege ferenda* w odniesieniu do kompleksowego charakteru prawa zamówień publicznych

Abstrakt

Celami prawa zamówień publicznych są: otwarcie zamówień publicznych dla konkurujących ze sobą wykonawców, przeciwdziałanie praktykom korupcyjnym, osiągnięcie określonych efektów gospodarczych, społecznych lub ekologicznych oraz wykonanie zobowiązań Polski wynikających z członkostwa w Unii Europejskiej. Jeżeli osiąganie tych doniosłych, systemowych celów prawa zamówień publicznych ma być skuteczne, ustawa powinna obejmować zakresem obowiązywania możliwie największą liczbę zamówień publicznych. Zasadą powinno być stosowanie ustawy, jej wyłączenie – rozsądnie uzasadnionym wyjątkiem. Wprowadzenie do przygotowywanej ustawy jakiegokolwiek wyłączenia, np. tzw. progu bagatelności, ale także ograniczenie dostępności środków ochrony prawnej, musi poprzedzić uważna ocena celowości (czemu ma służyć to wyłączenie lub ograniczenie?), konieczności (czy cele wyłączenia lub ograniczenia przeważają nad celami prawa zamówień publicznych?) oraz proporcjonalności (czy cele wyłączenia lub ograniczenia można osiągnąć w inny sposób?).

Abstract

The objectives of the public procurement law are: opening public procurements for competing contractors, preventing corrupt practices, achieving specific economic, social or environmental effects and fulfilling Poland's obligations stemming from membership in the European Union. Achievement of these important systemic goals requires the act to be applicable to the largest possible number of public contracts. The application of the act should be the rule while its exclusion – a reasonably justified exception. Introduction of any exclusion to the law, like applicability threshold, as well as limiting the availability of legal remedies must be preceded by a careful assessment of their purpose (what is the purpose of the exclusion or limitation?), necessity (do the aims of the exclusion or limitation prevail over the objectives of public procurement law?) and proportionality (can the purposes of exclusion or limitation be achieved in a different way?).

Cele zamówień publicznych

Jednym z fundamentalnych zagadnień, których rozstrzygnięcie powinno rozpoczynać prace nad każdym aktem prawnym, jest ustalenie celów projektowanej regulacji. Z jednej strony pozwala to na prawidłowe skonstruowanie norm i przepisów, z drugiej

– wspomaga proces ich stosowania i interpretacji, zwłaszcza gdy niezbędne staje się wykorzystanie wykładni teleologicznej. W przypadku Prawa zamówień publicznych[1] sprawa wydaje się o tyle prosta, że obecnie prowadzone prace dotyczą trzeciej odsłony ustawy regulującej procedury udzielania zamówień publicznych, zatem co najmniej niektóre cele zostały już zidentyfikowane.

Projektodawca obecnie obowiązującej ustawy do celów jej uchwalenia zaliczył:

- 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;
- likwidację zbędnych obciążeń biurokratycznych i wprowadzenie rozwiązań ułatwiających przedsiębiorcom dostęp do rynku zamówień[2].

Jak się okazuje, w literaturze przedmiotu nie ma zbyt wielu opracowań, których autorzy podjęliby w swych badaniach wątek celów prawa zamówień publicznych[3]. Niektórzy utożsamili cele z zasadami udzielania zamówień publicznych[4], co jest nietrafne i wprowadza niepotrzebne zamieszanie terminologiczne. Najpełniejsze ujęcie tej problematyki zaproponował M. Szydło. Autor utożsamił cele zamówienia publicznego z celami prawa, które reguluje zamówienia publiczne[5]. Do tak rozumianych celów prawa zamówień publicznych autor zaliczył:

- efektywność ekonomiczną[6];

---

[1] Ustawa z 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm. Dalej także jako Pzp.

[2] Druk sejmowy nr 2218 z 7.11.2003 r., Uzasadnienie projektu, s. 2.

[3] Nawet opracowania poświęcone przyszłej ustawie, która ma zastąpić obecnie obowiązującą, nie poświęcają szczególnej uwagi celom prawa zamówień publicznych – por. np. R. Szostak: *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017, s. 163 i n.

[4] J. Olszewska, J. Rokicka: *Zamówienia publiczne. Zarządzanie organizacją, ludźmi i problemami*, Warszawa 2010, s. 15 i n. Rozdział I zatytułowany: „Cele ustawy – Prawo zamówień publicznych a zasady finansów publicznych", poświęcony został wyłącznie zasadom ustawy Pzp. Podobnego zabiegu, tj. utożsamienia zasad ustawy z jej celami, dokonała Krajowa Izba Odwoławcza w cytowanym przez Autorów wyroku z 3.02.2009 r., KIO/UZP 91/09, KIO/UZP 92/09.

[5] M. Szydło: *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 1. Słuszność tego zabiegu może rodzić pewne wątpliwości, jednak ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na rozwinięcie tego wątku.

[6] Cel zapewnienia efektywności ekonomicznej wydatków publicznych przypisać należy w znacznie większym stopniu prawu finansów publicznych. Prawo zamówień publicznych jest jedynie instrumentem ułatwiającym osiągnięcie tego celu. W mojej ocenie omawiany cel nie stanowi celu samoistnego reżimu zamówień publicznych. Wątek relacji prawa zamówień publicznych i prawa finansów

- osiąganie pozytywnych następstw ogólnogospodarczych, a także wymiernych korzyści w sferze społecznej i ekologicznej;
- urzeczywistnianie stanu sprawiedliwości proceduralnej;
- zapewnianie etycznej uczciwości zachowań uczestników rynku;
- zagwarantowanie należytego wykonywania przez wykonawców świadczeń stanowiących przedmiot zamówień publicznych[7].

Niektóre cele zostały zidentyfikowane również w judykaturze. Sąd Najwyższy stwierdził, iż „nie budzi wątpliwości, że celem rozwiązań prawnych przyjętych w przepisach ogólnych ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych jest zagwarantowanie równego traktowania wszystkich uczestników postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, wyeliminowanie zjawisk o charakterze korupcyjnym i w konsekwencji ochrona rynku, który powinien być zorganizowany przy zachowaniu zasady równości wszystkich uczestniczących w nim podmiotów"[8]. Zdaniem przedstawicieli doktryny ten judykat zachowuje aktualność na gruncie Prawa zamówień publicznych[9].

W mojej ocenie nadrzędnym celem prawa zamówień publicznych jest (i powinno być w przyszłości) otwarcie zamówień publicznych dla konkurujących ze sobą wykonawców, co z jednej strony oznacza przyznanie wykonawcom podmiotowego prawa do dostępu do zamówienia publicznego[10], natomiast z drugiej strony – zapewnienie konkurencyjności postępowań[11]. Do rozwiązań prawnych realizujących tak rozumiany cel należą obecnie m.in.:

- prymat przetargowych trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego[12];
- wyjątkowy charakter trybów zamkniętych[13];

---

publicznych w kontekście celu efektywności ekonomicznej zakupów podjął m.in. K. Horubski: *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 52 i n.

[7] M. Szydło: op. cit., s. 3 i n.

[8] Wyrok Sądu Najwyższego z 13.09.2001 r., IV CKN 381/00.

[9] H. Nowicki: *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń-Warszawa 2009, s. 91. Autor ten wskazuje też na inne cele ustawy: racjonalne wydatkowanie środków publicznych oraz ochrona interesu prawnego wykonawców w procesie udzielania zamówień publicznych.

[10] Uważam, że takie prawo można zrekonstruować na podstawie obecnie obowiązujących norm prawa zamówień publicznych. Jego szczególnym aspektem jest dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

[11] Z punktu widzenia interesów państwa konkurencyjność postępowań jest wartością cenniejszą (umożliwia bowiem osiąganie lepszych efektów ekonomicznych) i przez to została silniej wyartykułowana w przepisach Pzp.

[12] Mam tu myśli zasadę wyartykułowaną w art. 10 Pzp, zgodnie z którą przetarg nieograniczony i ograniczony są trybami podstawowymi.

[13] Wyjątkowość trybów zamkniętych (tj. wszczynanych w drodze zaproszenia wykonawców wybranych przez zamawiającego) polega na konieczności wypełnienia ustawowych przesłanek ich zastosowania.

- publiczne ogłoszenia związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego[14];
- zakaz utrudniania konkurencji poprzez opis przedmiotu zamówienia bezzasadnie preferujący pewne rozwiązania kosztem innych oraz poprzez opis warunku udziału w postępowaniu bezzasadnie dyskryminujący pewnych wykonawców;
- środki ochrony prawnej umożliwiające wymuszenie dostępu do postępowania[15].

Kolejnym doniosłym celem, który należy przypisać prawu zamówień publicznych, jest przeciwdziałanie praktykom korupcyjnym. Realizują go przede wszystkim te przepisy prawa zamówień publicznych, które zapewniają pisemność[16] i jawność postępowania.

Prawodawca, kształtując normy prawa zamówień publicznych, zmierza także do osiągnięcia określonych celów gospodarczych[17], społecznych[18] i ekologicznych[19]. W tej sferze dominować będą raczej standardy „miękkie", a więc rozwiązania fakultatywne[20], a nawet pozaprawne zalecenia[21]. Nie można wykluczyć bardziej zdecydowanych działań prawodawcy, co będzie odzwierciedlało jego determinację w dążeniach do osiągnięcia założonych celów. Przykładem takiej determinacji jest obligatoryjna klauzula dotycząca zatrudnienia zawarta w art. 29 ust 3a Pzp.

Last but not least celem, który niewątpliwie można przypisać prawu zamówień publicznych, jest wykonanie zobowiązań Polski wynikających z członkostwa w Unii Europejskiej, co oznacza, że prawo to realizuje cele, jakie przypisane są europejskiemu prawu zamówień publicznych. Można je zidentyfikować na podstawie preambuły do dyrektywy klasycznej, zgodnie z którą regulacje dotyczące udzielania zamówień publicznych powinny gwarantować przestrzeganie zasad (swobód) traktatowych i otwar-

---

[14] Warto zwrócić uwagę na fakt, że nawet w trybie zamówienia z wolnej ręki ustawodawca wprowadził tzw. ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*.

[15] Chodzi tu m.in. o możliwość zaskarżenia opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu czy też wyboru oferty najkorzystniejszej.

[16] Elektroniczna forma dokumentowania postępowania będzie również realizowała ten cel.

[17] W szczególności nakazując zamawiającym kierować się przy wyborze kontrahenta czynnikami ekonomicznymi, ale także tworząc instrumenty zwiększające efektywność zakupów, wyrażającą się m.in. w korzystnej dla zamawiającego relacji cena–jakość.

[18] W tym celu wprowadzono szereg rozwiązań określanych wspólnym mianem „klauzul społecznych".

[19] Prawodawca legitymizuje stosowanie rozwiązań proekologicznych, nawet gdyby miało się to wiązać z wyższym kosztem po stronie zamawiającego publicznego.

[20] Np. dopuszczalne, lecz nie obowiązkowe ekologiczne kryterium oceny ofert z art. 91 ust. 2 pkt 3 Pzp.

[21] Por. Zalecenia Rady Ministrów z 28.07.2017 r. w sprawie stosowania przez administrację rządową klauzul społecznych w zamówieniach publicznych, https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/zrownowazone-zamowienia-publiczne/spoleczne-zamowienia/przydatne-dokumenty/zalecenia-rady-ministrow-dotyczace-stosowania-klauzul-spolecznych-przez-administracje-rzadowa-przy-udzielaniu-zamowien-publicznych (dostęp: 26.03.2018).

cie zamówień na konkurencję[22]. Cele te towarzyszą europejskiemu prawu zamówień publicznych od pierwszych regulacji z lat sześćdziesiątych ubiegłego wieku[23].

Powyższy, raczej pobieżny przegląd zidentyfikowanych celów prawa zamówień publicznych z jednej strony wskazuje na istniejące różnice poglądów, z drugiej jednak dowodzi, że niezależnie od przyjętego zestawu celów, wszystkie one wykazują doniosłość z punktu widzenia interesów państwa. Tak rozumiany publiczny i ogólny charakter celów prawa zamówień publicznych uzasadnia centralizację tej regulacji. W przeciwnym razie nie zachodziłaby potrzeba odgórnego kształtowania norm określających sposób udzielania zamówień publicznych. „Zasady i tryb udzielania zamówień publicznych", o których dziś mowa w art. 1 Pzp, zamawiający regulowaliby we własnym zakresie, co zresztą miało miejsce w okresie bezpośrednio poprzedzającym przyjęcie ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r. Cele prawa zamówień publicznych mają i powinny mieć zatem charakter systemowy. Ustawodawca, tworząc prawne ramy udzielania zamówień publicznych, w istocie zamierza oddziaływać na cały krajowy system zamówień publicznych, co oznacza, że prawo zamówień publicznych musi mieć charakter kompleksowy. Tylko wtedy możliwe będzie osiąganie zakładanych celów.

Kompleksowość regulacji Pzp a wyłączenie stosowania przepisów o zamówieniach

Postulat kompleksowości może być różnie rozumiany. R. Szostak proponuje, by „jednym aktem (…) objąć (…) w miarę wszystkie rodzaje zamówień, także sektorowe i związane z obronnością"[24]. Jak wiadomo, w obecnym stanie prawnym ten postulat jest spełniony. Autor idzie jednak dalej i pisze: „odrębne unormowanie koncesji budowlanych i usługowych w ramach innej ustawy można tolerować tylko przejściowo"[25].

Postulat tak rozumianej kompleksowości odnosi się raczej do sfery prawidłowej legislacji, co nie umniejsza jego trafności[26]. Wydaje się jednak, że z perspektywy celów kwestia liczby aktów prawnych nie ma pierwszorzędnego znaczenia.

Postulat kompleksowości regulacji, który staram się wyartykułować w niniejszym opracowaniu, w swojej postaci ogólnej odnosi się do przypadków, w których ustawodawca wyłącza z reżimu zamówień publicznych określone kategorie zamówień[27].

---

[22] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, preambuła, ust. 1.

[23] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj: *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 18.

[24] R. Szostak: op. cit., s. 165.

[25] Ibidem.

[26] Trudno nie zgodzić się z R. Szostakiem, gdy Autor pisze o „postępującej degradacji i szkodliwym rozpraszaniu problematyki zamówień publicznych poprzez mnożenie przepisów odrębnych".

[27] Gwoli ścisłości należy dodać, że R. Szostak porusza również ten wymiar postulatu kompleksowości.

W szczególny sposób adresuję go do wyłączenia kwotowego, niefortunnie i obecnie bezzasadnie zwanego „progiem bagatelności".

Jak powszechnie wiadomo, zgodnie z art. 4 pkt 8 Pzp ustawy nie stosuje się do „zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro". Próg stosowania ustawy jest konstrukcją obecną w polskim prawie od wielu lat, choć warto przypomnieć, że w początkowym okresie ustawa o zamówieniach publicznych z 1994 r.[28] w ogóle nie przewidywała takiego rozwiązania. Dość szybko jednak, bo 9.09.1995 r., do art. 71 ustawy o zamówieniach publicznych wprowadzono próg kwotowy (1 000 ecu), poniżej którego dopuszczalne było przeprowadzenie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki[29]. Po dwóch latach jego wartość podniesiono do 3 000 ecu[30]. W końcowym okresie obowiązywania ustawy o zamówieniach publicznych próg ten przeniesiono z art. 71 do art. 6, czyniąc z niego (26.10.2001 r.) próg stosowania ustawy[31]. Następnie (20.10.2003 r.) podniesiono jego wartość do 6 000 euro[32] i to rozwiązanie przeniesiono w 2004 r. do art. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych[33]. Przepis ten zmieniał się dwukrotnie: 11.06.2007 r. próg wzrósł do 14 000 euro[34], a 16.04.2014 r osiągnął obecnie obowiązującą wartość 30 000 euro[35].

Statystyki zawarte w Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r. – a więc w pierwszym pełnym roku obowiązywania nowego progu stosowania ustawy – dowodzą, że wyłączenie kwotowe z art. 4 pkt 8 Pzp sprawiło, iż poza reżimem ustawowym udzielono zamówień o łącznej wartości 33,1 mld zł, podczas gdy wartość zamówień udzielonych na podstawie ustawy wyniosła 116,3 mld zł[36]. W ubiegłym roku wielkości te nieznacznie spadły i wyniosły odpowiednio 31,5 mld zł i 107,4 mld zł[37] natomiast relacja wartości

---

[28] Dz. U. z 1994 r., Nr 76, poz. 344.

[29] Dz. U. z 1995 r., Nr 99, poz. 488.

[30] Dz. U. z 1997 r., Nr 123, poz. 778. 1.01.1999 r. wszystkie kwoty wyrażone w ecu zamieniono na euro.

[31] Dz. U. z 2001 r., Nr 76, poz. 813.

[32] Dz. U. z 2003 r., Nr 165, poz. 1591.

[33] Dz. U. z 2004 r., Nr 19, poz. 177.

[34] Dz. U. z 2007 r., Nr 82, poz. 560.

[35] Dz. U. z 2014 r., poz. 423.

[36] Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r., s. 27. Sprawozdanie opublikowane jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0025/32389/Sprawozdanie-Urzedu-Zamowien-Publicznych-za-rok-2015.pdf (dostęp: 27.03.2018).

[37] Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r., s. 35. Sprawozdanie opublikowane jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/35178/Sprawozdanie-UZP-za-2016.pdf (dostęp: 27.03.2018).

zamówień podprogowych do wartości zamówień objętych ustawą utrzymała się na poziomie zbliżonym do 30%.

W mojej ocenie nie ma żadnego powodu, który uzasadniałby rezygnację ze zidentyfikowanych wyżej celów wobec tak znacznej grupy zamówień publicznych. Zamówienia te nie są w pełni otwarte na konkurujących ze sobą wykonawców, oddziaływanie antykorupcyjne państwa jest znacząco osłabione, zaś osiąganie celów polityki gospodarczej, społecznej lub ekologicznej pozostawione jest czynnikom, na które państwo nie ma wpływu, bądź przypadkowi. W trakcie dyskusji nad nowelizacją art. 4 pkt 8 Pzp sformułowano szereg argumentów, z których dwa miały zasadnicze znaczenie:

- odbiurokratyzowanie procedur o niewielkich wartościach,
- ochrona rynku lokalnego.

Nie zastanawiano się jednak na tym, na czym polega rzekome zbiurokratyzowanie procedur, czy stanowi ono istotny problem w sferze zamówień publicznych, czy podniesienie progu rozwiąże ten problem oraz czy nie da się go usunąć w inny, mniej radykalny sposób[38]. W odniesieniu do ochrony rynku lokalnego również nie szukano innych rozwiązań w samej ustawie decydując się na ruch skrajny, który m.in. pozbawiał środków ochrony prawnej wszystkich wykonawców, a więc także lokalnych przedsiębiorców[39]. O słabości argumentów świadczy również treść uzasadnienia projektu nowelizacji, w którym projektodawca wręcz zniechęca do przyjęcia proponowanego rozwiązania, wskazując na jego sprzeczność z celami Prawa zamówień publicznych[40].

Prace nad nową ustawą stanowią znakomitą okazję, by na nowo przeprowadzić dyskusję nad kompleksowością przygotowywanego aktu prawnego, tym razem rzetelną i merytoryczną. Aby możliwe było osiąganie doniosłych, systemowych celów prawa zamówień publicznych, ustawa powinna obejmować zakresem obowiązywania możliwie największą liczbę zamówień publicznych. Zasadą powinno być stosowanie ustawy, jej wyłączenie – rozsądnie uzasadnionym wyjątkiem.

Wprowadzenie do przygotowywanej ustawy jakiegokolwiek wyłączenia, w tym także tzw. progu bagatelności musi poprzedzić uważna ocena celowości (czemu ma służyć to wyłączenie?), konieczności (czy cele wyłączenia przeważają nad celami prawa zamówień publicznych?) oraz proporcjonalności (czy cele wyłączenia można osiągnąć w inny sposób?).

Opowiadam się za „powrotem do źródeł" i za rezygnacją z progu stosowania ustawy. W zamian ustawodawca mógłby zaproponować zamawiającym prostą i szybką procedurę ustawową stosowaną przy udzielaniu zamówień o najniższej wartości (np.

---

[38] W ustawie funkcjonowało rozwiązanie upraszczające postępowania na tzw. usługi niepriorytetowe, które mogło stanowić wzór dla postępowań o „bagatelnej" wartości, stanowiąc alternatywę dla podwyższenia progu stosowania ustawy.

[39] Alternatywą dla podwyższenia progu był np. tryb zapytania o cenę, w którym tkwi potencjał ochrony rynku lokalnego.

[40] Druk sejmowy nr 1638 z 16.08.2013 r., Uzasadnienie projektu, s. 3-13. Dokument jest dostępny na stronie internetowej Sejmu http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/C434887C24526A00C1257BD400425C3B/%24File/1638.pdf (dostęp: 27.03.2018).

do 1 000 euro). Mogłoby to być rozwiązanie wzorowane na obecnym zamówieniu z wolnej ręki i zapytaniu o cenę. Ten ostatni tryb mógłby stanowić podstawę dla postępowań o wyższej wartości (np. do 10 000 euro), przy czym warto rozważyć wbudowanie w taką procedurę mechanizmu ogłoszeń, choćby fakultatywnych.

Kompleksowość regulacji Pzp a środki ochrony prawnej

O ile powyższy postulat ma charakter generalny, tj. odnosi się do zakresu obowiązywania całego aktu prawnego, o tyle drugi z postulatów ma charakter szczególny, bowiem odnosi się do środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom. Ustalenie, że najdonioślejszym celem ustawy jest zagwarantowanie wykonawcom dostępu do zamówień publicznych prowadzi do wniosku, że instrumentem o fundamentalnym znaczeniu z perspektywy całego systemu zamówień publicznych są środki ochrony prawnej, w szczególności odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej[41]. Dostęp do procedur odwoławczych powinien być uznany za prawo wykonawcy[42]. Odwołania powinny być rozstrzygane szybko przez wyspecjalizowany organ, który powinien podlegać efektywnej kontroli sądowej.

Tempo rozstrzygania sporów przez Krajową Izbę Odwoławczą nie budzi zastrzeżeń, natomiast poziom zagwarantowania pozostałych wskazanych wyżej standardów, tj. dostępności środków ochrony prawnej oraz efektywnej kontroli sądowej nad Izbą pozostawia wiele do życzenia. Postulat dotyczący efektywnej kontroli sądowej nad KIO nie wchodzi w zakres postulatu kompleksowości i jako taki nie będzie przedmiotem niniejszych rozważań. Warto w tym miejscu jedynie zasygnalizować konieczność znacznego obniżenia wysokości opłaty sądowej od skargi oraz podniesienia merytorycznego poziomu orzecznictwa sądowego. Ten ostatni cel można osiągnąć np. poprzez zmniejszenie liczby sądów okręgowych właściwych do rozpatrywania skarg (do jednego albo do liczby odpowiadającej liczbie sądów apelacyjnych).

Wracając do postulatu kompleksowości w aspekcie środków ochrony prawnej sądzę, że utrzymywanie ograniczonego katalogu podstaw do wniesienia odwołania w postępowaniach, których wartość nie przekracza progów unijnych[43], nie znajduje obecnie żadnego uzasadnienia.

Genezy ograniczenia katalogu podstaw do wniesienia odwołania należy szukać w ustawie nowelizującej z 7.04.2006 r.[44] Nowela ta weszła w życie 25.05.2006 r. wpro-

---

[41] Dalej także jako KIO. Jedynie odwołanie do KIO uznaję za efektywny i samoistny środek odwoławczy ustanowiony w Prawie zamówień publicznych. Skarga do sądu nie ma charakteru samoistnego, natomiast „fasadowy" środek określony w art. 181 Pzp nie ma potencjału przymuszenia zamawiającego do zachowania zgodnego z prawem, a więc nie może być uznany za środek efektywny.

[42] Pomijam w tym miejscu odwołania przysługujące uprawnionym organizacjom. Odwołania wnoszone przez te podmioty odgrywają marginalną rolę w systemie zamówień publicznych.

[43] Będę nazywał te postępowania postępowaniami krajowymi.

[44] Ustawa z dnia 7.04.2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpo-

wadzając do Pzp m.in. art. 4a, który ustanawiał próg w wysokości 60.000 euro. W postępowaniach o wartości niższej nie obowiązywały niektóre przepisy ustawy, w tym dotyczące odwołań i skarg. Zmiana ta miała na celu usprawnienie i przyspieszenie procedur udzielania zamówień publicznych. Chodziło przede wszystkim o podniesienie poziomu absorbcji środków unijnych. Warto przypomnieć, że pierwotnie próg 60.000 EUR miał być progiem stosowania ustawy. Dopiero na etapie prac parlamentarnych – już podczas pierwszego czytania – zarzucono propozycję rządową i zdecydowano się na zaprojektowanie rozwiązania, które zyskało akceptację prawodawcy. W konsekwencji od 25.05.2006 r. wykonawcy zostali pozbawieni możliwości składania odwołań i skarg do sądu w postępowaniach, których wartość nie przekraczała 60.000 euro. Rok później (11.06.2007 r.) zniesiono ten próg zastępując go tzw. progiem unijnym[45], co znacznie ograniczyło prawo do zaskarżenia czynności zamawiającego do organu zewnętrznego[46]. Przy zamówieniach na dostawy i usługi kwota, od której przysługiwało odwołanie, zwiększyła się ponad dwukrotnie, zaś w przypadku podsektora samorządowego – ponad trzykrotnie. Przy zamówieniach na roboty budowlane kwota ta wzrosła niemal osiemdziesięcioośmiokrotnie. Podobnie, jak w przypadku noweli z 7.04.2006 r., zmianę tę uzasadniano odbiurokratyzowaniem i przyspieszeniem postępowań oraz usprawnieniem absorbcji środków unijnych. Ponadto projektodawca stwierdził, iż doświadczenia związane z funkcjonowaniem progu 60.000 euro nie dają podstaw to twierdzenia, że „wprowadzone poprzednią nowelizacją ograniczenia w dostępie wykonawców do środków ochrony prawnej są przez zamawiających nadużywane”[47].

Pozbawienie prawa do wniesienia odwołania w postępowaniach krajowych zostało dość szybko uznane za nieuzasadnione[48]. Sprzyjało to bowiem powstawaniu zjawisk patologicznych i wpływało niekorzystnie na sytuację sektora małych i średnich przedsiębiorstw[49]. Projektodawca w uzasadnieniu kolejnej nowelizacji stwierdził, że „niezbędne jest zatem wprowadzenie systemu gwarantującego ochronę podstawowych interesów wykonawców”[50]. Zaproponowano, by w postępowaniach krajowych wykonawca miał „zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów, a mianowicie: 1) nieprawidłowego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, wolnej ręki, zapytania o cenę; 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia wy-

wiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz. U. Nr 79, poz. 551.

[45] Progi unijne obowiązywały już wcześniej, przy czym początkowo nie miały one zastosowania do środków ochrony prawnej.

[46] Wprawdzie wykonawcom przysługiwał jeszcze wtedy protest, lecz był on rozpatrywany przez samego zamawiającego, a nie przez organ zewnętrzny, jakim był zespół arbitrów zastąpiony przez KIO.

[47] Druk sejmowy nr 1193 z 4.12.2006 r., Uzasadnienie, s. 2.

[48] Druk sejmowy nr 471 z 24.04.2008 r., Uzasadnienie, s. 16.

[49] Ibidem.

[50] Ibidem, s. 17.

konawcy z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia ofert"[51]. Chodziło o możliwość zaskarżenia tych czynności zamawiającego, które „bezpośrednio dotyczą wykonawcy wnoszącego dany środek ochrony prawnej"[52]. Propozycja powyższa została zaakceptowana przez ustawodawcę. Zmiana weszła w życie 25.10.2008 r.[53]

Dopiero nowelizacja z 22.06.2016 r.[54] rozszerzyła katalog podstaw do wniesienia odwołania o opis przedmiotu zamówienia i wybór oferty najkorzystniejszej. Ta ostatnia przesłanka dość szybko stała się zarzewiem sporu pomiędzy Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych a Krajową Izbą Odwoławczą. Sprawa jest powszechnie znana i nie ma potrzeby jej omawiania. W mojej ocenie służy ona jako dodatkowy argument uzasadniający postulat zniesienia specjalnego katalogu podstaw do wniesienia odwołania w postępowaniach, których wartość nie przekracza progów unijnych. Taki katalog wprowadza bowiem po stronie wykonawcy, niekiedy także po stronie innych aktorów systemu zamówień publicznych (zamawiający, KIO, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych), element niepewności, czy w dana czynność (zaniechanie) zamawiającego podlega zaskarżeniu do Krajowej Izby Odwoławczej.

W toku prac nad nowym aktem prawnym z dziedziny zamówień publicznych za regułę należy uznać prawo wykonawcy do dostępu do środków ochrony prawnej. W konsekwencji zróżnicowanie poziomu ochrony prawnej wykonawców w zależności od wartości zamówienia, będące wyjątkiem od reguły, należy rozważnie ocenić pod kątem celowości, konieczności i proporcjonalności.

Cele uzasadniające ograniczenie prawa do odwołania (odbiurokratyzowanie i przyspieszenie postępowań oraz usprawnienie absorbcji środków unijnych) obecnie nie mają już takiego znaczenia, jak w 2006 r. i z pewnością nie przeważają nad potrzebą zapewnienia wykonawcom należytej ochrony prawnej. Poza tym usprawnienie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powinno być osiągane za pomocą innych instrumentów ustawowych takich jak np. elektronizacja.

Postulując zniesienie rozwiązania określonego obecnie w art. 180 ust 2 Pzp nie przesądzam kwestii zasadności zróżnicowania wysokości wpisu od odwołania w zależności od wartości zamówienia. Nie wykluczam również, że w przypadku zamówień o najniższej wartości ograniczenie lub nawet zniesienie prawa do odwołania do KIO może być uznane za usprawiedliwione, stanowiąc przy tym „cenę" za objęcie tych zamówień reżimem ustawowym.

---

[51] Ibidem, s. 17–18.

[52] Ibidem, s. 18.

[53] Ustawa z 04.09.2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 171, poz. 1058.

[54] Dz. U. z 2016 r., poz. 1020.

Podsumowanie

Konkludując, uważam, że prawo zamówień publicznych ma służyć realizacji doniosłych celów o charakterze ogólnym i systemowym. Ich osiągnięcie jest możliwe tylko dzięki kompleksowej regulacji prawnej, co oznacza, że projektowany akt prawny powinien obejmować zakresem obowiązywania możliwie największą liczbę zamówień publicznych. Każde wyłączenie stosowania reżimu zamówień publicznych musi zostać ocenione pod kątem celowości, konieczności i proporcjonalności. Dotyczy to kwotowego progu stosowania ustawy, który obecnie powoduje, że zamówienia o łącznej wartości ponad 30 mld zł udzielane są z pominięciem Prawa zamówień publicznych. Postuluję przywrócenie pierwotnego rozwiązania i zniesienie progu stosowania ustawy, w zamian oferując zamawiającym znaczne ułatwienia w postępowaniach o najniższej wartości.

Postulat kompleksowości można również odnieść do szczegółowych rozwiązań ustawowych. Ze względu na znaczenie środków ochrony prawnej dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych postuluję, by kompleksowy charakter przyszłej regulacji przejawiał się również w braku zróżnicowania poziomu ochrony prawnej ze względu na wartość zamówienia. Obecnie obowiązujący katalog dopuszczalnych podstaw do wniesienia odwołania w postępowaniach krajowych w niektórych sytuacjach bezzasadnie amputuje prawo wykonawcy do środków ochrony prawnej.

Bibliografia

Horubski K.: *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017.

Nowicki H.: *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń–Warszawa 2009.

Olszewska J., Rokicka J.: *Zamówienia publiczne. Zarządzanie organizacją, ludźmi i problemami*, Warszawa 2010.

Sołtysińska A., Talago-Sławoj H.: *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016.

Szostak R.: *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017.

Szydło M.: *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014.

Dr Paweł Nowicki
Katedra Prawa Europejskiego, Wydział Prawa i Administracji,
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu; radca prawny

Prof. dr hab. Marek Wierzbowski
Katedra Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego,
Uniwersytet Warszawski; radca prawny

Kierunki zmian w prawie zamówień publicznych – uwagi *de lege ferenda*

Abstrakt

W niniejszym artykule autorzy starają się wskazać kierunki, w których powinny zmierzać zmiany wprowadzane do ustawy Prawo zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę zapowiedziane prace nad nową ustawą, które mają się zakończyć w 2019 r., autorzy przedstawili kilka uwag *de lege ferenda* w obszarach, które, ich zdaniem, są najistotniejsze.

Abstract

In this paper the authors are trying to point out the directions in which changes in Polish public procurement law should develop. Taking into consideration the works planned by the Polish government, which are about to lead to the creation of a totally new legal act on public procurement in the year 2019, the authors are proposing some *de lege ferenda* remarks in the fields, which, according to them, are crucial in this regard.

1. Uwagi wstępne

Obecnie w Polsce trwa gorąca dyskusja nad przyszłością prawa zamówień publicznych, spowodowana zaanonsowaniem w 2017 r. przez ówczesne Ministerstwo Rozwoju rozpoczęcia prac nad nową ustawą regulującą przedmiotowy obszar. Pierwsze informacje wskazywały, że nowe prawo zamówień publicznych zacznie obowiązywać już w 2018 r., być może zbiegając się z wypełnieniem wynikającego z dyrektyw zamówieniowych obowiązku pełnej elektronizacji zamówień publicznych. Jednakże w marcu br. minister Jadwiga Emilewicz, kierująca resortem przedsiębiorczości, ogłosiła, że ministerstwo nie zamierza się spieszyć, chcąc przygotować solidny projekt na

jesień 2018 r., który następnie mógłby wejść w życie w III lub IV kwartale 2019 r.[1] Decyzję ministerstwa należy ocenić pozytywnie, wszak 2018 r. w związku z wprowadzaniem elektronicznych zamówień publicznych i tak skomplikuje życie zarówno zamawiających, jak i wykonawców oraz organów kontroli. W konsekwencji obciążenie ich zupełnie nowymi przepisami, bez funkcjonującego orzecznictwa oraz poglądów doktryny, mogłoby spowodować nadmierny chaos lub prowadziłoby do zamrożenia zamówień do czasu uspokojenia się sytuacji na rynku. Ponadto należy mieć na uwadze fakt, że przyjęcie zupełnie nowego prawa zamówień publicznych jest zadaniem bardzo ambitnym i pracochłonnym. Dlatego też pośpiech nie jest w tym zakresie zupełnie wskazany, a zaproponowane przez minister Jadwigę Emilewicz terminy pozwalają na przyjęcie supozycji, że rzeczywiście jest szansa na stworzenie dobrego prawa zamówień publicznych – ustawy pozwalającej nie tylko na legalne wydatkowanie środków, lecz również umożliwiającej osiąganie określonych efektów społeczno-gospodarczych, na poważnie traktującej zamówienia publiczne jako instrument polityki gospodarczej państwa. Warto jednak wskazać przynajmniej kilka problematycznych obszarów, których regulację należałoby uporządkować przy okazji zbliżających się prac legislacyjnych, a które obecnie[2] są uregulowane w sposób niewystarczający bądź nieefektywny.

2. Określenie celów prawa zamówień publicznych

Podstawowym pytaniem, na które musi udzielić odpowiedzi ustawodawca, jest pytanie o cele prawa zamówień publicznych. O ile podstawowy cel postępowania o udzielenie zamówienia został już jasno określony – zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki, wynegocjowanie postanowień takiej umowy – o tyle cele regulacji nie wynikają wprost z samej ustawy. Częściowo możemy je zdekodować, czytając uzasadnienie projektu ustawy, jednakże nie dotyczy ono finalnej wersji aktu prawnego, który wchodzi w życie. Tymczasem cele prawa zamówień publicznych dynamicznie się rozwijają, rozszerzając zakres jego oddziaływania, znacząco różniąc się od swojej pierwotnej wersji. W swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wielokrotnie wskazywał, że celem koordynowania procedur udzielania zamówień publicznych na szczeblu Unii Europejskiej jest eliminowanie barier w swobodnym przepływie usług i w konsekwencji ochrona interesów przedsiębiorców pochodzących z poszczególnych państw członkowskich, którzy chcieliby oferować i świadczyć swoje usługi zamawiającym z innych państw członkow-

[1] Szerzej: wywiad z minister Jadwigą Emilewicz: *To, co robimy, to zdrapywanie pozłoty*, „Puls Biznesu", 1.03.2018. https://www.pb.pl/to-co-robimy-to-zdrapywanie-pozloty-906921 (dostęp: 23.04.2018).

[2] Tzn. w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zmianami), zwana dalej „ustawą Pzp".

skich[3] i w konsekwencji urzeczywistnianie koncepcji unijnego rynku wewnętrznego, jako obszaru bez granic wewnętrznych, na którym zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału[4]. Z kolei w literaturze przedmiotu wskazuje się, że pierwotnym i podstawowym celem przepisów regulujących zamówienia publiczne było zapewnienie prawidłowego i efektywnego wydatkowania środków publicznych[5].

Sytuacja zmieniła się w momencie przyjęcia w 2014 r. pakietu dyrektyw zamówieniowych V generacji, do którego należy dyrektywa klasyczna[6], dyrektywa sektorowa[7] oraz dyrektywa koncesyjna[8]. Można wręcz powiedzieć, że są to dyrektywy przełomowe, ponieważ w najbardziej do tej pory wyraźny sposób nawiązują do idei tzw. zrównoważonych zamówień publicznych, promując szeroko cele związane z kwestiami społecznymi, innowacyjnością czy równym dostępem wszystkich przedsiębiorców do zamówień. W preambułach dyrektywy klasycznej oraz sektorowej[9] prawodawca unijny powiązał cele prawa zamówień publicznych z celami polityki rozwoju Unii Europejskiej, podkreślając kluczową rolę zamówień publicznych w realizacji strategii Europa 2020[10], przyjętego w 2010 r. unijnego planu wyjścia z kryzysu gospodarczego (w perspektywie krótkoterminowej) oraz powrotu na ścieżkę rozwoju (w perspektywie długoterminowej). W ten sposób uznano zamówienia publiczne za jeden z instrumentów rynkowych służących do osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych.

Wydaje się jednak, że w obecnie obowiązujących przepisach tak szeroko zakreślone cele prawa zamówień publicznych nie znajdują swojego odzwierciedlenia. W konsekwencji brak wskazania wprost celów prawa zamówień publicznych przekłada się na same postępowania, z uwagi na fakt, że cele zamówień publicznych pokrywają się z ce-

---

[3] Tak przykładowo: wyrok Trybunału z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 *Gemeente Arnhem,* pkt 41 (ECLI:EU:C:1998:525).

[4] Wyrok Trybunału z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle,* pkt 44 (ECLI:EU-:C:2005:5).

[5] M. Olejarz: *Rola zrównoważonych zamówień publicznych i praktyka ich wykorzystania*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań,* red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017, s. 108.

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

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

[8] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, s. 1).

[9] Motyw 2 preambuły dyrektywy 2014/24/UE oraz motyw 4 preambuły dyrektywy 2014/25/UE.

[10] Komunikat Komisji Europejskiej, *Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*, Bruksela, 3.3.2010, KOM(2010) wersja ostateczna.

lami prawa zamówień publicznych[11]. Wywiera to fatalny wpływ na praktykę udzielania zamówień. Z jednej strony zamawiający starają się udzielać zamówień bezpiecznie: nie traktują zamówień publicznych jako instrumentu polityki gospodarczej państwa, lecz widzą w ustawie Pzp jedynie samą procedurę wydatkowania środków, zgodnie z którą należy podążać[12]. Skupiają się zatem na legalności prowadzonych postępowań. Z drugiej strony zdarzają się przypadki uwzględniania szeroko zakrojonych celów prawa zamówień publicznych w zamówieniach, które nie są w stanie ich faktycznie zrealizować.

Nowa regulacja prawa zamówień publicznych powinna jasno określić cele prawa zamówień publicznych, które mogą być realizowane poprzez udzielanie poszczególnych zamówień[13]. Jednocześnie należałoby uświadomić zamawiającym, że nie wszystkie cele muszą być realizowane w tym samym czasie i w każdym postępowaniu. Truizmem będzie twierdzenie, że w przypadku prostych zamówień o niewielkiej wartości możliwość osiągania szerokich efektów społecznych czy wspierania innowacji jest bardzo ograniczona, o ile w ogóle realna. Zatem samo uregulowanie celów prawa zamówień publicznych może okazać się niewystarczające, ponieważ powinno być wsparte promocją dobrych praktyk w tym zakresie. Wydaje się, że najlepszym rozwiązaniem byłoby, po pierwsze, wprowadzenie do nowej ustawy normy wskazującej cele prawa zamówień publicznych (egzemplifikacji takiego rozwiązania dostarcza ustawa fińska), po drugie zaś wskazanie sposobu i zakresu realizacji owych celów w tzw. polityce zakupowej państwa, która byłaby dokumentem rządowym, przyjętym przez Prezesa Rady Ministrów. Dokument ten powinien określić, w jakich przypadkach realizacja polityk horyzontalnych[14] (w zakresie aspektów społecznych, ekologicznych czy gospodarczych) w zamówieniach publicznych jest konieczna, określając tzw. zamówienia strategiczne. Jednocześnie zadaniem ustawodawcy powinno być znalezienie odpowiednie-

---

[11] Szerzej zob. M. Szydło: *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 1–2.

[12] Tymczasem w ustawie Pzp zawartych jest wiele rozwiązań, które pozwalają na realizację różnych celów długofalowych. Przykładem może być wprowadzanie innowacji w zamówieniach publicznych, gdzie problemem nie jest zakres regulacji, lecz sposób stosowania ustawy Pzp. Szerzej zob. M. Kania: *Innowacyjne zamówienia publiczne jako prawny instrument oddziaływania na gospodarkę*, [w:] *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, red. A. Powałowski, Warszawa 2016, s. 262–264.

[13] Jak wskazuje m.in. H. Nowicki, w przy udzielaniu zamówień możemy realizować cele zakupowe oraz tzw. cele pozazakupowe. Realizacja tych drugich wydaje się być obecnie jednym z największych wyzwań dla zamawiających. Zob. H. Nowicki: *Prawo zamówień publicznych instrumentem kreowania innowacyjnej gospodarki*, [w:] *Prawne instrumenty…*, s. 288–289. Komplikacje wynikają przede wszystkim z faktu, że tzw. cele pozazakupowe nie są bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia jako takim. Niemcy, przykładowo, określają je jako „aspekty obce dla zamówienia" (niem. *Vergabefremde Aspekte*). Zob. M. Trybus, M. Andrecka: *Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU?*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review" 2017, vol. 12, nr 3, s. 227.

[14] S. Arrowsmith, P. Kunzlik: *Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles,* [w:] *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, eds. S. Arrowsmith, P. Kunzlik, Cambridge University Press 2009, s. 12–15.

go balansu pomiędzy efektywnością ekonomiczną udzielanych zamówień publicznych a postępującą instrumentalizacją prawa zamówień publicznych, zmierzającą, jak to trafnie ujął K. Horubski: „do uczynienia zamówień publicznych narzędziem administracyjnego kierowania dla osiągania szeregu celów, służących dobru wspólnemu określonych grup osób, czy też węziej lub szerzej postrzeganych społeczności”[15].

Zastanawiając się nad określeniem i uregulowaniem celów prawa zamówień publicznych ustawodawca powinien również uważnie przeanalizować kwestię rozdzielenia obecnej ustawy na trzy odrębne akty prawne obejmujące zamówienia klasyczne, zamówienia sektorowe oraz zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Co prawda byłoby to odejście od dotychczasowej praktyki legislacyjnej, jednakże pozwalałoby na dostosowanie każdej z ustaw do specyfiki poszczególnych grup zamówień. Jest bowiem oczywiste, że mimo zbieżności pewnych celów wszystkich dyrektyw zamówieniowych, są one realizowane na zupełnie innych rynkach, w odmiennych realiach gospodarczych. Prawodawca unijny nie bez przyczyny przyjął trzy odrębne dyrektywy, inaczej rozkładając akcenty przy określaniu celów poszczególnych grup zamówień publicznych, które następnie przełożyły się na konkretne normy w zakresie zamówień sektorowych oraz zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, uregulowane odmiennie niż w zamówieniach klasycznych. Być może wdrożenie trzech odrębnych ustaw przygotowanych na wzór odpowiadających im unijnych dyrektyw pozwoliłby na bardziej dokładne oddanie specyfiki poszczególnych grup zamówień, a tym samym wpłynęło na efektywność ich regulacji.

3. Zmiany proceduralne

Interwencji ustawodawcy wymaga również kształt samej procedury, a więc uregulowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Celem, który jest postulowany od dawna zarówno przez przedstawicieli doktryny, jak i praktyków, jest oczywiście uproszczenie procedur w zakresie postępowań poniżej tzw. progów unijnych. Wypada bowiem zaznaczyć, że postępowania o udzielenie zamówienia, w których wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana poniżej kwot progowych, od których uzależnione jest stosowanie procedur przewidzianych w dyrektywach unijnych, obecnie nie różnią się znacznie od postępowań powyżej wspomnianych progów. Mimo tego, że w postępowaniach krajowych stosowane są inne terminy, zamiast Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia składane są oświadczenia wykonawców, nie ma konieczności żądania dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie informacji zawartych w oświadczeniu wstępnym, a także zamawiający ma możliwość stosowania większej ilości trybów, procedurom daleko od elastyczności i łatwości w stosowaniu. Innymi słowy, przepisy nie kreują procedur *„user friendly”*, a niektóre normy w ogóle nie są stosowane. Konieczne jest zatem uproszczenie procedur udzielania zamówień o wartości

[15] K. Horubski: *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 56.

poniżej tzw. progów unijnych. Być może dobrym rozwiązaniem byłoby zredukowanie liczby dostępnych trybów, przykładowo do przetargu nieograniczonego, procedury negocjacyjnej (pozwalającej również przeprowadzenie zwykłego zapytania o cenę) oraz zamówienia z wolnej ręki, przy jednoczesnym prostym uregulowaniu zasad dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawców, a także skorelowania z nimi w sposób zero-jedynkowy odpowiednich dokumentów i oświadczeń – tak, aby ponad wszelką wątpliwość było jasne, na jakie okoliczności są one składane. Przy uproszczeniu norm regulujących postępowania krajowe sensownym rozwiązaniem wydaje się również ewentualne obniżenie tzw. progu bagatelności, a więc progu stosowania ustawy Pzp, do obowiązującej poprzednio kwoty 14 tys. euro netto. Zaletą takiego posunięcia ustawodawcy byłoby proste i elastyczne uregulowanie postępowań, które obecnie są przedmiotem wewnętrznych regulaminów stosowanych przez zamawiających, którzy wielokrotnie stawiają w nich bardziej rygorystyczne wymagania, niż wynika to z samej ustawy Pzp. Warunkiem *sine qua non* jest jednak rzeczywiste uelastycznienie i uproszczenie procedur udzielania zamówień o wartości niższej niż progi unijne. Wprowadzenie proponowanej zmiany oznaczałoby również objęcie większej ilości postępowań środkami ochrony prawnej. Nie musi to jednak oznaczać drastycznego zwiększenia ilości odwołań kierowanych do Krajowej Izby Odwoławczej – proste i bardziej przejrzyste normy nie powinny bowiem podlegać tak szerokim i różnorodnym interpretacjom, w myśl zasady *clara non sund interpretanda*, w związku z czym zredukowana zostałaby ilość sytuacji spornych między uczestnikami rynku zamówień publicznych. Przy okazji szersza kognicja KIO byłaby argumentem przemawiającym za uproszczeniem systemu kontroli zamówień publicznych, polegającym przede wszystkim na zredukowaniu ilości instytucji kontrolujących i wypracowania jednolitego schematu kontroli[16] – tak, aby zamawiający nie obawiali się stosowania przepisów ustawy Pzp z uwagi na brak jednolitości w poglądach i ocenach licznych instytucji kontrolujących. Warto jednak pamiętać, że, jak słusznie podkreśla A. Panasiuk, warunkiem sprawnej kontroli jest dobre prawo[17], stąd też jakość nowej

[16] Przedmiotowy postulat podnoszony jest już od przynajmniej kilku lat. Szerzej: P. Nowicki: *Kontrola zamówień publicznych udzielanych w ramach projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy: Wrocław–Warszawa 2013, s. 398–399; P. Nowicki: *Zamówienia publiczne jako instrument gwarantujący efektywność wydatków w realizacji projektów unijnych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystywania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy: Gdańsk–Warszawa 2012, s. 101. Na nadmiernie rozbudowany system organów kontrolujących zamówienia publiczne wskazywał również H. Nowicki. Zob. H. Nowicki: *Sądowa kontrola częścią systemu prawnej kontroli zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola…*, s. 97. Zmniejszeniu ilości instytucji kontrolujących zamówienia publiczne towarzyszyć powinno wzmocnienie pozycji Prezesa UZP w tym zakresie chociaż, jak słusznie zauważa E. Przeszło, w okresie kilku ostatnich lat mieliśmy raczej do czynienia z decentralizacją w zakresie kontroli sprawowanej przez Prezesa UZP i pozbawianiem go uprawnień władczych w tym zakresie. Zob. E. Przeszło: *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013, s. 231.

[17] Szerzej: A. Panasiuk: *Czy kontrola może szkodzić?*, [w:] *Kontrola…*, s. 62.

regulacji sama w sobie będzie czynnikiem determinującym funkcjonowanie systemu kontroli zamówień publicznych.

Zmiany proceduralne oraz instytucjonalne, powinny również objąć postępowanie odwoławcze. Zasadą powinno być orzekanie Krajowej Izby Odwoławczej w składach trzyosobowych, co nie tylko wzmocniłoby autorytet samej Izby, ale także wpłynęłoby korzystnie na jakość orzecznictwa[18]. Wymaga to oczywiście wzmocnienia kadrowego KIO, co z kolei powinno wiązać się również ze zwiększeniem wynagrodzeń członków Izby – tak, aby rzeczywiście była szansa na pozyskiwanie najlepszych specjalistów do orzekania w sprawach dotyczących zamówień publicznych. O tego typu zmianach będzie mowa w części 4 niniejszego artykułu. Kolejnym aspektem wymagającym regulacji powinno być szersze korzystanie z instytucji biegłego. Być może wprowadzenie listy biegłych przy Krajowej Izbie Odwoławczej stanowiłoby impuls do częstszego wykorzystywania biegłych w bardziej skomplikowanych sprawach. Pozostaje jeszcze sprawa postępowania w drugiej instancji. W tym zakresie wydaje się zasadnym wyznaczenie, przykładowo, czterech sądów właściwych do rozpatrywania skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, wskazanych wg kryterium geograficznego – w Polsce zachodniej, wschodniej, południowej i północnej. Byłby to ważny punkt reformy, jednakże nie najważniejszy, ponieważ najbardziej istotne wydaje się wzmocnienie pozycji Krajowej Izby Odwoławczej.

4. Wzmocnienie pozycji Krajowej Izby Odwoławczej

Funkcjonowanie sprawnie działającego systemu środków ochrony prawnej stanowi istotny element reformy prawa zamówień publicznych oraz warunek *sine qua non* jego efektywnego wdrożenia. Ciężar z tym związany będzie niosła przede wszystkim Krajowa Izba Odwoławcza, do której, niezależnie od stopnia przygotowania zamawiających i wykonawców, a także rozwoju doktryny prawa zamówień publicznych, będą wpływały odwołania na niezgodne z nową ustawą czynności instytucji zamawiających. To właśnie KIO będzie na pierwszej linii frontu w walce o skuteczną implementację nowych przepisów. W konsekwencji system środków odwoławczych musi działać efektywnie, a KIO musi kompetentnie realizować swoje zadania. Nieefektywnie działający system środków odwoławczych spowodowałby utratę zaufania do całego systemu zamówień publicznych, co z kolei rzutowałoby na poziom zainteresowania przetargami konkretnych wykonawców[19]. Zatem rola Krajowej Izby Odwoławczej jest nie do przecenienia.

---

[18] Co ciekawe, na konieczność wprowadzenia takiego rozwiązania wskazują również sami członkowie Izby. Szerzej: R. Tubisz: *Środki ochrony prawnej i system organów je realizujących na tle odwołania i funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 464.

[19] Zob. P. Nowicki: *Nowe dyrektywy zamówieniowe a kontrola zamówień publicznych w świetle tzw. dyrektyw odwoławczych*, „Disputatio", t. 22, Gdańsk 2016, s. 55.

Jednakże mimo tak istotnych zadań realizowanych przez Krajową Izbę Odwoławczą jej charakter prawny, mimo wielu nowelizacji obecnie obowiązującej ustawy, nadal pozostaje niedookreślony[20]. Postulaty wprowadzenia odpowiednich zmian w tym zakresie podnoszone są od dłuższego czasu przez wielu przedstawicieli świata nauki i praktyki[21]. Nie jest to jednak zadanie łatwe z uwagi na hybrydowy status prawny Krajowej Izby Odwoławczej, który powoduje, że jednoznaczna kwalifikacja Izby do kategorii organów sądowych lub administracyjnych może budzić wątpliwości[22]. Pokazuje to jednak, jak kluczową kwestią jest wprowadzenie odpowiednich zmian systemowych w tym obszarze.

Należy także pamiętać o realiach codziennego funkcjonowania KIO, jak również o pewnych założeniach o charakterze ustrojowo-organizacyjnym. W tym zakresie trzeba przede wszystkim podkreślić słuszność wyrażanego m.in. przez A. Trojanowską stanowiska o konieczności wzmocnienia niezależności Krajowej Izby Odwoławczej, a także zwiększenia gwarancji niezawisłości jej członków[23]. W ocenie autorów należy podjąć działania legislacyjne zmierzające do ustrojowego „oderwania" Krajowej Izby Odwoławczej od Urzędu Zamówień Publicznych oraz uniezależnienia jej członków od Prezesa UZP. Niezrozumiałym wydaje się przypisanie Prezesowi UZP kompetencji do składania Prezesowi Rady Ministrów wniosków o powołanie i odwołanie Prezesa, wiceprezesa i rzecznika dyscyplinarnego Krajowej Izby Odwoławczej, jak również brak odrębności finansowej Izby, która również i w tym obszarze podporządkowana jest woli Prezesa UZP. Tymczasem, jak trafnie zauważa A. Trojanowska, podporządkowanie Izby Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, a więc centralnemu organowi administracji rządowej, może budzić uzasadnione „wątpliwości co do realno-

---

[20] Jest jednak bezdyskusyjne, że Krajowa Izba Odwoławcza jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, co oznacza, że KIO jest uprawniona do kierowania pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Potwierdza to chociażby wyrok Trybunału z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta* (ECLI:EU:C:2012:801), pkt 18. Nie oznacza to jednak, a z perspektywy prawa unijnego nawet nie musi oznaczać, że „sąd" w rozumieniu art. 267 TFUE jest „sądem" w rozumieniu prawa krajowego (zob. opinia Rzecznika Generalnego Niila Jääskinena z dnia 7 lipca 2015 r. w sprawie C-203/14 *Consorci Sanitari del Maresme,* pkt 13, ECLI:EU:C:2015:445). Sama Izba uznaje siebie za organ *quasi*-sądowy (zob. załącznik nr 1 do uchwały nr 3/2013 Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2013 r. – Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r., s. 12). Z kolei Komisja Europejska zalicza KIO do wyspecjalizowanych administracyjnych organów odwoławczych (zob. Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie efektywności dyrektywy 89/665/EWG i dyrektywy 92/13/EWG, zmienionych dyrektywą 2007/66/WE, dotyczących procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych, COM(2017) 28 final, Bruksela, 24 stycznia 2017 r.).

[21] Autorzy proponowali wprowadzenie przedmiotowych zmian już w 2014 r. Zob. H. Nowicki, P. Nowicki, M. Wierzbowski: *Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi de lege ferenda*, [w:] *Prawo…*, s. 25.

[22] Tak: M. Szydło: *Prawna koncepcja …*, s. 131.

[23] Szerzej: A. Trojanowska: *System środków ochrony prawnej i organów je realizujących oraz propozycje zmian tego systemu*, [w:] *Prawo…*, s. 478–479.

ści gwarancji niezależności instytucjonalnej Izby"[24]. Problem potęguje zbyt głębokie usytuowanie KIO w strukturach administracji rządowej. Ciekawym rozwiązaniem tej sytuacji, zaproponowanym przez R. Szostaka, mogłoby być usytuowanie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Rady Ministrów, z jednoczesnym przypisaniem Prezydentowi RP, działającemu na wniosek Premiera, kompetencji do powoływania i odwoływania członków Izby[25].

Reasumując, każde rozwiązanie wzmacniające niezależność KIO oraz niezawisłość jej członków, a także umacniające jej samorządność, należy uznać za słuszne, ponieważ właściwe usytuowanie i funkcjonowanie Izby determinuje efektywne korzystanie ze środków ochrony prawnej, co z kolei jest niezmiernie istotne z perspektywy gwarantowania prawa do skutecznego środka odwoławczego, uregulowanego w art. 47 Karty Praw Podstawowych[26]. W rezultacie należy poddać pod rozwagę ustawodawcy możliwość wprowadzenia zmian odpowiadających w swojej istocie rozwiązaniom funkcjonującym na potrzeby organów wymiaru sprawiedliwości[27], z tym zastrzeżeniem, że Izba nadal byłaby klasyfikowana jako wyspecjalizowany organ pozasądowy o charakterze administracyjnym.

5. Zakończenie

Przedstawione w przedmiotowym artykule poglądy autorów obejmują zapewne jedynie część zagadnień, aczkolwiek w naszej ocenie najważniejszych, nad którymi musi zastanowić się ustawodawca, przystępując do prac nad nowym prawem zamówień publicznych. Niezależnie od zakresu wprowadzonych zmian, obowiązywanie nowej ustawy Pzp stanowić będzie olbrzymie wyzwanie dla wszystkich uczestników rynku zamówień publicznych. Ze wszystkich instytucji zajmujących się zamówieniami publicznymi wydaje się, że największy ciężar spadnie na Krajową Izbę Odwoławczą. To właśnie KIO będzie pierwsza rozstrzygać spory związane ze stosowaniem nowej regulacji, zanim jeszcze wytworzy się odpowiednia praktyka oraz poglądy doktryny. W zasadzie Izba, poprzez swoje orzecznictwo, będzie kształtować praktykę oraz dawać asumpt do dyskusji toczących się w doktrynie. Konieczne zmiany instytucjonalne, połączone ze zmianami procesowymi zwiększyłyby również efektywność istniejącego

---

[24] Ibidem, s. 478.

[25] R. Szostak: *10-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej – co dalej?*, [w:] *X-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, red. M. Stręciwilk, M. Rakowska, Warszawa 2017, s. 43.

[26] Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 391). Szerzej: P. Nowicki: *Nowe dyrektywy…*, s. 60; M. Szpunar: *Wpływ dyrektyw Unii Europejskiej oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w zakresie zamówień publicznych na działalność Krajowej Izby Odwoławczej*, [w:] *X-lecie…*, s. 54–56; R. Caranta: *Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness?*, [w:] *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, eds. S. Treumer, F. Lichère, DJØF Publishing Copenhagen 2011, s. 59.

[27] Tak również: A. Trojanowska: *System środków…*, s. 478.

systemu środków ochrony prawnej[28]. Oczekiwać należałoby również wsparcia całego procesu przez Urząd Zamówień Publicznych, który powinien umieć przewidzieć efekty tworzonych norm i zawczasu przygotować odpowiednie wskazówki i opinie dotyczące stosowania nowej ustawy. Całość procesu tworzenia i wdrażania nowego prawa zamówień publicznych musi być jednak poprzedzona głęboką refleksją dotyczącą funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce tak, aby mógł on się stać rzeczywistą odpowiedzią na wyzwania społeczno-gospodarcze XXI w. oraz swoistym *spiritus movens* rozwoju polskiej gospodarki.

Bibliografia

Arrowsmith S., Kunzlik P.: *Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles*, [w:] *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions,* eds. S. Arrowsmith, P. Kunzlik, Cambridge University Press 2009.

Caranta R.: *Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness?*, [w:] *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, eds. S. Treumer, F. Lichère, DJØF Publishing Copenhagen 2011.

Czajkowski T.: *Od arbitrażu niezawodowego do zawodowego*, [w:] *X-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej,* red. M. Stręciwilk, M. Rakowska, Warszawa 2017.

Horubski K.: *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017.

Kania M.: *Innowacyjne zamówienia publiczne jako prawny instrument oddziaływania na gospodarkę*, [w:] *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, red. A. Powałowski, Warszawa 2016.

Nowicki H., Nowicki P., Wierzbowski M.: *Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi de lege ferenda*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015.

Nowicki H.: *Prawo zamówień publicznych instrumentem kreowania innowacyjnej gospodarki*, [w:] *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, red. A. Powałowski, Warszawa 2016.

Nowicki H.: *Sądowa kontrola częścią systemu prawnej kontroli zamówień publicznych*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław–Warszawa 2013.

Nowicki P.: *Nowe dyrektywy zamówieniowe a kontrola zamówień publicznych w świetle tzw. dyrektyw odwoławczych*, „Disputatio", t. 22, Gdańsk 2016.

Nowicki P.: *Kontrola zamówień publicznych udzielanych w ramach projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław–Warszawa 2013.

Nowicki P.: *Zamówienia publiczne jako instrument gwarantujący efektywność wydatków w realizacji projektów unijnych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystywania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012.

Olejarz M.: *Rola zrównoważonych zamówień publicznych i praktyka ich wykorzystania*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017.

[28] Zaznaczyć przy tym należy, że autorzy nie widzą potrzeby powracania do rozwiązań typu „protest", które nie tylko wydłużały trwanie procedury odwoławczej, lecz ze swej istoty były nieefektywne, ponieważ rozstrzygającym protest był sam zainteresowany (zamawiający), nie zaś profesjonalny i niezależny organ. Odmiennie: por. T. Czajkowski: *Od arbitrażu niezawodowego do zawodowego*, [w:] *X-lecie…*, s. 38.

Panasiuk A.: *Czy kontrola może szkodzić?*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław–Warszawa 2013.

Przeszło E.: *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013.

Szostak R.: *10-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej – co dalej?*, [w:] *X-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, red. M. Stręciwilk, M. Rakowska, Warszawa 2017.

Szpunar M.: *Wpływ dyrektyw Unii Europejskiej oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w zakresie zamówień publicznych na działalność Krajowej Izby Odwoławczej*, [w:] *X-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, red. M. Stręciwilk, M. Rakowska, Warszawa 2017.

Szydło M.: *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014.

Trojanowska A.: *System środków ochrony prawnej i organów je realizujących oraz propozycje zmian tego systemu*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015.

Trybus M., Andrecka M.: *Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU?*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review" 2017, vol. 12, nr 3.

Tubisz R.: *Środki ochrony prawnej i system organów je realizujących na tle odwołania i funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki: Wrocław 2015.

Wyrok Trybunału z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 *Gemeente Arnhem,* (ECLI:-EU:C:1998:525).

Wyrok Trybunału z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle,* (ECLI:EU:C:2005:5).

Wyrok Trybunału z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta,* (ECLI:EU:C:2012:801).

Opinia Rzecznika Generalnego Niila Jääskinena z dnia 7 lipca 2015 r. w sprawie C-203/14 *Consorci Sanitari del Maresme*, (ECLI:EU:C:2015:445).

Wywiad z minister Jadwigą Emilewicz: *To, co robimy, to zdrapywanie pozłoty*, „Puls Biznesu", 1.03.2018. https://www.pb.pl/to-co-robimy-to-zdrapywanie-pozloty-90692.

Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie efektywności dyrektywy 89/665/EWG i dyrektywy 92/13/EWG, zmienionych dyrektywą 2007/66/WE, dotyczących procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych, COM(2017) 28 final, Bruksela, 24 stycznia 2017 r.

Komunikat Komisji Europejskiej, *Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*, Bruksela, 3.3.2010, KOM(2010) wersja ostateczna.

Załącznik nr 1 do uchwały nr 3/2013 Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2013 r. – Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r.

Dr hab. Andrzej Panasiuk
Profesor Uniwersytetu w Białymstoku, Dyrektor Delegatury Najwyższej Izby Kontroli w Warszawie

Kontrola zamówień publicznych – propozycje rozwiązań systemowych

Abstrakt

Kontrola stanowi nieodłączny element w cyklu działania zorganizowanego podmiotów publicznych, zaś w obszarze wykorzystywania procedur udzielania zamówień publicznych odgrywa doniosłą rolę. Nietrafne decyzje mogą mieć wpływ na funkcjonowanie zamawiającego z jednej strony, a z drugiej – pośrednio poprzez brak możliwości realizacji kontraktu – również na wykonawców. Dlatego też kontrola systemu zamówień publicznych ma za zadanie nie tylko ustalenie legalności postępowania, ale także uzyskanie informacji, czy zamawiający prawidłowo i przejrzyście z zastosowaniem podstawowych zasad udziela zamówień publicznych. Warunkiem sprawnej kontroli, niezakłócającej funkcjonowania podmiotu kontrolowanego, jest dobre prawo. Prawo, które będzie jasno definiowało zasady postępowania, które nie będzie wzbudzało licznych wątpliwości interpretacyjnych pomiędzy podmiotami procesu kontrolnego. Dlatego też artykuł koncentruje się na pokazaniu istotnych elementów efektywnego systemu kontroli zamówień publicznych, które mógłby wykorzystać ustawodawca w swoich pracach nad modernizacją prawa zamówień publicznych.

Abstract

Control is an inseparable element in the cycle of organized public entities, and in the area of the use of public procurement procedures it plays a significant role. Inaccurate decisions may affect the functioning of the contracting authority on the one hand, and indirectly through the lack of contractual capacity also on economic operators. Therefore, the control of the public procurement system is intended not only to determine the legality of the proceedings, but also to obtain information on whether the contracting authority awards public contracts correctly and transparently, with the application of basic rules. The condition of effective control that does not disturb the functioning of the controlled entity is good law. A law that will clearly define the rules of conduct that will not give rise to numerous interpretative doubts between the participants of the control process. That is why the article focuses on showing the essential elements of an effective system of controlling public procurement that the legislator could use in his work on modernizing public procurement law.

Problematyka kontroli zamówień publicznych co jakiś czas zaprząta głowy zarówno praktyków, jak i teoretyków. Ostatni raz, kontrola zamówień publicznych była przedmiotem naszej debaty w 2013 r., na konferencji naukowej zorganizowanej przez UZP

wspólnie z wrocławskim ośrodkiem naukowym. Od tego czasu, jeżeli chodzi o pragmatykę kontroli, niewiele się zmieniło, jeżeli zaś chodzi o regulacje merytoryczne zamówień publicznych, mieliśmy parę nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych, a przede wszystkim wszedł w życie w 2014 r. pakiet dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych[1]. Pakiet nowych dyrektyw wprowadził szereg nowych rozwiązań prawnych, które musiały zostać zaimplementowane do prawa krajowego. Nasz ustawodawca co prawda znowelizował przepisy ustawy prawo zamówień publicznych w 2016 r.[2], jednakże wprowadzone zmiany nie przyczyniły się do prostoty i czytelności przepisów, lecz jeszcze bardziej utrudniły stosowanie ich w praktyce. Dlatego też podjętą rządową inicjatywę przygotowania nowych regulacji prawnych w zakresie zamówień publicznych należy przyjąć pozytywnie, z nadzieją na usprawnienie funkcjonowania systemu zamówień publicznych.

Każda praca nad nowymi regulacjami wyzwala szereg dyskusji nad kierunkami nowych rozwiązań oraz pozwala na pewną refleksję dotyczącą projektowanych zmian. W dalszej części materiału chciałbym skoncentrować się nad możliwymi zmianami instrumentów kontroli zamówień publicznych.

Pojęcie kontroli zamówień publicznych

W doktrynie i literaturze przedmiotu spotyka się wiele definicji pojęcia kontroli. Mały słownik języka polskiego PWN określa kontrolę jako porównanie stanu faktycznego ze stanem wymaganym[3]. Niektórzy autorzy idą w kierunku zdefiniowania procesów kontroli jako procesu polegającego na badaniu zgodności stanu istniejącego ze stanem postulowanym, pozwalającego na ustalenie zasięgu i przyczyn rozbieżności[4]. Widać, zatem, że kontrola powinna pozwalać na ocenę stanu postulowanego oraz wskazywać na możliwość wystąpienia odchyleń od tego stanu. Zdaniem J. Jagielskiego, kontrolę należy uznawać za proces sprawdzania i oceniania określonej działalności. Kontrola obejmuje jego zdaniem, obserwowanie i rozpoznawanie danej działalności lub stanu w określonym czasie, ocenę tej działalności lub stanu poprzez konfrontację rzeczywistego, faktycznego ich obrazu, z odnoszącymi się do nich jako całości, jak również do poszczególnych fragmentów, założeniami wyjściowymi znajdującymi wyraz w przyjętych celach, standardach, parametrach, prowadzącą do stwierdzenia, że są one prawidłowe lub nieprawidłowe, diagnozę przyczyn ewentualnych nieprawidłowości,

---

[1] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24 w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18 WE z 26.02.2014 r. (Dz. Urz. UE L nr 94, s. 65). Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25 w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17 WE z 26.02.2014 r. (Dz. Urz. UE L nr 94 s. 243).

[2] Ustawa Prawo zamówień publicznych z 22. 06. 2016 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

[3] *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2002, s. 353.

[4] J. Boć: *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited 2001, s. 370.

sformułowanie wniosków służących przeciwdziałaniu powstawania nieprawidłowości w przyszłości[5]. Moim zdaniem kontrolę można zdefiniować jako systematyczne, celowe działanie, którego celem jest ustalenie, czy działania podmiotów funkcjonujących w systemie są zgodne z ogólnymi normami i zasadami wyznaczonymi przez szereg przepisów rangi ustawowej, czy też szereg przepisów szczególnych, czy działania podejmowane zmierzają do osiągnięcia założonych celów. W przypadku stwierdzenia odchylenia stanu faktycznego od stanu wzorcowego, organ zobowiązany jest do podjęcia działań, zmierzających do rektyfikacji zachodzących procesów. Kontrola zamówień publicznych będzie więc polegała na ustaleniu, czy działania podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych przy wydatkowaniu, co do zasady, środków publicznych, są zgodne z ogólnymi normami i zasadami zdefiniowanymi w obowiązujących regulacjach prawnych.

Kontrola stanowi nieodłączny element w cyklu działania zorganizowanego zaś w funkcjonowaniu państwa i jego zachodzących procesów gospodarczych odgrywa doniosłą rolę. Kontroli systemu zamówień publicznych z różną intensywnością podlega niemal każdy zamawiający. Organ administracji publicznej właściwy do kontroli procedur zamówień publicznych, jest przede wszystkim organizatorem i decydentem w zakresie prowadzonych procedur, a podejmowane przez niego decyzje dotyczą bieżącej i przyszłej sytuacji zamawiającego. Nietrafne decyzje mogą mieć wpływ na funkcjonowanie zamawiającego z jednej strony, a pośrednio poprzez brak możliwości realizacji kontraktu również na wykonawców. W szczególności mogą mieć negatywne skutki w zakresie realizacji budżetu przez poszczególnych zamawiających będących jednostkami sektora finansów publicznych. Dlatego też kontrola systemu zamówień publicznych ma za zadanie nie tylko ustalenie legalności postępowania, ale także uzyskanie informacji, czy zamawiający prawidłowo i przejrzyście z zastosowaniem podstawowych zasad udziela zamówień publicznych.

Struktura systemu kontroli

W Polsce możliwość przeprowadzenia kontroli zamówień publicznych ma szereg podmiotów. Poczynając od Najwyższej Izby Kontroli jako naczelnego organu kontroli państwowej, a kończąc na instytucjach weryfikujących prawidłowość wydatkowania środków pomocowych. Zamówienia publiczne są na tyle wrażliwe i podatne na różnego rodzaju nieprawidłowości, że muszą być szczególnie dokładnie kontrolowane. Wyróżniłbym dwie grupy kontroli w zależności od podmiotów przeprowadzających kontrolę. Po pierwsze –kontrolę instytucjonalną, wynikającą z ustawy prawo zamówień publicznych, przeprowadzaną przez Prezesa UZP, i po drugie –kontrolę prowadzoną przez organy systemu kontroli w Polsce (RIO, NIK, itp.). Taka sytuacja może stwarzać wrażenie nadmiaru kontroli prowadzonych przez różne podmioty, jak też możliwości nakładania się niektórych z nich na siebie. Dlatego też istotne jest, aby system kontroli

[5] J. Jagielski: *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 1999, s. 7–9.

zamówień publicznych był logiczny, tak aby działania poszczególnych organów nie powielały się oraz były zharmonizowane ze sobą. Nie ma żadnych przeszkód ustrojowoprawnych, aby organy kontroli współdziałały ze sobą nie dublując kontroli, lecz je koordynując i wykorzystując wzajemne ich wyniki. Tym bardziej jest to istotne w sytuacji, kiedy Prezes UZP jako organ kontroli systemu zamówień publicznych nie ma prawnych możliwości wykorzystywania wszystkich instrumentów kontroli, tak jak może to czynić NIK. Koordynując przepływ informacji między obu organami, otrzymalibyśmy bardziej szczegółowy obraz systemu zamówień publicznych.

W Polsce naczelnym organem kontroli państwowej jest Najwyższa Izba Kontroli. Jej metodyka stanowi wzór dla kontroli resortowych. Problematyka finansowa stanowi główny obszar zainteresowania corocznych kontroli budżetowych prowadzonych przez NIK. W działalności NIK jako organu kontroli państwowej, ważne miejsce odgrywa kontrola sposobu realizacji wydatków środków publicznych przez jednostki sektora publicznego. Najwyższa Izba Kontroli, nie jest organem władzy wykonawczej, ustawodawczej ani sądowniczej, jest organem władzy publicznej, działającym na podstawie i w granicach prawa stosownie do postanowień art. 7 Konstytucji RP. Będąc organem, który przeprowadza kontrolę w imieniu państwa, nie może być kontrolą ograniczoną pod żadnym istotnym względem, powinna zatem rozciągać się na wszelkie obszary, w których interesy państwa są zaangażowane, a szczególnie w odniesieniu do prawidłowości procedur udzielanych zamówień publicznych. Kontrola prowadzona przez Najwyższą Izbę Kontroli, jest kontrolą kompleksową z zastosowaniem wszelkich możliwych do wykorzystania środków dowodowych. Dlatego niezwykle ważne jest powiązanie wszystkich prowadzonych kontroli (nie tylko przez NIK, ale i Prezesa UZP czy też Regionalne Izby Obrachunkowe) systemu zamówień publicznych, w szczególności w zakresie harmonizacji oraz analizy uzyskanych ustaleń. Współdziałanie organów kontroli powinno być zasadą[6]. Stworzenie mechanizmów umożliwiających wymianę informacji na temat funkcjonowania zamówień publicznych przez organy prowadzące badania kontrolne, na pewno usprawni z jednej strony prowadzenie kontroli, a z drugiej strony – usprawni poruszanie się zamawiających i wykonawców w gąszczu niezrozumiałych regulacji prawnych. Poważnym mankamentem przy udzielaniu zamówień publicznych w Polsce jest nadmiar regulacji prawnych poświęconych tej problematyce. Poszczególne regulacje prawne mają zwykle krótszą żywotność w świecie ustawicznych zmian. Na pierwszym planie jest widziany konkretny przepis prawa, zapomina się z kolei o myśleniu i działaniu w kategorii zasad prawa. Projektowane rozwiązania w zamówieniach publicznych są zazwyczaj chaotyczne, bez dokładnej analizy efektów dotychczas obowiązującego prawa, za to bezmyślnie kopiują rozwiązania dyrektyw bądź to pochodzące z innych krajów, bądź wprowadzane pod wpływem doraźnych potrzeb politycznych. Niejasne prawo, pełne wątpliwości interpretacyjnych negatywnie wpływa na działania administracji publicznej, nie mówiąc już o postrzeganiu państwa

[6] Patrz szerzej C. Kosikowski: *Status prawny Najwyższej Izby Kontroli w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i standardów Unii Europejskiej (Aspekty prawnofinansowe)*, „Kontrola Państwowa" 2002, nr 2, s. 21–22.

przez zwykłych obywateli. Istotne znaczenie z punktu widzenia sprawnego udzielania zamówień publicznych ma także sposób funkcjonowania otoczenia, w tym stosowanie regulacji prawnych oraz zachowanie wykonawców i zamawiających. Jednym z zasadniczych elementów składających się na sprawne udzielanie zamówień publicznych są dobre praktyki, czyli takie ukształtowanie a następnie stosowanie przepisów ustawowych, aby udzielanie zamówień uczynić efektywnym i sprawnym. Dlatego warto podkreślić znaczenie, dla optymalnej organizacji systemu, identyfikacji dobrych praktyk oraz ich upowszechniania. W tym całym procesie, to właśnie kontrola może stanowić ważny instrument.

Podsumowując tę część rozważań, należałoby wskazać na konieczność stworzenia ram prawno-organizacyjnych umożliwiających współdziałanie organów kontroli w zakresie wymiany informacji z kontroli systemu zamówień publicznych, jak również upowszechniania dobrych rozwiązań i praktyk. Takim rozwiązaniem, może być stworzenie systemu sprawozdawczości organów kontrolnych, na wzór istniejącego obecnie w ustawie Prawo zamówień publicznych obowiązku składania sprawozdań przez udzielających zamówień publicznych[7]. Takie rozwiązanie pozwoli na gromadzenie informacji o problemach występujących w funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych oraz o dobrych praktykach w jednym miejscu, co umożliwi podmiotom działającym na tym rynku łatwiejsze korzystanie z tych informacji.

Co prawda na poziomie chociażby Narodowych organów kontroli, od dawna nawiązana jest współpraca w obszarze wymiany doświadczeń kontrolnych. Początkiem wymiany doświadczeń z kontroli zamówień publicznych było powstanie w 2004 r. w ramach Contact Committee of the Supreme Audit Instytutions of the European Union[8], Grupy Roboczej Zamówień Publicznych[9]. W wyniku intensywnych prac w grupie roboczej wypracowano szereg dokumentów służących usprawnieniu procesu prowadzenia kontroli w obszarze zamówień publicznych. Przykładowo przygotowano przewodnik dla audytorów wraz z szczegółową listą pytań odnoszących się do poszczególnych obszarów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego[10].

---

[7] Zgodnie z art. 98 ustawy Prawo zamówień publicznych, istnieje obowiązek przekazywania przez zamawiających do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach.

[8] Komitet Kontaktowy Najwyższych Organów Kontroli Unii Europejskiej.

[9] Z inicjatywy Narodowego Organu Kontroli Irlandii.

[10] Przedmiotowy podręcznik był opracowany na podstawie dyrektywy 2004/18/EC, w związku z uchwaleniem w 2014 roku pakietu nowych dyrektyw koordynujących zamówienia publiczne, w październiku 2016 roku z inicjatywy narodowego organu kontroli Portugalii rozpoczęto prace nad aktualizacją przewodnika dla audytorów. Prace finalne zostaną zaprezentowane na międzynarodowym seminarium w zakresie kontroli zamówień publicznych, które odbędzie się w maju br. w Atenach.

Zakres kontroli zamówień publicznych

Zakres kontroli zamówień publicznych zależy w dużej mierze od katalogu możliwych środków dowodowych, na podstawie których organ kontrolny przeprowadza swoje badania, oraz kryteriów, w oparciu o które prowadzone są badania.

Przykładowo, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę udzielania zamówień publicznych, której celem jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Kontrola Prezesa UZP będzie więc tylko kontrolą prowadzoną w oparciu o jedno kryterium kontroli, a mianowicie kryterium legalnego działania. W takim ujęciu badań kontrolnych, legalność będzie obejmowała badanie zgodności działania z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, aktami stanowienia prawa o charakterze wewnętrznym, wiążącymi jedyne podporządkowane organy i jednostki organizacyjne oraz kształtującymi ich sytuację prawną, jak również umowami, decyzjami wydanymi w sprawach indywidualnych oraz innymi rozstrzygnięciami podjętymi przez uprawnione podmioty. Pozostawienie jedynie kryterium legalności przy kontroli zamówień publicznych wynika pośrednio z zasad gospodarki rynkowej. Kontrola taka bardziej jest zainteresowana legalnością podejmowanych działań, niż efektami gospodarczymi kontrolowanego podmiotu. Tym bardziej, że katalog podmiotów podlegających kontroli, nie obejmuje tylko jednostek sektora finansów publicznych, lecz również może obejmować jednostki samorządu terytorialnego czy też podmioty prywatne[11]. Swoistym ograniczeniem badań kontrolnych prowadzonych przez Prezesa UZP jest ograniczenie możliwości wykorzystania środków dowodowych do dowodu z dokumentów znajdujących się w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. To znacznie ogranicza możliwość kompleksowej kontroli, chociażby przy zastosowaniu innych kryteriów kontroli, jak kryterium rzetelności lub gospodarności.

Z kolei szereg innych organów posiadających kompetencje w zakresie kontroli zamówień publicznych ma zupełnie inny katalog środków dowodowych i kryteriów kontroli, w oparciu o które prowadzą swoje badania kontrolne. Przykładowo organami, które mogą przeprowadzać kompleksowe kontrole zamówień publicznych przy zastosowaniu czterech kryteriów kontroli i możliwie szerokiego katalogu środków dowodowych, są Regionalne Izby Obrachunkowe[12] i Najwyższa Izba Kontroli[13]. Tradycyjnie w polskiej kontroli państwowej szczególnie istotną rolę pełnią kryteria: legalności, gospodarności, celowości oraz rzetelności[14]. Regionalne izby obrachunkowe są

---

[11] A. Panasiuk: *System zamówień publicznych. Zarys wykładu, Zamówienia klasyczne. Partnerstwo Publiczno-Prywatne*, Warszawa 2013.

[12] Ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jedn. Dz. U. z 2001 r. Nr 55, poz. 577 ze zm.).

[13] Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli.

[14] Podręcznik kontrolera NIK definiuje w następujący sposób kryteria kontroli:

- Legalność obejmuje badanie zgodności działania z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, aktami stanowienia prawa o charakterze wewnętrznym, wiążącymi jedyne podporządkowane organy

państwowymi organami nadzoru i kontroli gospodarki finansowej jednostek samorządu terytorialnego w zakresie spraw finansowych, dokonują również kontroli gospodarki finansowej i zamówień publicznych. Izby kontrolują gospodarkę finansową, w tym realizację zobowiązań podatkowych oraz zamówienia publiczne podmiotów udzielane przez jednostki samorządu terytorialnego, na podstawie kryterium zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym. RIO prowadzą również kontrolę gospodarki finansowej jednostek samorządu terytorialnego w zakresie zadań administracji rządowej, wykonywanych przez te jednostki na podstawie ustaw lub zawieranych porozumień, uwzględniając kryterium celowości, rzetelności i gospodarności[15].

Uwzględniając powyższe uwagi, należałoby rozszerzyć możliwy katalog środków dowodowych, które mógłby w swoich badaniach kontrolnych wykorzystywać Prezes UZP. Jednocześnie, wraz z rozszerzeniem możliwych do wykorzystania środków dowodowych, należałoby rozszerzyć jego kompetencje do prowadzenia kontroli w oparciu o wszystkie cztery kryteria kontroli: legalności, celowości[16], gospodarności i rzetelności. Zmianie również powinny ulec przepisy nakazujące prowadzenie badań kontrolnych przez Prezesa UZP wyłącznie w swojej siedzibie.

Jednolitość wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych

Aktywność ustawodawcy w obszarze zamówień publicznych nie sprzyja przejrzystości i prostocie tych przepisów. Właściwą interpretację przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zaburza również ich niejednoznaczny charakter prawny. Przepisy prawa powinny być interpretowane i stosowane zgodnie z celami aktu prawodawczego,

---

i jednostki organizacyjne oraz kształtującymi ich sytuację prawną, a także określającymi zadania i kompetencje zatrudnionych pracowników, jak również umowami, decyzjami wydanymi w sprawach indywidualnych oraz innymi rozstrzygnięciami podjętymi przez uprawnione podmioty.

- Gospodarność obejmuje badanie oszczędnego i wydajnego wykorzystania środków; uzyskania właściwej relacji nakładów do efektów, wykorzystania możliwości zapobieżenia lub ograniczenia wysokości zaistniałych szkód.

- Celowość obejmuje badanie zapewnienia zgodności z celami określonymi dla kontrolowanej jednostki lub działalności; zapewnienia optymalizacji zastosowanych metod i środków, ich odpowiedniości dla osiągnięcia założonych celów; osiągnięcia tych celów.

- Rzetelność obejmuje badanie wypełniania obowiązków z należytą starannością, sumiennie i we właściwym czasie; wypełniania zobowiązań zgodnie z ich treścią; przestrzegania wewnętrznych reguł funkcjonowania danej jednostki, dokumentowania określonych działań lub stanów faktycznych zgodnie z rzeczywistością, we właściwej formie i wymaganych terminach, bez pomijania określonych faktów i okoliczności.

15 Zob. A. Skibiński: *Pozycja ustrojowa i zadania regionalnych izb obrachunkowych w systemie nadzoru i kontroli nad samorządem terytorialnym*, Sulechów 2006, s. 14 i n.

16 Należy oczywiście mieć na względzie różne konstytucyjne ograniczenia, jak chociażby wynikające z zasady samodzielności jednostek samorządu terytorialnego.

w którym zostały zamieszczone, z poszanowaniem wartości chronionych przez konstytucję i wykluczeniem kolizji z innymi aktami ustawodawczymi. Proces wykładni norm prawa zamówień publicznych musi zatem uwzględniać rolę, jaką odgrywają przy ochronie interesu publicznego, w szczególności z punktu widzenia racjonalności oraz oszczędności procesu dokonywanych wydatków publicznych. Istotną funkcję w procesie właściwej wykładni prawa zamówień publicznych, oprócz orzecznictwa (KIO, sądów powszechnych), pełnią organy kontrolne prowadzące badania kontrolne w obszarze udzielania zamówień publicznych. Ważne jest, aby kontrola nie powodowała lęku przed podejmowaniem racjonalnych działań przez podmioty kontrolowane.

Przykładowe obszary występujących nieprawidłowości w kontrolach prowadzonych przez NIK:

- niewłaściwe przygotowanie się do prawidłowego udzielenia zamówienia publicznego,
- brak koncepcji oraz planu udzielanych zamówień publicznych,
- nieprawidłowości przy opisie przedmiotu zamówienia,
- nieprawidłowości przy definiowaniu warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty,
- brak należytej realizacji zasady *best value for money*, gwarantującej najlepszy bilans ceny i jakości.

Jak widać kontrola może wskazywać na obszary związane z występowaniem nieprawidłowości, może też dawać propozycje rozwiązań dla ustawodawcy, w postaci formułowania wniosków *de lege ferenda*. Przykładowo, kontrole prowadzone przez NIK wskazywały na konieczność wypracowania odpowiedniego kompromisu pomiędzy rozwiązaniami umożliwiającymi wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, a tymi zapewniającymi realizację innych celów. Izba podkreślała, że fakultatywny charakter klauzul społecznych, środowiskowych oraz innowacyjnych wymaga wspierania świadomości zamawiających w zakresie korzyści płynących z ich zastosowania.

Często pojawiają się postulaty o wprowadzeniu zasady związania innych organów kontroli wynikiem kontroli Prezesa UZP, czy też zasady, że kolejny organ kontrolujący to samo postępowanie nie wchodzi w zakres kontroli, które już się odbyły w stosunku do tego postępowania. Postulaty te nie wydają się właściwe, z punktu widzenia systemu prawa i kontroli w Polsce, do realizacji. Trudno by było związać Prezesa NIK jako naczelny organ kontroli państwa, wynikami kontroli przeprowadzonych wcześniej przez centralny organ administracji publicznej, jakim jest Prezes UZP. Niemniej jednak, odpowiedni przepływ informacji między organami kontrolującymi zamówienia publiczne w zakresie występujących nieprawidłowości czy też właściwej interpretacji przepisów prawa, powinien się odbywać. Jednakże ze względu na swoistą samodzielność i niezawisłość prowadzonych badań kontrolnych, nie widzę możliwości jak i potrzeby wiązania wynikami kontroli Prezesa UZP innych organów kontrolnych.

Rodzaje kontroli wykorzystywanych przy kontroli zamówień publicznych

Rodzaj prowadzonej kontroli zależy od charakteru i zakresu przedmiotu kontroli. Zamówienia publiczne mogą być poddawane zarówno kontrolom *ex post*, jak i *ex ante*. Jak wynika ze Sprawozdania z funkcjonowania rynku zamówień publicznych w 2016 r., Prezes UZP przeprowadził 264 kontrole zamówień publicznych, w tym: 140 kontroli doraźnych, 101 kontroli uprzednich obligatoryjnych oraz 23 kontrole doraźne z zawiadomień o wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym oraz kontrole doraźne postępowań w trybie z wolnej ręki, o wartości nieprzekraczającej obowiązku przekazywania zawiadomień. Rodzaj wykorzystywanych kontroli do kontroli zamówień publicznych jest również bardzo ważny z punktu widzenia właściwego prowadzenia badań kontrolnych i uzyskiwanych wyników. Kontrola *ex ante* (uprzednia) w swojej istocie prowadzi do wskazywania wad i ułomności już na etapie toczącego się postępowania, co oznacza, że możliwe jest uzyskanie dobrego efektu końcowego. Wadliwe postępowanie, w wyniku badań kontrolnych i wskazania nieprawidłowości, może zostać poprawione. Z kolei kontrola *ex post* (następcza) polega na sprawdzaniu i ocenie dokonanych już czynności i ich następstw. Pozwala ona na dokładniejsze i szersze spojrzenie na zachodzące zjawiska w kontrolowanej jednostce, nie tylko z punktu widzenia wybranego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kontrola taka stwarza jedynie możliwości poprawy przyszłych procedur działania. Patrząc na ilość i rodzaj kontroli prowadzonych przez Prezesa UZP, wydaje się, że zbyt mało jest kontroli doraźnych w obszarze wyboru trybów niekonkurencyjnych, które mogą zaburzyć konkurencję w danym postępowania. Tak jak już podkreślałem na naszej ostatniej konferencji w 2017 r., proces weryfikacji zawiadomień przez Prezesa UZP jest dość ograniczony. Z tego względu, że przykładowo w 2013 r. przeprowadzono 50 kontroli prawidłowości zawiadomień, z których w aż 48 przypadkach stwierdzono nieprawidłowości przy wyborze trybu. To samo dotyczy kolejnych lat, gdyż w 2014 r. przeprowadzono 35 kontroli doraźnych, z tego aż w 33 przypadkach stwierdzono nieprawidłowości. Skala nieprawidłowości w prowadzonych kontrolach zawiadomień wskazywałaby na konieczność większej ilości weryfikacji składanych zawiadomień. Tym bardziej, że od dnia 1 stycznia 2017 r. *in house* (zamówienie wewnętrzne) stał się jedną z przesłanek umożliwiających dokonanie wyboru wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki[17].

Kontrola powinna być kierowana w obszary, gdzie zasady funkcjonowania systemu są naruszane, a zatem potrzebna jest informacja o konkretnych działaniach uczestników rynku zamówień publicznych. Szczególnej staranności należy dochować przy udzielaniu zamówień w trybach niekonkurencyjnych zamkniętych. W tym właśnie

[17] A. Panasiuk: *Istota prawna zawiadomień o wyborze trybu niekonkurencyjnego w zamówieniach publicznych*, [w:] Funkcjonowanie *systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017, Urząd Zamówień Publicznych, s. 117–126.

celu w ustawie Prawo zamówień publicznych została ustanowiona instytucja zawiadomień o wyborze trybu.

Oparcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zasadzie swobody wyboru trybu zamówienia przez zamawiającego w ramach ustawowych przesłanek przewidzianych przepisami prawa materialnego, powoduje określone następstwa prawne dla skuteczności podejmowanych czynności we wszczętym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Bibliografia

Boć J.: *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited 2001.

Kosikowski C.: *Status prawny Najwyższej Izby Kontroli w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i standardów Unii Europejskiej (Aspekty prawnofinansowe)*, „Kontrola Państwowa" 2002, nr 2.

Jagielski J.: *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 1999.

Panasiuk A.: *System zamówień publicznych. Zarys wykładu, Zamówienia klasyczne. Partnerstwo Publiczno-Prywatne*, Warszawa 2013.

Panasiuk A.: *Istota prawna zawiadomień o wyborze trybu niekonkurencyjnego w zamówieniach publicznych*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. nauk. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017.

Skibiński A.: *Pozycja ustrojowa i zadania regionalnych izb obrachunkowych w systemie nadzoru i kontroli nad samorządem terytorialnym*, Sulechów 2006.

Słownik języka polskiego PWN, Warszawa 2002.

Małgorzata Rakowska
Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Wymierne i efektywne narzędzia służące realizacji celów postępowania odwoławczego

Abstrakt

Przedmiotem niniejszego opracowania jest przedstawienie kilku najbardziej charakterystycznych narzędzi służących realizacji podstawowych celów postępowania odwoławczego. Kwestie te omówiono poprzez odniesienie do takich czynników, jak: sposób wniesienia pisma wszczynającego postępowanie, uproszczone procedury dotyczące doręczania pism, wezwań i zawiadomień, przebieg rozprawy czy też szybkość postępowania, a więc narzędzi, które wpływają na sprawność i efektywność postępowania sądowego. Referat ten to także próba odpowiedzi na pytanie, czy wskazane narzędzia realizują cel postępowania odwoławczego, a tym samym, czy są one wymierne i efektywne.

Abstract

This elaboration concentrates on presentation of some of the most characteristic tools used to implement the basic objectives of the appeal procedure. These issues were covered by reference to such factors as: the manner of filing the document initiating the procedure, simplified procedures for delivery of letters, notices and notifications, the course of the hearing or speed of procedure, that means the tools that affect the efficiency and effectiveness of the court proceeding. This elaboration is also an attempt to answer the question whether the indicated tools meet the objective of appeal procedure and, therefore, whether they are measurable and effective.

Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest przedstawienie kilku najbardziej charakterystycznych narzędzi służących realizacji podstawowych celów postępowania odwoławczego, jak również próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy cele te zostały osiągnięte.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i który gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Na straży realizacji tego celu stoi szereg instytucji prawnych,

a w szczególności system środków ochrony prawnej, służący kontroli zachowań zamawiającego w toku postępowania[1].

Środki ochrony prawnej to określone w ustawie Prawo zamówień publicznych[2] środki odwoławcze (odwołanie) oraz skarga do sądu, która jest szczególnym środkiem kontroli orzeczeń kończących postępowanie odwoławcze. Środki te służą zapewnieniu zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych postępowań w sprawie udzielenia zamówień publicznych i konkursów, a tym samym eliminowaniu niezgodnych z tymi przepisami czynności zamawiającego, albo nakazywaniu zamawiającemu podjęcia czynności, których bezprawnie zaniechał w prowadzonej procedurze zamówieniowej[3]. Mają one na celu umożliwienie wykonawcom i uczestnikom postępowania szybki, efektywny, przejrzysty oraz oparty na zasadach niedyskryminacji i równego traktowania przegląd postępowań o udzielenie zamówień publicznych i konkursowych, co do zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek i w zakresie zastosowanych przez jego uczestników środków odwoławczych[4], na etapie poprzedzającym zawarcie umowy lub rozstrzygnięcie konkursu, oraz zapobieganie wykorzystywaniu procedur odwoławczych do blokowania lub odwlekania kontraktowania i realizacji zamówień publicznych[5].

Regulacja ta jest rezultatem konieczności implementacji do polskiego porządku prawnego następujących dyrektyw: dyrektywy Rady nr 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane[6], dyrektywy Rady nr 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze, administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji[7] oraz dyrektywy Rady nr 2007/66/EWG Parlamentu Europejskiego z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady nr 89/665/EWG i nr 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur Odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych[8]. Wskazują one na konieczność podporządkowania rozwiązań legislacyjnych państw członkowskich za-

---

[1] A. Mituś: *Przesłanki skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych*, [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, pod redakcją H. Nowickiego, Warszawa 2010, s. 79.

[2] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164).

[3] R. Jędrzejewski: *System zamówień publicznych w Polsce pod redakcją Jacka Sadowego*, Warszawa 2013, s. 325.

[4] Ibidem, s. 327.

[5] Ibidem.

[6] Dz. Urz. Nr L 395 z 1989 r.

[7] Dz. Urz. Nr L 76 z 1992 r.

[8] Dz. Urz. Nr L 335/31 z 2007 r.

sadzie efektywności i szybkości postępowania[9], zakazu dyskryminacji ze względu na narodowość i powszechność dostępu do środków odwoławczych[10].

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak już wyżej wskazano, może dojść do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W takim przypadku zamawiający jest zobowiązany skorygować niejako z urzędu wszelkie niezgodności z przepisami prawa powstałe w toku postępowania, np. unieważniając czynność niezgodną z przepisami lub podejmując czynność pozostającą z nią w zgodzie. W większości przypadków tak się jednak nie dzieje. Najczęstszym sposobem przywrócenia postępowania do stanu zgodnego z prawem jest dopiero skorzystanie ze środków ochrony prawnej[11].

Środki ochrony prawnej stanowią bowiem narzędzie ochrony praw wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie to jest uregulowane trzema grupami przepisów. Zasadnicze znaczenie dla kształtu procedury mają przepisy działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych, rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów: w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań[12], zwane dalej rozporządzeniem w sprawie regulaminu postępowania, oraz rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania[13].

Rozpoczynając rozważania na temat narzędzi służących realizacji celów postępowania odwoławczego nie można nie zdefiniować pojęć „wymierny" i „efektywny".

„Wymierny" to dający się określić, co do wielkości lub znaczenia[14], namacalny, uchwytny, sprawny, przeliczalny, mierzalny, natomiast „efektywny" to dający dobre wyniki, wydajny, istotny, skuteczny, rzeczywisty[15].

W dalszej kolejności należy ustalić, jakie narzędzia wpływają na sprawność i efektywność postępowania odwoławczego. Na sprawność postępowania przed sądem oddziałuje wiele czynników, wśród których można przykładowo wskazać:

a) uproszczenia proceduralne (…), np. w zakresie doręczeń pism, zawiadomień o posiedzeniach i rozprawach (…);
b) niewikłanie stron w zbyt rozbudowane procedury dotyczące samego przebiegu rozprawy (…);

---

[9] A. Trojanowska: *System środków ochrony prawnej i organów je realizujących oraz propozycje zmian tego systemu*,[w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian,* red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015.

[10] J. Pokrzywniak: *Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych*, Warszawa–Katowice 2006, s. 13.

[11] G. Wicik: *Prawo zamówień publicznych*. *Komentarz*, Warszawa 2007, s. 743.

[12] Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, (tekst jedn. Dz. U. z 23 lipca 2014 r., poz. 964).

[13] Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

[14] *Internetowy słownik języka polskiego PWN*, pod redakcją W. Doroszewskiego, https://sjp.pwn.pl/.

[15] Ibidem.

c) unikanie zbyt długich terminów (…) [16].

Czynniki te wpływają nie tylko na przebieg postępowania sądowego, ale przede wszystkim na sprawność i efektywność postępowania arbitrażowego, w tym postępowania odwoławczego przed Krajowa Izbą Odwoławczą.

Sposób wniesienia odwołania

Dokonując oceny narzędzi mających wpływ na sprawność i efektywność postępowania odwoławczego w pierwszej kolejności należy wskazać na sposób wniesienia odwołania. Odwołanie – zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych[17]– wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej lub w postaci elektronicznej, opatrzone odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Podobna regulacja została zawarta w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych[18]. W myśl powołanego przepisu zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Skutki prawne związane ze złożeniem oświadczenia woli w formie elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym określa art. 78^1 § 2 kodeksu cywilnego[19]. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Powyższe jest konsekwencją nowej regulacji wprowadzającej jednolite w całej Unii Europejskiej podejście do świadczenia usług zaufania, których zadaniem jest zapewnienie bezpieczeństwa transakcji elektronicznych realizowanych w Internecie[20]. Wprowadzone środki identyfikacji elektronicznej nie tylko zwiększają bezpieczeństwo i wygodę użytkowników sieci, ale co za tym idzie wpływają na skuteczność i szybkość postępowania odwoławczego.

Odpowiedzi na odwołania

Instytucją upraszczającą postępowanie odwoławcze i pozwalającą na jego sprawne przeprowadzenie jest odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź na odwołanie wnosi się do Izby. Ustawa niestety nie nakłada na zamawiającego obowiązku złożenia odpowiedzi

---

[16] K. Flaga-Gieruszyńska: *Problem sprawności i efektywności postępowania arbitrażowego*, „Kwartalnik ADR" 2011, Nr 4(16).

[17] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164.)

[18] Ibidem.

[19] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (teks jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 459, 933, 1132; z 2018 r., poz. 398).

[20] Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym, Dz. Urz. Nr L 257/73 z 2014 r.

na odwołanie ani też obowiązku przekazania kopii odpowiedzi na odwołanie odwołującemu i uczestnikom postępowania odwoławczego. Nie wskazuje także terminu na jej wniesienie. Tak więc może ona być wniesiona aż do zamknięcia rozprawy. Instytucja ta, mimo iż ma charakter fakultatywny, ma na celu przyspieszenie toku postępowania odwoławczego. W piśmie tym zamawiający przedstawia bowiem swoje stanowisko odnośnie do zarzutów i wniosków zawartych w odwołaniu.

Wniesienie odpowiedzi na odwołanie, w której zamawiający nie uwzględnia żadnego zarzutu, nie wywołuje skutków prawnych i jest jedynie stanowiskiem zamawiającego[21]. Natomiast usprawnienie toku postępowania odwoławczego za sprawą instytucji odpowiedzi na odwołanie wyraża się w tym, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Krajowa Izba Odwoławcza może umorzyć postępowanie odwoławcze[22]. Takie postanowienie może być wydane na posiedzeniu niejawnym, o ile do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, albo też w sytuacji, gdy uczestnik postępowania, który skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania. W takim przypadku postępowanie podlega umorzeniu. Jeżeli jednak uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw, Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana jest rozpoznać odwołanie.

Zamawiający ma możliwość uwzględnienia odwołania nie tylko w całości, ale także w części, tj. w odniesieniu tylko do niektórych zarzutów. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy, o ile po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględniania w części zarzutów odwołania. Jeżeli jednak uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w części, albo też, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

Instytucja uwzględnienia odwołania w całości lub części ma niewątpliwie wpływ na przebieg postępowania odwoławczego, jak i na wynik tego postępowania. Jest ona korzystna, zwłaszcza dla zamawiającego, który nie ryzykuje kosztów postępowania odwoławczego, i to nie tylko w sytuacji, gdy uwzględni odwołanie w całości, ale i w przypadku uwzględnienia części zarzutów odwołania, które w jego ocenie są zasadne, o ile odwołanie, co do części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, a odwołujący zarzutów tych nie wycofał, zostało oddalone przez Krajową Izbę Odwoławczą.

---

[21] P. Granecki: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1438.

[22] M. Stachowiak: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1017.

Tak więc koszty postępowania odwoławczego ponoszone są przy uwzględnieniu zasady odpowiedzialności za wynik. W niektórych jednak przypadkach ustawa przewiduje modyfikację poprzez wzajemne zniesienie kosztów (art. 186 ust. 6 pkt 1 i 2), co oznacza, że nie zostaną one zasądzone od żadnej ze stron i uczestników postępowania odwoławczego. Każdy więc poniesie koszty jedynie za swoje czynności[23].

Doręczenie w porę odwołania

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają w części dotyczącej środków ochrony prawnej, tak jak ma to miejsce w postępowaniu cywilnym, przepisów dotyczących doręczeń. Jedynym przepisem, który dotyczy wezwania, ale nie mówi już o sposobie jego doręczenia, jest art. 187 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że „jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, (…), Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełniania odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania". Przepisy rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania[24] uzupełniają w zakresie dotyczącym doręczeń ustawę Prawo zamówień publicznych i zawierają generalną regułę, w myśl której „z wyjątkiem wniesienia odwołania oraz zgłoszenia przystąpienia oraz zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W przypadku korespondencji przesyłanej przy użyciu tych środków domniemywa się, że dzień przesłania korespondencji jest dniem doręczenia, jeżeli została ona przesłana niezwłocznie również w formie pisemnej". Regulacja ta dotyczy zarówno wezwań, jak i zawiadomień o terminie i miejscu posiedzenia i rozprawy kierowanych do stron i uczestników postępowania odwoławczego oraz świadków i biegłych, które doręcza się co najmniej na 3 dni przed wyznaczonym terminem rozprawy. Wezwania i zawiadomienia doręczane w tak określony sposób mają na celu sprawne i szybkie przeprowadzenie postępowania odwoławczego i niewątpliwie swój cel spełniają. Korespondencja kierowana przez Krajową Izbę Odwoławczą przy użyciu środków komunikacji elektronicznej jest niemal zawsze skutecznie doręczana. Strony i uczestnicy postępowania są właściwie powiadomieni, a przypadki niestawiennictwa na posiedzenie i rozprawę są rzadkością.

---

[23] P. Granecki: *Prawo*…, s. 1404.

[24] Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, (tekst jedn. Dz. U. z 23 lipca 2014 r., poz. 964).

Postępowanie dowodowe przed KIO

Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, co oznacza, że spór toczą strony i to one mają obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne[25]. Postępowanie przed Izbą jest postępowaniem z zasady realizującym postulat szybkości jego prowadzenia, gdzie szczególnego znaczenia nabiera rozkład ciężaru dowodu i inicjatywa dowodowa przejawiana przez strony[26]. Żaden z przepisów nie nakazuje bowiem składowi orzekającemu dążyć do ustalenia prawdy materialnej[27]. To strony i uczestnicy postępowania są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, i dowody te mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Wobec tego powinni przytaczać wszystkie okoliczności faktyczne i dowody, aby postępowanie mogło być przeprowadzone sprawnie i szybko. Skoro obowiązkiem prowadzenia dowodów obarczone są strony postępowania odwoławczego, dowód z urzędu może być dopuszczony niejako w dalszej kolejności[28]. Dopuszczenie dowodu z urzędu powinno mieć charakter posiłkowy, wynikający np. z bierności stron albo niezgromadzenia materiału dowodowego wystarczającego do wyjaśnienia sprawy[29]. Przeprowadzenie dowodu z urzędu jest to bowiem uprawnienie Izby, a nie obowiązek, i w procesie kontradyktoryjnym taka sytuacja powinna ograniczać się wyłącznie do przypadków, kiedy bez takiego dowodu nie jest możliwe rozstrzygnięcie sporu, gdyż Izba nie może wyręczać stron i uczestników postępowań[30]. W takim przypadku szybkość postępowania należy postrzegać jedynie, jako postulat, który nie może przełamywać kontradyktoryjności postępowania[31]

Rolę mechanizmu przyspieszającego postępowanie dowodowe, a tym samym postępowanie odwoławcze jest także art. 190 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z treścią którego Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub zostały powołane dla zwłoki. Dla zwłoki powoływane są więc dowody, które nie wnoszą nic do sprawy, dotyczą kwestii ubocznych i zbędnych dla rozstrzygnięcia[32]. Tym samym pominięcie dowodu dopuszczalne jest jedynie wówczas, gdy okoliczności sporne zostały dostatecznie wyjaśnione zgodnie z twierdzeniami strony zgłaszającej ten dowód albo, gdy chodzi o dowody nieprzydatne lub zgłoszone wyłącznie dla zwłoki. Zawężenie ram postępowania dowodowego do zakresu niezbędnego dla trafnego rozstrzygnięcia sprawy stanowi jeden z czynników przyspieszających tok postępowania[33].

---

25 P. Granecki: *Prawo*…, s. 1438.

26 Wyrok KIO z dnia 11.04.2013 r., sygn. akt KIO 589/13.

27 M. Stachowiak: *Prawo.*…, s. 101.

28 Ibidem, s. 1017.

29 P. Granecki: *Prawo.*…, s.1440.

30 Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2350/17.

31 P. Granecki: *Prawo.*…, s.1445.

32 Ibidem.

33 K. Flaga-Gieruszyńska, *Szybkość, sprawność i efektywność postępowania cywilnego – zagadnienia*

Szybkość postępowania odwoławczego

Czynnikiem istotnym dla postępowania odwoławczego jest szybkość, która jest jednocześnie jednym z celów tego postępowania. „Szybkość" w podstawowym znaczeniu to „cecha tego, co przebiega w większym tempie, z większą częstotliwością, krócej niż zwykle", „tempo, w jakim coś się odbywa"[34].

Dla szybkości postępowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia istotne znaczenie ma postanowienie art. 189 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, zgodnie z treścią którego Izba rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby oraz art. 189 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W myśl tych ostatnich Izba ogłasza orzeczenie po zamknięciu rozprawy na posiedzeniu jawnym oraz podaje ustne motywy rozstrzygnięcia, przy czym w sprawie zawiłej Izba może odroczyć ogłoszenie orzeczenia na czas nie dłuższy niż 5 dni. Zasadniczo 15-dniowy termin rozpoznania sprawy przez Izbę stanowi najkrótszy zidentyfikowany termin instrukcyjny w UE[35]. Jednak mimo jego instrukcyjnego charakteru termin ten, co do zasady, jest zachowywany (średni czas trwania postępowania odwoławczego w latach 2009–2016 wynosił 14 dni), także w sytuacjach wystąpienia dodatkowych czynności, które Izba zobowiązana była wykonać przed skierowaniem odwołania na posiedzenie i rozprawę, jak np. wezwanie do uzupełnienia braków formalnych odwołania czy wezwanie do zgłoszenia sprzeciwu od uwzględniania odwołania przez zamawiającego (wstrzymujące do 3 dni dalsze procedowanie w sprawie)[36].

Już nieco inaczej kształtuje się dochowywanie instrukcyjnego terminu dotyczącego ogłoszenia orzeczenia w tym samym dniu, tj. dniu zamknięcia rozprawy. Spowodowane jest to tym, że na przestrzeni 10 lat funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej charakter spraw uległ drastycznej zmianie. Znaczny odsetek odwołań zawiera bardzo dużą ilość zarzutów (od kilkunastu nawet do kilkudziesięciu). Skomplikowane są zarówno zarzuty dotyczące kwestii prawnych, jak i coraz bardziej skomplikowane są zarzuty dotyczące kwestii technicznych, które są podnoszone w ramach zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, równoważności, opisu przedmiotu zamówienia. Złożony charakter spraw technicznych powoduje, że nawet powołani w sprawie biegli rezygnują z przygotowania opinii. Z uwagi na powyższe wiele spraw rozpoznawanych jest na kilku terminach. Powoduje to, że wskaźnik ogłoszenia orzeczeń odraczanych z uwagi na zawiłość sprawy wzrasta. W 2016 r. odroczono wydanie orzeczeń w 66% ogólnej liczby wydanych wyroków, a w 2015 nieco mniej, a mianowicie 63%[37].

---

podstawowe, „Zeszyty Naukowe KUL" 60 (2017), nr 3 (239).

[34] Ibidem.

[35] P. Bogdanowicz: *Funkcjonowanie środków ochrony prawnej w krajach UE. Kluczowe wnioski*, Warszawa 2017, s. 13.

[36] Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r., Warszawa 2017, s. 16.

[37] Ibidem, s. 16.

Jednak szybkość postępowania nie jest wartością o bezwzględnym charakterze, ponieważ ma ona znaczenie tylko przy jednoczesnym zapewnieniu osiągnięcia zasadniczego celu postępowania. Wzgląd na szybkość postępowania, skądinąd stanowiącą podstawową wartość, która powinna być konsekwentnie realizowana w każdym procesie – nie może przesłaniać praw strony. Warto zauważyć, że w zakresie szybkości postępowania (a wydaje się również, że w odniesieniu do jego sprawności) zasadnicze znaczenie mają nie tylko działania sądu, ale również czynności stron i innych uczestników postępowania, które w sumie wyznaczają jego tempo[38]. Także w postępowaniu, jakie toczy się przed Krajową Izbą Odwoławczą, musi dojść do współdziałania organu orzekającego i stron oraz innych uczestników postępowania. Izba z pewnością nie może dokonywać czynności, którymi wyręcza stronę wykazującą się biernością w toku postępowania. W tym przypadku szybkość postępowania należy postrzegać jedynie, jako postulat, który nie może przełamywać kontradyktoryjności postępowania. „Szybkość" jest jedną z wartości, ale nie najważniejszą, która decyduje o tym, czy dane postępowanie możemy określić, jako „sprawne". A to dlatego, że o „sprawności" decyduje również osiągnięcie zamierzonego celu (np. wydanie trafnego orzeczenia), a więc nawet „szybkość" osiągnięta w maksymalnym stopniu nie świadczy o „sprawności" postępowania, jeśli cel tego procesu (rozstrzygnięcie sporu) nie zostanie osiągnięty[39].

Podsumowanie

W kontekście powyższych przykładów należy rozważyć, czy wskazane narzędzia realizują cele postępowania odwoławczego. Postępowanie arbitrażowe nie może być bowiem określone jedynie cechą „sprawności", jeśli równolegle nie zaistnieje cecha „efektywności", pojmowanej, jako synonim „skuteczności". Wynika to z założenia, że każde sprawne działanie powinno być odpowiednio ekonomiczne i skuteczne[40]. Skuteczność kontroli w tym wypadku oznacza, że obiektywne (prowadzone przez niezależne organy) postępowanie odwoławcze, prowadzone możliwie szybko z inicjatywy każdego z zainteresowanych podmiotów, umożliwi skuteczne korygowanie nielegalnych decyzji zamawiającego, zasadniczo jeszcze w trakcie trwania procedury przetargowej, doprowadzając do przywrócenia stanu zgodnego z prawem (udzielania zamówienia oferentowi, którego oferta, zgodnie z przepisami, powinna być wybrana)[41]. Efektywność uzyskuje się bowiem zarówno przy użyciu instrumentów odnoszących się do szybkości i sprawności postępowania, jak i z uwzględnieniem konstrukcji dotyczących

---

[38] K. Flaga-Gieruszyńska: *Szybkość, sprawność i efektywność…*, s. 12.

[39] Ibidem.

[40] K. Flaga-Gieruszyńska: *Problem sprawności i efektywności postępowania arbitrażowego*, „Kwartalnik ADR", Nr (16)/2011K, s. 164.

[41] J. Niczyporuk: *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych. Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 34.

celu postępowania, jakim jest trafne rozstrzygnięcie[42]. Dlatego też, dokonując oceny postępowania odwoławczego w tym kontekście, należy to czynić poprzez czas trwania tego postępowania, sposób jego zorganizowania, ale także trafność podejmowanych rozstrzygnięć. Ten ostatni czynnik musi być przy tym związany z jednym z głównych celów, jaki legł u podstaw tworzenia Krajowej Izby Odwoławczej, a mianowicie jednolitością orzekania.

Bibliografia

Bogdanowicz P.: *Funkcjonowanie środków ochrony prawnej w krajach UE. Kluczowe wnioski*, Warszawa 2017.

Dyrektywa Rady nr 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. Nr L 395 z 1989 r.).

Dyrektywa Rady nr 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze, administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. Nr L 76 z 1992 r.).

Dyrektywa Rady nr 2007/66/EWG Parlamentu Europejskiego z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady nr 89/665/EWG i nr 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur Odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. Nr L 335/31 z 2007 r.).

Flaga-Gieruszyńska K.: *Problem sprawności i efektywności postępowania arbitrażowego*, „Kwartalnik ADR", Nr 4(16)/2011.

Flaga-Gieruszyńska K.: *Szybkość, sprawność i efektywność postępowania cywilnego – zagadnienia podstawowe*, „Zeszyty Naukowe KUL" 60 (2017), nr 3 (239).

Granecki P.: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016.

Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r., Warszawa 2017.

Internetowy słownik języka polskiego PWN, pod redakcją W. Doroszewskiego.

Jędrzejewski R.: *System zamówień publicznych w Polsce pod redakcją Jacka Sadowego*, Warszawa 2013.

Mituś A.: *Przesłanki skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych. XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, Warszawa 2010.

Niczyporuk J.: *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych. Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, Gdańsk–Warszawa 2012.

Pokrzywniak J.: *Środki ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych*, Warszawa–Katowice 2006.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tekst jedn. Dz. U. z 23 lipca 2014 r., poz. 964).

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

[42] K. Flaga-Gieruszyńska: *Szybkość, sprawność i efektywność…*, s. 15.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. Nr L 257/73 z 2014 r.).

Stachowiak M.: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014.

Trojanowska A.: *System środków ochrony prawnej i organów je realizujących oraz propozycje zmian tego systemu*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 459, 933, 1132; z 2018 r., poz. 398).

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.).

Wicik G.: *Prawo zamówień publicznych., Komentarz*, Warszawa 2007.

Wyrok KIO z dnia 11.04.2013 r., sygn. akt KIO 589/13.

Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2350/17.

Dr hab. Ryszard Szostak
Profesor Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie,
Kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Zamówień Publicznych

O niektórych postulatach zmian w prawie zamówień publicznych

Abstrakt

W artykule wskazano obszary regulujące zasady udzielania zamówień publicznych w Polsce, w których należy wprowadzić modyfikacje.

Zwrócono uwagę na potrzebę zmiany przepisów wpływających na niski udział przedsiębiorców z sektora MSP w zamówieniach publicznych. Przedstawione zostały propozycje dotyczące zwiększenia znaczenia zamówień innowacyjnych oraz kryteriów jakościowych. Odniesiono się również do kwestii skutecznego nadzoru nad realizacją kontraktu i usprawnień w tym zakresie kontroli zarządczej. Opisane zostały także sugestie dotyczące usprawnień postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz sądami okręgowymi.

Abstract

The elaboration presents the areas regulating the rules of public procurement in Poland, where modifications should be introduced.

A special attention has been drawn to the need for change of regulations affecting the low share of SMEs in public procurement. The elaboration also presents proposals aiming to increase the importance of innovative procurement and quality contract award criteria. It concentrates as well on issue of effective supervision of contract performance and improvements in management control in this respect. The elaboration also covers suggestions as to the improvement of appeal procedure before the National Appeals Chamber and district courts.

Dalsza racjonalizacja zasad udzielania i wykonywania zamówień publicznych

Zasady to reguły nadrzędne, przede wszystkim ułatwiające wykładnię prawa i chroniące przed nadmierną kazuistyką ustawową. W sferze stosowania prawa zamówień publicznych o ich doniosłości praktycznej przesądza dodatkowo złożona i niezwykle wrażliwa problematyka ograniczeń swobody kontraktowej, w ramach której tradycyjne rozwiązania cywilnoprawne przeplatają się z wyjątkowymi nakazami i środkami regulowanymi bezwzględnie wiążącymi przepisami ustawy oraz instrumentami admi-

nistracyjnymi. W istocie bowiem prawo zamówień publicznych stanowi wynik swoistej syntezy ponadgałęziowej, na którą składają się przepisy przynależne do różnych gałęzi prawa, zwłaszcza cywilnego oraz administracyjnego i finansowego[1]. Nikt nie lubi ograniczeń, jeśli nie są w pełni racjonalne. Dlatego zasady udzielania i wykonywania zamówień publicznych zmierzają do uporządkowania i zdyscyplinowania wykładni prawa, chroniąc przed przypadkowymi błędami. Obecny ich „katalog" (art. 7 i n. Pzp) wymaga modernizacji oraz pewnego jeszcze wzbogacenia. W szczególności do rangi zasady podnieść trzeba wymóg celowości postępowania (obecny art. 2 pkt 7 Pzp nie jest dostatecznie wyeksponowany), choćby tylko z uwagi na poważny wyjątek w postaci unieważnienia postępowania, jeśli stało się bezprzedmiotowe (por. art. 93 Pzp). Awansować należy do rangi zasady także rozwiązanie objęte obecnym art. 14 Pzp, przesądzając pośrednio o obligacyjnej (wiążącej) naturze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego[2]. Pożądana jest dodatkowa zasada o szczególnej ochronie interesów wykonawców na drodze odwoławczej, która stanowiłaby oparcie dla jurysdykcji KIO, a ponadto zasada o obligatoryjnej kontroli wewnętrznej zamówień publicznych, także na etapie ich realizacji, z którą można by sensownie łączyć status zespołu nadzorującego w ujęciu art. 20a Pzp. Fragmentaryczne regulacje tego rodzaju kontroli, zawarte w przepisach odrębnych, a zwłaszcza w ustawie o finansach publicznych, nie są wystarczające. Poważnej modernizacji wymaga ponadto zasada powszechności reżimu ustawowego zamówień publicznych. Niepokojąco rośnie bowiem lista wyłączeń, nie zawsze w pełni zgodnych z dyrektywami (aktualnie wskaźnik sięga 40%). Konieczny jest ich gruntowny przegląd, połączony ze skreśleniem podobnych lub nawet powtarzających się przepisów odrębnych o udzielaniu zamówień wyłączonych z reżimu ogólnego (por. przykładowo ustawy: o oświacie, o finansowaniu nauki, o prowadzeniu działalności kulturalnej czy o utrzymaniu czystości w gminach), celem w miarę jednolitego unormowania tej kwestii w ustawie podstawowej, na rzecz zapewnienia minimalnego standardu spójności regulacji. Zasada przetargowego sposobu udzielania zamówień publicznych (art. 10 Pzp) wymaga zaś wzbogacenia o wyjątek w postaci nakazu zamawiania twórczych prac w trybie konkursowym. Aktualnie konkurs fakultatywny organizowany jest sporadycznie, dominuje zaś tryb przetargowy, chybiony przy braku możliwości porównania ofert na twórcze dzieła intelektualne (projektowe)[3], który może być sensownie praktykowany co najwyżej w odniesieniu

---

[1] Por. też W. Robaczyński: *Stosowanie instrumentów cywilnoprawnych w perspektywie rozwoju prawa zamówień publicznych*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017, s. 137 i n. oraz K. Horubski: *Administracyjno prawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 33 i n.

[2] Więcej R. Szostak: *Przetargowy wybór oferty najkorzystniejszej na tle europejskich tendencji rozwojowych*, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej*, red. A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, W. Starzyńska, Warszawa–Łódź 2010, s. 58–61.

[3] Jego zastosowanie w bieżącej praktyce spada drastycznie. Por. M. Ziółkowska: *Dlaczego konkurs nie stanowi podstawowej procedury udzielania zamówień na prace projektowe?*, „Zamówienia Publiczne – Doradca" 2018, nr 3, s. 22 i n.

do – skądinąd licznych – prac projektowych pozbawionych walorów utworu w rozumieniu prawa autorskiego. Poza tym nie tyle o samym wyborze właściwej procedury udzielenia zamówienia, ile o odpowiedzialności za prawidłowy wybór trybu postępowania należałoby przesądzić w dalszej części ustawy. Ogłoszenie w formie urzędowej należałoby wyraźniej powiązać z zasadą jawności, natomiast informowanie o planowanych zamówieniach, jak i kwestię harmonogramu udzielania zamówień (tzw. plan postępowań) – przesunąć do rozdziału o przygotowaniu udzielenia zamówienia. Nowego unormowania potrzebują: zasada pisemności postępowania (konieczne stało się już zastąpienie jej „zasadą elektronicznego sposobu prowadzenia postępowania" z elektronicznym „dokumentowaniem" jego przebiegu oraz elektroniczną formą komunikacji, z zachowaniem wyjątkowych odstępstw na rzecz pisemności) oraz zasada bezstronności zamawiającego, w szczególności w aspekcie form zwalczania konfliktu interesów.

Wzmocnienie ochrony interesów drobnych przedsiębiorców

Pośród podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na obszarze Polski liczebnie dominują drobni przedsiębiorcy, jednak zamówienia publiczne w znacznej mierze zdobywają więksi wykonawcy. Świadczy to o utrzymujących się ciągle barierach ograniczających drobnym przedsiębiorcom dostęp do zadań finansowanych ze środków publicznych. Zamówienia publiczne sięgają 20% wartości obrotu zawodowego, a więc stanowią pokaźny „zastrzyk" dla rozwoju gospodarki. Wprowadzane dotychczas rozwiązania legislacyjne nie spowodowały wyraźnej poprawy sytuacji. W szczególności ustawowe zalecenie podziału zamówienia na części (z dopuszczeniem ofert częściowych) nie może być przecież stosowane regularnie. Aktualnie same zamówienia małej wartości sięgają 38%, a wzrastający sukcesywnie poziom zamówień bagatelnych (do 30 tys. euro) przekracza już 20% ogólnej wartości wszystkich zamówień publicznych, nie wspominając o niepokojącym wskaźniku zamówień wyłączonych z reżimu ustawowego z różnych tytułów, sięgającym 40% wartości rynku zamówień publicznych[4]. Przy średniej wielkości 3 ofert na przetarg – stan zamówień małej wartości jest opłakany. Konieczne są zatem dalsze rozwiązania wzmacniające ochronę interesów drobnych przedsiębiorców przy ubieganiu się o wszelkie, zwłaszcza mniejsze, zamówienia publiczne. Tymczasem w sferze tego rodzaju zamówień nadal panuje stagnacja, podpierana nadzieją łączoną z samoczynnym działaniem mechanizmów konkurencyjnych, której towarzyszy złudna wiara w dobre intencje instytucji zamawiających w kierunku dostatecznej stymulacji i ochrony uczciwej konkurencji. Oczywistym jest wniosek, że poszerzenie dostępu drobnych przedsiębiorców do zamówień publicznych wiedzie poprzez złagodzenie wymagań proceduralnych, zniesienie niepotrzebnych i odstraszających barier formalnych oraz bezwzględne przestrzeganie zasady poddawania każdego

[4] Por. sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w Polsce w 2016 r., Warszawa 2017, s. 9 i 35.

zamówienia mechanizmom konkurencji z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców. Nie bez znaczenia jest ponadto stabilizacja prawa i jego wykładni.

Pilnie potrzebne są zatem rozwiązania radykalniejsze, lecz bynajmniej nie chodzi tu o uruchomienie środków ingerencji bezpośredniej, czy jakieś większe uprzywilejowanie drobnych przedsiębiorców, lecz o zwykłe wyrównanie szans w warunkach nasilonej konkurencji. W pierwszej kolejności liczą się dalsze uproszczenia i odbiurokratyzowanie procedur. Niezbędne są większe gwarancje przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia, toczonego w warunkach jawności, jasności, prostoty, a przede wszystkim przewidywalności. Standardem powinien być bieżący dostęp do informacji, zwłaszcza o planowanych oraz o udzielanych zamówieniach publicznych, także drobnej wartości (bagatelnych). Duże znaczenie ma szybkość postępowania i skuteczna komunikacja oraz instrukcyjna aktywność zamawiającego-organizatora, także w postaci upowszechniania dobrych praktyk i wzorcowych dokumentów. Pozytywne zaangażowanie instytucji zamawiających jest szczególnie cenne, zwłaszcza obecnie, w okresie wdrażania pełnej elektronizacji zamówień publicznych. Tymczasem w praktyce efekty są skromne i ciągle daleko do przełomu. Docelowo jednak elektronizacja niewątpliwie złagodzi uciążliwości biurokratyczne (standaryzacja) oraz ułatwi wprowadzenie uproszczeń proceduralnych, z czasem niektóre procedury (np. zapytanie o cenę) staną się zbędne. Promowane być muszą bowiem – tak jak w innych krajach – szybkie procedury otwarte, o wysokim stopniu konkurencyjności. Jednocześnie zwalczać trzeba w trybie karno-administracyjnym przypadki nadużywania trybu z wolnej ręki i innych wyjątkowych procedur niekonkurencyjnych. W zakresie zamówień małej wartości niezbędne jest pilne przywrócenie pełnego stosowania środków ochrony prawnej wykonawców. Połowiczne załatwienie tej kwestii w art. 180 ust. 2 Pzp nie ma żadnego uzasadnienia praktycznego, a koszty w postaci ciągle utrzymujących się chwiejności interpretacyjnych są znaczące[5]. Najlepszym sprzymierzeńcem interesu publicznego jest „walczący o swoje" wykonawca. W takich warunkach także i działająca stymulacyjnie kontrola administracyjna staje się bardziej efektywna.

Rychłego uporządkowania wymaga status drobnych zamówień publicznych, wolnych od reżimu ustawowego (do 30 tys. euro). W bieżącej praktyce wzrastają bowiem niebezpiecznie przypadki rozdrabniania większych zamówień w celu unikania ustawowych ograniczeń swobody kontraktowej (przetargowego sposobu udzielania zamówień), do tego stopnia, że już ponad 40% zamówień udziela się „pozaustawowo", najczęściej w ramach różnych procedur zamkniętych na konkurencję. Projektowane obniżenie progu bagatelności do dawnego poziomu 14 tys. euro nie załatwi wszystkiego. Konieczny jest co najmniej przepis zapobiegający dalszemu rozwojowi niekorzystnej tendencji rozdrabniania zamówień, a mianowicie wprowadzający jednoznacznie obowiązek szacowania drobnych zamówień w zgodzie z dyrektywami europejskimi (w ujęciu sumarycznym dla każdego asortymentu), a także przepis o podstawowych zasadach udzielania zamówień bagatelnych. W sprawozdaniach dotyczących drob-

[5] Por. na tym tle okoliczności sprawy rozstrzygniętej uchwałą Sądu Najwyższego z 17 listopada 2017 r. (III CZP 56/17), dostępna na stronie internetowej UZP.

nych zamówień powinno się zamieszczać sumaryczny wynik wydatków na każdy asortyment dostaw lub usług, a także na każdy obiekt budowlany (w przeciętnej jednostce będzie to nie więcej niż 20 – 30 pozycji), tak aby można było *ex post* stwierdzić fakty bezprawnego rozdrabniania większych dostaw, usług lub robót, pod pretekstem zamówień wyłączonych z reżimu ustawowego. Zaostrzenia wymaga ponadto kontrola urzędowa (resortowa, NIK, regionalnych izb obrachunkowych) udzielania drobnych zamówień publicznych.

Zwiększenie roli zamówień innowacyjnych

Podstawowym sposobem zapewnienia wzrostu innowacyjności zamówień publicznych jest uwzględnienie postępu technicznego i rozwiązań nowatorskich, bezpośrednio w opisie przedmiotu zamówienia. Skoro ponad 20% obrotu zawodowego łączy się z zamówieniami publicznymi, wykreowanie popytu na produkty, usługi lub roboty innowacyjne leży bezpośrednio w gestii rządowych i samorządowych instytucji zamawiających. W pierwszej kolejności trzeba zatem zająć się stymulacją instytucji zamawiających w kierunku nabywania nowoczesnych przedmiotów, zwłaszcza sprzętu i urządzeń zaspokajających potrzeby publiczne, a także niezawodnych systemów teleinformatycznych, z uwzględnieniem nowych technologii (metod) świadczenia usług oraz robót budowlanych. Konieczne jest trwałe otwarcie na nowych dostawców lub wykonawców oraz zwalczanie wszelkich praktyk monopolistycznych i nieuczciwej konkurencji, w tym żenującego naśladownictwa produktów (tzw. podróbek). Naturalnym bowiem sprzymierzeńcem innowacyjności jest efektywna i uczciwa konkurencja. Poza tym usprawnić należy procedury zamawiania świadczeń innowacyjnych, w tym ciągle oczekującą na swoje praktyczne zastosowanie procedurę partnerstwa innowacyjnego, a także dialogu konkurencyjnego. Przyspieszenia wymaga ponadto reaktywacja konkursu jako podstawowego trybu zamawiania prac projektowych. Od czasów starożytnych twórczość zamawia się przecież z wykorzystaniem konkursu albo wyjątkowo w trybie z wolnej ręki. Tymczasem w aktualnej polskiej praktyce dominuje procedura przetargowa, której podstawowym założeniem jest wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, zapewniający porównywalność ofert. Dopuszczenie i ocena wszelkiej twórczości, a także wynalazczości napotyka zatem na trudności.

Zamawianie świadczeń o wartości poniżej europejskich progów kwotowych

Udzielanie zamówień poniżej europejskich progów kwotowych powinno się unormować sposobem dotychczasowym, kompleksowo, z zastrzeżeniem odstępstw w stosunku do wymagań przewidzianych dla zamówień większej wartości. Skoro bowiem wzrost praktycznego zastosowania procedur przetargowych już dawno przekroczył 80% (z tendencją rozwojową), brak istotnego powodu dla specjalnych rozwiązań od-

rębnych w odniesieniu do zamówień mniejszej wartości. Po wprowadzeniu przetargu elektronicznego brak będzie dostatecznego uzasadnienia dla dalszego tolerowania procedury zapytania o cenę, a także być może licytacji elektronicznej. Udoskonalenia wymaga jednak procedura tzw. dynamicznego systemu dokonywania zakupów (w praktyce jest niezrozumiała i ma zerowe zastosowanie), tak aby po otwartej rekrutacji zainteresowanych wykonawców jej przebieg zbliżony był maksymalnie do przetargu ograniczonego. Pozostawienie regulacji tej procedury na dotychczasowym poziomie nie wchodzi w rachubę, lepsze byłoby zupełne jej skreślenie. Dalszych usprawnień wymaga faza otwarcia ofert przetargowych (wszystkie oferty powinny trafiać na stronę internetową zamawiającego) oraz weryfikacja warunków wymaganych od konkurentów wraz z zasadami ich dokumentowania (*vide* ostatnie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawach polskich)[6], a także tok czynności przetargowych w zakresie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Większą przejrzystość trzeba nadać przepisom o znaczeniu prawnym oferty przetargowej i przedłużaniu terminu związania ofertą, a także o znaczeniu prawnym wyboru oferty najkorzystniejszej w kontekście obowiązku zawarcia umowy finalnej[7].

Problem równowagi interesów stron

W praktyce najczęściej dochodzi do nadużycia nierównowagi faktycznej, a nie prawnej, z wykorzystaniem uprzywilejowanej pozycji zamawiającego wynikającej z adhezyjnego sposobu zawarcia umowy finalnej. Zamawiający jest bowiem organizatorem postępowania zmierzającego do efektywnego ukształtowania warunków transakcji zawieranej z jego udziałem. Wprawdzie reprezentuje swoje interesy (publiczne), lecz nie wolno mu naruszać z góry ustalonych zasad toczonej procedury, pod rygorem odpowiedzialności prawnej. Potrzeba zatem stabilizacji i przejrzystości prawa, więcej informacji i działań instrukcyjnych na rzecz wykonawców, upowszechnienia dobrych praktyk i wzorcowych dokumentów, a także wprowadzenia zasady „zera tolerancji" dla nadużyć proceduralnych po stronie instytucji zamawiających. W tym celu pożądane jest usprawnienie przepisów oraz orzecznictwa w kierunku szerszego zaskarżania w trybie odwoławczym (do KIO) projektowanych przez zamawiającego warunków umowy, której nie można w trybie przetargowym negocjować indywidualnie[8]. W szczególności należy potwierdzić ustawowo w ramach podstaw orzekania przez KIO szersze pojęcie legalności, z odniesieniem do „prawa", a nie tylko do ustawy Pzp,

---

[6] Por. wyroki TS UE z 11 maja 2017 r. (C 387/14 Esaprojekt oraz C 131/16 Archus et Gama), dostępne na stronie internetowej UZP, a także wyrok z 13 lipca 2017 r. (C 35/17, Saferoad Grawil et Kabex), wraz z glosą G. Wicika, PZP 2017, nr 3, s. 65.

[7] Więcej o tym R. Szostak: *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017, s. 163 i n.

[8] Por. też W. Robaczyński: op. cit., s. 138 i n.

a także do zasad ogólnych kształtowania warunków zamówienia publicznego, tak aby można było zweryfikować niekorzystne warunki kontraktowe z punktu widzenia wymagań przejrzystości i proporcjonalności.

Wybór oferty najkorzystniejszej

Z ustawowej definicji oferty najkorzystniejszej nie wynika dostatecznie jasno, że kryteria oceny ofert to mierniki korzyści transakcyjnych (ekonomicznych). W zgodzie bowiem z dyrektywami wszystkie kryteria wyboru oferty mają charakter wyłącznie ekonomiczny. Brak zdecydowanego stanowiska ustawodawcy[9] pozbawia zamawiających oparcia w poszukiwaniu realnych kryteriów pozacenowych. Być może potrzeba też odpowiedniego zastrzeżenia ustawowego, zgodnie z którym przypisanie wagi poszczególnym kryteriom pozacenowym powinno być podyktowane ustaleniem rzeczywistego ich znaczenia ekonomicznego względem pozostałych elementów transakcji. Na ogół bowiem zamówienia publiczne są ekwiwalentne, a nawet ekonomiczne znaczenie świadczeń niepieniężnych z umów niewzajemnych (wyjątkowych w obrocie) stanowi wynik rzeczywistej ich wartości dla zamawiającego i nie bywa przypadkowe (*vide*: ubezpieczenie, pożyczka, obsługa bankowa itd.)[10]. Waga każdego z kryteriów pozacenowych musi mieć zatem swoje uzasadnienie w relacji wartości nakładów dodatkowych, niezbędnych do oczekiwanego polepszenia właściwości przedmiotu zamówienia (netto) do całkowitej szacunkowej wartości tego przedmiotu. Miarodajna może być też relacja spodziewanych oszczędności, zwłaszcza eksploatacyjnych (po stronie zamawiającego), do szacunkowej wartości zamówienia. Kontrowersyjny przepis art. 91 ust. 2a Pzp nie spełnia tych założeń, a poza tym w praktyce jest – niestety – wadliwie „odczytywany" przez niektórych zamawiających[11], automatycznie dostosowujących SIWZ do wynikających z tego przepisu wskaźników (60% i 40%), podczas gdy rzeczywiste potrzeby są na ogół odmienne. Dlatego wzrosło pozorne zainteresowanie kryteriami pozacenowymi, nierzadko w warunkach niedozwolonej manipulacji przy wyborze oferty. Postulować zatem trzeba poszukiwanie innych, bardziej elastycznych, sposobów wymuszenia zainteresowania kryteriami pozacenowym. Przy okazji zagubieniu uległ dopuszczalny wyjątkowo model udzielenia zamówienia wyłącznie w oparciu o kryterium najniższej ceny, w odniesieniu do dostaw i usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach. Przykładowy katalog kryteriów pozacenowych

---

[9] Por. D. Koba: *O przymusie kryteriów pozacenowych, wraz z powołanym tam orzecznictwem*, „Zamówienia Publiczne – Doradca" 2016, nr 12, s. 30 i n.

[10] Więcej o tym R. Szostak: *Kryteria oceny ofert przetargowych w nowym ujęciu*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych" 2014, nr 4, s. 3 i n., F. Łapecki: *Pozacenowe kryteria oceny ofert jako mierniki wartości transakcyjnej*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych" 2017, nr 1, s. 66 oraz A. Borowicz: *O kryteriach ekonomicznych oceny ofert*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych" 2017, nr 4.

[11] Do takiej refleksji skłania lektura bieżących ogłoszeń o zamówieniach.

można by jeszcze uzupełnić, np. o kryterium skróconego terminu realizacji zamówienia czy o kryterium w postaci zaostrzenia odpowiedzialności za jakość świadczenia poprzez przedłużenie ustawowego terminu rękojmi za wady przedmiotu zamówienia.

Sam wybór oferty ma podwójny skutek, a mianowicie jest nie tylko oświadczeniem wiedzy (wskazaniem wybranej oferty), notyfikowanym wszystkim konkurentom, lecz zawiera także oświadczenie woli skierowane jednak wyłącznie do zwycięskiego wykonawcy o przyjęciu jego oferty, co powinno wynikać jednoznacznie z ustawy, zresztą w zgodzie z kodeksem[12]. To właśnie w bezpośrednim następstwie nawiązanego w ten sposób stosunku przedwstępnego (oferta i jej przyjęcie) wykreowany zostaje dwustronny obowiązek zawarcia umowy, o którym mowa w obecnym art. 94 Pzp. Przyjęcie wybranej oferty doprowadza bowiem do jej skonsumowania w wyniku wykreowania umowy przedwstępnej (art. 389 – 390 kodeksu). Po skutecznym wyborze oferty „stan związania ofertą" (ograniczony terminowo) odnosi się tylko do pozostałych ofert utrzymujących się w przetargu, lecz już nie do oferty wybranej. Ma to istotne znaczenie na wypadek wygaśnięcia pozostałych ofert czy też w razie potrzeby przedłużenia ogólnego terminu związania ofertą, co nie odnosi się już do oferty wybranej, a zwłaszcza do wykreowanej automatycznie w drodze jej przyjęcia – umowy przedwstępnej. Posiada ona bowiem swój odrębny byt prawny, wraz z uprawnieniami do dochodzenia zawarcia umowy finalnej. Wobec nieustających trudności interpretacyjnych mechanizm ten powinien jasno wynikać z ustawy[13].

Zapewnienie skutecznego nadzoru nad realizacją kontraktu

Nadzór nad realizacją kontraktu łączy się bezpośrednio z funkcjonowaniem kontroli zarządczej w jednostce zamawiającej, osłoną dowodową zobowiązań wykonawcy, profesjonalnym zarządzaniem kontraktem w celu pełnego wyegzekwowania należnych zamawiającemu świadczeń, publicznoprawnym obowiązkiem dochodzenia roszczeń, a także ze skuteczną odpowiedzialnością za uchybienia. Na tle powyższego nasuwa się potrzeba ustawowego uporządkowania tej problematyki, poprzez dookreślenia form oraz kryteriów: z jednej strony kontroli wewnętrznej (zarządczej), a z drugiej zaś samego nadzoru nad realizacją umowy, z nawiązaniem do kodeksowej zasady realnego wykonania zobowiązania (art. 354 k.c.).

Po pierwsze, brak ustawowego wskazania roli, a przede wszystkim kompetencji, obligatoryjnego zespołu nadzorującego w ujęciu art. 20a Pzp. Jego ustanowienie ma być odpowiedzią na zagrożenia związane z utrzymującym się – niestety – niedowładem organizacyjnym w zakresie pełnego egzekwowania obowiązków realizacyjnych od wykonawcy. W szczególności tolerowanie zwłoki w wykonaniu zamówienia oraz

---

[12] Por. R. Szostak: *Przetargowy obowiązek zawarcia umowy o zamówienie publiczne*, PZP 2016, nr 1, s. 122 i n.

[13] Por. też D. Grześkowiak-Stojek, M. Jaworska: *Upływ terminu związania ofertą, wraz z powołanym tam orzecznictwem*, „Zamówienia Publiczne – Doradca" 2017, nr 1, s. 24–27.

dopuszczanie do uszczupleń ilościowo-jakościowych, to niemal regularnie występujące uchybienia realizacyjne. Udział członków komisji przetargowej w powyższym zespole ma stanowić niewątpliwie gwarancję bezstronności, fachowości i sumienności, zwłaszcza przy odbiorze należnego zamawiającemu świadczenia, w zgodzie z treścią zobowiązania wykonawcy. Zadania zespołu kształtuje bezpośrednio organ zarządzający zamawiającego, swobodnie, lecz nie dowolnie. Powinny być jednak określone wyczerpująco, co wynika z obligatoryjnego statusu tego zespołu. Wobec tego nasuwa się istotne pytanie o wpływ powołania zespołu nadzorującego na powinności właściwych pracowników merytorycznych, zapewniających kontrolę podstaw zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia, w trybie art. 54 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. To samo dotyczy statusu inspektora nadzoru budowlanego. Brak jednak jakichkolwiek podstaw prawnych do wyłączenia ich udziału lub uprawnień, odpowiednio w ramach kontroli finansowej oraz fachowej weryfikacji procesu budowlanego. Udział inspektora bywa na ogół fakultatywny[14], zamawiający może bowiem w inny sposób ukształtować nadzór na budowie, byleby przy odbiorach robót uczestniczyła osoba z uprawnieniami zawodowymi. W przypadku koniecznego ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego[15] nie ma przeszkód, aby inspektor włączony został do prac zespołu nadzorującego, lecz nie rzutuje to na jego samodzielność zawodową, przypisane ustawowo powinności, a także odpowiedzialność zawodową.

Po drugie, kontrola zamawiającego nad wykonaniem zobowiązania umownego ma wyłącznie charakter obligacyjny. Wzbogacająca ją odpowiedzialność wykonawcy także jest kontraktowa, a nie administracyjna. Elementem wewnętrznej kontroli zarządczej, obciążającej kierownika zamawiającego, pozostaje jedynie ustanowienie sprawnego zespołu nadzorującego lub zapewnienie innego sposobu weryfikacji wykonawcy oraz dopilnowanie rzetelnego jego funkcjonowania, natomiast już samo sprawowanie kontroli kontrahenta nie mieści się w administracyjnej kontroli zarządczej. Wykonawca nie może bowiem podlegać władztwu zakładowemu zamawiającego. W braku przepisów zamawiający sam powinien zatem zastrzec dla siebie z góry w umowie skuteczne uprawnienia kontrolne wobec drugiej strony kontraktu. To samo dotyczy szczególnych sankcji na wypadek utrudniania lub udaremniania tej kontroli przez wykonawcę, zwłaszcza w postaci stosownych kar umownych. Konieczne jest też udzielenie niezbędnych upoważnień dla osób działających w imieniu zamawiającego, tym bardziej w razie przypisania im prawa do wiążącego udzielania pod adresem wykonawcy wskazówek lub poleceń. Nie bez znaczenia jest ponadto powinność informowania kierownika jednostki zamawiającej o wszystkich dostrzeżonych zaniedbaniach i uchybieniach.

Po trzecie, przy realizacji usług lub robót budowlanych, inaczej niż przy dostawach, powinności dłużnicze wykonawcy aktualizują się o wiele wcześniej i mogą obejmować

---

[14] Por. art. 18 ust. 2 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r., poz. 290 ze zm.).

[15] Por. listę 20 rodzajów robót objętych rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 19 listopada 2001 r. w sprawie rodzajów obiektów budowlanych, przy których realizacji jest wymagane ustanowienie nadzoru inwestorskiego (Dz. U. Nr 138, poz. 1554 ze zm.).

nawet czynności przygotowawcze. Stąd często zamawiający powinien od razu uruchomić odpowiednie działania weryfikacyjne. Przy zobowiązaniach rezultatu wykonawca jest bowiem obowiązany rozpocząć realizację umowy w umówionym czasie, przestrzegać uzgodnionego harmonogramu prac, zachować właściwy sposób wykonania zobowiązania (wymagania jakościowe), odpowiednio „używać" powierzonych materiałów i narzędzi, informować zamawiającego o wszelkich przeszkodach w prawidłowym wykonywaniu zamówienia itd., pod rygorem kar umownych lub odszkodowań albo nawet rozwiązania umowy (por. np. art. 633–636 k.c.). Wykonawca na bieżąco powinien dbać o zachowanie zasady realnego wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią, wynikającą z umowy, obowiązujących *in casu* przepisów i normatywów oraz właściwości i przeznaczenia świadczenia, w sposób odpowiadający celowi społeczno-gospodarczemu zobowiązania oraz zasadom współżycia społecznego, a jeśli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom (art. 354 § 1 k.c.). Jeszcze bardziej liczy się umówiony oraz wynikający z okoliczności lub właściwości zobowiązania sposób postępowania wykonawcy przy świadczeniu usług starannego działania, zwłaszcza w odniesieniu do bardziej skomplikowanych usług na warunkach zlecenia (art. 750 k.c.), obejmujących świadczenia zdrowotne, opiekuńcze, zarządcze, serwisowe, ochroniarskie itd., skoro zamawiający może odstąpić od umowy nawet w razie samego upadku zaufania do wykonawcy, przy braku możliwości ustalenia rzeczywistych przyczyn stwierdzonych nieprawidłowości (por. art. 746 k.c.). Nie bez znaczenia jest także weryfikacja realizacyjna wiarygodności wykonawcy. W razie stwierdzenia, że nie ma on deklarowanych zdolności ekonomicznych lub techniczno-zawodowych i podlegał wykluczeniu w chwili zawarcia umowy, zamawiający ma prawo odstąpić od umowy na podstawie art. 145a pkt 1 Pzp[16].

Po czwarte, przy wszelkich rodzajach zamówień, także na dostawy, istotne znaczenie mają czynności sprawdzająco-odbiorcze, zwłaszcza w zakresie kontrowersyjnych niekiedy odbiorów częściowych[17]. Sposób odbioru ilościowo-jakościowego wynika z umowy, choć na ogół przesądzają o nim same właściwości świadczenia oraz ustalone zwyczaje. Odbiór ilościowy przedmiotu zamówienia bywa na ogół łatwiejszy niż jakościowy, wymagający niekiedy wnikliwych sprawdzeń, a nawet powtarzalnych testów (np. w odniesieniu do skomplikowanych urządzeń, systemów teleinformatycznych, czy rezultatów niektórych usług). W zakresie prac projektowych i innych dzieł intelektualnych obowiązuje dłuższy ustawowy termin odbioru (6 miesięcy), który może

[16] Więcej o tym R. Szostak: *Odstąpienie od umowy na podstawie art. 145–145a prawa zamówień publicznych*, „Europa Regionum" t. 29, Szczecin 2016, s. 211 i n.

[17] Znaczenie prawne częściowego odbioru świadczenia nie jest jasne w doktrynie i orzecznictwie. Dominuje pogląd o tymczasowych skutkach, ponieważ ostateczne zwolnienie z obligu następuje dopiero wraz z odbiorem końcowym. Por. zwłaszcza J.P. Naworski: *Wpływ istnienia wad na obowiązek odbioru robót budowlanych przez inwestora*, „Przegląd Prawa Handlowego" 1998, nr 8, s. 11 i n.; M. Gutowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2017, s. 720 oraz P. Drapała: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, *Zobowiązania – część szczegółowa*, red. J. Gudowski, Warszawa 2017, s. 850–853, wraz z powołanym tam orzecznictwem.

być jeszcze przedłużony przez strony w umowie. Tymczasem w praktyce zdarzają się przypadki skierowania projektu architektoniczno-budowlanego do realizacji albo urządzenia teleinformatycznego do użytku bez jakiejkolwiek weryfikacji. Przyjęcie świadczenia zaofiarowanego przez wykonawcę, obok skutku zwalniającego (umorzenie zobowiązania), przesądza także o domniemaniu jego spełnienia w stanie zupełnym oraz bez jakichkolwiek wad jawnych[18]. Wady ukryte zaś objęte są z natury wyjątkową odpowiedzialnością wykonawcy z tytułu rękojmi. Dlatego fakt odbioru podlega stosownemu udokumentowaniu. Z chwilą przyjęcia świadczenia materialnego przechodzą na zamawiającego wszelkie korzyści i ciężary oraz ryzyko przypadkowej utraty lub uszkodzenia przedmiotu, rozpoczyna swój bieg termin rękojmi za wady, otwiera się droga do czynności rozliczeniowych itd. Obowiązujące przepisy sprzeciwiają się (praktykowanemu dawniej) przyjęciu przedmiotu zamówienia w stanie niezupełnym lub z wadami jawnymi, w ramach tzw. odbioru warunkowego. Nie ma natomiast przeszkód w ograniczeniu odbioru jedynie do części świadczenia (niewadliwej), jeśli przedmiot jest podzielny, a świadczenie częściowe zachowa znaczenia gospodarcze dla zamawiającego (art. 450 k.c.). Zgodnie z zasadą ekwiwalentności świadczeń wyklucza się jednak wszelkie przedpłaty i nadpłaty, ale zaliczkowanie wykonawcy jest dopuszczalne. Każdorazowo zatem wysokość zapłaty nie może przewyższać rzeczywistej wartości odebranego przedmiotu zamówienia. Stąd kontrola podstaw zapłaty (sprawowana w trybie kontroli finansowej transakcji w ujęciu art. 54 ust. 3 ustawy o finansach publicznych), z udziałem rzeczowo właściwych pracowników merytorycznych zamawiającego albo samego kierownika, funkcjonuje niezależnie od kontroli samego procesu spełnienia świadczenia niepieniężnego. Domniemanie prawidłowego wykonania umowy może być jednak obalone, a zaistniałą wtedy sytuację kwalifikuje się ostatecznie jako nienależyte wykonania zamówienia.

Po piąte, kontrola wykonywania zobowiązania obciążającego wykonawcę uzasadnia ponadto zabezpieczenie wszelkich dowodów, niezbędnych do realizacji publicznoprawnego obowiązku dochodzenia roszczeń przysługujących zamawiającemu przeciwko wykonawcy, zwłaszcza odszkodowawczych, z tytułu kar umownych i rękojmi za wady, a także na wypadek ewentualnego odstąpienia od umowy. Zamawiający musi zapewnić nie tylko niezbędną ewidencję i osłonę dowodową potencjalnych roszczeń, lecz także wzywać do ich dobrowolnego spełnienia, upominać, a w razie potrzeby wytoczyć powództwo albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. Zastrzeżenie odpowiedniego zabezpieczenia ułatwia radykalnie egzekwowanie roszczeń z pominięciem ingerencji sądu. Racjonalne operowanie zabezpieczeniami powinno towarzyszyć zasadniczo każdej ryzykownej – z punktu widzenia interesów zamawiającego – transakcji. Obowiązek dochodzenia roszczeń rzutuje dodatkowo w sposób ograniczający na dyspozycyjność zamawiającego, któremu nie wolno godzić się na klauzule łagodzące odpowiedzialność wykonawcy, przedwczesne rozwiązanie umowy, a nawet na zmianę zobowiązania z wykroczeniem poza zakres dopuszczalnych mody-

[18] Por. F. Zoll, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna (Suplement)*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2010, s. 17 i n.

fikacji wskazanych w art. 144 Pzp. Zaniechanie dochodzenia pretensji pieniężnych jest zagrożone odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, natomiast roszczeń niepieniężnych (o wiele bardziej doniosłych w zamówieniach publicznych) tylko o tyle, o ile prowadzi do przestępstwa zagrożonego karą sądową, zwłaszcza w postaci popełnienia zaniedbań na szkodę interesu publicznego (art. 231 kk), wyrządzenia zamawiającemu znacznej szkody majątkowej (art. 296 kk) lub poświadczenia nieprawdy (art. 271 kk). Niezbędna wydaje się penalizacja przypadków mniejszej wagi w trybie odpowiedzialności karno-administracyjnej.

Przejrzysta regulacja obowiązku dochodzenia roszczeń

Publicznoprawna powinność dochodzenia roszczeń ma głównie wymiar organizacyjny. Jest motywowana przede wszystkim potrzebą zapewnienia dostatecznej efektywności transakcji (wiarygodny wykonawca, zdolny do należytego wykonania zamówienia oraz ekwiwalentna umowa) oraz ochroną interesu publicznego w trakcie realizacji zamówienia, narażonego na różne uszczuplenia. Obowiązek dochodzenia roszczeń stanowi jedną z podstawowych kategorii działającego repulsywnie prawa gospodarczego publicznego[19]. W świetle bowiem reguł prawa prywatnego ochrona interesu indywidualnego zależy w pełni od swobodnej woli uprawnionego wierzyciela, który może nawet w ogóle zrezygnować z dochodzenia słusznych pretensji, natomiast przepisy publicznoprawne narzucając obowiązek ochrony interesów skarbowych, komunalnych lub innych interesów publicznych, uzasadniają swoisty obowiązek dochodzenia wszelkich roszczeń (pieniężnych i niepieniężnych), także cywilnoprawnych. Wszystkie one muszą być realnie wyegzekwowane, a zamawiającemu nie wolno dopuszczać do ich przedawnienia. Ochrona interesów prywatnych stymulowana jest dostatecznie w ramach naturalnie działającego nadzoru właścicielskiego, natomiast stymulacja ochrony interesu publicznego musi być wspomagana ustawowo.

Rozproszenie regulacji utrudnia sprawowanie kontroli nad majątkiem i sprawami publicznymi, a także wymiarem odpowiedzialności osobistej urzędników za uchybienia[20]. Dlatego w celu doprecyzowania podstaw odpowiedzialności za niedochodzenie

[19] Już w czasach rzymskich uważano, że nie wolno odstępować od przepisów ustanowionych dla dobra ogółu. Por. zwłaszcza S. Wróblewski: *Zarys wykładu prawa rzymskiego*, Kraków 1916, s. 18 i n. oraz W. Litewski: *Rzymskie prawo prywatne – prawo materialne*, Kraków 1988, s. 1314. Na obowiązek dochodzenia roszczeń jako podstawową zasadę prawa gospodarczego wskazują A. Chełmoński: *Swoiste zasady administracyjnego prawa gospodarczego,* [w:] *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 53–64, Z. Radwański: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1999, s. 3–4, C. Kosikowski: *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2000, s. 23 oraz K. Horubski: op. cit., s. 507 i n.

[20] Pomimo systemowego znaczenia obowiązek dochodzenia roszczeń, a także ogólna zasada ochrony interesu publicznego, nie doczekały się – niestety – generalnej normy konstytucyjnej. Brak też uporządkowanej regulacji ustawowej. Występują jedynie unormowania wycinkowe, związane z zarządem mieniem publicznym, choć w paru normach konstytucyjnych wspomina się ogólnie o „ochronie interesów publicznych" (por. np. art. 146 ust. 4 pkt 4). Według nowej ustawy z 16 grudnia

roszczeń pieniężnych wprowadzono niedawno dodatkowy przepis art. 42 ust. 5 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym jednostki sektora finansów publicznych są obowiązane do rzetelnego ustalenia przypadających im należności pieniężnych, w tym mających charakter cywilnoprawny, a także do terminowego podejmowania w stosunku do zobowiązanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązania. W rezultacie art. 5 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, operujący karalnością zaniechania dochodzenia cywilnoprawnych roszczeń pieniężnych, funkcjonuje już o wiele lepiej, bez większych trudności interpretacyjnych. W zamówieniach publicznych obowiązek dochodzenia roszczeń pieniężnych występuje jednak rzadko i odnosi się właściwie tylko do żądania zapłaty kary umownej lub odszkodowania pieniężnego albo zwrotu uprzednio uiszczonej ceny (wynagrodzenia), w wyniku odstąpienia od umowy bądź obniżki ceny z tytułu wadliwości przedmiotu zamówienia. Analogiczną do wprowadzonej w art. 42 ust. 5 ufp konkretyzację obowiązku dochodzenia roszczeń rozważyć trzeba zatem w odniesieniu do świadczeń niepieniężnych, zwłaszcza wynikających z udzielonych zamówień publicznych na usługi lub roboty budowlane, łącząc ją z ustawową powinnością sprawowania szczególnego nadzoru nad realizacją zamówienia. Przepis taki mógłby stanowić rozwinięcie zasady realnego wykonania zobowiązania na gruncie zamówień publicznych.

Na tle powyższego deficytu regulacji w tak ważnej kwestii, nasuwa się ponadto postulat wprowadzenia ogólnej normy ustrojowej wskazującej wprost, nie tylko na ochronę majątku publicznego, lecz przede wszystkim na obowiązek dochodzenia roszczeń. Jej brak sprzyja niekiedy w praktyce reaktywowaniu utopijnej koncepcji, wywodzącej się z poprzedniego okresu ustrojowego, o rzekomej wyższości interesu zbiorowego (publicznego) nad indywidualnym (prywatnym). Tymczasem na gruncie konstytucyjnej zasady równości wobec prawa oba rodzaje interesów muszą być traktowane jednakowo, w granicach tego samego odniesienia normatywnego (powszechnej regulacji umów). Zresztą na ogół interes prywatny pozostaje w zgodzie z interesem publicznym, a tylko wyjątkowo dochodzi do sprzeczności w razie jakiejś kolizji prawnej, lecz każdy z nich jako jednakowo doniosły musi być należycie chroniony w granicach obowiązującego prawa. W istocie chodzi zatem nie tyle o uprzywilejowanie jakiegokolwiek interesu publicznego kosztem prywatnego, ile o jego rzeczywistą ochronę, która zależy wprost od staranności odpowiedzialnych urzędników.

W zakresie gwarancji obowiązku dochodzenia roszczeń w sferze zamówień publicznych liczą się przede wszystkim trzy wymogi prawne:

2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz. U., poz. 2016) gospodarują nim właściwe organy administracyjne lub inne podmioty, zgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki, z zachowaniem szczególnej staranności (art. 4 ust. 2). Podobne wymagania obowiązują w zakresie gospodarowania mieniem publicznym przez inne państwowe osoby prawne. Także w świetle przepisów regulujących status organów wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego i podległych im urzędników obowiązuje wymóg zachowania szczególnej staranności w zarządzaniu mieniem komunalnym, a także obowiązek należytej ochrony tego mienia pod rygorem odpowiedzialności prawnej.

- obowiązek zorganizowania skutecznej kontroli zarządczej, zorientowanej na zapewnienie efektywnego nadzoru nad realizacją każdego zamówienia publicznego,
- egzekwowanie zasady realnego wykonania zamówienia, zwłaszcza powinności dochodzenia roszczeń i zakazu łagodzenia podstaw odpowiedzialności ustawowej,
- zakaz zmiany umowy o zamówienie publiczne, a także przedwczesnego jej rozwiązywania.

Zorganizowanie skutecznej kontroli zarządczej w jednostce zamawiającej obciąża bezpośrednio jej kierownictwo, a zaniedbanie tej kontroli jest karalne, jeśli dojdzie w związku z tym do uchybień w sferze gospodarowania mieniem lub finansami. Wszelka kontrola wewnętrzna zapewnia bowiem na bieżąco, nie tylko ocenę realizacji zamawianych świadczeń, lecz także stymuluje należyte ich spełnienie, zwłaszcza z punktu widzenia celowości, rzetelności, efektywności i terminowego wykonania (por. np. art. 68 ufp). Liczy się tu przede wszystkim zaangażowanie wyznaczonych pracowników merytorycznych zamawiającego, którzy w ramach efektywnego współdziałania z wykonawcą zamówienia powinni przeciwdziałać wszelkim uchybieniom realizacyjnym, ustalać i ewidencjonować każde przysługujące zamawiającemu roszczenie majątkowe oraz nie dopuszczać do odbioru świadczeń w stanie niekompletnym lub z tzw. wadami jawnymi.

Wzmocnienie zasady realnego wykonania zamówienia następuje przede wszystkim na podstawie przepisów zaostrzających wymogi realizacyjne oraz odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania (por. art. 354 oraz art. 471 i n. k.c.). W świetle nowego art. 54a ufp jednostka sektora finansów publicznych może jednak zawrzeć ugodę w sprawie spornej należności cywilnoprawnej po dokonaniu oceny, jeżeli skutki ugody są korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego. Jednocześnie w art. 5 ust. 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zastrzeżono, że nie stanowi naruszenia dyscypliny zaciągnięcie lub zmiana zobowiązania na podstawie ugody w sprawie spornej należności cywilnoprawnej, zawartej zgodnie z przepisami prawa. W zamówieniach publicznych granice potencjalnego zastosowania tych przepisów są jednak skromne (nadpłaty, odszkodowania, kary umowne) z uwagi na zasadę realnego wykonania zamówienia w zakresie świadczenia niepieniężnego oraz odmienny sposób ukształtowania wyjątków od tej zasady w ramach zmiany umowy, a także swoisty tryb miarkowania kar umownych.

Konieczne jest zatem usprawnienie kontroli zarządczej nad realizacją zamówień publicznych. W aktualnych realiach ich wykonywania, wobec ciągle utrzymujących się mankamentów publicznego nadzoru właścicielskiego, fundamentalną rolę odgrywa fachowy charakter kontroli procesu realizacji umowy, w tym finalnego odbioru przedmiotu zamówienia, spełniającego co najmniej dwie funkcje: aprobacyjną (zwalniającą) oraz dokumentacyjną. Dopiero potem otwiera się droga do rozliczeń finansowych.

Jak łatwo zauważyć w ramach prawidłowo pojętych podstaw skutecznej (zgodnie z ustawą) kontroli zarządczej mieści się potrzeba racjonalnego ukształtowania postanowień umownych, w kierunku zapewnienia efektywnego egzekwowania obowiązków wykonawcy. Fundamentalną rolę odgrywają tu kwalifikacje urzędników, wspierane wzorcami kontraktowymi, regulaminami i innymi dobrymi praktykami, które

powinny być jeszcze dodatkowo wspomagane aktami kierownictwa wewnętrznego. Nadszedł czas objęcia tej problematyki regulacją ustawową, najlepiej w związku z „odpowiedzialnością" organu zarządzającego za stan zamówień publicznych w jednostce zamawiającej, tym bardziej, że formy prawne kierownictwa wewnętrznego (regulaminy, wytyczne, polecenia) nie cieszą się – niestety – dostatecznym zainteresowaniem doktryny i orzecznictwa[21]. Rozważyć zatem trzeba także wprowadzenie ustawowych wymagań wyznaczających predyspozycje zawodowe kadry urzędniczej, obsługującej zamówienie publiczne, ponieważ za wieloma uchybieniami w praktyce stoi niedowład organizacyjny oraz brak dostatecznych kompetencji urzędniczych.

Środki ochrony prawnej

Poszukując dalszych usprawnień w zakresie postępowania odwoławczego[22] rozważyć trzeba pilnie objęcie kognicją Krajowej Izby Odwoławczej roszczeń odszkodowawczych, które według standardów europejskich powinny być oderwane od kodeksowej przesłanki winy. Potrzebne są dalsze gwarancje profesjonalizacji postępowania odwoławczego, zwłaszcza co do orzekania w składzie trzyosobowym, a także wprowadzenie ustawowego wymogu sporządzania krótszych i przejrzystych uzasadnień do orzeczeń kończących sprawę oraz niezwłocznego ich doręczania stronom. Odrzucić trzeba z całą powagą, pojawiające się ostatnio, postulaty o rzekomej potrzebie wydłużenia terminu (15-dniowego) przewidzianego na rozstrzygnięcie sprawy przez KIO. Odpowiedzią na przejściowe trudności powinny być usprawnienia organizacyjne oraz udoskonalenie mechanizmów gwarantujących zachowanie optymalnej ekonomiki procesowej i należytej jakości orzekania, nie wspominając o wzmocnieniu statusu i autorytetu samej KIO[23]. Pożądane jest stworzenie dodatkowych podstaw do zwalczania obstrukcji procesowej, zwłaszcza w postaci wnoszenia oczywiście bezzasadnych odwołań oraz celowego mnożenia zarzutów nieistotnych lub w ogóle nieznajdujących jakiegokolwiek oparcia w przedstawionym materiale dowodowym. Co najmniej przypadek oczywiście bezzasadnego odwołania zasługuje na specjalną sankcję odszkodowawczą, wymierzaną (na wzór niemiecki) bezpośrednio w orzeczeniu oddalającym odwołanie. Niezbyt przejrzysta sytuacja normatywna dotycząca kar pieniężnych nakładanych na zamawiającego w wypadku dopuszczenia przez zamawiającego do wykonania umowy

---

[21] Por. jednak A. Błaś: *Formy prawne w sferze działań wewnętrznych administracji publicznej*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 5, *Formy prawne działania administracji*, Warszawa 2013, s. 279 i n., M. Chlipała: *Organizacja zamówień publicznych w jednostce zamawiającej w ujęciu administracyjnoprawnym*, PZP 2015, nr 4, s. 64 i n. oraz K. Horubski: op. cit., s. 449 i n.

[22] Więcej M. Rakowska: *Środki ochrony prawnej – propozycje zmian*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017, s. 127 i n.

[23] Por. R. Szostak: *O potrzebie wzmocnienia statusu Krajowej Izby Odwoławczej – z perspektywy 10-lecia jej działalności*, PZP 2017, nr 1, s. 3 i n.

przedwcześnie zawartej także wymaga interwencji legislacyjnej. Charakter tej sankcji nie jest dostatecznie jasny. Wymaga ustawowego dookreślenia, tym bardziej że obecnie wymierzana jest ona z urzędu przez KIO w postępowaniu – skądinąd – kontradyktoryjnym, wszczynanym na wniosek pokrzywdzonego wykonawcy. Jeśli kary te mają zachować charakter administracyjny, konsekwentnie powinny trafić do zakresu kompetencji Prezesa UZP, z prawem zaskarżenia jego decyzji do sądu administracyjnego.

W ramach niezbędnego uprawnienia postępowania sądowo-skargowego należałoby przekazać rozpoznawanie skarg na orzeczenia KIO jednemu sądowi (paru sądom) właściwemu dla obszaru całego kraju. Termin dla załatwienia sprawy przez sąd okręgowy trzeba skrócić – na wzór niemiecki – do 2 tygodni. W ślad za tym należałoby rozważyć rozciągnięcie zakazu zawarcia umowy finalnej na czas postępowania sądowego, do momentu ewentualnego wydania orzeczenia końcowego. Samo postępowanie sądowo-skargowe powinno zmierzać do dalszej racjonalizacji, zwłaszcza odnośnie do zakresu orzekania, w tym możności unieważnienia umowy finalnej przez sąd skargowy[24]. Opłaty sądowe muszą być rozsądne (obecnie nadal są zbyt wysokie), jako odpowiadające funkcjom postępowania typu apelacyjnego. Wniesienie skargi nadzwyczajnej do Sądu Najwyższego nie może oczywiście wstrzymywać wykonania obowiązku zawarcia umowy finalnej, lecz prawo do tej skargi należałoby przyznać także stronom wcześniejszego postępowania przed sądem okręgowym. Warunkiem zaskarżenia powinno być jednak tylko uprzednie wyczerpanie apelacji, a podstawę prawną skargi nadzwyczajnej łączyć można sensownie jedynie z istotnymi naruszeniami prawa.

Bibliografia

Błaś A.: *Formy prawne w sferze działań wewnętrznych administracji publicznej*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 5, *Formy prawne działania administracji*, Warszawa 2013.

Borowicz A.: *O kryteriach ekonomicznych oceny ofert*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych" 2017, nr 4.

Chełmoński A.: *Swoiste zasady administracyjnego prawa gospodarczego,* [w:] *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009.

Chlipała M.: *Organizacja zamówień publicznych w jednostce zamawiającej w ujęciu administracyjnoprawnym*, PZP 2015, nr 4.

Drapała P.: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, *Zobowiązania-część szczegółowa*, red. J. Gudowski, Warszawa 2017.

Grześkowiak-Stojek D., Jaworska M.: *Upływ terminu związania ofertą, wraz z powołanym tam orzecznictwem*, „Zamówienia Publiczne – Doradca" 2017, nr 1.

Gutowski M., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2017.

[24] Więcej M. Romanowska: *Skarga do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w systemie środków zaskarżenia. Kontrola instancyjna orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej*, [w:] *X-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, red. M Stręciwilk, M. Rakowska, Warszawa 2017, s. 59 i n. Por. też uchwałę Sądu Najwyższego z 17 lutego 2016 r. (III CZP 111/15), dostępną na stronie internetowej UZP.

Horubski K.: *Administracyjno-prawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017.

Koba D.: *O przymusie kryteriów pozacenowych, wraz z powołanym tam orzecznictwem*, „Zamówienia Publiczne – Doradca" 2016, nr 12.

Kosikowski C.: *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2000.

Litewski W.: *Rzymskie prawo prywatne – prawo materialne*, Kraków 1988.

Łapecki F.: *Pozacenowe kryteria oceny ofert jako mierniki wartości transakcyjnej*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych" 2017, nr 1.

Naworski J.P.: *Wpływ istnienia wad na obowiązek odbioru robót budowlanych przez inwestora*, „Przegląd Prawa Handlowego" 1998, nr 8.

Radwański Z.: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1999.

Rakowska M.: *Środki ochrony prawnej – propozycje zmian*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017.

Robaczyński W.: *Stosowanie instrumentów cywilnoprawnych w perspektywie rozwoju prawa zamówień publicznych*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017.

Romanowska M.: *Skarga do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w systemie środków zaskarżenia. Kontrola instancyjna orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej*, [w:] *X-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, red. M Stręciwilk, M. Rakowska, Warszawa 2017.

Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 19 listopada 2001 r. w sprawie rodzajów obiektów budowlanych, przy których realizacji jest wymagane ustanowienie nadzoru inwestorskiego (Dz. U. Nr 138, poz. 1554 ze zm.).

Sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w Polsce w 2016 r., Warszawa 2017.

Szostak R.: *Kryteria oceny ofert przetargowych w nowym ujęciu*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych" 2014, nr 4.

Szostak R.: *Odstąpienie od umowy na podstawie art. 145-145a prawa zamówień publicznych*, „Europa Regionum" t. 29, Szczecin 2016.

Szostak R.: *O potrzebie wzmocnienia statusu Krajowej Izby Odwoławczej – z perspektywy 10 lecia jej działalności*, PZP 2017, nr 1.

Szostak R.: *O potrzebie zmian kompleksowych w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017.

Szostak R.: *Przetargowy obowiązek zawarcia umowy o zamówienie publiczne*, PZP 2016, nr 1.

Uchwała Sądu Najwyższego z 17 lutego 2016 r. (III CZP 111/15).

Uchwała Sądu Najwyższego z 17 listopada 2017 r. (III CZP 56/17).

Ustawa z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r., poz. 290 ze zm.).

Wróblewski S.: *Zarys wykładu prawa rzymskiego*, Kraków 1916.

Wyrok z 13 lipca 2017 r. (C 35/17, Saferoad Grawil et Kabex), wraz z glosą G. Wicika, PZP 2017, nr 3. Wyroki TS UE z 11 maja 2017 r. (C 387/14 Esaprojekt oraz C 131/16 Archus et Gama).

Ziółkowska M.: *Dlaczego konkurs nie stanowi podstawowej procedury udzielania zamówień na prace projektowe?*, „Zamówienia Publiczne – Doradca" 2018, nr 3.

Zoll F., [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna (Suplement)*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2010.

Dr Mirosław Urbanek
Katedra Polityki Gospodarczej, Wydział Nauk Społecznych,
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

Dr Tomasz Budzyński
Katedra Finansów Publicznych, Wydział Ekonomiczny,
Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej

Miejsce systemu zamówień publicznych w realizacji strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju

Abstrakt

Strategia na rzecz odpowiedzialnego rozwoju przyjęta przez Radę Ministrów w dniu 14 lutego 2017 r. określa zasady, cele i priorytety rozwoju Polski w wymiarze gospodarczym, społecznym i przestrzennym do 2020 r. oraz w perspektywie do 2030 r. Założeniem strategii jest wdrożenie takiego modelu rozwoju, który budując siłę konkurencyjną z wykorzystaniem nowych czynników rozwojowych, zapewnia udział i korzyści wszystkim grupom społecznym zamieszkującym różne miejsca naszego kraju, w taki sposób, aby potrzeby obecnego pokolenia były realizowane bez umniejszania szans przyszłych pokoleń. Takie ujęcie celu strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju wykazuje dużą zbieżność z definicją zrównoważonego rozwoju. Strategia na rzecz odpowiedzialnego rozwoju, przedstawiając oryginalne, dostosowane do sytuacji ekonomiczno-gospodarczo-prawnej kraju rozwiązania, czerpie z bogactwa idei zrównoważonego rozwoju, których niektóre elementy (cele) zostały już wdrożone w Polsce, m.in. w obszarze zamówień publicznych.

Celem opracowania jest wskazanie miejsca i roli systemu zamówień publicznych w realizacji strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju. Rozważania rozpoczniemy od zdefiniowania pojęcia i idei rozwoju zrównoważonego oraz jego ewolucji. W dalszej części omówione zostaną wybrane elementy aplikacji idei zrównoważonego rozwoju do polskiego systemu zamówień publicznych. Ostatnia część będzie próbą zasygnalizowania możliwych kierunków zmian systemu zamówień publicznych jako elementu poprawy funkcjonowania państwa polskiego w celu wzrostu jego sprawności określonej w strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju.

Abstract

The strategy for responsible development adopted by the Council of Ministers on February 14, 2017 sets out the principles, objectives and priorities for Poland's development in the economic, social and spatial dimensions up to 2020 and in the perspective until 2030. The strategy is to implement such a model of development, which by building a competitive force using new development factors, guarantees participation of and benefits for all social groups inhabiting various places of our country ensuring that the needs of the present generation are satisfied without compromising the chances of

future generations. This approach to the strategy of responsible development shows a high degree of convergence with the definition of sustainable development. Drawing from the richness of this idea, the strategy for responsible development presents original solutions adapted to the economic and legal situation of our country, some of which (goals) have already been implemented in Poland, including in the area of public procurement.

The aim of the study is to indicate the role of the public procurement system in implementing the strategy for responsible development. We start our discussion with a definition of the concept and idea of sustainable development and its evolution. In the next section, selected aspects of applying the idea of sustainable development to the Polish public procurement system will be discussed. The final section will be an attempt to signal the possible directions for changes in the public procurement system as an element of improving the functioning of the Polish state in order to increase its efficiency as described in the strategy for responsible development.

1. Wstęp

Strategia na rzecz odpowiedzialnego rozwoju określa przyjęty przez Radę Ministrów[1] model rozwoju Polski – będący suwerenną wizją strategiczną, zasadami, celami i priorytetami rozwoju kraju w wymiarze gospodarczym, społecznym i przestrzennym do 2020 r. oraz w perspektywie do 2030 r. Jak wskazano w dokumencie, strategia przedstawia taki model rozwoju, który budując siłę konkurencyjną z wykorzystaniem nowych czynników rozwojowych, zapewnia udział i korzyści wszystkim grupom społecznym zamieszkującym różne miejsca naszego kraju. Jednocześnie potrzeby obecnego pokolenia będą realizowane bez umniejszania szans przyszłych pokoleń[2]. Takie ujęcie celu strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju wykazuje dużą zbieżność z definicją zrównoważonego rozwoju – mówiącą, iż jest to „proces mający na celu zaspokojenie aspiracji rozwojowych obecnego pokolenia, w sposób umożliwiający realizacje tych samych dążeń następnym pokoleniom"[3]. Strategia na rzecz odpowiedzialnego rozwoju, przedstawiając oryginalne, dostosowane do sytuacji ekonomiczno-gospodarczo-prawnej kraju rozwiązania, czerpie z bogactwa idei zrównoważonego rozwoju, których niektóre elementy (cele) zostały już wdrożone w Polsce, m.in. w obszarze zamówień publicznych.

Chcąc wskazać miejsce i rolę systemu zamówień publicznych w realizacji strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju, spróbujemy zdefiniować pojęcie i ideę rozwoju zrównoważonego oraz jego ewolucję. W dalszej części omówione zostaną wybrane elementy aplikacji idei zrównoważonego rozwoju do polskiego systemu zamówień pu-

---

[1] Monitor Polski, Dziennik Urzędowy Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa, dnia 15 marca 2017 r., poz. 260, Uchwała nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r. w sprawie przyjęcia strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.).

[2] Załącznik do uchwały nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r., Strategia na rzecz odpowiedzialnego rozwoju, Monitor Polski poz. 260, s. 6.

[3] Definicja ta została sformułowana w 1987 roku w Raporcie Światowej Komisji Środowiska i Rozwoju.

blicznych. Kolejna część będzie próbą zasygnalizowania możliwych kierunków zmian systemu zamówień publicznych jako elementu poprawy funkcjonowania państwa polskiego w celu wzrostu jego sprawności określonej w strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju.

2. Pojęcie, istota i historia idei zrównoważonego rozwoju

Wychodząc od semantyki spojrzymy na pojęcie 'zrównoważony rozwój' jako dwa słowa, posiadające swoje odrębne definiowalne znaczenia. Rozwój to proces przeobrażeń, zmian, przechodzenia do stanów lub form bardziej złożonych lub pod pewnym względem doskonalszych[4]. Odbywający się w czasie – bo proces to przebieg następujących po sobie i powiązanych przyczynowo określonych zmian, stanowiących stadia, fazy, etapy rozwoju czegoś[5]. Nie mamy zdefiniowanego podmiotu (kto) dokonującego oceny oraz kryteriów służących do weryfikacji uzyskania czegoś lepszego (formy bardziej złożonej lub doskonalszej). Zrównoważony (jako przymiotnik) to spokojny, opanowany, rozważny[6]. Wydaje się zatem zasadne przyjęcie znaczenia słowa 'zrównoważony' od czasownika 'równoważyć' – doprowadzić do stanu równowagi, wyrównać działanie jakiejś siły[7]. Zrównoważony rozwój to następujące po sobie, powiązane przyczynowo zmiany dające coś lepszego niż przed rozpoczęciem procesu, które doprowadzają do stanu równowagi. Dosłowna interpretacja nie oddaje znaczenia tego terminu, jakie przyświecało jego twórcom.

Wypracowywanie terminu zrównoważony rozwój zaczęło się kształtować w 1968 r. Obradowała wtedy pierwsza Międzyrządowa Konferencja Ekspertów Naukowych UNESCO, poświęcona wzajemnym powiązaniom środowiska i rozwoju. Doszło wówczas do powstania międzynarodowego, interdyscyplinarnego programu „Człowiek i biosfera". Ustalenia tego spotkania umożliwiły zwołanie cztery lata później (w 1972 r.) w Sztokholmie pierwszej na świecie konferencji poświęconej problemom środowiska naturalnego. Wskazano na zanieczyszczenia transgraniczne oraz zanieczyszczenia globalne, które wymagają zintegrowanych działań. Konferencja ta stanowiła punkt zwrotny w rozwoju międzynarodowej polityki ochrony środowiska[8].

Zauważone kwestie zostały podjęte w 1983 r. przez komisję powołaną przez Gro Harlem Brundtland na zaproszenie ówczesnego Sekretarza Generalnego ONZ. Komisja znana jest z wypracowania szerokiej koncepcji politycznej zrównoważonego rozwoju oraz opublikowania w kwietniu 1987 r. raportu „Nasza wspólna przyszłość"

---

[4] *Słownik Języka Polskiego PWN*, Warszawa 1996, t. 3, s. 123.

[5] Ibidem, t. 2, s. 885.

[6] Ibidem, t. 3, s. 993.

[7] Ibidem.

[8] Szerzej zobacz: A/CONF.48/14/REV.1 – Sprawozdanie z konferencji ONZ w sprawie środowiska człowieka, https://sustainabledevelopment.un.org/milestones/humanenvironment (dostęp: 10.04.2018).

(World Commission on Environment and Development Our Common Future)[9]. Zdefiniowano w nim pojęcie zrównoważonego rozwoju (*sustainable development*). Według autorów raportu zrównoważony rozwój to – „proces mający na celu zaspokojenie aspiracji rozwojowych obecnego pokolenia, w sposób umożliwiający realizację tych samych dążeń następnym pokoleniom". Warto nadmienić, że podmiotem, który zgodnie z badanym terminem ma być poddany rozwojowi, jest gospodarka. Zawarta w raporcie wizja zintegrowanego rozwoju uwzględnia zarówno populację ludzką, jak i świat zwierząt i roślin, ekosystemy, zasoby naturalne Ziemi: wodę, powietrze, surowce energetyczne, a także w sposób zintegrowany traktuje najważniejsze wyzwania stojące przed światem, takie jak prawa człowieka i jego bezpieczeństwo, walka z ubóstwem, równość płci, zdrowie, edukacja dla wszystkich oraz dialog międzykulturowy. W raporcie podkreślono, że stworzenie zrównoważonego modelu życia, definiowanego jako poprawa jakości życia ludzi na całym świecie bez rabunkowej eksploatacji ziemskich zasobów naturalnych, wymaga zróżnicowanych, ale zintegrowanych działań w poszczególnych regionach świata w trzech kluczowych obszarach:

- wzrostu gospodarczego i równomiernego podziału korzyści; celem tego działania jest osiągnięcie odpowiedzialnego, długookresowego wzrostu, który stanie się udziałem wszystkich narodów i społeczności; wymaga ono zintegrowanego podejścia do dzisiejszych, wzajemnie powiązanych globalnych systemów gospodarczych;
- ochrony zasobów naturalnych i środowiska; w tej części wskazano, iż niezbędne jest opracowanie racjonalnych ekonomicznie rozwiązań, które ograniczą zużycie zasobów, powstrzymają skażenie środowiska i ocalą naturalne ekosystemy; ma to służyć zachowaniu naszego środowiskowego dziedzictwa i naturalnych zasobów dla przyszłych pokoleń;
- rozwoju społecznego; oczekiwania ludzi na świecie są jednakowe; wszyscy potrzebują bezpieczeństwa i stabilności; aby to osiągnąć ludzie domagają się w szczególności: pracy, żywności, edukacji, energii, opieki zdrowotnej, wody i systemów sanitarnych; zadaniem międzynarodowej społeczności jest dołożenie wszelkich starań, by członkowie społeczeństw mieli instrumenty pozwalające na kształtowanie własnej przyszłości oraz by nie zostało naruszone bogactwo kulturowej i społecznej różnorodności.

W 1992 r. podczas Szczytu Ziemi w Rio de Janeiro opracowany został jeden z najważniejszych dokumentów, związanych ze zrównoważonym rozwojem: „Agenda 21"[10], czyli wszechstronny plan działania na wiek XXI dla Narodów Zjednoczonych, rządów i grup społecznych w każdym obszarze, w którym człowiek ma wpływ na środowisko. Był to wynik szeregu międzynarodowych konferencji szukających rozwiązania dla

[9] A/42/427 – Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/42/427&Lang=E (dostęp: 10.04.2018).

[10] United Nations Conference on Environment & Development, Agenda 21, https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf (dostęp:10.04.2018).

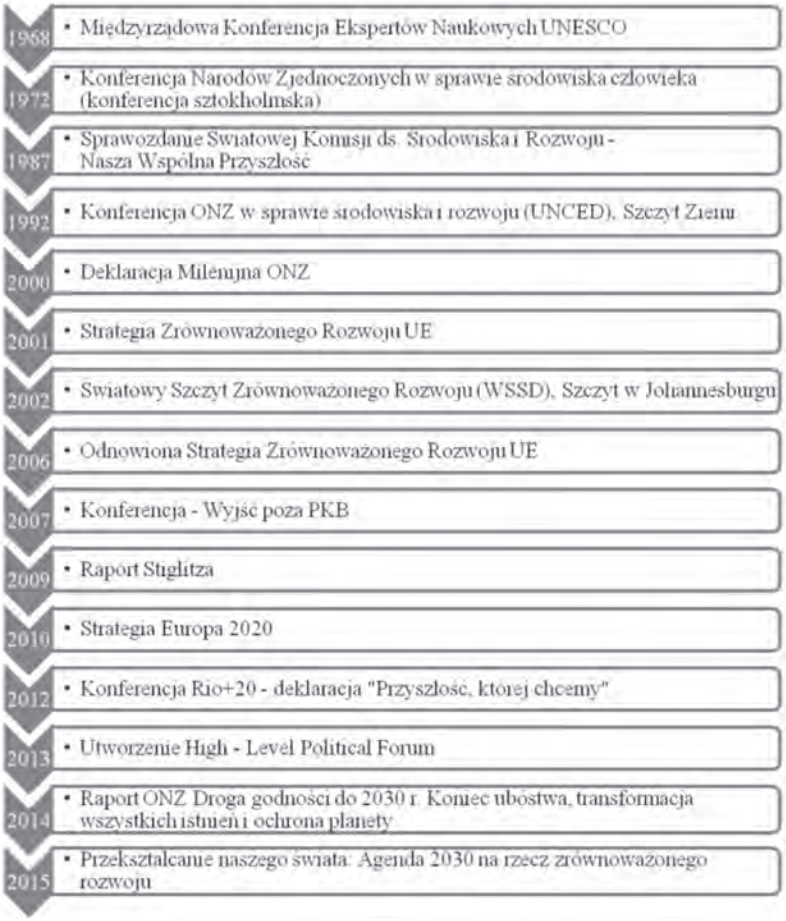
zdefiniowanych globalnych problemów. Agendę sygnowało 178 krajów, w tym Polska. Dokument został podzielony na cztery główne części, które dotyczyły zagadnień:

- społecznych i ekonomicznych (m.in.: międzynarodowej współpracy w celu przyspieszania trwałego i zrównoważonego rozwoju i odpowiedniej polityki wewnętrznej w krajach rozwijających się, walki z ubóstwem, zmiany modelu konsumpcji, dynamiki demograficznej i jej wpływu na trwały i zrównoważony rozwój, ochrony i promocji ludzkiego zdrowia);
- ochrony i zarządzania zasobami naturalnymi w celu zapewnienia trwałego i zrównoważonego rozwoju (m.in.: ochrona atmosfery, kompleksowe planowanie i zarządzanie zasobami powierzchni Ziemi, działania zapobiegające wylesieniom, przeciwdziałanie pustynnieniu i suszom, rozwój terenów górskich, promowanie trwałego i zrównoważonego rozwoju rolnictwa i wsi, ochrona różnorodności biologicznej, bezpieczne dla środowiska wykorzystanie biotechnologii, ochrona oceanów, wszystkich rodzajów mórz, w tym śródlądowych i otwartych, terenów stref przybrzeżnych oraz ochrona, racjonalne wykorzystywanie i rozwój żywych zasobów morza, bezpieczne dla środowiska postępowanie z toksycznymi i niebezpiecznymi środkami chemicznymi, zwalczanie nielegalnego handlu tymi środkami;
- wzmacniania roli głównych grup społecznych i organizacji (m.in.: rola kobiet w trwałym i zrównoważonym rozwoju, dzieci i młodzież w trwałym i zrównoważonym rozwoju, rola ludności tubylczej (grup etnicznych) w trwałym i zrównoważonym rozwoju, umocnienie roli organizacji pozarządowych – partnerów w działaniach na rzecz trwałego i zrównoważonego rozwoju, umocnienie roli pracowników i ich związków zawodowych w osiąganiu trwałego i zrównoważonego rozwoju, umocnienie roli biznesu i przemysłu w osiąganiu trwałego i zrównoważonego rozwoju, rola społeczności naukowej i technicznej w tworzeniu podstaw i warunków trwałego i zrównoważonego rozwoju);
- możliwości realizacyjnych (m.in.: środki i mechanizmy finansowania, transfer technologii proekologicznych, nauka dla trwałego i zrównoważonego rozwoju, promowanie nauczania, kształtowania świadomości społecznej i szkolenia w zakresie trwałego i zrównoważonego rozwoju i ochrony środowiska).

Kolejny szczyt Organizacji Narodów Zjednoczonych z 2000 r. zdefiniował „Milenijne Cele Rozwoju", które powinny zostać osiągnięte do 2015 r. Wskazano wśród nich takie działania jak[11]:

- wyeliminowanie skrajnego ubóstwa i głodu,
- zmniejszenie o połowę liczby ludzi, których dochód nie przekracza 1 dolara dziennie,
- zapewnienie powszechnego nauczania na poziomie podstawowym,
- zapewnienie wszystkim możliwości ukończenia pełnego cyklu nauki na poziomie podstawowym,
- promowanie równości płci i awansu społecznego kobiet,

[11] Resolution adopted by the General Assembly, United Nations Millennium Declaration, A/RES/55/2, http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.pdf (dostęp: 10.04.2018).



Rys. 1. Idea zrównoważonego rozwoju – kamienie milowe.
Źródło: opracowanie własne.

- wyeliminowanie do 2015 nierównego dostępu płci do wszystkich szczebli edukacji,
- ograniczenie umieralności dzieci, zmniejszenie o 2/3 wskaźnika umieralności dzieci w wieku do 5 lat,
- poprawienie opieki zdrowotnej nad matkami, zmniejszenie o 3/4 wskaźnika umieralności matek,
- stosowanie zrównoważonych metod gospodarowania zasobami naturalnymi:
  - uwzględnienie zasady zrównoważonego rozwoju w krajowych strategiach,
  - stosowanie metod hamujących ubożenie zasobów środowiska naturalnego,
  - zmniejszenie o połowę liczby ludzi pozbawionych dostępu do czystej pitnej wody,
  - do 2020 r. poprawa warunków życia mieszkańców slumsów,
  - stworzenie globalnego partnerskiego porozumienia na rzecz rozwoju.

Strategia zrównoważonego rozwoju w UE z 2001 r. była dopełnieniem zobowiązania się sygnatariuszy specjalnej sesji Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z 1997 r. do opracowania strategii zrównoważonego rozwoju na Szczyt Ziemi na temat Zrównoważonego Rozwoju w 2002 r. W grudniu 1999 r. Rada Europejska zwróciła się do Komisji Europejskiej o przygotowanie propozycji długoterminowej strategii dopasowującej strategie na rzecz rozwoju zrównoważonego ekonomicznie, społecznie i ekologicznie i przedstawienie jej Radzie Europejskiej w czerwcu 2001 r. Niniejszy dokument był odpowiedzią na to zaproszenie. Dokument wskazał główne zagrożenia zrównoważonego rozwoju, wymieniając m.in.[12]:

- emisję gazów cieplarnianych z działalności człowieka powodującą globalne ocieplenie,
- poważne zagrożenie dla zdrowia publicznego stwarzane przez nowe, odporne na antybiotyki odmiany niektórych chorób oraz, potencjalnie, długookresowe skutki wielu niebezpiecznych chemikaliów obecnie codziennie stosowanych,
- biedę (co szósty Europejczyk żyje w biedzie) i zepchnięcie na margines społeczeństwa, które mają ogromny bezpośredni wpływ na jednostki, taki jak podupadanie na zdrowiu, samobójstwa, trwałe bezrobocie; ciężarem ubóstwa obarczone są nieproporcjonalnie samotne matki i żyjące samotnie starsze kobiety,
- wydłużenie oczekiwanej długości życia w połączeniu z obniżonym wskaźnikiem urodzin prowadzi do starzenia się populacji, zagrażając spowolnieniem stopy wzrostu gospodarczego, a także wpływając negatywnie na jakość i trwałość finansową systemów emerytalnych i publicznej opieki zdrowotnej,
- utratę bioróżnorodności,
- wzrost ilość odpadów,
- nierównowagę regionalną w UE.

Światowy Szczyt Zrównoważonego Rozwoju (The World Summit on Sustainable Development, WSSD), Szczyt Ziemi 2002 został zorganizowany przez Organizację Narodów Zjednoczonych w Johannesburgu (RPA). Jego głównym celem była dyskusja na temat globalnego zrównoważonego rozwoju. Zadaniem zgromadzonych było podsumowanie globalnych zmian, jakie zaszły w ciągu dziesięciu lat (od szczytu w Rio de Janeiro) i zaproponowanie konkretnych działań służących zarówno poprawie warunków życia ludzi, jak i ochronie zasobów naturalnych na świecie. Poruszono głównie tematy związane z równomiernym podziałem korzyści z globalizacji, ograniczeniem ubóstwa z jednej strony i nadmiernej konsumpcji z drugiej, zarządzaniem zasobami międzynarodowymi oraz promocją zrównoważonych wzorców produkcji i konsumpcji. Sekretarz Generalny ONZ, Kofi Annan, zidentyfikował pięć kluczowych obszarów, w których Szczyt w Johannesburgu miał być szczególnie skuteczny: zaopatrzenie w wodę i sanitację, energia, zdrowie, rolnictwo i bioróżnorodność (Water and Sanitation, Energy, Health, Agriculture, Biodiversity). Istotnym dokumentem

[12] Zrównoważona Europa dla Lepszego Świata: Strategia Zrównoważonego Rozwoju Unii Europejskiej, COM(2001)264 final, http://ec.europa.eu/regional_policy/archive/innovation/pdf/library/strategy_sustdev_en.pdf (dostęp: 10.04.2018).

wynikowym był dokument A/CONF.199/L.1 – projekt realizacji światowego szczytu w sprawie zrównoważonego rozwoju. Za najpilniejsze z nich uznano[13]:

- zmniejszenie o połowę liczby osób żyjących poniżej granicy ubóstwa (za 1 dolara lub mniej dziennie),
- zmniejszenie o połowę liczby osób bez dostępu do wody pitnej i urządzeń sanitarnych,
- poprawę warunków życia ludzi mieszkających w slumsach,
- zmniejszenie o dwie trzecie wskaźnika śmiertelności wśród niemowląt i dzieci oraz o trzy czwarte wskaźnika śmiertelności matek przy porodzie,
- zahamowanie tempa wymierania rzadkich gatunków zwierząt i roślin,
- odnowienie zasobów ryb w morzach i oceanach, przetrzebionych nadmiernymi połowami,
- zaprzestanie produkcji i stosowania środków chemicznych szkodliwych dla ludzi i środowiska.

Odnowiona w czerwcu 2006 r. – Strategia Trwałego Rozwoju Unii Europejskiej jest potwierdzeniem kształtowania się w UE wcześniej omówionych tendencji. Wskazuje się na dwa cele główne[14]:

- zapewnianie obecnym i przyszłym pokoleniom Ziemian stałego wzrostu jakości życia i dobrobytu,
- kształtowanie dynamicznej gospodarki o pełnym zatrudnieniu.

Konferencja *Beyond GDP* (Wyjść poza PKB) z 2007 r. to inicjatywa polegająca na opracowaniu wskaźników, które są równie jasne i atrakcyjne jak PKB, ale bardziej uwzględniają środowiskowe i społeczne aspekty postępu. W modelu zrównoważonego rozwoju nie chodzi tylko o wielkość PKB, ale przede wszystkim o jego jakość oraz o postrzeganie procesów rozwojowych w kontekście ich znaczenia dla obywateli. Raport Stiglitza z 2009 r. był kontynuacją tych rozważań. Raport nie neguje PKB jako wskaźnika aktywności ekonomicznej, twierdzi jednak, że PKB nie mierzy wystarczająco dobrze dobrobytu jednostek i dlatego należy go uzupełnić innymi rachunkami, które będą koncentrować się bardziej na dochodzie i konsumpcji jednostek niż na produkcji.

Strategia „Europa 2020" to unijny program na rzecz zatrudnienia i wzrostu gospodarczego w bieżącej dekadzie. Położono w niej nacisk na inteligentny, trwały i sprzyjający włączeniu społecznemu wzrost gospodarczy jako sposób na przezwyciężenie słabości strukturalnych w gospodarce europejskiej, poprawę jej konkurencyjności i wydajności, a także wzmocnienie zrównoważonej społecznej gospodarki rynkowej. Główne cele wskazano w następujących obszarach[15]:

---

[13] http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.199/L.1&Lang=E (dostęp: 10.04.2018).

[14] Renewed and Sustianble Development Strategy, Council of the European Union, Brussels, 9 June 2006 10117/06, http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2010117%202006%20INIT (dostęp: 10.04.2018).

[15] Szerzej zobacz: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester_en (dostęp: 10.04.2018).

- zatrudnienie (75% osób w wieku 20–64 lata powinno mieć pracę),
- badania i rozwój (B&R) (na inwestycje w badania i rozwój należy przeznaczać 3% PKB Unii),
- zmiany klimatyczne i energia (obniżenie emisji gazów cieplarnianych o 20% w porównaniu z rokiem 1990, 20% energii powinno pochodzić ze źródeł odnawialnych, efektywność energetyczna powinna wzrosnąć o 20%),
- edukacja (obniżenie odsetka osób wcześnie kończących naukę do poziomu poniżej 10%, co najmniej 40% osób w wieku 30–34 lata powinno posiadać wyższe wykształcenie),
- ubóstwo i wykluczenie społeczne (zmniejszenie o co najmniej 20 mln liczby osób żyjących w ubóstwie i dotkniętych wykluczeniem społecznym lub mogących się znaleźć w takiej sytuacji).

Szczyt ONZ w Rio de Janeiro (Rio +20) z 2012 r. został zwołany w sprawie wypracowania nowych celów zrównoważonego rozwoju. W jego konsekwencji przedstawiciele blisko 200 państw przyjęli deklarację, w której zobowiązali się ustalić, do 2015 r., nowe założenia dotyczące polityki zrównoważonego rozwoju, które powinny zostać opracowane w ciągu trzech lat, ponieważ, jak wspomniano, w 2015 r. wygasają postanowienia Milenijnych Celów Rozwoju. Obrady koncentrowały się na dwóch głównych tematach dotyczących budowy „zielonej gospodarki" dla osiągnięcia zrównoważonego rozwoju i ograniczenia ubóstwa oraz poprawy międzynarodowego systemu koordynacji w zakresie zrównoważonego rozwoju. Na szczycie przyjęto deklarację „Przyszłość jaką chcemy mieć"[16]. W jej 280 artykułach, podzielonych na sześć zasadniczych części, uczestnicy konferencji wyrazili chęć odnowienia zobowiązań na rzecz zrównoważonego rozwoju i promocji idei zrównoważonej przyszłości zarówno na płaszczyźnie ekonomicznej, społecznej, jak i środowiskowej.

Ustanowienie Wysokiego Forum Politycznego Narodów Zjednoczonych na rzecz Zrównoważonego Rozwoju (HLPF) zostało w 2012 r. ukształtowane przez dokument końcowy Konferencji Narodów Zjednoczonych w sprawie Zrównoważonego Rozwoju (Rio + 20), *The future we want* (Przyszłość, której chcemy). Format i aspekty organizacyjne forum zostały przedstawione w rezolucji Zgromadzenia Ogólnego 67/290. Forum spotyka się corocznie pod auspicjami Rady Gospodarczej i Społecznej (w tym trzydniowy segment ministerialny) i co cztery lata na szczeblu szefów państw i rządów pod auspicjami Zgromadzenia Ogólnego. Pierwsze spotkanie Forum odbyło się 24 września 2013 r. Zastąpiło ono Komisję ds. Zrównoważonego Rozwoju, która zbierała się co roku od 1993 r. HLPF jest główną platformą ONZ w sprawie zrównoważonego rozwoju. Ma kluczową rolę w wypracowaniu założeń i rekomendacji dla kolejnego globalnego planu rozwoju, wzywając do stworzenia nowego globalnego partnerstwa na rzecz wyeliminowania ubóstwa i transformacji gospodarek zgodnie ze zrównoważonym rozwojem. Rekomendacje znalazły odzwierciedlenie w raporcie „Nowe Glo-

[16] Resolution adopted by the General Assembly on 27 July 2012, (A/66/L.56)] 66/288. The future we want, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E (dostęp: 10.04.2018).

balne Partnerstwo: Wyeliminowanie ubóstwa i transformacja gospodarek zgodnie ze zrównoważonym rozwojem" (A New Global Partnership: Eradicate poverty and transform economies through sustainable development). Raport dał podwaliny do sformułowania założeń Agendy na rzecz Zrównoważonego Rozwoju 2030[17], zakładającej w perspektywie do 2030 r. eliminację ubóstwa, godne życie dla wszystkich ludzi oraz zapewnienie pokoju. Agenda zastąpiła przyjęte w 2000 r. Milenijne Cele Rozwoju. Agenda zawiera 17 Celów Zrównoważonego Rozwoju (Sustainable Development Goals) oraz powiązanych z nimi 169 zadań (targets), monitorowanych odpowiednimi wskaźnikami. Cele obejmują szeroki zakres wyzwań, takich jak: ubóstwo, głód, zdrowie, edukacja, równość płci, zmiany klimatu, zrównoważony rozwój, pokój, sprawiedliwość społeczna. W Polsce za monitorowanie realizacji celów odpowiada GUS[18].

3. Wybrane aspekty aplikacji idei zrównoważonego rozwoju do systemu zamówień publicznych w Polsce

Jak wykazano powyżej idea zrównoważonego rozwoju ma swoją 50 letnią historię. Jej cele są aplikowane w różnych obszarach funkcjonowania państwa. Nasze rozważania, dotyczące wdrożenia elementów omawianej idei, skupią się jedynie na systemie zamówień publicznych. Wskazuje się na dwie główne przestrzenie wdrożenia zasad zrównoważonego rozwoju do zamówień publicznych. Pierwszym z nich są zielone zamówienia publiczne. Jest to polityka, polegająca na tym, że podmioty publiczne włączają kryteria, wymagania ekologiczne do procedur udzielania zamówień publicznych. W procesie zakupów (robót, usług, dostaw) poszukiwane są te rozwiązania, które minimalizują negatywny wpływ na środowisko. Ponadto w procesie wyboru wykonawcy uwzględnia się cykl życia produktu, przez co zamawiający wpływają na rozwój i upowszechnienie technologii środowiskowych. Uwzględnienie jednego lub wielu czynników środowiskowych może mieć miejsce na poszczególnych etapach realizowanej procedury przetargowej od określenia potrzeb, poprzez zdefiniowanie przedmiotu zamówienia, sformułowanie specyfikacji technicznej, wybór kryteriów

[17] Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, A/70/L.1, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E (dostęp: 10.04.2018).

[18] Zadanie to realizowane jest za pomocą specjalnie przygotowanej aplikacji, która jest publicznie dostępnym narzędziem służącym do udostępniania i prezentacji wskaźników monitorujących Cele Zrównoważonego Rozwoju Agendy 2030 (z danymi dla Polski) oraz zestawu wskaźników monitorujących zrównoważony rozwój na poziomie kraju, regionów, województw i powiatów. Analizę informacji ułatwiają narzędzia do wizualizacji danych w formie wykresów i map, jak również obszerny zbiór metadanych. Wskaźniki zostały pogrupowane według Celów Zrównoważonego Rozwoju (w przypadku Agendy 2030) oraz według dziedzin, zawartych w ramach czterech ładów: społecznego, gospodarczego, środowiskowego oraz instytucjonalno-politycznego (dotyczy modułów: krajowego, regionalnego i lokalnego). Szerzej zobacz https://stat.gov.pl/zrownowazony-rozwoj/monitorowanie-zrownowazonego-rozwoju (dostęp: 10.04.2018).

udzielenia zamówienia oraz sposobu wykonania zamówienia. Uwzględnienie kwestii środowiskowych, w możliwie najszerszym zakresie, w procesie udzielania zamówień publicznych jest celem zielonych zamówień publicznych. Wśród uwarunkowań prawnych „zielonych" zamówień należy w pierwszej kolejności wymienić wybrane elementy prawa wspólnotowego:

- Dyrektywa 2014/25/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE z 31 marca 2004 r.;
- Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi;
- Dyrektywa 2009/33/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego[19];
- Dyrektywa 2009/125/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 października 2009 r. ustanawiająca ogólne zasady ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów związanych z energią[20].

Istotnym elementem zielonych zamówień publicznych jest idea myślenia w kategoriach cyklu życia. Ta powstała w latach 60. XX wieku teoretyczna koncepcja znalazła swoje zastosowanie w strategii zrównoważonego rozwoju. Myślenie w kategoriach cyklu życia odbywa się poprzez stosowanie odpowiednich narzędzi i technik, a w szczególności[21]:

---

[19] Niniejsza dyrektywa nakłada na instytucje zamawiające, podmioty zamawiające oraz niektórych operatorów obowiązek uwzględniania przy zakupie pojazdów transportu drogowego czynnika energetycznego i oddziaływania na środowisko podczas całego cyklu użytkowania pojazdu, w tym zużycia energii oraz emisji CO2 i niektórych zanieczyszczeń, w celu promowania i pobudzania rynku ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów oraz zwiększania udziału sektora transportowego w polityce Wspólnoty dotyczącej środowiska, klimatu i energii, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr L 120/5 z dnia 15.05.2009, Dyrektywa 2009/33/WE, art. 1.

[20] Celem niniejszej dyrektywy jest osiągnięcie wysokiego poziomu ochrony środowiska przez redukcję potencjalnego wpływu produktów związanych z energią na środowisko, co będzie w efekcie korzystne dla konsumentów i innych użytkowników końcowych. Zrównoważony rozwój wymaga również należytego uwzględnienia wpływu zdrowotnego, społecznego i ekonomicznego przewidywanych środków. Poprawa efektywności energetycznej produktów i efektywności wykorzystania zasobów przyczynia się do bezpieczeństwa dostaw energii i zmniejszenia zapotrzebowania na zasoby naturalne, co stanowi warunki konieczne zdrowej gospodarki, a tym samym zrównoważonego rozwoju, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr L 285/10 z dnia 31.10.2009, Dyrektywa 2009/125/WE, art. 10.

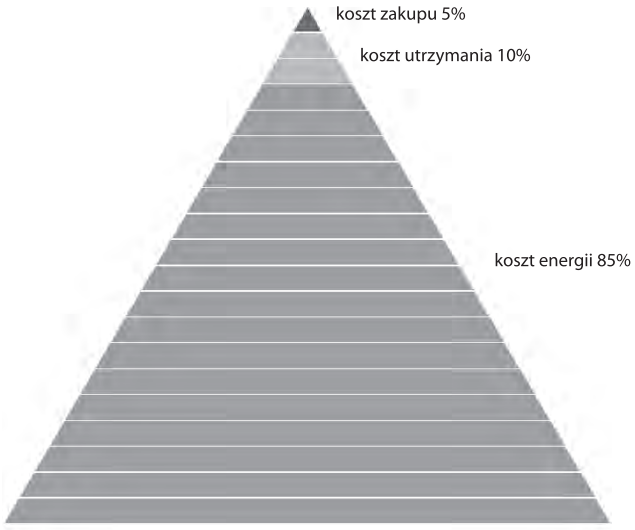
[21] J. Kulczycka, M. Góralczyk: *Znaczenie i możliwości stosowania oceny cyklu życia (LCA) i kosztów cyklu życia (LCC) w ekologicznych zamówieniach publicznych*, [w:] *Zielone zamówienia publiczne*, UZP, Warszawa 2009, s. 47.

- oceny cyklu życia (*Life Cycle Assessment* – LCA) – która jest procesem zbierania i oceny wejść, wyjść oraz potencjalnych wpływów na środowisko systemu wyrobu w okresie jego cyklu życia;
- zarządzania cyklem życia (*Life Cycle Management* – LCM) – które jest koncepcją zarządzania uwzględniającą ideę cyklu życia, możliwą do stosowania w celu tworzenia i wdrażania strategii zrównoważonego rozwoju. Zarządzanie cyklem życia dotyczy minimalizowania zagrożeń środowiskowych w cyklu życia produktu lub usługi;
- kosztów cyklu życia (*Life Cycle Cost* – LCC) – istnieją dwa terminy: 1) całkowite koszty dotyczące zakupu, użycia i likwidacji produktu (równoważne z pojęciem całkowite koszty posiadania) oraz 2) koszty produktu lub usługi występujące podczas całego życia wraz z kosztami zewnętrznymi;
- projektowania ekologicznego (*Design for the Environment* – DfE) – które jest metodą wspierającą takie projektowanie produktu, aby zmniejszyć jego całkowity wpływ na środowisko (już na etapie jego rozwoju).

Takie całościowe ujęcie pozwala na zidentyfikowanie zagrożeń środowiskowych w każdej fazie procesu życia produktu (od projektowania, poprzez produkcję, użytkowanie do likwidacji). Dzięki temu możliwe jest identyfikowanie zagrożeń środowiskowych na każdym etapie cyklu, co w konsekwencji powinno uniemożliwiać przesuwanie ryzyk z jednaj fazy procesu do drugiej, z jednego obszaru ochrony do drugiego, z jednego regionu do drugiego. Prowadzi to do poszukiwania odpowiednich metod ograniczenia wpływu na środowisko, na etapie cyklu życia produktu, na którym występuje ryzyko, i pojawia się możliwość najefektywniejszego jego zmniejszenia lub ograniczenia jego oddziaływania.

Idea kosztów cyklu życia (LCC) jest rekomendowana w wielu unijnych dokumentach i strategiach promujących zrównoważony rozwój oraz służących do polepszenia ekonomicznej efektywności środowiskowej procesów i wyrobów. Dla znalezienia LCC należy zebrać dużą ilość aktualnych danych (zarówno wejściowych – np. ilość użytych materiałów, jak i wyjściowych – np. ilość wytworzonych odpadów), dotyczących nie tylko procesu wytwórczego danego produktu, ale również fazy jego użytkowania, recyklingu i utylizacji.

Dla zobrazowania problemu przypatrzymy się produktom związanym ze zużywaniem energii. Ceny urządzeń lepszej jakości, w szczególności energooszczędnych, są na ogół wyższe od cen ich standardowych odpowiedników. Wiąże się to m.in. z koniecznością zastosowania lepszej, nowoczesnej technologii przy ich produkcji, staranniejszego wykonania czy też z potrzebą przeprowadzenia dodatkowych badań i analiz mających wpływ m.in. na bezpieczeństwo użytkowania, uzyskiwane osiągi, funkcjonalność oraz bezawaryjność. Nabywcy podejmują zazwyczaj decyzję o zakupie w oparciu o kryteria krótkoterminowe, najczęściej koszt kupna danego urządzenia. Tego typu zachowanie można porównać do syndromu góry lodowej (zob. rys. 2), gdzie użytkownik/inwestor/zamawiający zauważa jedynie koszty początkowe, a koszty ponoszone w pełnym cyklu żywotności urządzenia (tj. od momentu zakupu do utylizacji) są pomijane lub niedoceniane.



Rys. 2. Efekt góry lodowej
Źródło: opracowanie własne.

Patrząc na rysunek widzimy, iż uwzględnianie jedynie kosztu zakupu jest działaniem nieracjonalnym. Jest to istotne z punktu widzenia wydatkowania środków publicznych, które powinny być wydatkowane w sposób efektywny, racjonalny i celowy[22].

Przywołana powyżej dyrektywa 2009/125/WE ustanawia ogólne zasady ustalania wymogów dotyczących ekoprojektu dla produktów związanych z energią. W świetle jej zapisów ekoprojektowanie (ecodesign) to nowe podejście do projektowania wyrobów, polegające na identyfikacji aspektów środowiskowych związanych z danym produktem i włączaniu ich do procesu projektowania już na wczesnym etapie rozwoju wyrobu. Takie działanie uwzględnia więc dodatkowy aspekt w projektowaniu tradycyjnym, polegający na ocenie projektu z punktu widzenia jego oddziaływania na środowisko w całym cyklu żywotności. Ekoprojektowanie ma na uwadze kilka ważnych zasad, a mianowicie:

- projektowanie wyrobu powinno uwzględniać wszystkie fazy jego cyklu życia, począwszy od opracowania i doboru rozwiązań technologicznych, konstrukcyjnych i materiałowych w zakresie procesów wytwórczych, przetwórczych i eksploatacyjnych po ustalenie warunków likwidacji produktu, w tym ewentualnego ponownego wykorzystania (recyklingu) części produktu oraz sposobu postępowania z odpadami i technologii ich unieszkodliwiania;
- projektowanie powinno odbywać się w oparciu o technologie energooszczędne, z uwzględnieniem energochłonności produktu w cyklu jego życia;
- proces projektowania powinien uwzględniać racjonalne wykorzystywanie surowców i materiałów niezbędnych do wytworzenie produktu;

[22] Por. art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych.

- wyrób powinien być jak najdłużej użyteczny (wydłużanie cyklu żywotności);
- dążenie do ograniczenia zużycia nowych surowców, a tym samym zmniejszenie ilości powstających odpadów, poprzez wykorzystywanie do produkcji materiałów z recyklingu.

Dyrektywa w swoich założeniach ma przyczynić się do zrównoważonego rozwoju poprzez zwiększenie efektywności energetycznej oraz poprawę ochrony środowiska. Ponieważ zmniejszenie energochłonności gospodarek UE wpłynie w konsekwencji na zwiększenie bezpieczeństwa energetycznego. Wskazane obszary nie wyczerpują, a jedynie sygnalizują zastosowanie zrównoważonego rozwoju dotyczącego szeroko pojętej ekologii w zamówieniach publicznych[23].

Kolejnym obszarem wprowadzenia idei zrównoważonego rozwoju aplikowanym do systemu zamówień publicznych są klauzule społeczne. Klauzule społeczne stanowią pewnego rodzaju wyjątek od reguły, który jest dopuszczany przez prawodawstwo wspólnotowe i krajowe w prawie zamówień publicznych z powodu ważnych względów społecznych. Biorąc pod uwagę kryteria oceny formalnej oferty złożonej w ramach zamówień publicznych, dotyczą one przede wszystkim jakości i ceny przedmiotu zamówienia. Jednak prawo Unii Europejskiej przewiduje w tym względzie możliwość wprowadzenia przez składającego zamówienie dodatkowych kryteriów społecznych. Kryteria te nie mogą w żaden sposób naruszać swobody wyboru, ale muszą być ukierunkowane na ważne potrzeby społeczne.

Klauzule społeczne mają przyczyniać się do:

- aktywizacji osób zagrożonych wykluczeniem zawodowym i społecznym,
- wyrównywania szans na rynku pracy,
- podniesienia umiejętności pracowników, a rezultacie ich sytuacji na rynku pracy,
- wsparcia idei rozwoju przedsiębiorczości społecznej,
- budowy wizerunku zamawiającego jako podmiotu społecznie wrażliwego.

Narzędziem realizacji powyższych celów mogą być tzw. zamówienia zastrzeżone. Oznaczają one zamówienia publiczne, w których zamawiający może zastrzec prawo ubiegania się o zamówienie dla określonego typu wykonawców. Ustawa Pzp w treści art. 22 ust. 2 przewiduje uprawnienie zastrzeżenia w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych or-

[23] Można tutaj wskazać np. art. 2 pkt. 16 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym nowelizacją z 2016 r. (Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r., poz. 1020, z późn. zm.), wprowadził do polskich regulacji z zakresu zamówień publicznych pojęcie oznakowania – należy przez to rozumieć zaświadczenie, poświadczenie lub każdy inny dokument, potwierdzający, że obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają określone wymogi. Jednocześnie przepis art. 30a dopuścił możliwość bezpośredniego wskazania przez zamawiających w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego właściwego oznakowania celem nadania zamówieniu określonej charakterystyki. Oznakowanie, w tym m.in. oznakowanie ekologiczne (ekoetykiety), może zostać wykorzystane w ramach różnych elementów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert lub warunków realizacji zamówienia.

ganizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności:

- osób niepełnosprawnych,
- bezrobotnych,
- osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, mających trudności w integracji ze środowiskiem,
- osób z zaburzeniami psychicznymi,
- osób bezdomnych,
- osób, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą,
- osób do 30 roku życia oraz po ukończeniu 50 roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia,
- osób będących członkami mniejszości znajdującej się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będących członkami mniejszości narodowych i etnicznych.

Z treścią powyższego przepisu koreluje norma wyrażona w art. 22 ust. 2a, zgodnie z którą zamawiający określa minimalny procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w ust. 2, nie mniejszy niż 30%, osób zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej lub wykonawców albo ich jednostki, o których mowa w ust. 2. Rozwiązanie to jest odzwierciedleniem art. 20 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który stanowi, iż państwa członkowskie mogą zastrzec prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych, lub mogą przewidzieć możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów zatrudnienia chronionego pod warunkiem, że co najmniej 30% osób zatrudnionych przez te zakłady, przez tych wykonawców lub w ramach tych programów stanowią pracownicy niepełnosprawni lub pracownicy defaworyzowani. Należy w tym miejscu przywołać 36 punkt preambuły, który stanowi, iż: „Zatrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa. W związku z tym zakłady pracy chronionej mogą odgrywać istotną rolę. To samo dotyczy innych form społecznej działalności gospodarczej mających głównie na celu wspieranie społecznej i zawodowej integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych i znajdujących się w niekorzystnej sytuacji, takich jak bezrobotni, członkowie znajdujących się w niekorzystnej sytuacji mniejszości lub grup w inny sposób społecznie marginalizowanych. Takie zakłady lub podmioty gospodarcze mogą nie być jednak w stanie uzyskać zamówień w zwykłych warunkach konkurencji. W związku z tym właściwe jest, by państwa członkowskie mogły zastrzegać, że prawo do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych lub pewnych ich częściach mają jedynie takie zakłady lub podmioty gospodarcze, bądź też zastrzegać realizację zamówień dla programów zatrudnienia chronionego".

Podsumowując, można stwierdzić, iż zamówienia społeczne, poprzez narzędzie „zamówienia zastrzeżone", mają na celu wyrównanie szans podmiotów zatrudniających osoby z grup marginalizowanych w ubieganiu się o zamówienia publiczne, a także aktywizację i zwiększenie szans na rynku pracy tych osób.

Kolejnym obszarem, który wspiera zrównoważony rozwój są innowacje. Zostało to wyraźnie wskazane strategii Europa 2020[24]. Dla zbudowania zrównoważonej przyszłości, należy wyjść poza horyzont celów krótkoterminowych. Europa musi wrócić na ścieżkę rozwoju, a następnie na niej pozostać. Taki jest cel strategii Europa 2020. Jej założenia to więcej miejsc pracy i wyższy standard życia. Strategia pokazuje, że Europa może się rozwijać w sposób inteligentny i zrównoważony, może sprzyjać włączeniu społecznemu, umie znaleźć sposób na stworzenie nowych miejsc pracy i określić kierunek rozwoju naszych społeczeństw. Komisja proponuje pięć wymiernych celów UE na rok 2020, które nadadzą kierunek całemu procesowi i zostaną przełożone na cele krajowe. Obejmują one zatrudnienie, badania i innowacje, zmiany klimatu i energię, edukację oraz walkę z ubóstwem.

Innowacje mogą przybierać różną postać, zawsze pozostają jednak czynnikiem decydującym o rozwoju danego przedsiębiorstwa lub całej gospodarki. Można wyróżnić innowacje w sferze kultury, w sferze nauki, sferze życia społecznego, sferze handlu i sferze przemysłu. Klasyczna klasyfikacja innowacji dzieli je na: produktowe, procesowe i organizacyjne[25]. Innowacje produktowe łączą się z wprowadzaniem na rynek nowych lub udoskonalonych produktów. Innowacje procesowe obejmują wdrażanie nowych sposobów produkcji. Innowacje organizacyjne dotyczą zmian w funkcjonowaniu organizacji oraz w jej zarządzaniu (np. zmiany w zarządzaniu produkcją, w marketingu, Public Relations, w księgowości i finansach czy w zarządzaniu zasobami ludzkimi). Wyróżnia się innowację: ciągłą (ilościową – rozumianą jako drobne zmiany w procesie lub produkcie, które powodują stopniowy, ilościowy postęp w przedsiębiorstwie lub gospodarce, których wyrazem są różnego rodzaju pomysły racjonalizatorskie, uprawnienia organizacyjne podnoszące efektywność i jakość produkcji) oraz skokową (jakościową – która od razu przenosi działalność firmy na wyższy poziom funkcjonowania. Może to być na przykład stworzenie radykalnie nowego produktu, który od razu zacznie podbijać rynek, albo też radykalne usprawnienie procesu produkcyjnego lub organizacji, które szybko zapewni firmie przewagę konkurencyjną).

W ustawie o zmianie ustawy – Pzp z 2016 r., która wprowadza zmiany związane m.in. z implementacją przepisów zawartych dyrektywie klasycznej 2014/24/UE, przewidziano nowy tryb postępowania – partnerstwo innowacyjne. Jest to ukoronowanie wsparcia dla innowacyjności. Umożliwia ono dostęp do realizacji projektów publicznych przedsiębiorcom z sektora badawczo-rozwojowego (B+R). Zasady udzielania za-

[24] EUROPA 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, Bruksela, 3.03.2010 KOM(2010) 2020, http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_PL_ACT_part1_v1.pdf (dostęp: 11.04.2018).

[25] Szerzej zob. B. Ileczko: *Podstawy typologiczne ogólnej teorii innowacji*, „Zagadnienie Naukoznawstwa" 1979, nr 4.

mówienia w powyższym trybie zostały określone w art. 73a – 73h. Zgodnie z definicją ustawową: „Partnerstwo innowacyjne to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza do składania ofert na opracowanie innowacyjnego produktu, usług lub robót budowlanych niedostępnych na rynku oraz sprzedaż tych produktów, usług lub robót budowlanych".

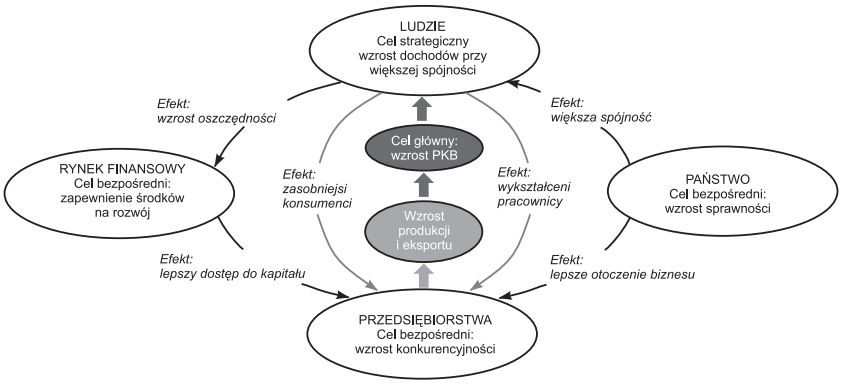
Ten tryb służyć będzie zaspokojeniu potrzeb zamawiającego na innowacyjne produkty, usługi lub roboty budowlane – tj. nowe lub znacznie udoskonalone produkty, usługi lub procesy (w tym procesy produkcji, budowy lub konstrukcji, a także nowe metody marketingowe lub organizacyjne stosowane w działalności przedsiębiorczej, przy organizowaniu pracy lub w relacjach zewnętrznych). Procedura udzielenia zamówienia jest oparta na trybie negocjacji z ogłoszeniem. Zamawiający jest zobowiązany do weryfikacji potencjału partnera co do opracowania i wdrożenia innowacyjnych produktów, gdyż partnerstwo obejmuje nie tylko proces badań i rozwoju, ale także zakup opracowanych i wytworzonych przedmiotów. Zamawiający, w zależności od swoich potrzeb, będzie też mógł wybrać kilka ofert i zawrzeć umowy z kilkoma partnerami. Proces realizacji zamówienia uwzględnia specyfikę działalności B+R. Partnerstwo jest podzielone na etapy odpowiadające poszczególnym etapom procesu badawczo-rozwojowego. Jednocześnie zamawiający ustala cele pośrednie. Osiągnięcie poszczególnych etapów lub ustalonych celów pośrednich będzie podstawą do zapłaty wynagrodzenia oraz kontynuacji pracy.

Wprowadzone zmiany mają skłonić zamawiających, by zaufali wiedzy i doświadczeniu wykonawców, którzy oferują rozwiązania nowe, nietypowe – zatem innowacyjne wpisujące się w strategię zrównoważonego rozwoju.

4. Kierunki zmian systemu zamówień publicznych jako element poprawy funkcjonowania państwa polskiego w celu wzrostu jego sprawności określonej w strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju

Zmiana systemu zamówień publicznych w Polsce będzie determinowana przez działania zmierzające do realizacji celów strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju. Wynika to chęci zmiany jakości funkcjonowania państwa, co jest wskazywane jako jeden z kluczowych czynników wzrostu konkurencyjności. Interesariusze państwa: obywatele i szeroko rozumiana gospodarka, potrzebują nie tylko dobrego prawa, ale również sprawnej administracji. W tym zakresie państwo ma do spełnienia aktywną rolę. Miejsce państwa w realizacji strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju przedstawia rys. 3.

Projektem strategicznym realizacji celu wzrostu sprawności państwa w zakresie systemu zamówień publicznych ma być nowe prawo zamówień publicznych. Będzie



Rys. 3. Schemat realizacji celu głównego Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju
Źródło: Załącznik do uchwały nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r., Monitor Polski poz. 260, s. 37.

to ustawa porządkująca i systematyzująca regulację zamówień publicznych. Wskazuje się, iż obecnie obowiązująca ustawa podlegała licznym zmianom i wskazane jest opracowanie nowego aktu prawnego, który zwiększy przejrzystość regulacji[26]. Strategia nie wskazuje kierunku możliwych zmian. Pewnych wskazówek można się dopatrywać w załączniku do uchwały nr 14/2016 Rady Ministrów z dnia 16 lutego 2016 r. Mówi się tam o stworzeniu systemu inteligentnych zamówień publicznych w oparciu o następujące założenia[27] (na marginesie należy zaznaczyć, iż od dnia podjęcia powyższej uchwały Rady Ministrów do czasu przyjęcia strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju, część tych założeń została już zrealizowana – zobacz przypis 30):

- odejście od kryterium najniższej ceny[28],

[26] Załącznik do uchwały nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r. (Monitor Polski poz. 260), s. 168.

[27] Załącznik do uchwały nr 14/2016 Rady Ministrów z dnia 16 lutego 2016 r., s. 9 (materiał powielony).

[28] Ograniczenie stosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert miało miejsce w nowelizacji z roku 2014 (wejście w życie dnia 19.10.2014 r.). Zmiany miały na celu ograniczenie stosowania przez zamawiających ceny jako jedynego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty tylko do tych zamówień, których przedmiot był powszechnie dostępny oraz miał ustalone standardy jakościowe. W przypadku pozostałych zamówień zamawiający zobowiązany był do zastosowania – obok ceny – jeszcze co najmniej jednego kryterium oceny ofert spośród wymienionych w ustawie Pzp lub innych, związanych z przedmiotem zamówienia. Kolejna nowelizacja ustawy Pzp ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (wejście w życie dnia 28.07.2016 r.) wprowadziła doprecyzowanie i wzmocnienie przepisów o stosowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert. I tak, zamawiający oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Zmiany tych przepisów miały ogromny

- uwzględnianie kosztów eksploatacji,
- ułatwienia dla małych i średnich przedsiębiorstw,
- uwzględnianie punktów za innowacyjność i klauzul społecznych,
- promocja stabilnych miejsc pracy,
- preferowanie rzetelnych dostawców.

Wskazuje się ponadto, że zamówienia publiczne powinny być wykorzystywane przez państwo jako instrument kreujący pożądane zachowania ze strony przedsiębiorców[29] oraz wprowadzenie ram prawnych dla realizacji innowacyjnej polityki zakupowej[30].

Innym działaniem w obszarze systemu zamówień publicznych jest realizacja projektu e-zamówienia[31]. Wpisuje się on w założenia strategii odpowiedzialnego rozwoju dotyczące zwiększenia efektywności funkcjonowania instytucji publicznych oraz większego wykorzystania technologii informacyjno-komunikacyjnych w zarządzaniu państwem i komunikacji z obywatelami (w tym z przedsiębiorcami). Projekt zakłada wykorzystanie w obszarze zamówień publicznych możliwości oferowanych przez dostępne technologie cyfrowe. Oczekuje się, że elektronizacja procesów obsługi obywateli i przedsiębiorców, jak również samej administracji może w dłuższej perspektywie przyczynić się do poprawy funkcjonowania administracji, obniżenia kosztów obsługi i poprawy efektywności funkcjonowania przedsiębiorstw.

Projekt zakłada wdrożenie platformy elektronicznej, która zapewni kompletność i spójność informacji o funkcjonowaniu rynku zamówień publicznych w Polsce. Umożliwi to skuteczne i efektywne sprawowanie funkcji nadzorczych i sprawozdawczych poprzez funkcjonalność zbierania i udostępniania danych dotyczących procesu udzielania zamówień publicznych z portali oferujących e-usługi w tym obszarze. Wskazuje się, że zbudowane w ramach projektu „użyteczności e-systemu" ułatwią i skrócą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzane zgodnie z ustawą Pzp zarówno dla zamawiających, jak i dla wykonawców. Dodatkowo projekt przyczyni się do usprawnienia działania organów kontroli w obszarze zamówień publicznych, tj. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Najwyższej Izby Kontroli, Centralnego Biura Antykorupcyjnego oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Ustandaryzowanie danych jest kolejnym założeniem projektu. Dane będą pozyskiwanie na bieżąco do Centralnego Repozytorium Danych (poprzez API - Application Programming Interface, tj. interfejs programistyczny aplikacji), dzięki czemu sprawozdawczość zostanie zautomatyzowana oraz możliwe będzie efektywne monitorowanie i kontrola procesu

---

wpływ na strukturę stosowanych kryteriów oceny ofert. Jak wynika z informacji UZP, w postępowaniach o wartościach poniżej progów unijnych, w roku 2016 cenę jako jedyne kryterium oceny ofert zastosowano w 9% postępowań (w roku 2015 – w 12%; w 2014 – w 84%; w latach wcześniejszych odsetek ten kształtował się na poziomie powyżej 90%).

[29] Załącznik do uchwały nr 8…, s. 165.

[30] Ibidem, s. 168.

[31] Opracowano na podstawie https://www.gov.pl/cyfryzacja/e-zamowienia-elektroniczne-zamowienia-publiczne (dostęp: 11.04.2018).

udzielania zamówień publicznych. Jednocześnie dostęp do informacji o rynku zamówień publicznych będzie „powszechny" dla wszystkich interesariuszy.

Główny cel projektu, zgodnie z założeniami, zostanie osiągnięty poprzez realizację następujących celów szczegółowych:

- zwiększenie jakości dokumentów zamówienia, tj. zapewnienie zgodności przygotowywanych dokumentów z wymaganiami,
- możliwość efektywnego monitorowania, analiz i kontroli procesu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- optymalizacja kosztów i czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- wsparcie zamawiających w wypełnieniu ustawowego obowiązku elektronizacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Pełne wdrożenie projektu powinno przynieść oczekiwane rezultaty. Wśród spodziewanych korzyści wyróżnia się:

- maksymalne wyeliminowanie błędów o charakterze formalnym,
- zapewnienie kompletności wymaganych danych,
- zgodność dokumentów z aktualnym stanem prawnym,
- natychmiastowy dostęp do kompletnych danych dotyczących rynku zamówień publicznych,
- ponowne wykorzystanie raz wprowadzonych danych,
- skrócenie czasu przygotowania pojedynczego ogłoszenia do Biuletynu Zamówień Publicznych i Suplementu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, w którym zamawiający z Państw Członkowskich Unii Europejskiej zobowiązani są do publikowania określonych ogłoszeń o zamówieniach publicznych TED (ang. Tenders Electronic Daily) – automatyczna publikacja w TED na podstawie wprowadzonych danych,
- ograniczenie czasu potrzebnego na przygotowanie ogłoszeń, dokumentów zamówienia oraz ich aktualizację,
- zmniejszenie obciążeń Zamawiających związanych z wypełnieniem ustawowego obowiązku (finansowy, kompetencyjny),
- zwiększenie zaawansowania elektronizacji.

Uruchomienie podstawowych usług procesu e-zamówień publicznych, zgodnie z obowiązującym harmonogramem, powinno nastąpić w IV kwartale bieżącego roku. Czy termin ten zostanie jednak dotrzymany w związku z planowaną realizacją strategicznego celu, jakim jest nowe prawo zamówień publicznych?

Bez względu na to, w jakim kierunku pójdą zmiany systemu zamówień publicznych w Polsce, można mieć pewność, że zostaną dokonane. Należy tylko oczekiwać, że będą to zmiany na lepsze, zwiększające przejrzystość tego obszaru funkcjonowania państwa.

Bibliografia

Dobre praktyki w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych, UZP, Warszawa 2017.

Draft plan of implementation of the World Summit on Sustainable Development, United Nations A/CONF.199/L.1, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.199/L.1&Lang=E.

Dyrektywa 2009/125/WE, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr L 285/10 z dnia 31.10.2009.

Dyrektywa 2009/33/WE, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr L 120/5 z dnia 15.05.2009.

Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, Bruksela, 3.3.2010 KOM(2010) 2020.

EUROPA 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, Bruksela, 3.03.2010 KOM(2010) 2020, http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_PL_ACT_part1_v1.pdf.

Główny Urząd Statystyczny, Monitorowanie zrównoważonego rozwoju Polski, Aplikacja Wskaźniki Zrównoważonego Rozwoju, https://stat.gov.pl/zrownowazony-rozwoj/monitorowanie-zrownowazonego-rozwoju.

Ileczko B.: *Podstawy typologiczne ogólnej teorii innowacji*, „Zagadnienie Naukoznawstwa" 1979, nr 4.

Kulczycka J., Góralczyk M.: *Znaczenie i możliwości stosowania oceny cyklu życia (LCA) i kosztów cyklu życia (LCC) w ekologicznych zamówieniach publicznych*, [w:] *Zielone zamówienia publiczne*, UZP, Warszawa 2009.

Ministerstwo Cyfryzacji, E-zamówienia – elektroniczne zamówienia publiczne, https://www.gov.pl/cyfryzacja/e-zamowienia-elektroniczne-zamowienia-publiczne.

Ołdak-Bułanowska K.: *Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych*, UZP, Warszawa 2015.

Ołdak-Bułanowska K., Skowron M., Węcławska A.: *Zrównoważone zamówienia publiczne. Aspekty społeczne i środowiskowe w procedurze udzielania zamówienia w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych*, UZP, Warszawa 2017.

Plan na rzecz odpowiedzialnego rozwoju, Załącznik do uchwały nr 14/2016 Rady Ministrów z dnia 16 lutego 2016 r.

Prawo zamówień publicznych, Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r., Dz.U. 2017, poz. 1579 (z późn. zm.).

Raport Światowej Komisji Środowiska i Rozwoju, United Nations A/RES/42/187, 96th plenary meeting, 11 December 1987, (http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm).

Renewed EU sustainable development strategy, Council of the European Union Brussels, 9 June 2006 10117/06, http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2010117%202006%20INIT.

Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future A/42/427, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/42/427&Lang=E.

Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, A/70/L.1, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E;

Resolution adopted by the General Assembly on 27 July 2012, (A/66/L.56)] 66/288. The future we want, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E.

Resolution adopted by the General Assembly, United Nations Millennium Declaration, A/RES/55/2, http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.pdf;

Słownik Języka Polskiego PWN, Warszawa 1996,

Sprawozdanie z konferencji ONZ w sprawie środowiska człowieka, A/CONF.48/14/REV.1,https://sustainabledevelopment.un.org/milestones/humanenvironment.

Strategia na rzecz odpowiedzialnego rozwoju, Załącznik do uchwały nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r., Monitor Polski, Dziennik Urzędowy Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa, dnia 15 marca 2017 r., poz. 260.

Teraźniejszość i przyszłość ekorozwoju w Polsce, pod red. G. Dobrzańskiego, Wydawnictwo Politechniki Białostockiej, Białystok 2002.

The European Semester, https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester_en.

Uchwała nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r. w sprawie przyjęcia strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.), Monitor Polski, Dziennik Urzędowy Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa, dnia 15 marca 2017 r., poz. 260,

United Nations Conference on Environment & Development, Agenda 21, https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf.

Ustawa o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r., Dz. U. 2017 poz. 2077 (z późn. zm.).

Zielone zamówienia publiczne, UZP, Warszawa 2012.

Zrównoważona Europa dla Lepszego Świata: Strategia Zrównoważonego Rozwoju Unii Europejskiej, COM(2001)264 final, http://ec.europa.eu/regional_policy/archive/innovation/pdf/library/strategy_sustdev_en.pdf.

EFEKTYWNOŚĆ ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Dr Izabela Fundowicz
Z-ca Dyrektora Departamentu Prawnego, Urząd Zamówień Publicznych

Izabela Królikowska
Radca prawny, Urząd Zamówień Publicznych

Wybrane instrumenty i mechanizmy udzielania zamówień publicznych służące dobrym jakościowo zakupom. Stan obecny i perspektywa nowych rozwiązań

Abstrakt

Referat prezentuje wybrane instrumenty i mechanizmy służące dobrym jakościowo zakupom, które funkcjonują w obszarze obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Niektóre z tych instrumentów są rzadko wykorzystywane przez zamawiających w procedurze udzielania zamówień publicznych (np. dialog techniczny). Referat ma na celu przybliżenie tych instrumentów podmiotom zobowiązanym do stosowania ustawy, aby zwiększyć efektywność jakościową publicznych zakupów. W referacie zaprezentowano również projektowane na przyszłość rozwiązania, których celem ma być także wzmocnienie jakości zamawianych publicznie dostaw, usług czy robót budowlanych

Abstract

The elaboration presents selected instruments and mechanisms within the Public Procurement Law provisions that lead to good-quality purchases. Some of these instruments are rarely used by the contracting authorities in the contract award procedures (e.g. technical dialogue). This elaboration aims to present these instruments among the entities obliged to apply the Public Procurement Law in order to increase the quality effectiveness of public purchases. The article also presents future solutions that are to strengthen the quality of supplies, services or works purchased under public contract.

Z danych, którymi dysponuje Urząd Zamówień Publicznych wynika, że wartość zamówień udzielanych na podstawie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych w roku 2017 wyniosła ok. 163,2 mld zł, co stanowi 8,23% produktu krajowego brutto. Z uwagi na skalę udzielanych zamówień, ważne jest, aby ustawa regulująca udzielanie zamówień publicznych zawierała przepisy pozwalające na realizowanie efektywnych zamówień, rozumianych m.in. jako dobre jakościowo zakupy, czyli również zakupy innowacyjne i przyjazne dla środowiska.

Ustawa Pzp[1] w aktualnym brzmieniu zawiera instrumenty i mechanizmy, których umiejętne zastosowanie umożliwia zamawiającym osiągnięcie pożądanego efektu, jakim jest zakup dobrego jakościowo przedmiotu zamówienia. Mają one zróżnicowany charakter i związane są z różnymi etapami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Plan postępowań o udzielenie zamówień

Odnosząc się do problematyki dbałości o jakość przedmiotu zamówienia, w pierwszej kolejności wskazać należy na duże znaczenie właściwego planowania przez zamawiających postępowań o udzielenie zamówienia. Ustawa Pzp przewiduje w art. 13a ust. 1 dla zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, obowiązek sporządzenia planu postępowań o udzielenie zamówień, jakie przewidują przeprowadzić w danym roku finansowym. Plan zawiera w szczególności informacje dotyczące: przedmiotu zamówienia, rodzaju zamówienia, przewidywanego trybu lub innej procedury udzielenia zamówienia, orientacyjnej wartości zamówienia oraz przewidywanego terminu wszczęcia postępowania w ujęciu kwartalnym lub miesięcznym. Wskazany wyżej obowiązkowy zakres dokumentu zmusza zamawiających do przeanalizowania, jakie są ich potrzeby zakupowe na dany rok finansowy. Należy podkreślić, że prawidłowe i staranne rozeznanie przez zamawiających ich potrzeb ma istotne znaczenie dla efektywnego udzielania zamówień, przez co rozumieć należy również zamówienia o odpowiednio wysokiej jakości.

Plan postępowań o udzielenie zamówień pełni również funkcję informacyjną dla wykonawców. W tym zakresie, w celu wzmocnienia realizacji ww. funkcji, planowane jest w nowym Prawie zamówień publicznych wprowadzenie zobowiązania dla zamawiających do dokonywania aktualizacji planu postępowań o zamówienie publiczne.

Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Szczególnie istotny dla osiągnięcia celu w postaci dobrych jakościowo zakupów jest etap przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem to na tym etapie zamawiający podejmują kluczowe decyzje, które będą miały bezpośredni wpływ na cechy uzyskanego przedmiotu zamówienia. Kwestią o zasadniczym znaczeniu dla realizacji ww. celu jest właściwe rozpoznanie potrzeb zamawiającego odnośnie do przedmiotu zamówienia, a także skonfrontowanie ich z możliwościami rynku. W praktyce często zdarza się, że zamawiający nie posiadają dostatecznego rozeznania w kwestiach specjalistycznych związanych z przedmiotem zamówienia, dlatego właściwe i adekwatne opisanie przedmiotu zamówienia, w tym co do cechy jakości,

[1] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.).

nastręczać im może poważne trudności. Instrumentem, który z powodzeniem może zostać wykorzystany przez zamawiających przy pozyskaniu ww. informacji jest dialog techniczny, o którym będzie mowa w dalszej części niniejszego artykułu.

Warunki udziału w postępowaniu

Kolejne regulacje, które na etapie przygotowania postępowania mogą mieć wpływ na jakość uzyskanego przedmiotu zamówienia, dotyczą warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do właściwości wykonawcy. Wpływ na jakość przedmiotu zamówienia może mieć potencjał osobowy wykonawcy, dotyczący osób skierowanych do realizacji danego zamówienia. Przepisem, na który należy zwrócić uwagę w kontekście dążenia do uzyskania dobrego jakościowo przedmiotu zamówienia, jest art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Fakultatywne przesłanki wykluczenia

W celu uzyskania przedmiotu zamówienia dobrej jakości, zamawiający może skorzystać dodatkowo z możliwości przewidzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania. Mowa tu o przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Celem regulacji z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp jest zapewnienie zamawiającemu narzędzi, pozwalających na wyeliminowanie z postępowania wykonawców, których udział w realizacji umowy – w świetle zdarzeń zaistniałych w poprzednich postępowaniach, polegających na poważnym naruszeniu przez nich obowiązków zawodowych, w szczególności, gdy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie – niesie ryzyko, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany nieprawidłowo czy też niezgodnie z wymaganiami i oczekiwaniami zamawiającego. Przesłanka, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, pełni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podobną funkcję, jak przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, dotyczy jednak węższego zakresu okoliczności, tj. niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszych umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, ale tylko takich, które doprowadziły do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Obie ww. przesłanki mogą dotyczyć jakości przedmiotu zamówienia – zarówno niewykonanie, jak i nienależyte wykonanie umowy mogą mieć bowiem związek z jakością świadczenia wykonawcy (art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp). Poważne naruszenie obowiązków zawodowych, o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, może również być związane z niewłaściwą jakością przedmiotu zamówienia.

Zespół do nadzoru nad realizacja zamówienia

Omawiając temat instrumentów i mechanizmów służących dobrym jakościowo zakupom, nie można pominąć nowej instytucji w ustawie Pzp, wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. *o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*[2], mianowicie zespołu do nadzoru nad realizacją udzielonego zamówienia. Celem powołania ww. instytucji było zapewnienie odpowiedniego zaangażowania tego samego zespołu osób nie tylko do przygotowania i udzielania zamówienia, ale także na etapie realizacji zamówienia publicznego lub grupy powiązanych ze sobą zamówień publicznych. Uzasadniając wprowadzenie ww. nowej instytucji do ustawy Pzp ustawodawca akcentował, że wskazane jest wzmocnienie mechanizmów, które zapewnią odpowiednią kontrolę nad danym zamówieniem publicznym, a równie istotne, jak przygotowanie i przeprowadzenie procedury o zamówienie publiczne, powinno być zapewnienie nadzoru nad jego właściwą realizacją. Podkreślano, że wprowadzenie proponowanego mechanizmu miało na celu wzmocnienie postrzegania zamówienia publicznego jako procesu, którego szczególnie istotnym składnikiem jest wysokiej jakości realizacja projektu. Może się nadto przyczynić do wykorzystania w szerszym zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert, a w konsekwencji zapewnienia bardziej efektywnego wykonywania zadań publicznych[3].

Zespół do nadzoru nad realizacją udzielonego zamówienia – w kontekście dbałości o jakość przedmiotu zamówienia – jest instytucją o specyficznym charakterze, pełni bowiem różne funkcje na poszczególnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 20a ustawy Pzp, co najmniej dwóch członków zespołu jest powoływanych do komisji przetargowej, mają zatem wpływ na czynności zmierzające do takiego ukształtowania postępowania, aby zamawiający otrzymał przedmiot zamówienia o oczekiwanej jakości. Członkowie zespołu – jako członkowie komisji przetargowej – biorą udział w wyborze oferty najkorzystniejszej. Podstawowym zadaniem zespołu jest nadzór nad realizacją zamówienia, w ramach którego członkowie zespołu dbają m.in. o wyegzekwowanie od wykonawcy umówionej jakości przedmiotu zamówienia. W związku z wykonywaniem ww. zadań, członkowie zespołu zdobywają doświadczenie i informacje dotyczące etapu realizacji zamówienia, które mogą być wyjątkowo cenne dla praktyki efektywnego udzielania przez zamawiającego zamówień publicznych w przyszłości – zdobyte w ten sposób doświadczenie może bowiem zostać wykorzystane np. przy formułowaniu opisu przedmiotu zamówienia, optymalnych dla danego postępowania kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu czy też najbardziej adekwatnych rozwiązań prawnych odnoszących się do przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

---

[2] Dz. U. z 2016 r. poz. 1020.

[3] Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych ustaw – druk nr 366. Opublikowane pod adresem: http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=366

Dialog techniczny

Szczególnie istotnym narzędziem na etapie przygotowania postępowania, pozwalającym zamawiającemu na rozpoznanie rynku, w szczególności możliwości, jakie uczestnicy tego rynku oferują, a w konsekwencji również sprecyzowanie potrzeb własnych odnośnie do przedmiotu zamówienia jest dialog techniczny. Dialog techniczny prowadzony jest przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i służy pozyskaniu przez zamawiającego od podmiotów posiadających wiedzę specjalistyczną (ekspertów, organów władzy publicznej lub wykonawców) informacji, które mogą zostać wykorzystane w procesie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy[4].

Dialog techniczny jest instrumentem odformalizowanym i elastycznym, przez co daje zamawiającym duży zakres swobody w zakresie jego stosowania. Regulacje ustawy Pzp dotyczące dialogu technicznego (art. 31a–31d ustawy Pzp) odznaczają się stosunkowo małym stopniem uszczegółowienia, pozostawiając istotne elementy procedury do samodzielnego ukształtowania przez zamawiających, jednakże zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia dialogu technicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań[5].

Przeprowadzenie dialogu technicznego nie obliguje zamawiającego do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, co powoduje, że może być dla zamawiających atrakcyjną formą rozeznania rynku.

Wskazane wyżej cechy dialogu technicznego powodują, że może on być wykorzystany jako instrument pozwalający na efektywny zakup dobrego jakościowo przedmiotu zamówienia, odpowiedniego do potrzeb zamawiającego i jego możliwości finansowych. Pozwala bowiem na określenie optymalnych dla danego postępowania kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu, czy też najbardziej odpowiednich rozwiązań prawnych odnoszących się do ewentualnej przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, np. w zakresie identyfikacji ryzyk kontraktowych czy optymalnego ich rozkładu pomiędzy stronami umowy. Ponadto umożliwia zidentyfikowanie odpowiednich dla zamawiającego rozwiązań technologicznych, organizacyjnych i ekonomicznych w obszarze związanym z przedmiotem zamówienia, w tym z obszaru jakości. Jest sposobem pozyskania wiedzy na temat produktów innowacyjnych, rozwiązań proekologicznych i zaawansowanych technologii, co jest szczególnie istotne przy skomplikowanym przedmiocie zamówienia. Pozwala nadto na skonfrontowanie potrzeb zamawiającego z możliwościami ich realizacji przez działające na rynku podmioty.

Pomimo obiektywnych korzyści, jakie daje możliwość wykorzystania dialogu technicznego, zamawiający w praktyce korzystają z tego instrumentu bardzo rzadko. Poniżej przedstawione zostały analizy danych dotyczących stosowania przez zamawiają-

[4] Vide: art. 31a ust. 1 ustawy Pzp.

[5] Vide: art. 31a ust. 2 ustawy Pzp.

cych dialogu technicznego, od momentu wejścia w życie przepisów wprowadzających do ustawy Pzp instytucję dialogu technicznego, do chwili obecnej, opracowane na podstawie danych udostępnionych przez Urząd Zamówień Publicznych.

Postępowania, w których przed wszczęciem postępowania przeprowadzono dialog techniczny zestawienie według liczby*.		
Rok	Liczba postępowań	Odsetek ogółu postępowań poniżej progów UE
2013	275	0,19%
2014	275	0,19%
2015	240	0,21%
2016	193	0,18%
2017	429	0,35%

* Źródło danych: (1) „Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r." miejsce publikacji: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/35178/Sprawozdanie-UZP-za-2016.pdf (2) „Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych" Nr 12/2017 za okres: 01.01.2017 – 31.12.2017 miejsce publikacji: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0021/36138/BIUZPnr122017.pdf

Postępowania w 2017 r.*, w których przed wszczęciem postępowania przeprowadzono dialog techniczny zestawienie według rodzaju zamówienia		
Rodzaj zamówienia	Liczba postępowań	Odsetek ogółu postępowań poniżej progów UE
Roboty budowlane	172	0,34%
Dostawy	134	0,33%
Usługi	123	0,40%
Razem	429	0,35%

* Źródło danych: „Biuletyn informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych" Nr 12/2017 za okres: 01.01.2017 – 31.12.2017, miejsce publikacji: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0021/36138/BIUZPnr122017.pdf

W celu zachęcenia zamawiających do korzystania z tego instrumentu, w koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych zaproponowano ukształtowanie tego narzędzia na wzór regulacji przewidzianych w dyrektywach (art. 40 dyrektywy 2014/24/UE, art. 58 dyrektywy 2014/25/UE). Wstępne konsultacje rynkowe – bo tak będzie brzmiała nowa nazwa narzędzia – będą prowadzone z zamiarem przygotowania postępowania i poinformowania wykonawców o planach i wymaganiach zamawiającego dotyczących podstawowej charakterystyki zamówienia. W ramach wstępnych konsultacji rynkowych zamawiający będzie mógł zwrócić się do ekspertów, organów władzy publicznej lub wykonawców o doradztwo lub udzielenie informacji, w szczególności

w zakresie dotyczącym, planowania i przygotowania postępowania, w tym sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy.

Wątpliwości zamawiających w obowiązującym stanie prawnym budzi przede wszystkim kwestia oceny podstaw do wykluczenia wykonawcy, który był uczestnikiem dialogu technicznego poprzedzającego wszczęcie postępowania, w kontekście jego udziału w przygotowaniu tego postępowania o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp). Wyjaśnić w tym miejscu należy, że uczestnictwo wykonawcy w dialogu technicznym należy traktować jako udział w przygotowaniu postępowania. Nie znaczy to jednak, że uczestnicy dialogu technicznego podlegają co do zasady wykluczeniu z postępowania, którego dialog dotyczył. Będzie ono miało miejsce wyłącznie w sytuacji, w której dojdzie do zakłócenia konkurencji, którego nie można wyeliminować w inny sposób, niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. W koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych zaproponowano doprecyzowanie powyższych regulacji w celu usunięcia ww. wątpliwości. Ponadto koncepcja nowego Prawa zamówień publicznych zakłada ograniczenie przesłanek obligatoryjnych wykluczenia wykonawcy z postępowania. Kształt tych przesłanek ma być w dużym stopniu determinowany brzmieniem art. 57 dyrektywy 2014/24/UE, co oznacza, że ww. przesłanka wykluczenia dotycząca udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znalazłaby się w katalogu przesłanek fakultatywnych.

Opis przedmiotu zamówienia

Kluczowym narzędziem umożliwiającym zamawiającemu dokonanie wyboru optymalnego dla niego – również pod względem jakości – przedmiotu zamówienia jest opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający określa w nim swoje wymagania co do przedmiotu zamówienia, jest to zatem miejsce, w którym należy uwzględnić wymagania dotyczące jakości.

Niezależnie od tego, czy zamawiający wybierze opis za pomocą norm, specyfikacji technicznych, czy też poprzez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, opis przedmiotu zamówienia ma fundamentalne znaczenie dla zapewnienia odpowiedniej jakości dostarczanych dostaw, usług czy robót budowlanych. Opis przedmiotu zamówienia określa bowiem, jakiego świadczenia zamawiający oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego od wykonawcy, którego oferta uznana zostanie za najkorzystniejszą. Wszystkie niezbędne wymagania zamawiającego co do świadczenia będącego przedmiotem zamówienia powinny znaleźć się zatem w opisie przedmiotu zamówienia. Zaoferowanie przedmiotu niezgodnego z opisem stanowi podstawę do odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Nie ma zatem ryzyka, że wybrana zostanie oferta, która nie spełnia wymogów zamawiającego wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. Ustawa Pzp nie wprowadza ograniczeń co do wymagań dotyczących jakości przedmiotu zamówienia, zamawiający musi pa-

miętać jednak o regułach wynikających z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz o podstawowych zasadach udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Reguła ta nie oznacza, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji, gdy wymogi zawarte w opisie przedmiotu zamówienia pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza, każdy opis przedmiotu zamówienia niesie ze sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. W zamówieniach publicznych nie ma i nie będzie konkurencyjności absolutnej. Jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności stopnia ograniczenia konkurencji jest jego analiza w odniesieniu do „uzasadnionych potrzeb zamawiającego". Zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, które zawężają potencjalnych wykonawców, jednakże zawężenie to następuje nie w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasad konkurencji, ale w celu uzyskania produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom zamawiającego. Celem opisu przedmiotu zamówienia jest bowiem umożliwienie zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym segmencie rynku[6]. Odpowiednie przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia pozwala tym samym na uzyskanie przedmiotu zamówienia zgodnego z oczekiwaniami zamawiającego, o jakości odpowiedniej do jego potrzeb.

Jak to już wskazano powyżej, cennym źródłem informacji niezbędnych do sporządzenia właściwego opisu przedmiotu zamówienia jest dialog techniczny.

Proponowane w koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych rozwiązania nie wprowadzają rewolucyjnych zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. W postępowaniach o wartości równej lub wyższej od progów unijnych regulacje zasadniczo pozostaną w aktualnym kształcie. W nowych regulacjach nadal będzie obowiązywała zasada niedyskryminacji, zgodnie z którą przedmiotu zamówienia nie można opisywać poprzez wskazanie patentu, znaku towarowego, pochodzenia źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że specyfika przedmiotu zamówienia uzasadnia takie sformułowanie i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny". Przy tym doprecyzowany zostanie obowiązek wskazania przez zamawiającego parametrów równoważności.

W postępowaniach o wartości poniżej progów unijnych zamawiający będzie mógł opisać przedmiot zamówienia:

---

[6] Wyrok z dnia 8 maja 2017 r., sygn. akt: KIO 729/17, zob. również wyrok z dnia 7 czerwca 2017 r., sygn. akt: KIO 1043/17.

- przede wszystkim przez wskazanie oczekiwanego efektu, tj. poprzez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności oferowanego świadczenia, pod warunkiem, że podane parametry będą dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia;
- lub przez odniesienie się do norm, tj. przez odniesienie się do określonych norm lub specyfikacji technicznych, systemów referencji technicznych, w tym dotyczących wydajności i funkcjonalności, o ile zamawiający ustali, że określone normy odnoszą się do przedmiotu zamówienia.

Przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do uwzględnienia zasady: równego traktowania i konkurencji, przejrzystości oraz proporcjonalności.

W koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych, w odniesieniu do postępowań poniżej progów UE, wskazano również, że *przedmiotu zamówienia nie będzie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń jest znacznie utrudnione, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny"*. Ta z pozoru niewielka – w stosunku do obecnie obowiązujących regulacji – zmiana, polegająca na zastąpieniu zwrotu: „zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń", zwrotem: „opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń jest znacznie utrudnione", może mieć istotne znaczenie praktyczne. Ułatwi ona bowiem zamawiającym czynność opisu przedmiotu zamówienia i umożliwi częstsze posługiwanie się znakami towarowymi, patentami przy jednoczesnym zachowaniu konkurencji, z tego względu, że zamawiający zawsze musi dopuścić rozwiązania równoważne.

Kryteria oceny ofert

Kluczowe znaczenie dla uzyskania przedmiotu zamówienia wysokiej jakości mają kryteria oceny ofert. Kryteria oceny ofert pozwalają na konkurowanie przez wykonawców właściwościami oferowanego przez nich przedmiotu, w ramach wskazanych przez zamawiającego zakresów, np. związanych z jakością, w tym: parametrów technicznych, innowacyjności rozwiązań, kosztów generowanych przez produkt czy oddziaływaniem na środowisko. Ocena w ramach kryteriów umożliwia premiowanie rozwiązań, parametrów i innych aspektów, które są istotne dla zamawiającego, poprzez przyznanie im odpowiednio wysokiej liczby punktów, nie dyskwalifikuje przy tym ofert, które charakteryzują się mniejszym nasileniem wartości, na których zależy zamawiającemu, otrzymują one bowiem mniejszą liczbę punktów. Odpowiednio dobrane i zbilansowane kryteria oceny ofert powinny prowadzić do uzyskania przez zamawiającego optymalnego dla niego przedmiotu zamówienia.

Konstruując kryteria oceny ofert zamawiający decyduje, jaką wagę powinny mieć kryteria jakościowe, a także jak ukształtować relacje kryteriów jakościowych do ceny. Z powodu nadużywania przez zamawiających kryterium cenowego, ustawodawca zdecydował się jednak na wprowadzenie ograniczeń w tym zakresie. Zgodnie z brzmieniem art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3. Jak wynika z brzmienia ww. przepisu, intencją ustawodawcy, było zapewnienie określonej jakości przedmiotu zamówienia bądź przez stosowanie kryteriów pozacenowych, w tym dotyczących jakości, i nadanie im odpowiednio wysokiej wagi, bądź poprzez opis przedmiotu zamówienia, dzięki określeniu w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Zapewnić odpowiednią jakość zamawianych produktów, usług, robót budowlanych można, wykorzystując do tego celu opis przedmiotu zamówienia – wówczas cena może mieć znaczenie decydujące. Można jednak w opisie przedmiotu zamówienia postawić wymagania na akceptowalnym minimalnym poziomie i ustanowić jakościowe kryteria oceny ofert. Ten drugi sposób umożliwia wykonawcom konkurowanie parametrami jakościowymi, a w konsekwencji uzyskanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia możliwie wysokiej jakości. Dla otrzymania przez zamawiających produktu o optymalnie wysokiej jakości kluczowy jest jednak zbilansowany, przemyślany dobór kryteriów oceny ofert.

Stosowanie przez zamawiających kryteriów pozacenowych obrazują poniższe tabele:

Analiza danych, będących w posiadaniu Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczących stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert na podstawie ogłoszeń o zamówieniu opublikowanych w BZP i Dz. Urz. UE rok 2017

1. Ogłoszenia w BZP

Kryterium	Odsetek postępowań / zadań	Waga kryterium [%]			
		Minimum	Średnia	Maksimum	Mediana
termin realizacji / czas dostawy	39%	1	27	99	20
gwarancja / rękojmia (termin, warunki itp.)	58%	1	30	88	40
płatności (warunki, terminy itp.)	10%	1	25	60	20
jakość / funkcjonalność / parametry techniczne (itp.)	10%	1	30	80	40
wiedza / doświadczenie	11%	2	23	80	20
czas reakcji	3%	1	26	50	20
cena	100%	1	61	99	60

2. Ogłoszenia w Dz. Urz. UE

Kryterium	Odsetek postępowań / zadań	Waga kryterium [%]			
		Minimum	Średnia	Maksimum	Mediana
termin realizacji / czas dostawy	39%	1	22	60	20
gwarancja / rękojmia (termin, warunki itp.)	37%	1	22	80	20
płatności (warunki, terminy itp.)	8%	1	22	60	20
jakość / funkcjonalność / parametry techniczne (itp.)	23%	1	28	80	30
wiedza / doświadczenie	15%	2	24	80	20
czas reakcji	5%	2	22	40	20
cena	100%	2	63	99	60

Jak wynika z powyższych danych, najczęściej stosowanymi pozacenowymi kryteriami oceny ofert są: termin realizacji oraz gwarancja. Kryterium jakości, zwłaszcza w postępowaniach poniżej progów unijnych, jest stosunkowo rzadko wykorzystywane. W tej sytuacji szczególnie istotne jest promowanie stosowania ww. kryterium wśród zamawiających, m.in. poprzez prowadzenie działań edukacyjnych i upowszechnianie w dobrych praktyk.

W koncepcji nowego prawa zamówień publicznych nie przewidziano zasadniczych zmian w zakresie kryteriów oceny ofert w postępowaniach o wartości równej lub wyższej od progów UE. Wskazano, że zachowana zostanie regulacja dotycząca ograniczenia w stosowaniu kryterium cenowego w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r.[7]

W postępowaniach poniżej progów unijnych proponuje się wprowadzenie ograniczenia co do możliwości stosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert czy też kryterium o wadze przekraczającej 60% (podobnie jak w postępowaniach o wartości równej lub wyższej od progów UE), z tym że zamawiający będą mogli stosować cenę jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeśli w opisie przedmiotu zamówienia uwzględnią parametry dotyczące zapewnienia odpowiedniej jakości zamawianego produktu, usługi czy roboty budowlanej, bez konieczności wykazywania w protokole, w jaki sposób uwzględnione zostały koszty cyklu życia. Rozwiązanie to może zachęcić zamawiających do konstruowania wymagań jakościowych w opisie przedmiotu zamówienia i tym samym ograniczyć wprowadzanie kryteriów pozacenowych, które służą wyłącznie formalnemu spełnieniu wymogu, a nie otrzymaniu produktów wysokiej jakości, o cechach pożądanych przez zamawiającego.

[7] Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o *zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Tryby negocjacyjne

Uzyskaniu dobrych jakościowo zakupów sprzyjają również negocjacyjne tryby udzielania zamówień, w szczególności negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny oraz partnerstwo innowacyjne. W trybach tych zamawiający może prowadzić dialog z wykonawcą dotyczący przede wszystkim jego potrzeb, zamawiający ma możliwość w większym lub mniejszym stopniu (w zależności od wybranego trybu) sprecyzowania swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia. Uzyskanie wiedzy w trakcie negocjacji i możliwość dookreślania wymagań niewątpliwie pozwala na zakup optymalnego pod względem jakości przedmiotu zamówienia.

W koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych zaproponowano wiele rozwiązań służących ułatwieniom stosowania ww. trybów i uelastycznieniu procesu negocjacji m.in.: zaproponowano rozszerzenie stosowania przesłanek negocjacji z ogłoszeniem i – konsekwentnie – dialogu konkurencyjnego oraz zrezygnowano z udostępniania przez zamawiającego SIWZ na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu (udostępniany będzie uproszczony dokument, zawierający informacje niezbędne dla wykonawców, pozwalające na podjęcie decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu). Ponadto celem zachęcenia zamawiających do stosowania trybów negocjacyjnych zaproponowano ukształtowanie przepisów dotyczących negocjacji na wzór dyrektyw, tj. negocjowania ofert w celu ulepszenia ich treści. Aktualnie negocjacje służą doprecyzowaniu lub uzupełnieniu opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy. Przewidziano również dalsze odformalizowanie trybu dialogu konkurencyjnego. Zaproponowano, obok możliwości sprecyzowania i dopracowania treści ofert, optymalizację ofert na wniosek zamawiającego. Przy czym wyjaśnienie, uszczegółowienie, optymalizacja nie będą mogły prowadzić do zmiany istotnych elementów oferty lub zamówienia publicznego określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, jeżeli zmiany takich elementów oferty, potrzeb i wymogów z dużym prawdopodobieństwem spowodowałyby zakłócenie konkurencji lub prowadziłyby do dyskryminacji. Rozwiązanie to może przyczynić się do uzyskania przez zamawiającego optymalnego świadczenia, najlepiej spełniającego jego potrzeby, również pod względem jakości. Nowe rozwiązania przewidziano również w partnerstwie innowacyjnym, będącym trybem właściwym do zamawiania innowacji. Jedną z najpoważniejszych zmian w ww. zakresie będzie zniesienie zasady solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego za wykonanie umowy. Celem tej zmiany jest ukształtowanie odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za wykonanie umowy, w taki sposób, żeby każdy z członków konsorcjum ponosił odpowiedzialność tylko za tę część umowy, którą rzeczywiście wykonuje. Jest to szczególnie istotne w partnerstwie innowacyjnym, bowiem wykonawca (członek konsorcjum) odpowiedzialny za fazę badawczo-rozwojową nie będzie zmuszony do ponoszenia odpowiedzialności za fazę wytworzenia, produkcji seryjnej. Odpowiedzialny w tym zakresie będzie wykonawca zajmujący się odpowiednim etapem partnerstwa. Zaproponowano również zrezygnowanie z obowiązkowego zamieszczania w ogłoszeniu oraz w dokumentach zamówienia elementów opisu

przedmiotu zamówienia. Elementy opisu przedmiotu zamówienia zostaną zastąpione zapotrzebowaniem na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane i opisem minimalnych wymogów, jakie muszą spełniać oferty. Zmiana ta ma istotne znaczenie praktyczne, wyeliminuje bowiem trudności związane z określaniem elementów opisu przedmiotu w sytuacji, w której dopiero na etapie realizacji partnerstwa kształtowane są rozwiązania spełniające zapotrzebowanie zamawiającego.

Postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego

Jak to już wskazano powyżej, większość instrumentów przewidzianych przepisami ustawy Pzp, które sprzyjają uzyskaniu przez zamawiającego produktu o oczekiwanej przez niego wysokiej jakości, dotyczy etapu przygotowania postępowania. Nie można jednakże pominąć dużej roli, jaką w uzyskaniu przedmiotu zamówienia dobrej jakości, odgrywają odpowiednio skonstruowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Najlepiej przygotowany opis przedmiotu zamówienia, optymalne kryteria oceny ofert, mogą nie przynieść oczekiwanego efektu, jeśli zamawiający nie wprowadzi odpowiednich postanowień umownych. Niezbędne jest, aby umowa w sprawie zamówienia publicznego odzwierciedlała wszystkie wymogi stawiane przez zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. Z punktu widzenia zapewnienia jakości przedmiotu zamówienia kluczowe jest, żeby przedmiot umowy był dokładnie opisany oraz, aby zawierał wszystkie elementy zawarte w ofercie wybranego wykonawcy.

Zamawiający powinien przewidzieć w umowie odpowiednie zapisy mające na celu weryfikację prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie umówionej jakości przedmiotu umowy. Mechanizmy te winny być dostosowane do specyfiki zamówienia i powinny dawać zamawiającemu możliwość kontroli przedmiotu zamówienia na etapie realizacji umowy, na etapie odbioru przedmiotu zamówienia, ale także na etapie po wykonaniu umowy. Zamawiający powinien również przewidzieć odpowiednie, adekwatne sankcje za naruszenie warunków umowy, jeśli ww. weryfikacja przebiegnie negatywnie.

Zamawiający powinien wprowadzić do umowy zapisy, które będą dyscyplinowały wykonawcę do dotrzymania warunków przyjętego przez niego zobowiązania, a także mechanizmy, które pozwolą na rekompensatę dla zamawiającego w przypadku nienależytego wykonania (lub niewykonania) przez wykonawcę przedmiotu umowy.

Najczęściej stosowaną w praktyce sankcją za niedotrzymanie przez wykonawcę zobowiązania wynikającego z przedmiotu zamówienia (a więc także zobowiązania dotyczącego jakości przedmiotu zamówienia) jest kara umowna. Wysokość kary umownej powinna być adekwatna do stopnia i rodzaju naruszenia warunków umowy.

Najdalej idącą sankcją związaną z nienależytym wykonywaniem (niewykonaniem) umowy przez wybranego wykonawcę jest prawo odstąpienia od umowy. Należy podkreślić, że ww. sankcja wiąże się z daleko idącymi konsekwencjami, dlatego powinna być stosowana ze szczególną rozwagą, a umowne przesłanki odstąpienia od umowy powinny być dostosowane do specyfiki zamówienia i rodzaju naruszeń umowy.

W odniesieniu do sankcji umownych podkreślić należy, że z punktu widzenia efektywności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest uzasadnione zastrzeganie w umowie nadmiernie restrykcyjnych sankcji, bowiem nie przyczynia się to do zwiększenia pewności odnośnie do prawidłowego wykonania umowy, a może być czynnikiem zniechęcającym wykonawców do udziału w postępowaniu. Zasadne jest dostosowanie sankcji do charakteru i rozmiaru naruszenia oraz wyważenie interesów stron, uwzględniając cel, jakim jest zapewnienie prewencyjnego charakteru tych sankcji.

W koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych, w celu wyeliminowania nadużywania dominującej pozycji zamawiającego, zaproponowano wprowadzenie zasady proporcjonalności w kształtowaniu postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Realnym zapewnieniem skuteczności regulacji dotyczącej proporcjonalnego kształtowania postanowień umownych ma być wprowadzony do ustawy otwarty katalog klauzul abuzywnych.

Podsumowanie

Jak wykazano powyżej, ustawa Pzp w aktualnym brzmieniu przewiduje mechanizmy i instrumenty, które mogą być wykorzystane w celu uzyskania dobrych jakościowo zakupów. Zasadne jest propagowanie wykorzystania istniejących regulacji, aby możliwości, jakie dają te przepisy były w szerszym stopniu wykorzystane przez zamawiających, nadto w celu zwiększenia efektywności udzielania zamówień publicznych w obszarze jakości przedmiotu zamówienia.

Proponowane w koncepcji nowego Prawa zamówień publicznych rozwiązania, o których była mowa powyżej, są odpowiedzią na potrzeby rynku zamówień publicznych. Należy mieć zatem nadzieję, że ulepszą one proces zakupu w kontekście jakości zamówienia. Zwrócić należy jednak uwagę, że same zmiany legislacyjne, choć bardzo istotne, mogą nie przynieść oczekiwanych rezultatów, jeśli nie będą prowadzone działania edukacyjne, promujące stosowanie omawianych instrumentów i mechanizmów mających na celu uzyskanie dobrego jakościowo przedmiotu zamówienia.

Bibliografia

Akty prawne i dokumenty:

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.).

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. *o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* Dz. U. z 2016 r. poz. 1020.

Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy *o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych ustaw* – druk nr 366; http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=366

Źródła danych statystycznych:

„*Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r.*"; https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/35178/Sprawozdanie-UZP--za-2016.pdf

„*Biuletyn Informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych*" Nr 12/2017 za okres: 01.01.2017 – 31.12.2017; https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0021/36138/BIUZPnr122017..pdf

„*Biuletyn informacyjny Urzędu Zamówień Publicznych*" Nr 12/2017 za okres: 01.01.2017 – 31.12.2017; https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0021/36138/BIUZPnr122017..pdf

Orzecznictwo:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2017 r., sygn. akt: KIO 729/17.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2017 r., sygn. akt: KIO 1043/17.

Dr Krzysztof Horubski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

Administracyjnoprawny obowiązek dochodzenia roszczeń jako instrument zapewniania efektywności realizacji zamówień publicznych[1]

Abstrakt

W opracowaniu poruszane są zagadnienia charakteru prawnego, podstaw prawnych i treści obowiązku dochodzenia roszczeń w odniesieniu do roszczeń związanych z wykonywaniem umów w sprawach zamówień publicznych. Podnosi się tu, m.in. zagadnienie odmienności regulacji prawnej obowiązku dochodzenia niepieniężnych roszczeń podstawowych (pierwotnych) o wykonanie umownych zobowiązań wykonawcy, w stosunku do regulacji tego obowiązku w płaszczyźnie roszczeń pieniężnych (odszkodowawczych). Przedmiotem rozważań są także konsekwencje obowiązku dochodzenia roszczeń dla zamawiającego, na etapie realizacji zamówienia publicznego.

Abstract

The study addresses issues of legal character, legal basis and the content of the obligation to claim in relation to the execution of the contract in the public procurement procedure. The issue of differences in legal regulations between the obligation to seek non-pecuniary basic (primal) redress for performance of the contract by the economic operator and the obligation in the area of monetary claims (compensation) is also raised in the elaboration. The subject of considerations are also the consequences for the contracting authority of the obligation to pursue claims at the stage of execution of the contract.

Wprowadzenie

Realizacja zamówienia publicznego jest niewątpliwie kluczowym, z perspektywy osiągania celów systemu zamówień publicznych, etapem ciągu działań prawnych, prowadzących od finansowo-rzeczowego planowania zamówień, poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, aż do wykonania umownych świadczeń wykonawcy i zamawiającego. To właśnie w tym stadium wzmiankowanego ciągu działań

[1] Publikację przygotowano w ramach udziału w projekcie badawczym pt. „Nadzór publiczny nad rynkiem zamówień publicznych", finansowanym przez Narodowe Centrum Nauki na podstawie decyzji z dnia 5 lutego 2015 r., nr DEC-2014/14/E/HS5/00845.

prawnych mogą i powinny być osiągnięte wcześniej zdefiniowane cele zamówienia, określone w ogłoszeniu i specyfikacji, a skonkretyzowane w treści oferty najkorzystniejszej. Udzielanie zamówień publicznych nie może być bowiem postrzegane jako cel sam w sobie. Dopiero prawidłowa realizacja zamówienia zapewnia zaspokojenie określonej potrzeby publicznej (społecznej, administracyjnej), czemu, z reguły, służy całe zamówienie[2]. Ze względu na bezpośredni lub pośredni, lecz nierzadko konieczny związek wykonywania umów o zamówienia z realizacją zadań publicznych spoczywających na zamawiających, szczególnego znaczenia w obrocie regulowanym prawem zamówień publicznych nabiera zasada realnego wykonania zobowiązania[3]. Stąd też, gdy chodzi o zagadnienia roszczeń zamawiającego związanych z umowami o zamówienia, pierwszorzędne znaczenie odgrywają pierwotne roszczenia umowne o charakterze niepieniężnym, których treścią jest świadczenie wykonawcy, kwalifikowane w prawie zamówień jako dostawa, usługa lub robota budowlana. Oczywiście, ze względu na obowiązywanie w porządku prawnym publicznoprawnej normy-zasady prawidłowego (starannego) gospodarowania (zarządzania) mieniem publicznym[4] kwestia dochodzenia roszczeń wtórnych (odszkodowawczych) z umów w sprawach zamówień (roszczeń z tytułu niewykonania lub nieprawidłowego wykonania świadczeń wykonawcy), nie jest obojętna z perspektywy ochrony interesu publicznego, to jednak bez prawidłowego (zgodnego z umową) wykonania przedmiotu nie zostanie osiągnięty cel całego, wieloetapowego procesu zamówienia publicznego. Tym samym, określona potrzeba publiczna, której zaspokojeniu miało służyć udzielone zamówienie, pozostanie, przynajmniej czasowo, niezaspokojona.

Sformułowane uwagi wskazują na znaczenie zagadnienia obowiązku dochodzenia roszczeń dla całości tematyki prawa zamówień publicznych. Przyjęcie koncepcji istnienia takiego obowiązku prawnego stanowi niezbędny element zapewniania efektywności systemowi zamówień. System ten, w ostatecznym rozrachunku, powinien bowiem służyć zabezpieczeniu rzeczywistego wykonywania zamawianych dostaw, usług i robót budowlanych, przy zapewnieniu udzielania zamówień na zasadach równego traktowania i ochrony konkurencji oraz ekonomicznej ekwiwalentności świadczeń stron umowy. Wobec tego w poniższych rozważaniach zostaną przedstawione zagadnienia charakteru prawnego i podstaw prawnych obowiązku dochodzenia roszczeń, a także konsekwencji przyjęcia jego obowiązywania w odniesieniu do etapu realizacji zamówienia. Z uwagi na wskazywany fakt podstawowego, dla celów systemu zamówień, znaczenia pierwotnych roszczeń umownych, zasadnicza część ustaleń niniej-

---

[2] M. Szydło: *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 157.

[3] Zob. R. Szostak: *Zasady prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik" 2014, nr 3, s. 16–17, 19; W. Robaczyński: *Uwagi na temat obowiązku dochodzenia przez zamawiających roszczeń wynikających z umów w sprawach zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik" 2017, nr 2, s. 64. Zob. art. 354 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 459, ze zm.; dalej jako k.c.

[4] Zob. A. Chełmoński: *Swoiste zasady administracyjnego prawa gospodarczego,* [w:] *Administracyjne prawo gospodarcze*, red. L. Kieres, Wrocław 2009, s. 53, 64.

szego opracowania zostanie poświęcona obowiązkowi dochodzenia tych roszczeń, wobec czego problematyka obowiązku dochodzenia roszczeń wtórnych (odszkodowawczych) będzie jedynie sygnalizowana.

Charakter i podstawy prawne obowiązku dochodzenia roszczeń

Rozważania poświęcone obowiązkowi dochodzenia roszczeń należy rozpocząć od krótkiej charakterystyki roszczenia jako punktu odniesienia dla wskazanego obowiązku. Roszczenie, w najogólniejszym ujęciu, polega na „możności domagania się (żądania) określonego zachowania od oznaczonej osoby"[5]. Roszczenie jest więc prawem żądania od konkretnej osoby konkretnego zachowania się[6]. Jest uprawnieniem skonkretyzowanym pod względem treściowym oraz podmiotowym. W przypadku roszczeń „istnieje (...) z góry oznaczony adresat obowiązków (...) i jego „powinne" zachowanie jest z góry określone", wyznaczając „sferę możności" zachowań uprawnionego[7]. Roszczenia należą do uprawnień typu względnego, co oznacza, że są skuteczne przeciwko określonej osobie lub osobom, stanowiąc element stosunków prawnych łączących indywidualnie oznaczone podmioty[8].

Klasyczną (typową) postacią roszczenia jest wierzytelność wynikająca ze stosunku zobowiązaniowego. W poglądach nauki prawa cywilnego można się spotkać z określeniem wierzytelności jako „prototypu" roszczenia[9]. Roszczenie jest niezbędnym elementem stosunku zobowiązaniowego zdefiniowanego w art. 353^1 § 1 k.c. jako stosunek, który „polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić". Takie uprawnienie o charakterze względnym, jest skuteczne wobec określonego dłużnika, stanowiąc element stosunku zobowiązaniowego skorelowany ze skonkretyzowanymi obowiązkami dłużnika, składającymi się na jego dług. Obowiązki te stanowią główny element wyznaczający treść roszczenia jako uprawnienia, a więc zakres możności postępowania uprawnionego. Niemniej jednak roszczenia nie można postrzegać jedynie w kategoriach pochodnej tych obowiązków[10], skoro jego istota polega na możności żądania ich wykonania, a możność ta obejmuje także, co istotne z perspektywy podejmowanego tu tematu, zaniechanie występowania z takim żądaniem lub występowanie z nim w ograniczonym zakresie (w stosunku do treści odnośnych powinności dłużnika)[11]. W prawie cywilnym, jako obszarze realizacji

---

[5] A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2000, s. 133.

[6] J. Skąpski: *Zobowiązania. Część ogólna*, [w:] *Prawo cywilne*, red. S. Grzybowski, Warszawa 1979, s. 166.

[7] M. Pyziak-Szafnicka: *Prawo podmiotowe* [w:] *System Prawa Prywatnego. Tom 1. Prawo cywilne - część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2012, s. 811.

[8] A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk: *Prawo cywilne…*, s. 137–138.

[9] Ibidem, s. 133.

[10] Ibidem, s. 129.

[11] Zob. M. Pyziak-Szafnicka: *Prawo podmiotowe*, [w:] *System…*, s. 805–806. Z. Radwański wskazuje także, że związana z roszczeniem możność postępowania obejmuje również swobodę decydowania

zasady autonomii woli, czy szerzej wolności człowieka, korzystanie z uprawnień stanowi obszar swobody decyzyjnej uprawnionego, a istnienie obowiązku w tym względzie jest sytuacją wyjątkową[12]. Sytuacja ta ulega jednak jakościowej zmianie w odniesieniu do praw majątkowych, wchodzących w skład mienia publicznego, a to ze względu na obowiązywanie, adresowanej do dysponujących takimi prawami podmiotów publicznych, zasady prawidłowego (starannego) zarządu mieniem publicznym oraz będącego jej pochodną (przejawem) obowiązku dochodzenia roszczeń.

Umowy w sprawach zamówień publicznych jako dwustronnie zobowiązujące i, zasadniczo, wzajemne stanowią podstawę dla nawiązania stosunków zobowiązaniowych, obejmujących co najmniej dwa, związane ze sobą (współzależne) roszczenia (wierzytelności). W najprostszym układzie są to: roszczenie zamawiającego o wykonanie przedmiotu zamówienia oraz roszczenie wykonawcy o świadczenie wzajemne, polegające na zapłacie ceny (wynagrodzenia). Jak już wskazywano powyżej szczególną rolę dla osiągania celów systemu zamówień publicznych odgrywają pierwotne roszczenia zamawiającego w stosunku do wykonawcy. Roszczenia takie, które można określić także jako podstawowe, dotyczą umownych świadczeń wykonawcy, składających się na przedmiot zamówienia. Zasadniczo roszczenia te mają charakter niepieniężny. Obok roszczeń podstawowych przedmiotem obowiązku dochodzenia roszczeń z umów o zamówienia należy również obejmować roszczenia wtórne (odszkodowawcze), z reguły pieniężne, które mogą aktualizować się w stosunku prawnym między zamawiającym a wykonawcą, w związku z niewykonaniem (nienależytym wykonaniem) pierwotnych świadczeń wykonawcy. Konieczność dochodzenia takich roszczeń bez wątpliwości znajduje uzasadnienie w zasadzie prawidłowego (starannego) zarządu mieniem publicznym. Ich dochodzenie służy ochronie majątkowych interesów zamawiającego, utożsamianych, z reguły, w związku z publicznym charakterem zdecydowanej większości jednostek zamawiających, z interesem publicznym w usunięciu uszczerbku w takim mieniu (mieniu publicznym). Natomiast pamiętać przy tym należy, że taka ochrona mienia publicznego nie prowadzi do osiągania celów, jakie miały zostać urzeczywistnione poprzez należyte (jakościowo, ilościowo, terminowo) wykonanie zamówienia. Fakt braku wykonania zamówienia w założonym umownie kształcie, co najmniej odsuwa w czasie, jeżeli nie przekreśla możliwości zaspokojenia potrzeby publicznej, z którą było związane dane zamówienie.

Kwestia podstaw prawnych obowiązku dochodzenia roszczeń (należności) pieniężnych, powstających w związku z nienależytym wykonywaniem zamówień rysuje się o wiele bardziej czytelnie, niż ma to miejsce w odniesieniu do podstawowych (niepieniężnych) roszczeń zamawiającego o wykonanie przedmiotu zamówienia. Zasadniczą regulację w tym względzie stanowi art. 42 ust. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych[13]. Zgodnie z tym przepisem – „Jednostki sektora finansów

o przyjęciu, bądź nieprzyjęciu świadczenia – Z. Radwański: *Prawo cywilne – część ogólna,* Warszawa 2007, s. 96.

[12] A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk: *Prawo cywilne…,* s. 129.

[13] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, tekst jedn. z 2017 r., poz. 2077, ze zm.;

publicznych są obowiązane do ustalania przypadających im należności pieniężnych, w tym mających charakter cywilnoprawny, oraz terminowego podejmowania w stosunku do zobowiązanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązania". Podniesiony przez ustawodawcę do rangi zasady finansów publicznych obowiązek dochodzenia należności pieniężnych przez jednostki sektora finansów publicznych został sprzężony z możliwością ponoszenia odpowiedzialności administracyjnoprawnej za jego naruszenie, w ramach odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W art. 5 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych[14] sankcjonuje się różnego rodzaju postacie naruszenia obowiązku dochodzenia należności pieniężnych przypadających jednostkom sektora finansów publicznych, takie jak: nieustalenie lub ustalenie należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia; niepobranie lub niedochodzenie albo pobranie lub dochodzenie należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia; niezgodne z przepisami umorzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych, odroczenie jej spłaty lub rozłożenie spłaty na raty albo dopuszczenie do przedawnienia takiej należności. Tak wyraźnie sformułowany, sankcjonowany w ramach odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, obowiązek dochodzenia roszczeń jest odnoszony do jednostek sektora finansów publicznych, a dokładniej, z uwagi na osobisty charakter odnośnej postaci odpowiedzialności prawnej, do kierowników takich jednostek i innych jej pracowników odpowiedzialnych za gospodarkę finansową[15] (w szczególności do głównych księgowych oraz pracowników właściwych rzeczowo w rozumieniu art. 53 ust. 2 i art. 54 ust. 3 ufp)[16].

W świetle powyższych ustaleń obowiązek dochodzenia roszczeń, w charakteryzowanym tu zakresie, a więc w odniesieniu do należności pieniężnych, można określić nie tylko ogólnie, jako publicznoprawny, ale także mianem instrumentu administracyjnoprawnego. Wynika to z faktu wyraźnego powiązania przez ustawodawcę odnośnego obowiązku z odpowiedzialnością administracyjną z tytułu naruszenia dyscypli-

---

dalej jako ufp.

[14] Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tekst jedn. z 2017 r., poz. 1311, ze zm.; dalej jako undfp.

[15] Zob. art. 53 ust. 1–2, art. 54 ust. 1–2 ufp.

[16] Należy przy tym podkreślić, że zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 ufp przepisy tej ustawy, w tym unormowanie statuujące obowiązek dochodzenia roszczeń, stosuje się także do innych, niż jednostki sektora finansów publicznych podmiotów w zakresie, w jakim wykorzystują środki publiczne lub dysponują tymi środkami. Natomiast zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 4 undfp odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych podlegają także „osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami". Unormowania te dodatkowo rozszerzają zakres obowiązku dochodzenia należności na sytuacje wykorzystywania środków publicznych lub dysponowania tymi środkami, także przez zamawiających spoza sektora finansów publicznych. Zob. również art. 4a undfp.

ny finansowej[17]. Norma bezpośrednio regulująca, wyrażająca analizowany tu nakaz, została bowiem powiązana z normami pośrednio regulującymi sankcjonującymi, na drodze administracyjnej, naruszenia pierwszej ze wskazanych norm. Wobec tego zasadne jest tu przyjęcie administracyjnoprawnej kwalifikacji odnośnego obowiązku. Norma go wyrażająca podlega przecież wtórnej (autorytatywnej) konkretyzacji w procesie stosowania norm z zakresu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansowej przez właściwe organy[18], w szczególności normy wynikającej z art. 5 undfp. W tym kontekście należy jeszcze podkreślić, że w doktrynie prawa administracyjnego oraz publicznego (administracyjnego) prawa gospodarczego traktowanie nakazów lub zakazów wynikających bezpośrednio z przepisów ustawy (norm bezpośrednio regulujących) jako instrumentów administracyjnoprawnych, w sytuacji ich powiązania z władczymi kompetencjami odpowiednich organów kontrolno-nadzorczych, jest powszechnie akceptowane[19].

Zdecydowanie bardziej problematycznie jawi się kwestia podstaw prawnych obowiązku dochodzenia roszczeń w odniesieniu do majątkowych roszczeń niepieniężnych przysługujących podmiotom publicznym, w tym roszczeń o wykonywanie pierwotnych (podstawowych) świadczeń z umów o zamówienia. W tym obszarze szczególnie rażący, a tym samym krytykowany w poglądach nauki prawa[20], jest brak unormowania tego rodzaju, jak wynikające z przepisu art. 42 ust. 5 ufp. Powoduje to stan rzeczy, w którym odnośny obowiązek wywodzi się z różnych unormowań, obecnych w porządku publicznoprawnym, i to odrębnie w stosunku do różnych kategorii podmiotów publicznych, a tym samym i kategorii zamawiających[21].

---

[17] Na temat charakteru prawnego odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych zob. K. Horubski: *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 642–644.

[18] Komisje orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz Główną Komisję Orzekającą (zob. art. 42 ust. 1–2, art. 46 undfp).

[19] Zob. J. Boć: *Stosunki administracyjnoprawne i sytuacje administracyjnoprawne* [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2000, s. 353, 362–363; E. Bojanowski: *Kilka uwag o sposobach kształtowania sytuacji prawnoadministracyjnej* [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, red. I. Skrzydło-Niżnik, Kraków 2001, s. 62–63; A. Chełmoński: *Typy norm materialnego prawa administracyjnego i ich rola w kształtowaniu sytuacji prawnej jednostki*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 1972, nr 167, „Przegląd Prawa i Administracji" II, s. 72–76; K. Kiczka: *Administracyjnoprawne środki kształtowania sytuacji prawnej przedsiębiorców*, [w:] *Administracyjne…*, s. 345–349; T. Kocowski: *Policja gospodarcza* [w:] *Administracyjne…*, s. 455–456; K. Strzyczkowski: *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 198–199.

[20] W. Robaczyński: *Uwagi…*, s. 69–76; R. Szostak: *O potrzebie usprawnienia odpowiedzialności za niektóre uchybienia popełniane przy udzielaniu lub wykonywaniu zamówień publicznych*, [w:] *Dyscyplina finansów publicznych. Doktryna, orzecznictwo, praktyka*, red. M. Smaga, M. Winiarz, Warszawa 2015, s. 558; R. Szostak: *Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik" 2013, nr 4, s. 39.

[21] Z reguły obowiązek ten wyprowadza się pewnych ogólnych przepisów ustrojowych, co może znacząco utrudniać powoływanie się na niego jako na podstawę odpowiedzialności prawnej jakiegoś

Wśród unormowań, o których mowa powyżej, wskazuje się także na przepisy ustawy zasadniczej, w tym na art. 144 ust. 4 pkt 4 Konstytucji RP. Treścią wskazywanego przepisu jest bowiem wyrażenie obowiązku ochrony interesów Skarbu Państwa w działalności Rady Ministrów „na zasadach i w zakresie określonym w Konstytucji oraz w ustawach". Nałożenie na Radę Ministrów obowiązku ochrony interesów Skarbu Państwa oznacza niewątpliwie konieczność podejmowania przez ten organ, leżących w zakresie jego kompetencji, działań, mających na celu, z jednej strony wykorzystywanie wszelkich prawnych możliwości przysparzania korzyści (dochodów, pożytków) Skarbowi Państwa, z drugiej zaś zapobieganie uszczupleniom majątku pozostającego w dyspozycji tej osoby prawnej[22], stanowiącej emanację państwa w stosunkach cywilnoprawnych. Oczywiście obowiązek taki winien być respektowany w działaniach wszelkich organów i jednostek organizacyjnych podległych lub nadzorowanych przez Radę Ministrów jako organ naczelny, kierujący administracją rządową[23].

Badając ustawodawstwo można wskazać na szereg unormowań, dotyczących funkcjonowania administracji publicznej, na podstawie których można wnioskować o istnieniu analizowanego tu obowiązku w odniesieniu do roszczeń o charakterze niepieniężnym. Wśród nich szczególną uwagę należy zwrócić na przepisy ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym[24]. W art. 4 ust. 2 tej ustawy wyrażono zasadę, że „Mieniem państwowym zarządza się zgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki, z zachowaniem szczególnej staranności". Dookreślając odnośne zasady wskazano, że w rozumieniu ustawy, obejmują one m.in. obowiązki w zakresie: wyceny mienia; zabezpieczenia mienia przed uszkodzeniem lub zniszczeniem; zapewnienia ochrony mienia[25]. Innymi przykładami unormowań, z których można wyprowadzać obowiązek dochodzenia roszczeń, są przepisy art. 50 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym[26] oraz art. 50 ustawy z dnia 5 czerwca

---

rodzaju i sprzyjać podnoszeniu argumentu o braku możliwości dostatecznie precyzyjnego ustalenia jego treści. Zob. W. Robaczyński: *Uwagi…*, s. 69.

22 B. Banaszak: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 787.

23 Art. 146 ust. 3 Konstytucji RP.

24 Ustawa z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym, Dz. U. z 2016 r., poz. 2259 ze zm.

25 Zob. art. 5 ust. 1 pkt 1–2, 7 uzzmp. Jak podkreśla W. Robaczyński w przepisach uzzmp „(...) w sposób wyraźny uregulowano obowiązki w zakresie dochodzenia niektórych należności pieniężnych (zob. art. 5 ust. 1 pkt 3 i 5). Jednak wykładnia wszystkich łącznie elementów zawartych w art. 5 ust. 1 (...) pozwala na postawienie tezy, że powinnością podmiotów wskazanych w tym przepisie jest dbałość o całość interesów majątkowych jednostek państwowych. Nie ulega wątpliwości, że dbałość ta wyrażać się musi nie tylko w realizacji powództw i wniosków z zakresu zarządu mieniem wyraźnie w przepisie wskazanych, ale także w dochodzeniu wszelkich innych roszczeń. Wśród roszczeń tych z pewnością umieścić także należy roszczenia o świadczenia niepieniężne mające wartość majątkową, a wśród nich przede wszystkim roszczenie o wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego" – W. Robaczyński: *Uwagi...*, s. 70.

26 Ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1875, ze zm.

1998 r. o samorządzie powiatowym[27]. W ich treści nakłada się na osoby uczestniczące w zarządzaniu mieniem gminnym lub powiatowym obowiązek zachowania szczególnej staranności przy wykonywaniu zarządu zgodnie z przeznaczeniem mienia oraz jego ochrony. Z przepisów tych, choć bardzo ogólnych i odnoszących się do różnorakich (wszelkich) składników mienia gminnego lub powiatowego, wynika niewątpliwie obowiązek zachowania staranności, określonej przez ustawodawcę jako szczególna[28], także w odniesieniu do nabywanych w ramach umów o zamówienia świadczeń o charakterze majątkowym oraz roszczeń odszkodowawczych, wynikających z nienależytej realizacji zamówień. W kwestii poszukiwania podstaw prawnych dla obowiązku dochodzenia roszczeń innych, niż należności pieniężne należy zgodzić się z poglądem W. Robaczyńskiego o możliwości dopatrywania się takich podstaw w przepisach o charakterze ustrojowym, nakładających na podmioty publiczne obowiązki wykonywania określonych zadań publicznych. Dotyczy to sytuacji, w których zamówienie publiczne stanowi środek prowadzący do celu w postaci realizacji takich zadań, a brak należytego wykonania umowy o zamówienie skutkowałby zagrożeniem możliwości czy prawidłowości wykonywania danych zadań publicznych[29].

W tym miejscu rozważań należy jeszcze zwrócić uwagę na instrumentalny charakter obowiązku dochodzenia roszczeń związanych z wykonywaniem zamówień. Odrębne od samych roszczeń źródło obowiązku ich dochodzenia oraz odmienny, bo ogólnie publicznoprawny, charakter tego obowiązku powodują, że stanowi on samodzielny wymóg prawny. Wymóg ten wyprzedza oraz towarzyszy wykonywaniu roszczeń zamawiającego, jednak nie wpływa na treść i charakter prawny samych roszczeń. Oznacza to, że nie ulega zmianom istota prawna odnośnych roszczeń ani też warun-

---

[27] Ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1868, ze zm. Natomiast ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2096, ze zm.) w nie zawiera przepisu *expressis verbis* statuującego obowiązek szczególnie starannego zarządzania mieniem województwa oraz wojewódzkich osób prawnych, co oczywiście nie zmienia faktu poddania zarządzania tymi składnikami mienia publicznego zasadzie prawidłowego (starannego) zarządzania mieniem publicznym.

[28] W poglądach nauki prawa podkreśla się, że „szczególna staranność", o której mowa w przepisach art. 50 usg oraz art. 50 usp, stanowi wzorzec postępowania o charakterze obiektywnym, który nie jest określany na podstawie indywidualnych cech osoby, której zachowania w zakresie zarządu mieniem publicznym, podlegają porównaniu z wskazywanym wzorcem. Owa „szczególna staranność" w odniesieniu do gospodarowania mieniem publicznym oznacza wzorzec zachowania o wyższym pułapie wymagań nie tylko od objętych kodeksową „należytą starannością", ale także od wymagań staranności odnoszonych do przedsiębiorców, a określanych przy uwzględnianiu zawodowego charakteru wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Odnośny stopień staranności wykracza więc istotnie poza typową (zwykłą, normalną) staranność oczekiwaną od dłużnika w stosunkach zobowiązaniowych zgodnie z art. 355 § 2 k.c. – zob. J. Jagoda [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2016 s. 961; A. Szewc [w:] A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławecki: *Ustawa o samorządzie gminnym*, Warszawa 2012, s. 662–663.

[29] Zob. W. Robaczyński: *Uwagi*..., s. 71–72.

ki ich realizacji[30]. „Roszczenia cywilnoprawne wynikające z umów o zamówienia nie tracą swojego obligacyjnego charakteru, pozostają takimi samymi roszczeniami jak w obrocie powszechnym, pomimo obowiązku ich dochodzenia, jeśli przysługują zamawiającemu"[31]. Pozwala to niewątpliwie przypisać przedmiotowemu obowiązkowi znaczenie instrumentalne. Stanowi on, wynikający z norm bezpośrednio regulujących prawa administracyjnego, instrument ochrony, specyficznych w stosunkach cywilnoprawnych interesów zamawiających-wierzycieli, utożsamianych tu z interesem publicznym (potrzebami ogółu, szerszych zbiorowości). Dla ochrony publicznych interesów majątkowych nieadekwatna byłaby bowiem cywilnoprawna autonomia decyzyjna wierzyciela w zakresie decydowania o dochodzeniu przysługujących mu roszczeń czy też o odstępstwach od zasady realnego wykonywania zobowiązań na jego rzecz.

Konsekwencje obowiązku dochodzenia roszczeń

Odnosząc się do zagadnienia konsekwencji obowiązku dochodzenia roszczeń trzeba by w pierwszej kolejności zauważyć, że następstwa tej powinności rozciągają się już na etap postępowania o udzielenie zamówienia, zwłaszcza w odniesieniu do tej części dokumentacji zamówienia, w której określa się warunki realizacji zamówienia, w szczególności warunki przyszłej umowy. Jak wskazuje R. Szostak, zamawiający zawierając umowę o zamówienie, determinowaną treścią ogłoszenia, specyfikacji i najkorzystniejszej oferty, „(…) nie może skutecznie z góry w umowie godzić się na wyłączenie lub złagodzenie ustawowych podstaw odpowiedzialności, zwłaszcza odszkodowawczej lub z tytułu rękojmi za wady zamawianego świadczenia niepieniężnego (…), czy na zastrzeżenie przedwczesnego rozwiązania zobowiązania lub jego jednostronnego wypowiedzenia (wystarczyć muszą podstawy ustawowe)"[32]. Ogólnie rzecz biorąc obowiązek dochodzenia roszczeń determinuje treść warunków realizacji zamówienia, sprzeciwiając się przyjmowaniu takich warunków, które mogą, w przyszłości, na etapie realizacji zamówienia, obniżać skuteczność odnośnego obowiązku, w szczególności uniemożliwiać występowanie z określonymi roszczeniami, czy też umożliwiać rozwiązywanie umowy, bez istotnych powodów i z naruszeniem interesu zamawiającego.

Zasadniczym polem oddziaływania obowiązku dochodzenia roszczeń jest, rzecz jasna, etap realizacji zamówienia, za którego początek należy uznać moment zawarcia umowy. Z tym momentem aktualizują się roszczenia podstawowe (pierwotne) o wykonanie świadczeń wykonawcy, składających się na przedmiot zamówienia, a w razie braku realizacji tych świadczeń lub ich nienależytej realizacji także dalsze, wtórne roszczenia o, co do zasady, odszkodowawczym charakterze. Wobec tego jako podstawową konsekwencję obowiązku dochodzenia roszczeń podstawowych (pierwotnych)

---

[30] R. Szostak: *Podstawowe instrumenty…*, s. 40.

[31] R. Szostak: *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik" 2013, nr 4, s. 14.

[32] R. Szostak: *Podstawowe instrumenty…*, s. 40.

należy wskazać powinność podjęcia działań i korzystania ze środków prawnych, które, w danej sytuacji, należałoby uznać za odpowiednie dla osiągnięcia celu w postaci doprowadzenia do wykonania świadczeń umownych wykonawcy. W związku z tym, w poglądach doktryny prawa zamówień publicznych, wskazuje się na szereg instrumentów prawnych, których wykorzystanie powinna rozważyć instytucja zamawiająca w sytuacji nieprawidłowości w realizacji przedmiotu zamówienia. Wśród nich, w pierwszej kolejności, należy zwrócić uwagę na roszczenie o wykonanie świadczenia *in natura*, a więc zgodnie z treścią zobowiązania umownego[33]. Jak wskazuje W. Robaczyński „(...) w razie kłopotów z niesolidnym wykonawcą podstawowym środkiem zaspokojenia interesów zamawiającego jest realizacja roszczenia o wykonanie udzielonego zamówienia publicznego. Zamawiający udziela zamówienia w pewnym określonym celu, który w ten właśnie sposób może być osiągnięty. W praktyce dość łatwo, jak się wydaje – zbyt łatwo, przechodzi się od niewykonania czy „nieudanego wykonania" do odpowiedzialności odszkodowawczej"[34]. Wśród dalszych środków prawnych, które wchodziłyby w grę jako reakcja na nieprawidłowości w wykonywaniu zamówienia, w poglądach doktryny wskazuje się na m.in.: zarzut niewykonania zobowiązania wzajemnego, (określany jako *exceptio non adimpleti contractus*)[35]; roszczenia o wykonanie zastępcze przedmiotu zamówienia[36]; odstąpienie od umowy[37]. Tak więc w sytuacji niewykonywania lub nienależytego wykonywania przedmiotu zamówienia powinnością zamawiającego, wynikającą z obowiązku dochodzenia roszczeń, staje się wybór środka prawnego, który skutecznie przyczyni się do, możliwie szybkiego i zgodnego z umową, wykonania zamówienia. Stąd wynika, że zamawiający nie powinien pozostawać wobec takich sytuacji bierny i w szczególności powinien bezzwłocznie informować nierzetelnego wykonawcę o możliwości i zamiarze wykorzystania określonych środków prawnych, także z intencją dyscyplinującego oddziaływania na tegoż. W odniesieniu do roszczeń odszkodowawczych, występujących obok roszczenia o świadczenie *in natura*, i mających z reguły charakter pieniężny, obowiązek ich dochodzenia jest „zabezpieczany" odpowiedzialnością z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Stąd też brak dochodzenia (w całości lub w części) roszczeń, takich jak wynikające z kar umownych czy roszczeń o naprawienie szkody w pieniądzu dochodzonych na zasadach ogólnych, będzie równoznaczny z popełnieniem przez osoby odpowiedzialne w jednostce zamawiającej za gospodarkę finansową czynów określonych w art. 5 undfp. Jak podkreśla R. Szostak – „Zwolnienie z długu (ugoda) lub zastosowanie ja-

[33] Art. 353 w zw. z art. 354 § 1 k.c.

[34] W. Robaczyński: *Uwagi...*, s. 67.

[35] Zgodnie z art. 488 § 2 k.c. – „Jeżeli świadczenia wzajemne powinny być spełnione jednocześnie, każda ze stron może powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia, dopóki druga strona nie zaofiaruje świadczenia wzajemnego".

[36] Zob. art. 479–480 k.c.

[37] W szczególności na podstawie przepisów art. 491–495 k.c.

kichkolwiek ulg kosztem majątku publicznego jest dopuszczalne tylko w przypadkach i w trybach ustawowo przewidzianych"[38].

Przyjęcie istnienia obowiązku dochodzenia roszczeń niepieniężnych ma w końcu także konsekwencję w postaci wpływania (skłaniania, przynaglania) osób, którym powierzono odpowiednie czynności w zakresie gospodarki finansowej, odnoszące się do realizacji zamówień, do wykonywania określonych czynności kontrolnych lub innych polegających na współdziałaniu wierzycielskim w wykonaniu zobowiązania przez wykonawcę-dłużnika. Chodzi tu w szczególności o dochowywanie należytej staranności przez pracowników zamawiającego przy czynnościach związanych z odbiorem przedmiotu zamówienia, tak aby zapewnić odbiór wolny od wad ilościowych lub jakościowych, lub przy bieżącym kontrolowaniu wykonywania przedmiotu zamówienia.

Na zakończenie rozważań o konsekwencjach obowiązku dochodzenia roszczeń należy jeszcze wskazać, że nie można przypisywać tej powinności charakteru absolutnego[39]. Wynika to z faktu, że dochodzenie zaspokojenia odnośnych roszczeń może wiązać się z istotnymi nieraz kosztami, gdy konieczne jest skierowanie roszczenia czy to pieniężnego, czy niepieniężnego na drogę sądową i następnie egzekucyjną. Dochodzenie roszczeń, w takich przypadkach, ze względu na ponoszone lub przewidywane koszty wchodzi w obszar przepisów określających zasady i reguły dokonywania wydatków publicznych. Istotna jest więc również ocena zasadności dochodzenia danego roszczenia (w tym stopnia jego sporności) z perspektywy publicznego interesu majątkowego. Tak więc, w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych wypadkach, możliwe jest uznanie braku związania zamawiającego obowiązkiem dochodzenia roszczeń w świetle ogólnej zasady finansów publicznych, zgodnie z którą wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów[40].

Zakończenie

Powyższy zarys zagadnienia obowiązku dochodzenia roszczeń pozwala ogólnie zorientować się w złożoności tego zagadnienia, które niewątpliwie odnosi się także do wykonywania zamówień publicznych. Wobec istotnych problemów z ustalaniem treści i zakresu obowiązku dochodzenia roszczeń niepieniężnych szczególnie zasadne byłoby wprowadzenie, do ustawy Pzp, unormowania wzorowanego na art. 42 ust. 5 ufp.

---

[38] R. Szostak: *Podstawowe instrumenty…*, s. 40. Por. art. 55–59 ufp.

[39] Potwierdzeniem tego wniosku jest m.in. art. 42 ust. 6 ufp, zgodnie z którym „Jednostki sektora finansów publicznych mogą odstąpić od podejmowania w stosunku do zobowiązanego czynności zmierzających do wykonania zobowiązania, jeżeli zachodzą przesłanki odstąpienia przez te jednostki od czynności zmierzających do zastosowania środków egzekucyjnych zgodnie z przepisami o postępowaniu egzekucyjnym w administracji".

[40] Zob. art. 44 ust. 3 pkt 1 ufp.

Przepis taki powinien nakładać na zamawiających z sektora finansów publicznych, ale także na podmioty prawa publicznego (art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp), obowiązek terminowego czy też bezzwłocznego podejmowania w stosunku do wykonawców czynności zmierzających do wykonania ich zobowiązań zgodnie z treścią umowy o zamówienie oraz przepisów odnoszących się do wykonywania zobowiązań. Dla zapewnienia efektywności obowiązku dochodzenia podstawowych (pierwotnych) roszczeń z umowy o zamówienie, odnośne unormowanie powinno zostać powiązane z odpowiednią regulacją w undfp lub z inną postacią odpowiedzialności administracyjnej (np. wzorowaną na odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy Pzp). Przyczyniłoby się to niewątpliwie do zwiększenia efektywności realizacji świadczeń składających się na przedmiot zamówienia, kluczowych dla osiągania celów systemu zamówień publicznych.

Bibliografia

Banaszak B.: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.

Boć J.: *Stosunki administracyjnoprawne i sytuacje administracyjnoprawne*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2000.

Bojanowski E.: Kilka *uwag o sposobach kształtowania sytuacji prawnoadministracyjnej,* [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, red. I. Skrzydło-Niżnik, Kraków 2001.

Chełmoński A.: *Swoiste zasady administracyjnego prawa gospodarczego,* [w:] *Administracyjne prawo gospodarcze*, red. L. Kieres, Wrocław 2009.

Chełmoński A.: *Typy norm materialnego prawa administracyjnego i ich rola w kształtowaniu sytuacji prawnej jednostki*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 1972, nr 167, Przegląd Prawa i Administracji II.

Horubski K.: *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017.

Jagoda J. [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2016.

Kiczka K.: *Administracyjnoprawne środki kształtowania sytuacji prawnej przedsiębiorców*, [w:] *Administracyjne prawo gospodarcze*, red. L. Kieres, Wrocław 2009.

Kocowski T.: *Policja gospodarcza,* [w:] *Administracyjne prawo gospodarcze*, red. L. Kieres, Wrocław 2009.

Pyziak-Szafnicka M.: *Prawo podmiotowe*, [w:] *System Prawa Prywatnego. Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2012.

Radwański Z.: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007.

Robaczyński W.: *Uwagi na temat obowiązku dochodzenia przez zamawiających roszczeń wynikających z umów w sprawach zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik" 2017, nr 2.

Skąpski J.: *Zobowiązania. Część ogólna*, [w:] *Prawo cywilne*, red. S. Grzybowski, Warszawa 1979.

Strzyczkowski K.: *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011.

Szewc A. [w:] A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławecki: *Ustawa o samorządzie gminnym*, Warszawa 2012.

Szydło M.: *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014.

Szostak R.: *O potrzebie usprawnienia odpowiedzialności za niektóre uchybienia popełniane przy udzielaniu lub wykonywaniu zamówień publicznych*, [w:] *Dyscyplina finansów publicznych. Doktryna, orzecznictwo, praktyka*, red. M. Smaga, M. Winiarz, Warszawa 2015.

Szostak R.: *Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik" 2013, nr 4.

Szostak R.: *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik" 2013, nr 4.

Szostak R.: *Zasady prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik" 2014, nr 3.

Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K.: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2000.

Dr hab. Mariola Lemonnier
Profesor Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, Wydział Prawa i Administracji,
dr hab. prawa francuskiego

Wzmocnienie efektywności zamówień publicznych we Francji

Abstrakt

Artykuł przestawia wyniki analiz dotyczących wzmocnienia efektywności zamówień publicznych we Francji. Autorka obejmuje zakresem zainteresowania zmiany, jakie zaszły w podejściu do zamówień publicznych we Francji, podkreśla znaczenie reform po 2016 r., określanych jako modernizację i uproszczenie zamówień publicznych. Aby wzbudzić zaufanie, francuskie prawo zamówień publicznych zmieniło perspektywę działania i uwzględniło bardziej strategiczny wymiar oparty na efektywności. Omawiane analizy teoretyków francuskich jak i badania OECD zostały przedstawione w sposób uzupełniający się wzajemnie. Trzy aspekty są wysuwane na plan pierwszy – przejrzystość, konkurencja i kompetencje, przy jednoczesnym klarownym przedstawieniu celów zamówienia publicznego. Nadto w artykule omówiono także zjawisko cyfryzacji zamówień publicznych, jak i centralizację zakupów we Francji.

Abstract

The article presents the results of analyses regarding the reinforcement of public procurement efficiency in France. The author covers the range of changes that have taken place in the approach to public procurement in France, underlines the importance of reforms after 2016 referred as modernization and simplification of public procurement. In order to create reliance, the French public procurement law changed the perspective of action, included more strategic dimension based on efficiency. The analyses of French theoreticians as well as the OECD study are presented in a complementary way. Three aspects are brought to the first line – transparency, competition and competences, clearly presenting the objectives of the public procurement. In addition, the article discusses the phenomenon of digitization of public procurement and centralization of purchases in France.

1. Stan rynku zamówień publicznych we Francji

Reforma francuskiego prawa zamówień publicznych została zaanonsowana w lipcu 2015 r. Zakończyła się przyjęciem dekretu z 25 marca 2016 r., obejmującym między innymi akty prawne o rynku publicznym, rynku obronności i bezpieczeństwa[1], który

[1] Les décrets du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics et aux marchés de défense ou de sécurité, pris en application de l'ordonnance, achèvent la transposition des directives européennes et mettent en oeuvre la réforme, JORF n°0074 du 27 mars 2016 (NOR: EINM1600207D).

zakończył prace transpozycji prawa Unii Europejskiej. Tym samym 1 kwietnia 2016 r. obowiązujący od 2006 r., francuski Kodeks Rynku Publicznego przestał obowiązywać. Na koniec roku 2018 przewidziano wejście w życie nowego Kodeksu Zamówień Publicznych, który ma być kodeksem użytecznym i pedagogicznym[2].

Zasady reformy zamówień we Francji koncentrowały się na trzech kierunkach[3]. Po pierwsze mają zapewnić lepszy dostęp do zamówień, szczególnie dla tych, które są wzorcowe w kwestiach spraw społecznych, ochrony środowiska i innowacji. Drugi aspekt reformy polega na uproszczeniach, usunięciu z systemu prawnego 40% przepisów prawnych dotyczących zamówień i stworzeniu przepisów krótszych z większą spójnością dla całości regulacji. Dzięki temu zwiększa się bezpieczeństwo prawne dla przedsiębiorców, a także spójność prawa francuskiego z prawem Unii Europejskiej. Ponadto nastąpi wzmocnienie związku partnerstwa publiczno-prywatnego poprzez umieszczenie przepisów w jednym kodeksie. Trzeci aspekt to elektronizacja zamówień poprzez dokonanie „open data" transakcji na rynku zamówień publicznych[4].

Przez długi czas dominującą logiką dla instytucji zamawiających była we Francji administracyjna logika bezpieczeństwa prawnego, która przesunęła poszukiwanie wydajności i wyników ekonomicznych na dalszy plan. Za najważniejsze uznano zagwarantowanie przejrzystych i niedyskryminujących procedur. Prawo zamówień publicznych było tłumione przez różne kontrole administracyjne, finansowe i karne, które utrudniały jego wdrożenie. Ta złożoność prawna stanowiła barierę hamującą wzrost gospodarczy. Reforma zainicjowana na poziomie europejskim, która weszła w życie we Francji od 1 kwietnia 2016 r., ma doprowadzić do modernizacji i uproszczenia prawa zamówień publicznych, które uważano za zbyt złożone i ukierunkowane zbyt formalnie. Aby wzbudzić zaufanie, prawo zamówień publicznych zmieniło perspektywę działania i uwzględniło bardziej strategiczny wymiar oparty na efektywności. W ramach tego podejścia poświęcono wiele uwagi temu, aby skutecznie połączyć cele gospodarcze z poszanowaniem przepisów prawnych.

Według francuskiego Obserwatorium Ekonomicznego Zamówień Publicznych (OECP)[5] w 2016 r. wartość zamówień publicznych w zakresie wykonania robót, dostaw lub usług, wyniosła 72 miliardy euro. Dane podane przez OECP nie są jednak wyczerpujące z uwagi na wartość progową deklaracji składanych do OECP wynoszącą

---

[2] *Le code de la commande publique*, prép. par P. Cossalter, éd. Territorial, Paris 2018.

[3] Ministère de l'Economie de l'Industrie et du Numérique, *Réforme de la commande publique.Un code unique pour le marchés publics, les délégations de services publiques, le concessions, le parténariat public- privé.* Dossier de présentation, Juillet 2015, s. 2.

[4] Ministère de l'Economie de l'Industrie et du Numérique, *Réforme de la commande publique…*, s. 7.

[5] Od 1 kwietnia 2016 r. OECP (Observatoire économique de la commande publique (OECP) zastąpił funkcjonujący wcześniej OEAP (Observatoire économique de l'achat public). OECP stanowi forum konsultacji i wymiany informacji między różnymi podmiotami zamówień publicznych (podmiotami gospodarczymi, instytucjami zamawiającymi...) i przyczynia się do upowszechniania dobrych praktyk. Jest również odpowiedzialny za spis i analizę ekonomiczną zamówień publicznych. Zob.www.economie.gouv.fr/mediation-des-marches-publics/guide-osez-commande-publique.

90 000 euro, a także ze względu na brak kontroli oraz sankcji w przypadku niezłożenia deklaracji. Ponadto, OECP nie uwzględnia wydatków ponoszonych przez operatorów państwowych, przez przedsiębiorstwa z kapitałem publicznym oraz przez przedsiębiorstwa, którym powierzono zadania publiczne (np. spółki autostradowe lub spółki publiczno-prywatne). Całkowita suma zamówień publicznych we Francji szacowana jest na około 200 miliardów euro rocznie, co daje blisko10% PKB[6].

Rynek zamówień we Francji zmienia się i ma na celu kilka prerogatyw. Na rynku powinno się pojawić więcej potencjalnych uczestników przetargów, ograniczenia dotyczące wielkości obrotów na rynku mają być tylko do określonego poziomu w stosunku do wyceny referencyjnego rynku . Inną zmianą jest dzielenie rynku, co powoduje lepsze jego przystosowanie dla małych i średnich przedsiębiorstw. Ocenia się, że taka zmiana wpływa na otworzenie rynku na około 1,5 mld euro dla małych i średnich przedsiębiorców. Partnerstwo publiczno-prywatne i związane z tym umowy przyniosły od 2005 r. około 15 mld euro. Obecnie pojawi się zobowiązane do zamieszczania klauzuli zarezerwowania części rynku dla małych i średnich przedsiębiorstw. Duże znaczenie zyskują zamówienia na rynku przedsiębiorstw innowacyjnych, które realizują zamówienia o charakterze całości projektu: od powstania do komercjalizacji[7].

Całość działań jest nastawiona na lepsze wykorzystanie zasobów i rozwój gospodarczy.

Badania przeprowadzone wcześniej przez OECD wykazywały jednak niedociągnięcia przetargów publicznych w zakresie przejrzystości[8]. W wielu krajach utrudniony był zwłaszcza dostęp do informacji na temat dodatkowych umów oraz do monitorowania wydatków w przetargach publicznych. Przejrzystość ma kluczowe znaczenie na wszystkich etapach zamówienia publicznego, ponieważ zapewnia swobodę dostępu (możliwość swobodnego poznania potrzeb ogłoszonych przez jednostkę publiczną) oraz równość traktowania (zakaz jakiejkolwiek dyskryminacji na każdym etapie procedury). Nawet jeśli przejrzystość stanowi bezpośredni koszt, zarówno dla jednostek publicznych, jak i dla podmiotów prywatnych, jest ona kluczowa dla poszanowania zasad leżących u podstaw systemu zamówień publicznych, a także dla mierzenia efektywności tego systemu. Prawidłowe zarządzanie umowami publicznymi wymaga podmiotów świadomych, niezależnych i posiadających odpowiednie kwalifikacje, aby stawić czoła często złożonym sytuacjom. W raporcie na temat integralności w przetargach publicznych OECD podnosi, między innymi, kwestię braku odpowiednich kompetencji osób odpowiedzialnych za zamówienia publiczne[9]. Funkcje nabywcy i zarządzającego projektami wymagają nie tylko wiedzy prawniczej, ale również umie-

---

[6] Ibidem. OECD ocenia, że obecnie średnio 12% PKB zajmują zamówienia publiczne w krajach OECD.

[7] Direction des affaires juridiques- Direction générale des finances publiques, *Guide du Recensement Économique de L'achat Public*, Paris 2017, s. 2 i nast.

[8] OCDE, *Panorama des administrations publiques*, OECD Publishing, 2011, s. 157.

[9] OCDE, *Recommandation de l'OCDE et autres principes directeurs pour un bon achat public*, http://www.oecd.org/fr/gov/commande-publique/s.1.

jętności analizy ekonomicznej i zarządzania finansowego. Konieczność wielorakich kompetencji ma istotne znaczenie zarówno na etapie wyboru oferenta (do planowania, konstruowania budżetu, dokonywania wyborów kontraktowych lub zarządzania ryzykiem), jak i na etapie realizacji umowy (aby zabezpieczyć się przed nieuzasadnionymi opóźnieniami, zwiększeniem kosztów lub ryzykiem wystąpienia sytuacji, gdy kontrahent zyskuje większą przewagę, ponieważ strona publiczna zaniedbuje codzienne zarządzanie delegowanymi zadaniami). Zarządzanie zamówieniem publicznym we Francji często powierza się osobom posiadającym wyłącznie wykształcenie prawnicze. Istnieje podwójna asymetria w zakresie wiedzy eksperckiej i informacji, która stawia w uprzywilejowanej pozycji stronę prywatną, i sprzyja oportunistycznym renegocjacjom, pozwalającym kontrahentowi na uzyskanie dużo lepszych warunków. Nowy europejski pakiet legislacyjny w sprawie przetargów publicznych stworzył okazję do rozwoju zamówień publicznych we Francji. Pakiet ten dotyczy zasad zarządzania wszystkimi narzędziami zamówień publicznych, w tym umowami partnerstwa publiczno-prywatnego, zwłaszcza na etapach zawierania i realizacji umów. Ułatwienie w postaci negocjacji jest jednym z najważniejszych założeń nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych[10].

Zarządzanie umowami w zamówieniach publicznych – postulaty ekonomii i finansów

Nowe przepisy związane z dyrektywami w sprawie przetargów publicznych i koncesji są krokiem w stronę nowej wizji zarządzania usługami użyteczności publicznej i przyznania większej swobody podmiotom zamawiającym. Aby jednak w pełni skorzystać z tej zmiany w odniesieniu do efektywności zamówienia publicznego, należy rozwijać trzy dodatkowe płaszczyzny – przejrzystość, konkurencję i kompetencje, przy jednoczesnym klarowaniu celów zamówienia publicznego. Takie postulaty i propozycje przedstawione zostały przez dwóch wybitnych autorów Stéphana Saussier z Institut d'Administration des Entreprises (IAE) de Paris I Panthéon-Sorbonne i laureata Nagrody Nobla z ekonomii Jean Tirole z Toulouse School of Economics (TSE) i Institu-

[10] Nowe dyrektywy zakładają wśród wielu innych występowanie takich sytuacji, w których umowy przetargowe mogą być modyfikowane w trakcie ich realizacji. Dopuszczalne są zmiany w wysokości kwoty poniżej 10% wartości początkowej przetargu dla dostaw i usług oraz poniżej 15% dla robót. Dopuszczalne są również zmiany, niezależnie od wysokości kwoty, które nie są zasadnicze, lub które zostały określone w umowie w postaci jasnych zapisów dotyczących rewizji cen lub opcji. Oprócz tego, dodatkowe umowy mogą być zawarte w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych okoliczności lub wtedy, gdy istnieje konieczność świadczenia dodatkowych usług, a nie ma możliwości zmiany kontrahenta lub stanowiłoby to poważne utrudnienie, przy założeniu jednak, że zmiana nie wpływa na globalny charakter umowy i nie pociąga za sobą wzrostu wartości umowy o ponad 50%. Dyrektywa precyzuje, że w przypadku zmian sukcesywnych, próg 50% odnosi się do każdej ze zmian z osobna, a nie do ich łącznej kwoty. Koncesje mogą również ulegać szerokim zmianom w takich samych okolicznościach i w takich samych proporcjach co przetargi publiczne.

te for Advanced Study in Toulouse (IAST). Przedstawia je w skrócie poniższa treść artykułu[11].

1. Uściślenie celów zamówienia publicznego

Z uwagi na to, że poważne kwoty wydawane w ramach zamówień publicznych są potencjalnym narzędziem, służącym do osiągania celów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych, zamawiający powinien stosować określone kryteria na etapie wyboru przedsiębiorstw. Nowe dyrektywy w sprawie przetargów publicznych pozostawiają państwom członkowskim decyzję, czy mają być one obowiązkowe czy też fakultatywne. Bez podawania w wątpliwość słuszności takich celów, należy jednak zauważyć, że jednostka publiczna dysponuje bardziej bezpośrednimi i skutecznymi sposobami (np. podatki lub subwencje), by je osiągnąć[12]. Osiąganie celów socjalnych, środowiskowych lub innowacyjnych za pośrednictwem zamówień publicznych jest nieskuteczne z wielu powodów. Przede wszystkim, aby polityka korygująca niedociągnięcia rynkowe była skuteczna, musi być ona jednolita i globalna. Przykładem sytuacji odwrotnej jest wprowadzenie do zamówienia publicznego kryteriów dotyczących emisji gazów cieplarnianych, które sprowadza się do tego, że tona węgla ma wyższą wartość we Francji niż podatek od emisji CO_2 lub wartość rynkowa zbywalnych uprawnień do emisji, co jest nieskuteczne z dwóch powodów. Z jednej strony, tak jak w każdej polityce powodującej zróżnicowanie ceny węgla, podnosi to całkowity koszt realizacji celu środowiskowego. Z drugiej strony, przedsiębiorstwo o niskiej emisji może wyspecjalizować się w przetargach publicznych, gdzie będzie miało przewagę konkurencyjną, podczas gdy jej odpowiednik emitujący więcej zanieczyszczeń może wyspecjalizować się na innych rynkach, publicznych lub prywatnych, na których nie obowiązują te obostrzenia; rezultatem będzie mało racjonalny podział rynków i niewielki spadek emisji zanieczyszczeń. Ponadto, cele stwarzają problemy pomiarowe[13].

2. Wzmocnienie konkurencji[14]

Dyrektywy europejskie poświęcają dużo miejsca na negocjacje podczas wyboru ofert. Jeśli negocjacje zostaną odpowiednio przygotowane, mogą okazać się bardzo korzystne dla zamówienia publicznego. Przy złożonych operacjach, negocjacje pozwalają na potencjalnie lepsze dostosowanie umowy do sytuacji, pomagając stronie publicznej w sprecyzowaniu swoich potrzeb, a także na wsparcie nieoczekiwanych rozwią-

---

[11] Stéphane Saussier, Jean Tirole: *Renforcer l'efficacité de la commande publique*, Notes du conseil d'analyse économique 2015/3 (n° 22), s. 1–12.

[12] Ibidem, s. 7.

[13] Ibidem, s. 8.

[14] Na temat konkurencji i zamówień publicznych zob. szerzej – Olivuer Guézou: *Droit de la concurrence et droit des marchés publics: vers une notion transversale de mise en libre concurrence* », ACCP, n° 20, 2003, Laurence Idot: *La liberté de concurrence en France*, *Petites affiches*, n° 59, 2000, Olivier Guézou: *Droit des marchés publics et droit de la concurrenc,* [w:] *Droit des marchés publics*, red. Christine Bréchon Moulène, III.130.1, styczeń 2006.

zań konkurencyjnych lub innowacyjnych. Negocjacje na etapie selekcji zmniejszają prawdopodobieństwo zawarcia umowy, którą trzeba będzie później renegocjować, bez konieczności podnoszenia cen. Podczas negocjacji przedsiębiorstwa są zmuszone do uzasadnienia elementów składających się na ich ofertę, co zmniejsza ryzyko tajnej zmowy i składania ofert osłonowych (ofert o specjalnie zawyżonych cenach, mających na celu nakierowanie strony zamawiającej na przedsiębiorstwo wybrane w zmowie). Wprowadzenie fazy negocjacji pomiędzy stronami jest rozwiązaniem pewnym. Z teoretycznego punktu widzenia, koszty transakcji *ex ante* generowane przez procedury negocjacyjne umożliwiają stworzenie umów bardziej kompletnych, a co za tym idzie bardziej odpornych na renegocjacje[15].

Niemniej jednak, oprócz ryzyka faworytyzmu, procedura negocjacyjna stwarza jeszcze jeden potencjalny problem. Jeśli faza negocjacji dotyczy jedynie propozycji finansowych składanych przez oferentów, samorząd może mieć pokusę, by użyć jej do obniżenia cen. Przewidując takie intencje, przedsiębiorstwa przygotowują oferty początkowe na dużo wyższym poziomie cenowym. Negocjacje mają sens jedynie wtedy, gdy prowadzą do zmian specyfikacji technicznych oczekiwanych przez samorząd. Należy jednak zwrócić uwagę, że jeżeli negocjacje dotyczą technicznych aspektów oferty, może to faworyzować konkurenta poprzez umożliwienie mu udoskonalenia oferty początkowej. Procedura negocjacyjna obarczona jest więc ryzykiem „grabieży" pomysłów konkurencyjnych[16]. Prawo europejskie przewiduje zasadę identyfikowalności oraz przejrzystości negocjacji. Nie precyzuje jednak dokładnie sposobów jej stosowania. Transpozycja dyrektyw stwarza zatem możliwość ustanowienia krajowych środków zapewniających lepszą kontrolę nad negocjacjami.

Aby wcielić w życie zasadę identyfikowalności i uniknąć w ten sposób pułapek procedury negocjacyjnej, powinno się zobowiązać podmiot zamawiający do sporządzania dwóch sprawozdań podsumowujących: jedno sprawozdanie obejmowałoby analizę ofert przed rozpoczęciem negocjacji, a drugie analizę ofert po zakończeniu negocjacji. Takie sprawozdania istnieją już w procedurze uregulowanej francuską ustawą Sapin, odnoszącą się do delegowania zadań publicznych[17]. Ich stosowanie zostałoby rozszerzone na wszystkie procedury negocjowalne. W przypadku delegowania zadań publicznych, nowością byłoby zobowiązanie do wskazania wyników negocjacji, zwłaszcza w odniesieniu do aspektów technicznych ofert oraz treści zobowiązań oferentów. W przypadku przetargów publicznych, dodatkowa praca przy sporządzaniu

---

[15] Na temat roli negocjacji w zamówieniach publicznych zob. szerzej – Daniel Bussy, Jean-Marc Peyrical: *Dialogue, négociation et échange avec les entreprises: esquisse d'une méthodologie*, CP-ACCP, n° 84, styczeń 2009, Arnaud Cabanes: *La négociation dans le Code des marchés publics*, CP-ACCP, n° 45, czerwiec 2005, *Marchés négociés*, Jurisclasseur, Contrats et Marchés Publics, fascicule 63-10, n° 8, 2017.

[16] S. Saussier, J. Tirole: *Renforcer l'efficacité*…, s. 9.

[17] Ibidem.

sprawozdań zostałaby zrekompensowana przewidywalnym zmniejszeniem obciążenia przy przygotowywaniu raportu uzasadniającego odwołanie się do negocjacji[18].

3. Konkurencja i prestiż w zamówieniach publicznych

Dyrektywa w sprawie przetargów publicznych daje możliwość wykluczenia przedsiębiorstwa składającego ofertę w przypadku niedotrzymania warunków innej umowy. Celem tego przepisu jest zachęcanie przedsiębiorstw do przestrzegania zobowiązań kontraktowych, co pozwoliłoby uniknąć zachowań strategicznych obliczonych na przykład na wygranie przetargu przez zaniżenie kosztów. Nabiera on jeszcze większego znaczenia dla strony publicznej, gdy umowa jest kompleksowa, a zatem istnieje większe prawdopodobieństwo konieczności jej renegocjowania. Zasadność tego mechanizmu została potwierdzona w badaniu empirycznym przeprowadzonym przez pewne duże włoskie przedsiębiorstwo świadczące usługi publiczne, które dla celów badania wprowadziło system oceniania swoich podwykonawców, aby wykorzystać go następnie jako kryterium reputacji w postępowaniach przetargowych[19]. Badanie wykazało, że system ten wpłynął na zwiększenie jakości, a proste zasady oceniania firmy pozwalają na uniknięcie faworytyzmu i tworzenia barier na wejściu dla nowych podwykonawców bez wcześniejszego doświadczenia z kontrahentem publicznym. Nie można oczywiście uogólniać powyższych wyników na wszystkie dziedziny, jednakże pokazują one, że przedsiębiorstwa dbają o swoją reputację, i że uwzględnienie tego czynnika podczas procedury wyboru może okazać się przydatne. Podmioty zamawiające powinny mieć łatwiejszy dostęp do obiektywnych i sprawdzonych informacji na temat sytuacji gospodarczej czy finansowej przedsiębiorstw, w taki sposób, by te podmioty, które z nich skorzystają, nie wpadły w trudności (ich decyzja o wykluczeniu może być zakwestionowana jako nieuzasadniona i ograniczająca konkurencję). Bez konieczności organizowania wykluczenia tymczasowego przedsiębiorstw z przetargu, centralizacja i ułatwiona wymiana informacji na temat ich dokonań na przestrzeni ostatnich pięciu lat, za pośrednictwem dedykowanej platformy krajowej lub istniejącej już, lecz rozszerzonej Platformy Zakupów Państwowych (PLACE)[20] , mogłyby wzmocnić efektywność zamówienia publicznego. Zapisana w nowych dyrektywach możliwość tymczasowego wykluczenia przedsiębiorstwa na podstawie jego dotychczasowych wyników stałaby się w ten sposób łatwiejsza. Niewątpliwie potrzebna jest centralizacja informacji dotyczących dotychczasowych wyników przedsiębiorstw,

---

[18] Ibidem.

[19] Ibidem, s. 10.

[20] Od marca 2016 r. uproszczony portal biznesowy (PLACE), ułatwiający wyszukiwanie informacji, dedykowany firmom przetargowym. Portal umożliwia łatwy i swobodny dostęp do wszystkich konsultacji platformy. Firmy mogą spowodować procedurę alertową, pobrać plik konsultacji biznesowych (DCE), zadać pytanie dotyczące konsultacji i odnotować odpowiedź udzieloną przez podmiot publiczny, złożyć elektroniczną ofertę, otrzymać potwierdzenie odbioru zdeponowanego depozytu, wziąć udział w aukcji elektronicznej, www.// economie.gouv.fr, Le portail de l'économie, des finances, de l'action et des comptes publics (dostęp 30.03.2018).

aby ułatwić i zwiększyć ich wykorzystanie na etapie wyboru ofert, bez podejmowania ryzyka przy odrzucaniu mało wiarygodnych przedsiębiorstw, zgodnie z zasadami przewidzianymi w dyrektywach.

4. Cyfryzacja zamówień publicznych

Cyfryzacja zamówień publicznych (możliwość zawarcia zamówienia drogą elektroniczną, poprzez użycie poczty elektronicznej lub skorzystanie z platformy online) umożliwia szybsze przesyłanie informacji i kierowanie jej do szerszego grona odbiorców. Według OECP, cyfryzacja obejmuje obecnie około 11% wartości zamówień publicznych we Francji. Warto zwrócić w tym miejscu uwagę na liczbę platform elektronicznych, na których można ogłaszać przetargi i zgłaszać swoje kandydatury. W chwili obecnej, takie platformy funkcjonują na wszystkich szczeblach administracyjnych: gminnych, departamentalnych i regionalnych oraz na szczeblu krajowym po wprowadzeniu programu PLACE. Podczas gdy celem elektronizacji jest ułatwienie dostępu do zamówienia publicznego, rozproszenie informacji na wielu stronach internetowych zmusza przedsiębiorstwa do płacenia za serwisy wyszukujące zamówienia, które mogłyby ich zainteresować, co ogranicza ich udział w składaniu ofert (dotyczy to zwłaszcza MŚP[21]). Ponadto, każda platforma ma swoją własną specyfikę użytkowania i nie zawsze wymaga tych samych dokumentów, co przekłada się na zwiększenie kosztów dla przedsiębiorstw kandydujących.

5. Przejrzystość i odpowiedzialność nabywców publicznych

Większa przejrzystość zamówienia publicznego jest niezbędną rekompensatą za elastyczniejsze procedury wyboru oferty oraz zwiększone możliwości renegocjowania umowy. Podmioty publiczne powinny być zobowiązane do systematycznego publikowania danych na temat zamówienia publicznego, zwłaszcza na temat powodów, które zadecydowały o danym wyborze. Jeśli więc była to oferta najbardziej korzystna ekonomicznie, przy zastosowaniu jednego lub kilku kryteriów określonych w zaproszeniu konkurentów do składania ofert lub w regulaminie konsultacji, warto poinformować odrzuconych kandydatów oraz zainteresowane strony o powodach, które skłoniły organ publiczny do wybrania właśnie tej a nie innej oferty. W przypadku francuskich samorządów terytorialnych wyboru dokonuje Komisja ds. Przetargów (Commission d'Appel d'Offre – CAO)[22]. Na wypadek, gdyby żaden przepis nie określał wyraźnie właściwego raportu, Minister Gospodarki umieścił *on line* model raportu z analizy ofert i protokołu CAO, na którym wybrano najlepszą ofertę. Obecnie raporty udostępniane są wyłącznie na żądanie tych przedsiębiorstw, których oferty zostały odrzucone.

---

[21] Por. F. Lindtch: *Saisonnalité et achats publics, ouverture sur une dimension inexplorée du management de l'achat public*, JCP A, n° 42, 15 październik 2007, s. 26 à 29 – Rapport Stoléru, *L'accès des PME aux marchés publics,* Contrats-Marchés Publics, n° 1, styczeń 2008, alerte 1.

[22] https://www.economie.gouv.fr/daj/intervention-CAO-attribution-marches-publics-2016 (dostęp: 30.03 2018).

Odwołanie do Komisji w sprawie dostępu do dokumentów administracyjnych jest konieczne w przypadku odmowy wydanej przez podmiot publiczny. Aby zwiększyć przejrzystość i obarczyć odpowiedzialnością nabywców publicznych, raporty powinny być sporządzane w bardzo dużej liczbie przypadków i udostępniane publicznie. Cyfryzacja zamówień publicznych i wprowadzenie platform skupiających oferty mogą ułatwić przejrzystość przetargów publicznych i stać się miejscem publikacji raportów.

Nowe dyrektywy europejskie zwracają uwagę na niekompletny charakter umów o zamówienie publiczne i pozostawiają dużo miejsca na możliwe renegocjacje na etapie realizacji umowy. Chociaż inicjatywa ta jest mile widziana w celu dostosowania się do nieprzewidzianych okoliczności, ważne jest jednak zobowiązanie stron do przestrzegania umowy. W przypadku braku takiego zobowiązania, jedna ze stron może stracić środki pieniężne przeznaczone na inwestycje wynikające z umowy, początkowa konkurencyjność może być zafałszowana, a podatnik lub użytkownik może zostać oszukany. Chodzi więc o zachęcanie zleceniodawców oraz przedsiębiorstw zawierających umowę do precyzyjnego zdefiniowania charakteru umowy i oparcia jej na dających się zaobserwować zmiennych zewnętrznych (takich jak inflacja), aby ograniczyć do minimum konieczność renegocjacji. Należy jednak pamiętać, że zerowe ryzyko renegocjacji nie istnieje – renegocjacje mogą przecież służyć udoskonaleniu umowy. Zwiększenie przejrzystości procedur renegocjacyjnych pozwoliłoby ograniczyć ten problem i zapewnić przestrzeganie zasad, którym podlegają renegocjacje[23].

Prostym i mało kosztownym sposobem na zwiększenie przejrzystości może być wprowadzenie postępowania sądowego właściwego dla umów dodatkowych do umów o zamówienie publiczne: postępowania w sprawie „zastosowania środka tymczasowego – umowy dodatkowej". Postępowanie to byłoby szybkie, tak jak przy wnioskach o zastosowanie środków tymczasowych przedumownych lub umownych. Miałoby ono korzystny wpływ na przejrzystość i odpowiedzialność organów publicznych. Zastosowanie środka tymczasowego – umowy dodatkowej – pozwoliłoby każdej zainteresowanej osobie trzeciej (prefekci, posłowie, przedsiębiorstwa, obywatele) wnioskować o anulowanie umowy dodatkowej. Dopuszczalnym powodem mogłoby być każde naruszenie zasad (wyliczenie progu, zmiana przedmiotu umowy, oszustwo, itp.) lub każdy nieuzasadniony wzrost kosztów. Termin odwołania mógłby wynosić jeden miesiąc, licząc od daty publikacji „ogłoszenia o dodatkowej umowie" na nośniku pozwalającym zainteresowanym osobom trzecim na uzyskanie informacji o jej podpisaniu (np. w BOAMP[24], francuskim urzędowym biuletynie zamówień publicznych)[25]. Propozycje umów dodatkowych byłyby jednocześnie publikowane i wysyłane drogą elektroniczną do przedsiębiorstw, które brały udział w przetargu, do określonej listy zainteresowanych osób trzecich oraz do wszystkich osób trzecich, które wcześniej o to wnioskowały. Aby odwołanie było skuteczne, publikacja powinna precyzować początkową wartość zamówienia, kwotę po podwyższeniu ceny oraz przedmiot umowy dodatkowej. Każda

[23] S. Saussier, J. Tirole: *Renforcer l'efficacité…*, s. 10.

[24] Bulletin Officel des Annonces des Marchés Publics.

[25] S. Saussier, J. Tirole: *Renforcer l'efficacité…*, s. 10.

osoba, która złoży odpowiedni wniosek, mogłaby otrzymać zawiadomienie o umowie dodatkowej oraz o aktach odrębnych. Tak jak w przypadku wniosku o zastosowanie środków tymczasowych przedumownych, okres jednego miesiąca na złożenie odwołania byłby okresem zawieszenia typu *standstill* (tzn. że umowa dodatkowa podlegałaby wykonaniu dopiero po upłynięciu tego okresu). W zamian, po upłynięciu terminu na odwołanie, nie będzie można podważać przepisów umowy dodatkowej. W rezultacie, przydatna byłaby możliwość zgłaszania w postępowaniu w sprawie zastosowania środka tymczasowego – umowy dodatkowej opinii w trybie *amicus curiae*. Należy zastanowić się również nad możliwością poufnego zgłaszania opinii (dane opiniującego nie byłyby ujawniane zleceniodawcy, aby uniknąć represji przy przyszłych umowach).

W większości krajów OECD, zawody związane z zamówieniami publicznymi[26] nie cieszyły się żadną specyficzną estymą. We Francji wpisano je do Międzyministerialnego Repozytorium Zawodów dopiero w 2010 r. Bardzo długo zarzucano administracji publicznej powierzanie zarządzania zamówieniami publicznymi osobom posiadającym wyłącznie wykształcenie prawnicze, niezbędne do tego, by postępowania były zgodne z ustawodawstwem, ale niewystarczające do realnej optymalizacji zamówienia publicznego. Obecnie sytuacja trochę się zmieniła: najnowsze badania przeprowadzone przez UGAP[27](francuską centralną jednostkę zakupową) wykazało, że 63% nabywców publicznych nie ma wykształcenia prawniczego. Niemniej jednak, to samo badanie wykazało, że 61% specjalistów z zakresu zamówień publicznych rozpoczęło pracę w dziale zakupów w wyniku przesunięć wewnętrznych, bez wcześniejszego doświadczenia w tej dziedzinie, i że zaledwie 39% ukończyło szkolenie przygotowujące do zawodu nabywcy. Ponadto, ponad dwie trzecie przebadanych przyznało, że nie ma dobrej wiedzy na temat struktury ekonomiczno-przemysłowej, a prawie połowa z nich nie prowadzi żadnych obserwacji ekonomiczno-technologicznych. Zwiększenie profesjonalizmu tych funkcji oraz obarczenie odpowiedzialnością nabywców/osoby odpowiedzialne za zamówienie publiczne są kluczem do racjonalizacji zamówień.

Profesjonalizacja powinna nastąpić w szczególności w odniesieniu do monitorowania *ex post* bardziej kompleksowych umów. Bez wątpienia należy zrozumieć i kontrolować informacje podawane przez podmioty delegowane oraz mieć globalną wizję trudności ekonomicznych i technicznych związanych z projektami. Powinno to ułatwić dostosowywanie umów (niezbędne renegocjacje przy umowach długoterminowych) poprzez wzmocnienie pozycji negocjacyjnej strony publicznej.

6. Maksymalna centralizacja zakupów

Centralizacja funkcji zakupowych (zwłaszcza w ramach przetargów publicznych na usługi i dostawy) może przynieść znaczne oszczędności. Centralizacja pozwala bowiem na oszczędzanie dzięki efektowi skali poprzez kapitalizację i rozwijanie dobrych praktyk, prowadzenie wspólnych postępowań (zmniejszenie kosztów operacyj-

[26] Le métier d'acheteur public, specjalista w zakresie zakupów z zamówień publicznych.

[27] L'Union des Groupements d'Achats Publics, https://www.ugap.fr/centrale-d-achat-public/commander-consulter-les-offres.html (dostęp: 30.03. 2018).

nych i udzielania zamówień) oraz łatwiejsze łączenie zamówień. Francuska centralna jednostka zakupowa UGAP podlegająca podwójnej kontroli Francuskiego Ministerstwa Gospodarki, Finansów i Przemysłu oraz Francuskiego Ministerstwa Edukacji Narodowej jest jedyną centralą zakupową o ogólnym zasięgu. Zasięg ten jest jednak ograniczony ponieważ wartość zamówień nie przekracza 2 miliardów euro rocznie. Kwestia centralizacji zakupów jest jednak dosyć złożona. Z jednej strony, centralizacja umożliwia odniesienie znacznych korzyści związanych ze wzrostem efektywności (kumulacja wielu doświadczeń/specjalizacja pracowników, profesjonalizm oraz większa siła negocjacyjna). Z drugiej strony, znosi ona odpowiedzialność i może ostatecznie doprowadzić, jak pokazuje to liczba skarg na zakupy scentralizowane, do wyższych cen (decydent nie jest stroną, która płaci), powolnej realizacji lub ograniczonej i mało elastycznej oferty, niedostosowanej do indywidualnych potrzeb.

Rozważając problem zniesienia odpowiedzialności, można przewidzieć różne rozwiązania, ale żadne z nich nie będzie doskonałe: klauzula „opt-out" chroni niższe szczeble przed brakiem reakcji, ale zmniejsza efektywność i profesjonalizm zleceniodawcy; konkurencja między wieloma scentralizowanymi nabywcami, mająca na celu zajęcie „części rynku" poprzez zwiększenie efektywności, niesie za sobą ryzyko dokonywania wyborów politycznych, a nie tylko ekonomicznych – należałoby wtedy czuwać nad niezależnością central zakupowych nie tylko w stosunku do podwykonawców, ale również w stosunku do zleceniodawców[28].

Przed zawarciem umowy należy systematycznie odwoływać się do wcześniejszej ewaluacji uwzględniającej koszt całkowity i przewidywane korzyści każdego projektu przy zastosowaniu wybranego narzędzia zamówienia publicznego. Kontrola przed zawarciem umowy powinna być kontynuowana również po jej zawarciu poprzez monitorowanie renegocjacji. Oprócz zobowiązania podmiotów do odpowiedzialności, zasady ogólne umożliwiają skonfrontowanie warunków realizacji przetargów z wynikami badań prowadzonych w fazie przedkontraktowej, na podstawie których wybrano taką, a nie inną formę organizacyjną. Wszystkie ewaluacje powinny być dokonywane przez podmiot prawa publicznego, co ułatwiłoby centralizację danych i wyników, a także umożliwiłoby porównanie najlepszych praktyk kontraktowych[29].

Podsumowanie

Trzy filary zamówień publicznych tzn. „przejrzystość", „konkurencyjność" i „kompetencje" zwiększają efektywność zamówienia publicznego w odniesieniu do najważniejszych umów. Większa swoboda, która została przyznana francuskim podmiotom zamawiającym, przede wszystkim na etapie selekcji zamówień, jest potencjalnie korzystna, pod warunkiem jednak, że swoboda ta wpisze się w ramy zwiększonej przejrzystości, skutecznej konkurencji i rozwoju specyficznych kompetencji. Złożoność

[28] S. Saussier, J. Tirole: *Renforcer l'efficacité…*, s. 12.

[29] Ibidem.

prawa zamówień była także we Francji barierą hamującą wzrost gospodarczy. Reforma doprowadziła do modernizacji i uproszczenia prawa zamówień publicznych, które uważano za zbyt złożone i zbyt formalne. Francuskie prawo zamówień publicznych zmieniło perspektywę i uwzględnia bardziej strategiczny wymiar oparty na efektywności. W ramach tego podejścia nowe akty prawne poświęciły wiele przepisów, aby skutecznie połączyć cele gospodarcze z poszanowaniem przepisów prawnych. Zgodnie z logiką odpowiedzialności, a zatem odpowiedzialności nabywców publicznych, administracja publiczna we Francji musi nie tylko sumiennie podchodzić do umowy, ale także świadczyć o optymalnej jakości dokonywanych zakupów.

Bibliografia

Bussy D., Peyrical J-P.: *Dialogue, négociation et échange avec les entreprises: esquisse d'une méthodologie*, CP-ACCP, n° 84, styczeń 2009.

Cabanes A.: *La négociation dans le Code des marchés publics*, CP-ACCP, n° 45, czerwiec 2005.

Cossalter P.: *Le code de la commande publique*, éd.Territorial, Paris 2018.

Guézou O.: *Droit de la concurrence et droit des marchés publics: vers une notion transversale de mise en libre concurrence* », ACCP, n° 20, 2003.

Guézou O.: *Droit des marchés publics et droit de la concurrence,* [w:] Christine Bréchon Moulène (red.): *Droit des marchés publics*, III.130.1, styczeń 2006.

Idot L.: *La liberté de concurrence en France*, *Petites affiches*, n° 59, 2000.

Jurisclasseur, *Marchés négociés*, Contrats et Marchés Publics, fascicule 63-10, n° 8, 2017.

Lindtch F.: *Saisonnalité et achats publics, ouverture sur une dimension inexplorée du management de l'achat public*, JCP A, n° 42, 15 październik 2007.

OCDE, *Panorama des administrations publiques*, OECD Publishing, 2011.

OCDE, http://www.oecd.org/gov/public-procurement/recommendation/, http://www.oecd.org/fr/gov/commande-publique/.

Saussier S., Tirole J.: *Renforcer l'efficacité de la commande publique*, Notes du conseil d'analyse économique 2015/3 (n° 22).

Stoléru rapport, *L'accès des PME aux marchés publics,* Contrats-Marchés Publics, n° 1, styczeń 2008, alerte 1.

Mateusz Winiarz
Przewodniczący Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Krakowie

Efektywność finansów publicznych a efektywne zamówienia publiczne

Abstrakt

Rola systemu zamówień publicznych w dokonywaniu wydatków ze środków publicznych jest niezaprzeczalnie istotna. Kształtuje on bowiem procedurę zaciągania zobowiązań przez jednostki sektora finansów publicznych, co z kolei ma jednoznaczne przełożenie na zakres i sposób dokonywania wydatków przez te jednostki. Zatem prawidłowe i efektywne gospodarowanie środkami publicznymi wymaga uwzględnienia jednocześnie zasad dokonywania wydatków publicznych oraz reguł udzielania zamówień publicznych. Powszechny postulat efektywności dotyczy zarówno gospodarki finansowej, jak procedur zamówieniowych. Jednak zbyt dużym uproszczeniem jest utożsamianie poziomu efektywności systemu zamówień publicznych i dokonywania wydatków publicznych. W referacie podjęto próbę określenia pojęcia „efektywność", a także przedmiotu, który ma być poddany analizie pod względem efektywności, co z kolei determinuje dobór mierników efektywności.

Abstract

The role of the public procurement system in expenditures of public funds is undeniably important. It shapes the procedure for incurring liabilities by public finance sector entities, what clearly influences the scope and manner of these units' expenditure. Therefore, a proper and effective management of public funds requires simultanious cosideration of rules of public expenditures and rules regarding the contract award procedure. The common rule of effectiveness refers both to financial management and procurement procedures. However, it would be too much of a simplification to identify the level of effectiveness of public procurement system and public expenditures The elaboration attempts to define the concept of „effectiveness" as well as the subject to be analyzed in terms of effectiveness. This, in turn, determines the selection of effectiveness measures.

Wprowadzenie

Związek systemu zamówień publicznych z systemem finansów publicznych wydaje się być oczywisty. Rola systemu zamówień publicznych w dokonywaniu wydatków ze środków publicznych – istotnym elemencie finansów publicznych – jest niezaprzeczalnie istotna. Kształtuje on bowiem procedurę zaciągania zobowiązań przez jednostki

sektora finansów publicznych, co z kolei ma jednoznaczne przełożenie na zakres i sposób dokonywania wydatków przez te jednostki.

Za jeden z istotnych argumentów przemawiających za uchwaleniem ustawy Prawo zamówień publicznych w uzasadnieniu do projektu ustawy, uznano fakt, że „Efektywne wydatkowanie środków publicznych, w tym środków pochodzących z Unii Europejskiej, wymaga stworzenia przejrzystych procedur udzielania zamówień publicznych, które zapewnią bezpieczeństwo gospodarowania tymi środkami"[1].

Powszechny jest postulat efektywności[2] – zarówno w odniesieniu do finansów publicznych, jak i do zamówień publicznych. Efektywność nie doczekała się legalnej definicji zarówno w odniesieniu do gospodarowania środkami publicznymi, jak i do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wydaje się, iż sam fakt, że inny jest przedmiot oceny efektywności – w odniesieniu do finansów publicznych i zamówień publicznych – powoduje, że utożsamianie efektywności gospodarowania środkami publicznymi i efektywnego udzielania zamówień publicznych nie jest prawidłowe nawet w sytuacji, gdyby analizę uprościć poprzez uwzględnienie wyłącznie zamówień finansowanym ze środków publicznych[3].

Problematyczne pozostaje więc nie tylko zdefiniowanie pojęcia „efektywność", ale również określenie przedmiotu, który ma być poddany analizie pod względem efektywności. Od tego przedmiotu uzależniony będzie również dobór mierników jego efektywności. Samo intuicyjne rozumowanie pozwala formułować odmienne oczekiwania w stosunku do efektywnych procedur zamówieniowych, efektywnych wydatków publicznych, efektywnych regulacji ustawowych.

Wydaje się, że w gąszczu rozważań na temat efektywności w gospodarowaniu finansami publicznymi oraz udzielaniu zamówień publicznych warto zatrzymać się nad pytaniami podstawowymi – co znaczy być efektywnym oraz które zjawiska lub procesy powinny podlegać ocenie z punktu widzenia poziomu efektywności.

Efektywność jako kategoria ekonomiczna

Efektywność jest elementem oceny różnego rodzaju działalności i może być w różny sposób definiowana. W ujęciu ekonomicznym jest to relacja pomiędzy rezultatami a nakładami wyrażanymi przez podstawowe miary, takie jak: produktywność, wydajność, rentowność itd. W ujęciu celowościowym – to ocena stopnia realizacji przyjętych celów organizacyjnych z uwzględnieniem aspektu ekonomicznego, jest to kon-

---

[1] Druk sejmowy nr 2218.

[2] Na efektywność kładzie się szczególny nacisk w zakresie ideologii nowoczesnego zarządzania w sektorze publicznym (*New Public Management)*; por. np. P. Jeżowski: *New Public Management – nowy paradygmat zarządzania w sektorze publicznym*, [w:] *Zarządzanie w sektorze publicznym – rozwój zrównoważony – metody wyceny*, red. P. Jeżowski, Wydawnictwo SGH, Warszawa 2002, s. 12.

[3] Obowiązek stosowania ustawy Pzp nie jest uzależniony od charakteru środków, którymi finansowane jest zamówienie (por. art. 3 ustawy Pzp).

cepcja wywodząca się z prakseologii. W ujęciu systemowym oznacza ocenę stopnia wykorzystania zasobów organizacyjnych oraz tworzenia określonych relacji z otoczeniem. W ujęciu kompleksowym – efektywność to zdolność organizacji do osiągania swoich celów operacyjnych; podejście to uwzględnia zarówno ujęcie systemowe, jak i celowościowe[4].

W praktyce spotyka się wiele odmiennych koncepcji oceny efektywności, uwzględniających różne jej aspekty. Konieczność uwzględnienia w analizie wydatków publicznych ekonomicznego punktu widzenia wynika nie tylko z braku wyraźnych definicji legalnych. Skłania do tego sam ekonomiczny i finansowy charakter czynności związanych z rozdysponowywaniem środków publicznych.

Efektywność globalna ma miejsce wtedy, gdy gospodarka znajduje się na granicy swoich możliwości produkcyjnych albo mówiąc inaczej, jest zorganizowana tak, by przy danych zasobach i technice zaopatrzyć konsumentów w możliwie największy zestaw dóbr[5]. Efektywność w rozumieniu ogólnoekonomicznym[6] oznacza optymalizację relacji między nakładem i efektem, z tym że równoczesne dążenie do minimalizacji nakładów oraz maksymalizacji efektów może w praktyce okazać się niezwykle trudne, a nawet niemożliwe[7]. Dlatego też, przy uwzględnieniu stanowiska ustawodawcy, za efektywność systemu finansów należy uznać takie ukształtowanie wydatków publicznych, które przy ich danym poziomie pozwala osiągać maksymalną użyteczność społeczną[8]. Użyteczność społeczną należy tu utożsamiać z efektami realizacji zadań publicznych, bo temu ma służyć wydatkowanie środków publicznych. W wyniku realizowanych wydatków publicznych, dostarczane są społeczeństwu dobra publiczne

---

[4] B. Ziębicki: *Efektywność a jakość w sektorze publicznym*, [w:] *Społeczne aspekty przeobrażeń organizacyjnych*, red. A. Potocki, Warszawa 2007, s. 333.

[5] P. A. Samuelson, W. D. Nordhaus: *Ekonomia 1*, s. 728, *Ekonomia 2*, Warszawa 1995, s. 510.

[6] Dla zdefiniowania efektywności przywołuje się w literaturze teorię optymalności wg V. Pareto, zgodnie z którą efektywność oznacza stan, w którym przy alokacji zasobów możliwe jest podniesienie ich użyteczności dla określonego podmiotu bez obniżania użyteczności dla innych, co powoduje wzrost dobrobytu społeczeństwa. Rozumowanie to jest jednak właściwe dla zachowań jednostkowych, a społeczeństwo definiowane jest jako prosta suma jednostek ludzkich. Odniesienie tej koncepcji do sektora publicznego wymagałoby założenia, że wszystkie wybory słuszne dla „społeczeństwa" (np. podejmowane w jego imieniu przez uprawnione organy) są jednocześnie słuszne dla każdej jednostki ludzkiej wchodzącej w jego skład. Wydaje się to jednak założeniem zbyt daleko idącym. (Por. np. R. Huterski: *Indywidualistyczne podejście do racjonalizacji wydatków publicznych*, [w:] *Ekonomiczne i prawne problemy racjonalizacji wydatków publicznych*, t. 1, *Racjonalizacja wydatków publicznych – uwarunkowania i instrumenty*, red. J. Głuchowski, A. Pomorska, J. Szołno-Koguc, Lublin 2005, s. 100 i 101).

[7] H. Sochacka-Krysiak: *Niektóre problemy efektywności w gospodarce finansowej samorządu terytorialnego*, [w:] *W poszukiwaniu efektywności finansów publicznych. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Krystynie Piotrowskiej-Marczak*, red. S. Wieteska, M. Wypych, Łódź 2009, s. 191 i wskazana tam literatura.

[8] B. Guziejewska: *Efektywność finansów samorządu terytorialnego*, „Gospodarka Narodowa" 2008, nr 5–6, s. 71.

i społeczne, co oznacza, że w poziomie i strukturze wydatków publicznych znajdują odzwierciedlenie kierunki działań i zakres zadań publicznych określonych przez konstytucję i ustawy dla poszczególnych jednostek publicznych[9].

Istotnym problemem jest przyjęcie odpowiednich mierników zarówno nakładów, jak i efektów, a także wzajemnego odniesienia pomiędzy tymi wielkościami[10]. Przy uznaniu, że efektywność oznacza określonego rodzaju relację, zmierzenie jej elementów jest warunkiem niezbędnym do dokonania oceny. Precyzyjne określenie nakładów i efektów nie zawsze jest w sektorze finansów publicznych możliwe i proste. Wynika to między innymi z następujących przyczyn. Po pierwsze, cele mające charakter jakościowy trudno jest zmierzyć. A takie często stawiane są przed instytucjami publicznymi. Po drugie, efekty niektórych wydatków publicznych występują z opóźnieniem, sięgającym niekiedy przyszłych pokoleń. Brak możliwości sprecyzowania czasu, w którym wystąpi efekt, znacznie utrudnia mierzenie efektywności. Po trzecie, przy dokonywaniu wyceny efektów dokonywanych wydatków nie można oprzeć się na cenach rynkowych. Jest to jedna z podstawowych miar odnośnie do podmiotów prywatnych. Natomiast korzystanie z efektów działania jednostek publicznych często nie jest odpłatne, a jeśli nawet jest, to opłaty te nie są kształtowane przez rynek i często nie zależą od ponoszonych kosztów[11].

W sektorze publicznym efektywność może być mierzona w dwóch aspektach: makroekonomicznym i mikroekonomicznym. Ocena makroekonomiczna odnosi się do

---

[9] M. Jastrzębska: *Polityka budżetowa jednostek samorządu terytorialnego*, Gdańsk 2005, s. 85.

[10] W. Misiąg wyróżnia cztery zasadnicze typy mierników zadań publicznych:

1. mierniki ilościowe, określające w jednostkach fizycznych rozmiary wykonywanych zadań - miernikami tego typu są np.: liczba uczniów (studentów) w szkołach publicznych, liczba osób korzystających z pomocy społecznej, długość dróg krajowych, liczba osób i pojazdów odprawionych na przejściach granicznych, liczba podatników;

2. mierniki jakości, wskazujące stopień osiągnięcia obowiązujących (lub założonych) standardów wykonania poszczególnych zadań - ich wartości są najczęściej traktowane jako ograniczenia brzegowe - nie liczymy kosztu osiągnięcia wyższej jakości (choć i to jest czasem możliwe i celowe), lecz żądamy osiągnięcia określonej wartości mierników jakości;

3. wskaźniki efektu (wpływu), pokazujące bezpośrednie i pośrednie (zwykle te ostatnie są ważniejsze) skutki realizacji zadań publicznych – w istocie rzeczy dopiero te wskaźniki powinny być stosowane do oceny efektywności wydatków publicznych; pośrednie wskaźniki efektu są szczególnie ważnym narzędziem jakości pracy wyższych organów administracji publicznej; wskaźniki efektu nie mogą być bezpośrednio kształtowane przez instytucje wykonujące zadania publiczne, lecz dopiero one rozstrzygają o celowości ponoszenia wydatków publicznych i pokazują faktyczne skutki działalności władz publicznych;

4. wskaźniki kosztu, wiążące wydatki na wykonanie zadania ze wskaźnikami efektu. (W. Misiąg: *Mierzenie zadań publicznych jako podstawa planowania budżetowego*, [w:] *Ekonomiczne i prawne problemy racjonalizacji wydatków publicznych*, t. 1, *Racjonalizacja wydatków publicznych – uwarunkowania i instrumenty*, red. J. Głuchowski, A. Pomorska, J. Szołno-Koguc, Lublin 2005, s. 158).

[11] K. Brzozowska, M. Gorzałczyńska-Koczkodaj, M. Kogut-Jaworska, M. Zioło: *Gospodarka finansowa w jednostkach samorządu terytorialnego*, Warszawa 2017, s. 80.

efektywności procesów (polega głównie na sprawowaniu monitoringu administracyjnego nad przeprowadzanymi transakcjami finansowymi, systemem księgowym, zarządzaniem, archiwizowaniem danych), natomiast mikroekonomiczna – do efektywności wyników – i polega na analizie korzyści i kosztów[12]. Problem z mierzalnością efektywności wiąże się również z tym, że efekty działań poszczególnych jednostek (poziom mikro) mogą odnosić się zarówno do konkretnych podmiotów (charakter mikro), jak i mieć charakter makroekonomiczny poprzez odniesienie do gospodarki państwa.

W sektorze publicznym trudniejsze jest mierzenie efektywności w rozumieniu ekonomicznym niż w sektorze prywatnym. Przyjąć bowiem należy o wiele szerszy katalog korzyści, które powinny zostać wygenerowane poprzez dokonanie konkretnego wydatku, np. sfinansowanie budowy autostrady przynosi nie tylko korzyści w postaci ułatwień transportowych, ale również pozytywnie wpływa na poziom bezrobocia, rozwój gospodarczy określonego regionu itd. Nie powinno to jednak stanowić bariery dla uwzględniania efektywności w gospodarowaniu środkami publicznymi, a wręcz powinno być traktowane jako argument do poszukiwania coraz doskonalszych metod planowania budżetowego, które stanowi podstawę gospodarki finansowej[13].

Powszechnie stosowane metody oceny efektywności opierają się na podejściu:

1. wskaźnikowym, które sprowadza się do konstruowania relacji pomiędzy różnymi wielkościami (np. wskaźniki zadłużenia, płynności finansowej czy rentowności); ważne jest odpowiednie oszacowanie tych wielkości i ich interpretacja, dokonywana na podstawie porównania obliczonych wskaźników z przyjętymi bazami odniesienia;
2. parametrycznym, które opiera się na metodach ekonometrycznych i wprowadza do oceny efektywności funkcję produkcji, np. metoda: SFA (ang. Stochastic Frontier Approach), TFA (ang. Thick Frontier Approach) oraz DFA (ang. Distribution Free Approach);
3. nieparametrycznym, w którym wykorzystuje się procedurę programowania liniowego. Podejście to nie uwzględnia wpływu czynnika losowego na efektywność obiektów oraz potencjalnych błędów pomiaru, a także nie analizuje zależności pomiędzy nakładami i wynikami, np. metoda DEA (ang. Data Envelopment Analysis), FDH (ang. Free Disposal Hull)[14].

Przy uwzględnieniu obowiązku planowania wydatków w sektorze publicznym należy zauważyć, że pożądana efektywność może być osiągana w dłuższym okresie zarówno w wyniku maksymalizacji efektów, jak i poprzez zmniejszanie nakładów, jak również poprzez wpływanie na obydwie te wielkości. Bowiem kwota środków publicznych rozumianych jako nakłady na realizację określonych zadań, ustalana jest w planie finansowym (budżecie). W perspektywie krótkookresowej (wykonanie – odpowiednio

---

[12] Ibidem, s. 84.

[13] S. Owsiak: *Budżet władz lokalnych*, Warszawa 2002, s. 52.

[14] H. Łapińska: *Polityka budżetowa a kondycja finansowa jednostek samorządu terytorialnego*, Bielsko-Biała 2016, s. 98 i 99 i wskazana tam literatura.

– budżetu lub planu finansowego) zmienną pozostanie poziom osiąganych efektów, oczywiście przy założeniu prawidłowości planowania wydatków.

Specyfika sektora publicznego w Polsce, charakteru jego zadań i źródeł obowiązku ich realizacji wymaga wyraźnego oddzielenia pojęć efektywności i skuteczności. Bywają one utożsamiane, często traktowane jako synonimy[15]. Wydaje się jednak, że w stosunku do wydatków publicznych takie podejście nie jest zasadne ze względu na otoczenie prawne, w szczególności ze względu na obowiązek działania na podstawie i w granicach prawa. Z ekonomicznego punktu widzenia kategorie te dotyczą tych samych zadań i właściwych dla nich środków publicznych, jednak opierają się na odmiennych założeniach, a tym samym rozbieżne są oczekiwane efekty. Pomiar efektywności odbywa się przy danych nakładach, a kształtowaną zmienną jest poziom realizacji określonych celów (zadań). W przypadku skuteczności podstawą jest wyznaczenie zadań (celów, efektów), które należy osiągnąć, a nakłady (koszty) są pochodną ich realizacji.

Wymagania formalnoprawne sformułowane w ustawie o finansach publicznych w postaci zasad wydatkowania środków publicznych czy zasad kontroli zarządczej, mają jedynie charakter deklaratywny. W praktyce, w szczególności realizacja zadań w samorządach poddana jest ocenie przede wszystkim pod względem zgodności z prawem, a jeśli celowości – to rozumianej jako realizacja zadań mających umocowanie w prawie materialnym[16]. Dominującą zatem kulturą wydatkowania środków jest

---

[15] Por. M. Kachniarz: *Efektywność usług publicznych – teoria i praktyka*, Wrocław 2012, s. 61.

[16] Spośród podmiotów uprawnionych do kontrolowania gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych (lub wybranych jej aspektów) należy wskazać Najwyższą Izbę Kontroli i regionalne izby obrachunkowe. Zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 524) Najwyższa Izba Kontroli przeprowadza kontrole (w tym działalności samorządu terytorialnego) między innymi pod względem gospodarności. Kryterium gospodarności wiąże się z obowiązkiem właściwego wykorzystania posiadanych środków (A. Chełmoński: *Struktura prawna nadzoru policyjnego i reglamentacyjnego w administracyjnym prawie gospodarczym*, [w:] A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski: *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2000, s. 107). Kryterium to można odnosić zarówno do stosowania reguł ekonomiczno-finansowych dla osiągania określonych celów, jak również do postawy moralnej, w której troskliwość i dbałość o dobra materialne powierzone danej instytucji są wyrazem poczucia odpowiedzialności nie tylko za konkretne dobro, ale także za całe państwo (J. Nagórny: *Interpretacja pojęć: kryterium legalności, gospodarności, celowości i rzetelności, zawartych w art. 203 Konstytucji RP i w art. 5 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, „Kontrola Państwowa" 2002, nr 4, s. 10). Jeżeli więc kontrolę gospodarności rozumieć jako weryfikację, czy nakłady poniesione w trakcie działania jednostki przyniosły możliwie maksymalne efekty, to należy ją utożsamić z wynikającą z ustawy o finansach publicznych zasadą efektywności. Jednak z punktu widzenia NIK kontrola samorządu jest fakultatywna (obowiązek dotyczy kontroli organów administracji rządowej, Narodowego Banku Polskiego, państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostek organizacyjnych), stąd nie może być powszechna i sukcesywna. Gospodarkę finansową jednostek samorządu terytorialnego mają obowiązek kontrolować co najmniej raz na cztery lata regionalne izby obrachunkowe (art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych; tekst jedn. Dz.U.

skuteczność, a nie efektywność. Nacisk kładzie się przede wszystkim na realizację zadania, a jej pochodną jest zasadność dokonywania określonych wydatków[17].

Postulat efektywności formułowany jest na różnych płaszczyznach gospodarowania środkami publicznymi. Odnoszony jest np. do wydatków publicznych[18], zarządzania środkami publicznymi[19]czy usług publicznych[20]. Przy ocenie efektywności należy jednak uwzględniać fakt, że efektywne jest działanie, które przynosi efekt, efektywne jest coś, co zostało rzeczywiście przeprowadzone lub wykonane[21]. Efektywności nie można zatem odnosić do środków publicznych rozumianych jako zasób. Efektywny może być sposób zagospodarowania tych środków, ich wykorzystanie do realizacji określonego celu, czyli zadania przypisanego określonej jednostce sektora finansów publicznych. Dlatego też kryterium efektywności istotne jest przy wyborze sposobu i metody realizacji określonego zadania. Uwzględniając po raz kolejny planowość jako podstawową cechę gospodarowania środkami publicznymi podkreślić należy, że poziom efektywności materializuje się na etapie wykonania planu finansowego. W toku planowania jednak jednoznacznie określa się podstawy mierzenia efektywności (planowane kwoty wydatków jako dane nakłady), ale również wyznacza się oczekiwane granice tej efektywności. Umieszczenie konkretnej kwoty wydatku w planie (niezależnie od metody planowania) oznacza, że w określonych warunkach i w określonym czasie, jest ona realna i zapewnia realizację zadania na oczekiwanym poziomie, w tym ilościowym i jakościowym. Wyjątkiem powinna być zmiana planu, a wynikać może w szczególności ze zmiany uwarunkowań rynkowych, w których realizowane jest zadanie.

Efektywność jako zasada dokonywania wydatków publicznych

Dokonywanie wydatków publicznych jest jednym z najistotniejszych elementów gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych. Przedmiotem wydatków publicznych są zawsze środki publiczne, stąd szczególna troska ustawodawcy o ich prawidłową realizację.

Zasady dokonywania wydatków zostały uregulowane w art. 44 ustawy o finansach publicznych i powtórzone z nieznacznym uszczegółowieniem w art. 162 odnośnie do budżetu państwa i art. 254 w zakresie budżetu jednostki samorządu terytorialnego.

W art. 44 ust. 1 ustawy o finansach publicznych wskazano, że wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokościach ustalonych w ustawie budżetowej,

---

z 2016 r. poz. 561). Jednak kontrola jest prowadzona przez izby na podstawie kryterium zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym (art. 5 ust. 1 ustawy).

[17] M. Kachniarz: *Czy i jak mierzyć efektywność usług publicznych?*, [w:] *Zarządzanie finansami publicznymi a efektywność*, red. T. Lubińska, M. Będzieszak, N. Marska-Dzioba, Warszawa 2015, s. 193.

[18] Np. S. Owsiak, *Finanse publiczne. Współczesne ujęcie*, Warszawa 2017, s. 313 i n.

[19] Np. B. Puczkowski: *Efektywność zarządzania środkami publicznymi*, Olsztyn 2014.

[20] Np. M. Kachniarz: *Efektywność usług publicznych – teoria i praktyka*, Wrocław 2012.

[21] Por. *Inny słownik języka polskiego*, red. M. Bańko, Warszawa 2000, t. 1, s. 366.

uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego lub planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych. Odpowiednio – w 162 pkt 3 i 254 pkt 3 uszczegółowiono, że dokonywanie wydatków następuje w granicach kwot określonych w planie finansowym, z uwzględnieniem prawidłowo dokonanych przeniesień i zgodnie z planowanym przeznaczeniem.

Zgodnie z art. 44 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków. Zasadę tę należy rozpatrywać w kontekście zasady legalizmu w działalności organów administracji publicznej, określonej w art. 7 Konstytucji. Organy władzy publicznej mają więc obowiązek działać na podstawie i w granicach prawa, a w szczególności na podstawie odpowiednich przepisów prawa dokonywać wydatków. Ta zasada legalności musi być zachowana zarówno na etapie projektowania planu wydatków, jego ustalania (uchwalania) oraz wykonywania.

W art. 44 ust. 3 ukonstytuowano następujące zasady dokonywania wydatków ze środków publicznych:

- zasada celowości,
- zasada oszczędności,
- zasada efektywności,
- zasada skuteczności,
- zasada terminowości,
- zasada wiarygodności.

Ustawodawca przesądza, że wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy nie definiując jednak pojęcia celowości. Celowe działanie to takie, które jest przemyślane i prowadzi do zamierzonego celu, odpowiednie w danej sytuacji[22]. Jest to działanie słuszne[23]. Ocenie celowości nie podlega jednak sama czynność dokonania wydatku. Konieczne jest ustalenie określonego celu (zamiaru), w stosunku do którego ta ocena będzie dokonywana. Wydatek ze środków publicznych jest więc celowy, jeśli jest niezbędny do wykonania zadania publicznego.

W ustawie o finansach publicznych nie zdefiniowano również pojęcia oszczędności. Oszczędny jest ktoś, kto nie trwoni tego, co ma, zużywa niewiele jakichś zasobów lub środków[24]. Oszczędność odnosi się zatem do finansów publicznych rozumianych jako zasób – do realnie zgromadzonych środków publicznych. Dla zdefiniowania poziomu oszczędności konieczne jest ustalenie odniesienia, w stosunku do którego dokonywana jest ocena. W przypadku jednostek sektora finansów publicznych o oszczędności może być mowa w odniesieniu do realizowanego zadania. W praktyce, oszczędność może być rozpatrywana na dwóch poziomach. Może być rozumiana jako konieczność powstrzymywania się od wydatków na takie cele, które wprawdzie mogą być formalnie, gospodarczo i społecznie uzasadnione, ale możliwe do zrealizowania

---

[22] *Inny słownik języka polskiego*, red. M. Bańko, Warszawa 2000, t. 1, s. 153.

[23] E. Ruśkowski, [w:] *Nowa ustawa o finansach publicznych*, red. E. Ruśkowski, J. M. Salachna, Gdańsk 2010, s. 177.

[24] *Inny słownik języka polskiego*, red. M. Bańko, Warszawa 2000, t. I, s. 1199.

tylko kosztem innych, uznanych za bardziej priorytetowe[25]. Oszczędność należy rozumieć również jako przeznaczenie możliwie najmniejszej części posiadanych środków publicznych na realizację określonego zadania.

Zasada efektywności – w przeciwieństwie do zasad celowości i oszczędności – nie została w ustawie nazwana. Jej istotę wywodzi się z opisu: wydatki publiczne powinny być dokonywane z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Efektywność najczęściej definiuje się za pomocą takich określeń, jak: sprawność, celowość, umiejętność czy pozytywny wynik. Jedna z klasycznych definicji określa efektywność jako stopień realizacji celu[26]. Ustawowe ujęcie efektywności prowadzi do przyjęcia określonego zasobu środków publicznych jako wielkości stałej, a zmienną i podlegającą ocenie jest efekt działania. Jeśli za efekt uznać końcowy wynik jakiegoś działania procesu lub stanu[27], to w przypadku jednostek publicznych bez wątpienia miernikiem efektywności będzie poziom, zakres, jakość realizowanych zadań. Nie ulega wątpliwości, że efektywność jest kategorią ekonomiczną i z tego punktu widzenia powinna być oceniana. Przy uwzględnieniu, że pojęcie „dane nakłady" rozpatrujemy w kontekście wydatków, należy uznać, iż w jednostkach sektora finansów publicznych należy je odnosić do konkretnych pozycji w ich planie finansowym.

Nakaz dokonywania wydatków publicznych z zachowaniem optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów można określić mianem zasady skuteczności[28]. Postulat zachowania współmierności środków i celów oparty jest na racjonalności podejmowanych działań w ramach prowadzenia gospodarki finansowej jednostki, w szczególności na optymalności doboru środków do realizacji celów. Zatem podstawowa jest konieczność określenia celu, który ma zostać zrealizowany przy zaangażowaniu środków publicznych. Realizowane cele muszą mieć swoje źródło w zadaniach przypisanych jednostce sektora finansów publicznych.

Zasada terminowości stanowi postulat takiego dokonywania wydatków, aby możliwe było terminowe realizowanie zadań. W odniesieniu do gospodarki finansowej tę zasadę należy rozumieć szeroko. Dotyczy ona w szczególności wielkości nakładów finansowych na określone zadanie oraz terminów i sposobów płatności. Punktem wyjścia dla zachowania tej zasady jest ustalenie terminów realizacji konkretnego zadania i dostosowanie do nich operacji finansowych.

Dokonywanie wydatków w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań oznacza wiarygodność jednostki sektora finansów publicznych. Jednostka sektora finansów publicznych czyni zadość obowiązkowi terminowego wykonywania zobowiązań pieniężnych, jeżeli dokonuje wydatku przed upływem terminu płatności. W przypadku zobowiązań o charakterze administracyjnym termin ten określony jest przeważnie przez przepisy prawa.

---

[25] Por. S. Owsiak: *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2005, s. 257.

[26] W. Miemiec: *Zagadnienia finansowoprawne zamówień publicznych w działalności jednostek samorządu terytorialnego*, Wrocław 2013, s. 126 i wskazana tam literatura.

[27] Por. *Inny słownik języka polskiego*, red. M. Bańko, Warszawa 2000, t. I, s. 366.

[28] Por. np. L. Lipiec-Warzecha: *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 211.

W analizie przepisów dotyczących zasad dokonywania wydatków nie można pominąć ich wzajemnych relacji. Literalne i odrębne ich odczytanie może doprowadzić do wniosku, że ich zastosowanie jest utrudnione, a niektóre z nich są z sobą wręcz sprzeczne[29]. Jednak takie podejście godziłoby przede wszystkim w racjonalność ustawodawcy. Należy więc uznać, że ustawą o finansach publicznych, odnośnie zasad dokonywania wydatków publicznych, wprowadzono model wielokryteriowy, a na podmioty gospodarujące środkami publicznymi nałożono obowiązek zastosowania ich w sposób optymalny. Dopiero uwzględnienie kompletu zasad gwarantuje dokonanie wydatków w sposób pożądany przez ustawodawcę. Np. pojedyncze zastosowanie zasady oszczędności może powodować zbyt duże ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zadania. Dlatego też pokusa nadmiernej oszczędności równoważona jest zasadą efektywności, a z kolei potencjalne uznanie za priorytet ekonomicznej efektywności działania nie będzie właściwe ze względu na zasadę celowości i skuteczności.

Zasady dokonywania wydatków uzupełnia nakaz zawierania przez jednostki sektora finansów publicznych umów, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Na wymóg ten należy jednak spojrzeć szerzej. Bowiem przy regulowaniu zasad gospodarki finansowej obowiązujących w zakresie wykonywania budżetu (odpowiednio budżetu państwa i budżetu jednostki samorządu terytorialnego) ustalono, że zlecanie zadań powinno następować na zasadzie wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych, a w odniesieniu do organizacji pozarządowych – z odpowiednim zastosowaniem art. 43 i art. 151 (dla budżetu państwa) lub art. 221 (dla budżetu jednostki samorządu terytorialnego). Przepisy te mają charakter co najwyżej porządkujący. Katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych zawarty jest w tej ustawie (i obejmuje jednostki sektora finansów publicznych), podobnie jak przesłanki wyłączenia tego obowiązku. Natomiast w odrębnych przepisach[30] (na zasadzie wyjątku) może się zdarzyć podmiotowe lub przedmiotowe zwolnienie z obowiązku stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych. Podobnie jest w przypadku zlecania zadań organizacjom pozarządowym. Art. 43 i art. 151 (odpowiednio – art. 221) znajdują zastosowanie niezależnie od dodatkowo potwierdzonego w art. 44 ust. 4 ustawy takiego obowiązku. Z art. 43 ustawy wynika, że prawo realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych przysługuje ogółowi podmiotów, chyba że odrębne ustawy stanowią inaczej. Natomiast w art. 151 i 221 uregulowano zasady zlecania zadań organizacjom pozarządowym i udzielanie dotacji ze środków publicznych na ten cel, w szczególności treść umowy.

---

[29] Np. w art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a założono, że nakłady finansowe są dane, z góry ustalone, a optymalizacji podlega zakres i sposób realizacji zadania, natomiast w lit. b założono istnienie określonych celów, natomiast kształtowaniu podlegają w szczególności środki służące ich realizacji.

[30] Np. art. 26 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 1638 ze zm.).

Mając na uwadze, że udzielenie zamówienia publicznego jest tożsame z zawarciem umowy, należy zwrócić uwagę, że właściwe zastosowanie zasad dokonywania wydatków wymaga uwzględnienia ich również przy zaciąganiu zobowiązań. Prawidłowe prowadzenie gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych musi również obejmować optymalizację zaciągania zobowiązań. Nie jest wystarczające zastosowanie przepisów o zamówieniach publicznych lub o zlecaniu zadań organizacjom pozarządowym dla zapewnienia prawidłowości w zaciąganiu zobowiązań finansowanych ze środków publicznych. Ze względu na zasadę wiarygodności, już na etapie zaciągania zobowiązania należy uwzględniać konieczność kompleksowego dostosowania się do zasad dokonywania wydatków. Kwota obciążenia finansowego ustalana jest bowiem w momencie zaciągania zobowiązania. Na etapie czynności polegającej na dokonaniu wydatków kwota obciążająca plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych musi być zgodna z ustaloną w zobowiązaniu, podobnie zresztą należy odnieść się do terminu płatności i innych okoliczności ustalonych w zobowiązaniu. Spełnienie zasady wiarygodności może być oceniane wyłącznie z punktu widzenia wykonania wydatku, chociaż i tu na etapie zaciągania zobowiązania uwzględnia się realne możliwości jego wykonania. Powyższe stanowisko ustawodawca potwierdza nałożeniem na jednostki sektora finansów publicznych obowiązku zaciągania zobowiązań w oparciu o właściwy plan finansowy[31].

Efektywność regulacji zamówieniowych. Efektywność systemu.

Wykorzystanie narzędzi ekonomicznych do analizy i oceny przepisów prawa nie stanowi obecnie nowości. Zdobywająca coraz większą popularność ekonomiczna analiza prawa[32] (szczególnie chicagowska szkoła *Law and Economics*) postuluje weryfikację przepisów prawa, w szczególności na etapie ich tworzenia, pod względem ich efektywności. Analiza instytucji prawnych oraz polityka stanowi bowiem jeden z ważnych elementów ekonomicznej teorii zachowań ludzkich[33].

---

[31] Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy o finansach publicznych jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, inne składki i opłaty obligatoryjne oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich, z zastrzeżeniami odnoszącymi się do realizowania programu wieloletniego i Udzielenia przez Ministra Finansów zapewnienia finansowania lub dofinansowania z budżetu państwa w danym roku budżetowym projektów, wydatków lub programów wieloletnich. Na podstawie art. 261 ustawy, kierownik samorządowej jednostki budżetowej może, w celu realizacji zadań, zaciągać zobowiązania pieniężne do wysokości kwot wydatków określonych w zatwierdzonym planie finansowym jednostki.

[32] Por. np. *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, red. J. Stelmach, M. Soniewicka, Warszawa 2007.

[33] G.S. Becker: *Ekonomiczna teoria zachowań ludzkich*, PWN, Warszawa 1990, s. 69.

Badanie efektywności prawa rozumiane jest jako dokonywanie oceny ekonomicznych skutków prawa – jego tworzenia i stosowania. Normy prawne powinny prowadzić więc do zwiększenia efektywności ekonomicznej odniesionej do kryterium przyjętego w naukach ekonomicznych[34].

W ramach ekonomicznej analizy prawa zazwyczaj przyjmuje się jedno z trzech kryteriów oceny efektywności[35]. Efektywność, wg tzw. kryterium Pareto, zostaje osiągnięta, jeśli zwiększenie użyteczności jednego podmiotu, nie prowadzi do jednoczesnego pogorszenia sytuacji żadnego innego podmiotu. Na podstawie tzw. kryterium Kaldora-Hicksa (analiza kosztów i korzyści), dana zmiana, polegająca np. na wprowadzeniu określonej regulacji, jest efektywna wtedy, gdy prowadzi do sytuacji, w której korzyść podmiotów, których sytuacja ulega poprawie, jest większa niż strata poniesiona przez tych, których sytuacja się pogarsza. Według kryterium określanego mianem maksymalizacji bogactwa, efektywność osiągana jest w przypadku, gdy dany zasób zostaje przyznany podmiotowi, który skłonny będzie do zapłacenia najwyższej ceny w zamian za możliwość jego nabycia[36].

Badanie (w tym rozumieniu) efektywności rozwiązań prawnych w zakresie zamówień publicznych wydaje się nie tylko użyteczne, ale wręcz niezbędne przy ich tworzeniu. Podmioty systemu zamówień publicznych (zamawiający i wykonawcy) są uczestnikami rynku w rozumieniu ekonomicznym. Przepisy dotyczące zamówień publicznych niewątpliwie ograniczają swobodę zachowań rynkowych zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Weryfikacja poziomu tej efektywności następuje w toku funkcjonowania rynku zamówień publicznych, a jej złożoność uzależniona jest celów, jakie stawiane są temu systemowi.

Analiza efektywności tego systemu powinna uwzględniać przeciwstawność „interesów" zamawiających i wykonawców, ale także wykonawców wobec siebie. Podmioty działające na rynku – zamawiający i wykonawca – będą niejako naturalnie dążyły do osiągnięcia punktu optymalnego we wzajemnych relacjach, na co wskazuje zasada racjonalnego działania. Natomiast konkurowanie wykonawców prowadzi, co do zasady, do wyboru jednego z nich do realizowania zadania określonego przez zamawiającego.

Zastosowanie kryteriów ekonomicznych do badania regulacji zamówieniowych jest o tyle ułatwione, że regulacje te przynoszą skutki na konkretnych rynkach. Uwzględnienia wymaga zarówno specyfika rynku, jak i rola zamówień w jego funkcjonowaniu. Można bowiem wskazać rynki zdominowane przez transakcje dokonywane w ramach zamówień publicznych (np. rynek wysokospecjalistycznych urządzeń medycznych) oraz takie, na które zamówienia publiczne mają mniejszy wpływ (np. rynek detaliczny samochodów osobowych).

---

[34] M.J. Golecki: *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, Warszawa 2011, s. 122.

[35] Ibidem, s. 123.

[36] Ibidem, s. 123 i 124.

Ustalenie pożądanego poziomu efektywności utrudnione jest poprzez systematyczne zwiększanie funkcji i celów systemu zamówień publicznych[37]. System ten ma w szczególności również realizować cele prospołeczne, proekologiczne itd., niezależnie od zadań właściwych dla poszczególnych zamawiających – w tym jednostek sektora finansów publicznych. Ocena efektywności nie może zatem obejmować wyłącznie poziomu korzyści ekonomicznych, skoro oczekiwany do osiągnięcia wzorzec obejmuje również inne cele. Wobec rozwoju regulacji zamówień publicznych i obejmowania nią kolejnych płaszczyzn, nim rozpocznie się analizę procedur, należy zadać pytanie, czemu one mają służyć, co jest celem regulacji systemu zamówień publicznych[38].

Przy uwzględnieniu, że szczególnie liczną grupę podmiotów systemu zamówień publicznych stanowią jednostki sektora finansów publicznych, zwrócić należy uwagę, że ocena efektywności regulacji zamówieniowych nie może być dokonywana w oderwaniu, a tym bardziej w sprzeczności do zasad dokonywania wydatków publicznych. Z tym że nie należy zapominać, że jeżeli procedury udzielania zamówień publicznych uznamy za formę gospodarowania środkami publicznymi, to powinny one pełnić służebną rolę w stosunku do wszystkich wspomnianych zasad finansowych, nie tylko w odniesieniu do efektywności. Inaczej mówiąc, efektywne procedury udzielania zamówień muszą zapewnić możliwość realnego wypełniania zasad dokonywania wydatków publicznych. W szczególności, nie powinny być źródłem dodatkowych zadań jednostek sektora finansów publicznych.

System zamówień publicznych powinien przyczyniać się do efektywnej alokacji środków finansowych przede wszystkim publicznych, nie poprzez ograniczanie wydatków, a poprzez otrzymywanie jak najlepszych efektów z jak najmniejszych nakładów. Zamawiający powinni doprowadzać do tego, aby przy jak najmniejszych nakładach finansowych w jak najlepszy sposób zaspokoić daną potrzebę (zapewniając oczekiwaną jakość), tj. przeznaczyć jak najmniej środków finansowych na uzyskanie optymalnych rezultatów[39].

Systemowe spojrzenie na efektywność wymaga uwzględnienia faktu, że gospodarowanie środkami publicznymi odbywa się nie tylko za pomocą procedur zamówieniowych. Dotyczy to nie tylko zamówień publicznych, do udzielania których nie mają zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ale również wszelkich innych form rozdysponowywania publicznych środków finansowych, np. poprzez udzielanie dotacji, dopłat itp. Zatem analiza efektywności systemu zamówień publicznych może być elementem składowym oceny efektywności systemu finansów publicznych.

---

[37] Por. np. *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.

[38] K. Wińska-Rużewicz: *Efektywność wydatkowania środków unijnych w trybie zamówień publicznych. Głos wykonawców*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 161.

[39] E. Adamowicz, E. Walaszczyk, *Funkcje zamówień publicznych w świetle wykorzystania środków unijnych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 87.

Efektywność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Odpowiedź na pytanie o efektywność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nacechowana jest indywidualizmem wynikającym zarówno ze specyfiki przedmiotu zamówienia, jak i charakteru samego zamawiającego. W postępowaniu chodzi o wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, a ten z kolei – w przypadku jednostek sektora finansów publicznych – musi służyć realizacji zadań zamawiającego.

W ustawie Prawo zamówień publicznych pozostawiono zamawiającym określony zakres decyzyjności. Jednostka sektora finansów publicznych została powołana do wykonywania konkretnych zadań publicznych a kierownik jednostki (organ wykonawczy) jest odpowiedzialny za ich prawidłową realizację.

Ocena efektów konkretnego postępowania nie może być oderwana od założonego celu działania zamawiającego. Postępowanie będzie zatem efektywne, jeżeli w jego wyniku zostanie wybrana oferta umożliwiająca realizację zadania w sposób optymalny, a obowiązkiem zmawiającego jest takie skonstruowanie warunków w postępowaniu, aby było to możliwe.

W kontekście efektywności postępowania, najczęściej podnoszony jest wątek właściwego doboru kryteriów oceny ofert. Dyskusja sprowadza się zwykle do negatywnej oceny zastosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert i poszukiwania sposobu skłonienia zamawiających do formułowania innych kryteriów, przede wszystkim takich, które będą preferowały wysoką jakość oferowanych dostaw, usług, czy robót budowlanych[40]. Podejście takie wydaje się jednak zbyt daleko idącym uproszczeniem, mimo tego, iż jest zgodne z stanowiskiem, że sama definicja oferty najkorzystniejszej[41] zapewnia w postępowaniu wybór oferty optymalnej dla zamawiającego.

Nie ulega wątpliwości, że sposób ustalenia przez zamawiającego kryteriów oceny ofert ma bezpośredni wpływ na osiągnięcie właściwego efektu postępowania, a dokonanie, w wyniku udzielonego zamówienia publicznego, wydatku prawidłowego

---

[40] W konsekwencji z art. 91 ust. 2a wynika istotne ograniczenie możliwości zastosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert. Jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

[41] Zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, ilekroć w ustawie jest mowa o: najkorzystniejszej ofercie – należy przez to rozumieć ofertę:

a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo

b) z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt.

pod względem zasad finansowych, wymaga wyboru najkorzystniejszej oferty w rozumieniu ekonomicznym i finansowym. Analiza prowadzona w takim celu wymaga dokonania przez zamawiającego oceny zarówno podmiotowej, jak i przedmiotowej. W szczególności, ocena powinna obejmować analizę otoczenia wewnętrznego, jak i zewnętrznego konkretnego wykonawcy (przedsiębiorstwa). Zakres tej analizy określają przepisy Prawa zamówień publicznych wraz z aktami wykonawczymi. Oznacza to wymóg właściwego określenia warunków przedmiotowych i podmiotowych, to jest opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu warunków udziału w postępowaniu już na etapie przygotowania postępowania. Tym bardziej, że opis przedmiotu zamówienia jest bezpośrednio związany z zasadą celowości wydatków publicznych. Przedmiot zamówienia powinien być bowiem ściśle związany nie tylko z zadaniem jednostki sektora finansów publicznych, ale również ze sposobem realizacji tego zadania[42].

Uznanie określonego postępowania za efektywne wymaga zatem ustalenia przez zamawiającego oczekiwanego wzorca w zakresie realizacji założonego przedmiotu zamówienia. Zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych jest odpowiedzialny za realizację powierzonych mu zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy[43]. I temu ma służyć realizowane zamówienie publiczne.

Zakończenie

Celem stosowania procedur udzielania zamówień publicznych jest między innymi zapewnienie efektywności wydatkowanych środków publicznych. Stosowanie procedur przetargowych zgodnych z unijnym systemem zamówień publicznych kreuje domniemanie wydatkowania środków finansowych w sposób uczciwy i otwarty na konkurencję[44]. Jednak zdefiniowanie poziomu efektywności wymaga zdefiniowania zamierzonych do osiągnięcia celów. Konkretny zamawiający publiczny ma do osiągnięcia cele zdeterminowane zakresem realizowanych zadań publicznych. W obszarze ograniczonym przepisami Pzp ma on możliwość kształtowania warunków zamówienia w sposób dla siebie właściwy i tu należy upatrywać możliwości zwiększenia efektywności wydatkowania środków publicznych na poziomie realizacji planu finansowego tego zamawiającego.

Wprowadzone dyrektywami, a w konsekwencji ustawą Pzp, procedury zobowiązują zamawiających do określonych zachowań, które z natury sprzyjają uzyskiwaniu korzystniejszych warunków nabywania konkretnych przedmiotów zamówienia. Do naj-

---

[42] Szerzej: M. Winiarz: *Problem efektywności gospodarowania finansami samorządowymi a zamówienia publiczne*, „Finanse Komunalne" 2014, nr 12, s. 34 i n.

[43] Por. art. 68 ustawy o finansach publicznych.

[44] Por. P. Nowicki: *Zamówienia publiczne jako instrument gwarantujący efektywność wydatków w realizacji projektów unijnych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 92 i wskazana tam literatura.

istotniejszych należą zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców, które bez wątpienia sprzyjają uzyskaniu przez zamawiających optymalnych ofert, co z kolei powinno z założenia oznaczać właściwe, efektywne wykorzystanie środków publicznych.

Osiąganie efektywności przez poszczególnych zamawiających w konkretnych postępowaniach zamówieniowych składa się na efektywność systemu zamówień publicznych. Jednak nie może to być prosta suma różnego poziomu efektywności pojedynczych postępowań już z tego powodu, że cele systemu zamówień publicznych nie stanowią prostej sumy celów pojedynczych postępowań. Instrumenty prowadzące do osiągania innych celów przez system zamówień publicznych niż ekonomiczna optymalność oferty (np. obowiązek zawierania umów o pracę przez wykonawców, wymogi w zakresie innowacyjności) powodują, że efektywność systemu zamówień publicznych może być osiągana kosztem efektywności w rozumieniu konkretnego zamawiającego.

Jeszcze szerzej należy rozumieć efektywność systemu finansów publicznych. Nakładanie na zamawiających obowiązku realizacji celów niezależnych od ich zadań oczywiście mieści się w prawach ustawodawcy i wielu przypadkach jest słuszne. Należy jednak mieć świadomość, że realizacja tych obowiązków nie odbywa się bezkosztowo. Rolą ustawodawcy jest ustalenie akceptowalnego poziomu ponoszenia kosztów związanych z realizacją celów systemu zamówień publicznych.

Efektywność wydatkowania publicznych środków finansowych jest zasadą ukonstytuowaną ustawowo na równi z obowiązkiem zawierania przez jednostki sektora finansów publicznych umów, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Oznacza to, że ustawodawca wymaga zaangażowania osób gospodarujących środkami publicznymi do takiego wykorzystania procedur zamówieniowych, aby środki te były wykorzystane w sposób możliwie efektywny przy uwzględnieniu pozostałych zasad wynikających z przepisów regulujących finanse publiczne.

Bibliografia

Adamowicz E., Walaszczyk E.: *Funkcje zamówień publicznych w świetle wykorzystania środków unijnych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012.

Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych, red. J. Stelmach, M. Soniewicka, Warszawa 2007.

Becker G.S.: *Ekonomiczna teoria zachowań ludzkich*, PWN, Warszawa 1990

Brzozowska K., Gorzałczyńska-Koczkodaj M., Kogut-Jaworska M., Zioło M.: *Gospodarka finansowa w jednostkach samorządu terytorialnego*, Warszawa 2017.

Chełmoński A.: *Struktura prawna nadzoru policyjnego i reglamentacyjnego w administracyjnym prawie gospodarczym*, [w:] A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski: *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2000,

Golecki M.J.: *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, Warszawa 2011.

Guziejewska B.: *Efektywność finansów samorządu terytorialnego*, „Gospodarka Narodowa" 2008, nr 5–6,

Huterski R.: *Indywidualistyczne podejście do racjonalizacji wydatków publicznych*, [w:] *Ekonomiczne i prawne problemy racjonalizacji wydatków publicznych*, t. 1, *Racjonalizacja wydatków publicznych – uwarunkowania i instrumenty*, red. J. Głuchowski, A. Pomorska, J. Szołno-Koguc, Lublin 2005.

Inny słownik języka polskiego, red. M. Bańko, Warszawa 2000.

Jastrzębska M.: *Polityka budżetowa jednostek samorządu terytorialnego*, Gdańsk 2005.

Jeżowski P.: *New Public Management – nowy paradygmat zarządzania w sektorze publicznym*, [w:] *Zarządzanie w sektorze publicznym – rozwój zrównoważony – metody wyceny*, red. P. Jeżowski, Warszawa 2002.

Kachniarz M.: *Czy i jak mierzyć efektywność usług publicznych?*, [w:] *Zarządzanie finansami publicznymi a efektywność*, red.T. Lubińska, M. Będzieszak, N. Marska-Dzioba, Warszawa 2015.

Kachniarz M.: *Efektywność usług publicznych – teoria i praktyka*, Wrocław 2012.

Lipiec-Warzecha L.: *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011.

Łapińska H.: *Polityka budżetowa a kondycja finansowa jednostek samorządu terytorialnego*, Bielsko-Biała 2016.

Miemiec W.: *Zagadnienia finansowoprawne zamówień publicznych w działalności jednostek samorządu terytorialnego*, Wrocław 2013.

Misiąg W.: *Mierzenie zadań publicznych jako podstawa planowania budżetowego*, [w:] *Ekonomiczne i prawne problemy racjonalizacji wydatków publicznych*, t. 1, *Racjonalizacja wydatków publicznych – uwarunkowania i instrumenty*, red. J. Głuchowski, A. Pomorska, J. Szołno-Koguc, Lublin 2005.

Nagórny J.: *Interpretacja pojęć: kryterium legalności, gospodarności, celowości i rzetelności, zawartych w art. 203 Konstytucji RP i w art. 5 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, „Kontrola Państwowa" 2002, nr 4.

Nowicki P.: *Zamówienia publiczne jako instrument gwarantujący efektywność wydatków w realizacji projektów unijnych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk-Warszawa 2012.

Owsiak S.: *Budżet władz lokalnych*, Warszawa 2002.

Owsiak S.: *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2005.

Owsiak S.: *Finanse publiczne. Współczesne ujęcie*, Warszawa 2017.

Puczkowski B.: *Efektywność zarządzania środkami publicznymi*, Olsztyn 2014.

Ruśkowski E., [w:] *Nowa ustawa o finansach publicznych*, red. E. Ruśkowski, J. M. Salachna, Gdańsk 2010.

System zamówień publicznych w Polsce, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.

Samuelson P.A., Nordhaus W.D.: *Ekonomia 1,* s. 728*, Ekonomia 2*, Warszawa 1995.

Sochacka-Krysiak H.: *Niektóre problemy efektywności w gospodarce finansowej samorządu terytorialnego*, [w:] *W poszukiwaniu efektywności finansów publicznych. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Krystynie Piotrowskiej-Marczak*, red. S. Wieteska, M. Wypych, Łódź 2009.

Winiarz M.: *Problem efektywności gospodarowania finansami samorządowymi a zamówienia publiczne*, „Finanse Komunalne" 2014, nr 12.

Wińska-Rużewicz K.: *Efektywność wydatkowania środków unijnych w trybie zamówień publicznych. Głos wykonawców*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012.

B. Ziębicki: *Efektywność a jakość w sektorze publicznym,* [w:] *Społeczne aspekty przeobrażeń organizacyjnych*, red. A. Potocki, Warszawa 2007.

INNOWACYJNOŚĆ ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Dr Justyna Pożarowska
Urząd Zamówień Publicznych, Vrije Universiteit Brussel – Institute for European Studies

Zamówienia publiczne na innowacje – czy(m) są?

Abstrakt

W ramach niniejszego artykułu podjęto próbę dookreślenia, czym są zamówienia publiczne na innowacje i przyjrzenia się, czy takie zamówienia są realizowane w Polsce. Kreowanie popytu na innowacyjne rozwiązania i nowe technologie przez podmioty publiczne jest współcześnie postrzegane jako istotny czynnik stymulujący krajowe gospodarki. Jednocześnie proces ten opisywany jest przez szereg różnorodnych pojęć, które wydają się tworzyć złożony obraz rzeczywistości, do której się odnoszą.

Udział innowacyjnych rozwiązań w domenie publicznej w najbardziej rozwiniętych gospodarkach świata uznawany jest za znaczący, a innowacje są przedmiotami różnorodnych zamówień publicznych. Przypadki takich zamówień można spotkać również w Polsce, jednak ich identyfikacja i badanie stanowi pewne wyzwanie. W powyższych kontekstach niniejszy artykuł (i) porządkuje pojęcia odnoszące się do zamówień publicznych na innowacje; (ii) dokonuje przeglądu przedmiotów zamówień na innowacje realizowanych na świecie oraz (iii) w Polsce; a także (iv) wskazuje na trudności związane z prowadzeniem badań w tym obszarze.

Abstract

This article attempts to identify what is public procurement of innovation and to review whether such procurement projects are ongoing in Poland. The creation by public entities of demand for innovative solutions and new technologies is currently perceived as an important factor stimulating national economies. At the same time, this process is described by a number of different concepts that seem to create a complex picture of the reality to which they relate.

The share of innovative solutions in the public domain in the most developed economies of the world is considered as significant, and innovations are subjects of various public procurement procedures. Cases of such procurements can also be found in Poland, nevertheless their identification and examination is a challenge. In these contexts, the article (i) organizes concepts related to public procurement of innovation; (ii) reviews subject-matters of innovative procurements implemented in the world and (iii) in Poland; (iv) and finally indicates difficulties related to conducting research in this area.

Wprowadzenie

Popyt na innowacyjne rozwiązania i nowe technologie kreowany przez sektor publiczny coraz częściej postrzegany jest jako istotny czynnik stymulujący rozwój krajowych

gospodarek. W związku ze wzrostem jego znaczenia pojawiają się pierwsze przypadki określania ilościowych celów zamówień publicznych na innowacje, np. Holandia przyjęła, że 2,5% całkowitej wartości krajowych zamówień muszą stanowić zamówienia na innowacje, a Finlandia wskaźnik ten określiła na poziomie 5%[1]. Dla uzyskania spotęgowanego efektu gospodarczego zamówienia publiczne na innowacje łączone są ze wsparciem dla mikro, małych i średnich przedsiębiorstw, szczególnie tych działających w formule start-upów. UGAP – francuski centralny zamawiający – określił dwuprocentowy cel zamówień publicznych na innowacje z udziałem MŚP, który powinien zostać osiągnięty do 2020 r. Niektóre z krajów członkowskich OECD (Stany Zjednoczone, Wielka Brytania, Japonia, Holandia, Australia) posiadają innowacyjne programy badawcze ukierunkowane na MŚP i dostarczające finansowego wsparcia na wczesnych etapach projektów wysokiego ryzyka z udziałem MŚP finansowanych w drodze zamówień publicznych. Tego typu wsparcie prowadzić ma do skalowania małych przedsiębiorstw do regularnych firm działających w obszarach nowych technologii.

Niektóre z administracji krajowych (np. Niemcy, Portugalia, Holandia) wspierają zamówienia publiczne na innowacje poprzez tworzenie centrów kompetencji (centra kompetencji dla innowacji, centra kompetencji dla zrównoważonego rozwoju), które przygotowują pracowników zamawiającego do prowadzenia zamówień publicznych na innowacje lub asystują przy ich prowadzeniu czy też przeprowadzają na zlecenie zamawiających części procedur, np. rozeznanie rynku. Bezpośrednio wspierający charakter mają różne formy finansowania zamówień publicznych na innowacje z krajowych budżetów, w tym np. niemieckie konkursowe dopłaty do zamówień o innowacyjnym przedmiocie zamówienia lub do procedur realizowanych w sposób innowacyjny.

Popyt na innowacje tworzony przez publicznych zamawiających oddziałuje na wykonawców. Według badania S. Appelt, i F. Galindo-Rueda (2016)[2] w objętych badaniem krajach UE i innych krajach OECD w latach 2010–2012 od 9 do 34% firm dostarczało towary lub usługi podmiotom publicznym. Spośród tych firm od 14 do 36% podjęło działania innowacyjne w ramach realizowanych przez siebie zamówień publicznych, przy czym w niektórych krajach działania takie wynikały z wymogu stawianego przez zamawiającego (w Holandii, Włoszech, Niemczech, Turcji między 47–70% firm wprowadzało innowacje w ramach zamówień publicznych ze względu na obowiązek określony przez zamawiającego), podczas gdy w innych krajach obligatoryjne wymagania w tym zakresie były rzadsze (Austria, Finlandia, Francja, Portugalia, Szwecja – w około 20% przypadków).

Strategiczne wykorzystanie zamówień publicznych na innowacje na potrzeby rozwoju gospodarczego obejmującego włączenie społeczne staje się coraz częst-

[1] Wskazane we wprowadzeniu bieżące inicjatywy państw członkowskich OECD w zakresie zamówień publicznych na innowacje omawiane były w trakcie OECD Forum on Procurement for Innovation, 05.10.2016, OECD, Paryż.

[2] Silvia Appelt, Fernando Galindo-Rueda (2016): *Measuring the Link between Public Procurement and Innovation*, OECD Science, Technology and Industry Working Papers, 2016/03, OECD Publishing, Paris.

szym elementem polityk krajowych, regionalnych i lokalnych jak również i polityki międzynarodowej.

Rozumienie zamówień publicznych na innowacje i pojęcia powiązane

Ustawa Prawo zamówień publicznych[3], tak jak i nowe dyrektywy[4], nie definiuje pojęcia zamówień publicznych na innowacje, natomiast definiuje pojęcie innowacji. Europejska, a za nią krajowa, definicja innowacji opiera się na podręczniku *Oslo Manual* opracowanym w 2005 r. przez OECD i Eurostat[5]. Podręcznik odnosi się do innowacji oraz działań innowacyjnych. Według Podręcznika innowacja oznacza wdrożenie nowego lub znacząco ulepszonego produktu (towaru lub usługi) lub procesu, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacji w praktykach biznesowych, w organizacji miejsca pracy lub w stosunkach zewnętrznych. *Oslo Manual* wskazuje, że wspólną cechą innowacji jest to, że muszą one zostać wdrożone. Nowy lub ulepszony produkt uznaje się za wdrożony, gdy zostanie wprowadzony na rynek, a nowy proces, metoda marketingowa lub organizacyjna są wdrożone, gdy zostają wprowadzane do rzeczywistego użytku w bieżących działaniach firmy. Natomiast działania innowacyjne w Podręczniku określone są jako wszystkie kroki (naukowe, technologiczne, organizacyjne, finansowe i handlowe), które faktycznie lub w swoim zamiarze prowadzą do wdrożenia innowacji. Podręcznik zauważa, że niektóre działania innowacyjne same w sobie mają innowacyjny charakter, inne nie są nowymi działaniami, ale są niezbędne do wdrażania innowacji. Działania innowacyjne obejmują badania i rozwój, również te, które nie są bezpośrednio związane z rozwojem konkretnej innowacji[6].

Bazując na Podręczniku, dyrektywy europejskie oraz Artykuł 73a.3. Pzp wskazują, że przez innowacyjny produkt, usługę lub robotę budowlaną należy rozumieć nowy lub znacznie udoskonalony produkt, usługę lub proces, w tym proces produkcji, budowy lub konstrukcji, nową metodę marketingową lub nową metodę organizacyjną w działalności gospodarczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych. Dyrektywy dodają w tym miejscu, że wdrażanie innowacji ma pomóc rozwiązać wyzwania społeczne lub wspierać strategię „Europa 2020" na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu (2014/24/UE, art. 2 pkt. 22).

---

[3] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.).

[4] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji.

[5] OECD, Eurostat (2005), *Oslo Manual*, OECD Publishing, Paris, paragrafy 144–150.

[6] Definicje proponowane w *Oslo Manual* opracowane zostały na potrzeby statystyczne i służyć miały mierzeniu poziomu innowacyjności w poszczególnych państwach UE i OECD, przede wszystkim z uwzględnieniem sektora prywatnego.

Definicję zamówień publicznych na innowacje proponuje Europejski Komitet ds. Przestrzeni Badawczej i Innowacji (ERAC), który odnosi się do strategicznego wykorzystania zamówień publicznych na innowacje, określając je jako wszelkie praktyki zamówień publicznych (przedkomercyjne lub komercyjne), które mają stymulować innowacje poprzez badania i rozwój oraz wprowadzanie na rynek innowacyjnych produktów i usług[7].

Komisja Europejska w opublikowanym w październiku 2017 r. *Projekcie Wytycznych w sprawie zamówień publicznych na innowacje*[8] wskazała, że pojęcie „zamówień publicznych na innowacje" odnosi się do każdego procesu, który obejmuje zakup procesu innowacji lub zakup wyników procesu innowacji. Zakup procesu innowacji oznacza, że realizacja zamówienia publicznego rozpoczyna się od badań i rozwoju produktów, usług lub procesów, które jeszcze nie istnieją, a publiczny zamawiający od samego początku staje się częścią procesu tworzenia innowacji, w niewielkim tylko stopniu przesądzając kształt finalnego rozwiązania lub wcale się do niego nie odnosząc, natomiast wspierając innowacyjne firmy i naukowców w znalezieniu idealnie dopasowanego do własnej potrzeby produktu, usługi lub procesu. Zakup wyników procesu innowacji oznacza, że publiczny zamawiający, zamiast odnawiać lub powielać istniejące umowy, wybiera produkt, usługę lub proces, który jest nowy na rynku lub po prostu nowy dla publicznego zamawiającego.

Podsumowując powyższe definicje warto zauważyć, że rozumienie zamówień publicznych na innowacje obejmuje różne poziomy innowacyjności (nowości) przedmiotu zamówienia. Ponadto obecnie pojęcie to odnosi się nie tylko do innowacji technicznych czy technologicznych, które przez długi czas dominowały w pojmowaniu szeroko rozumianego rozwoju, ale również do innowacji społecznych. Tradycyjnie przyjęło się uważać, że zamawianie innowacji wiąże się z prowadzeniem prac badawczo-rozwojowych. Najczęściej również zakłada się, że procedura prowadząca do udzielenia zamówienia na innowacyjne rozwiązania wymaga pewnej elastyczności, pozwalającej na wypracowanie odpowiednich rozwiązań, którą to elastyczność dają procedury zawierające w swojej formule elementy negocjacyjne. Jednak jak pokazują przykłady, można dokonać zamówienia publicznego na innowację bez spełnienia tych warunków. Poza tym istotny w rozumieniu i badaniu zamówień publicznych na innowacje jest również fakt, że innowacja pozostaje innowacją tylko przez określony czas. Upowszechnienie się nowoczesnych rozwiązań automatycznie powoduje, że innowacje dezaktualizują się.

W kontekście powyższego można uznać, że **zamówienia publiczne na innowacje oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiot ma innowacyjny charakter.**

---

[7] European Council (2015), "European Research Area and Innovation Committee (ERAC)", cyt. za: OECD (2017). Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris, s. 18.

[8] European Commission (2017), *Consultation document on Guidance on Public Procurement of Innovation.* Draft version to be submitted to the targeted consultation. Document date: 03/10/2017 – Created by GROW.DDG2.G.4 – Publication date: 03/10/2017.

Wąskie rozumienie zamówień publicznych na innowacje związane jest z wąskim rozumieniem samego pojęcia innowacji. Takie wąskie rozumienie innowacji najpełniej odzwierciedla ich istotę i ogranicza się do tworzenia zupełnie nowych produktów/usług. A zatem, **w wąskim znaczeniu,** zamówienia publiczne na innowacje to taki sposób udzielania zamówień publicznych, który prowadzi do stworzenia zupełnie nowych, technologicznie zaawansowanych produktów, usług, robót budowlanych, które do tej pory nie istniały.

W szerokim znaczeniu, zamówienia publiczne na innowacje oznaczają taki sposób udzielania zamówień publicznych, który obejmuje również wszelkie ulepszenia, rozwijanie i technologiczne dostosowywanie już istniejących produktów/usług. W tym znaczeniu innowacyjne zamówienie obejmą np. projekty, w których korzystano z istniejących na rynku produktów, elementów, podzespołów, komponentów, ale sposób ich zestawienia, zastosowania lub modyfikacji doprowadził do powstania produktu/usługi posiadających nowe cechy, różne od cech zastosowanych części składowych.

W najszerszym znaczeniu, zamówienia publiczne na innowacje oznaczają nie tylko tworzenie nowości oraz ulepszanie/rozwijanie istniejących produktów/usług, ale również ich dalszą komercjalizację i upowszechnianie ich stosowania, wynikające z popytu tworzonego przez publicznych zamawiających. Takie najszersze znaczenie tego pojęcia obejmuje również nabywanie przez publicznych zamawiających rzeczy gotowych (*off the shelf*), istniejących na rynku, które są nowoczesne i niestosowane lub mało stosowane do tej pory w sektorze publicznym, a które służą usprawnieniu jego funkcjonowania.

Jak wskazano wyżej, „zamówienia publiczne na innowacje" oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiot ma innowacyjny charakter i wydaje się, że pojęcie „zamówień publicznych na innowacje" jest dość jednoznaczne i nie pozostawia wątpliwości, że innowacyjność dotyczy tego, co jest nabywane w drodze przetargu publicznego.

Dość powszechnie używanym pojęciem stało się również **pojęcie „innowacyjnych zamówień",** które jest pojęciem wieloznacznym i nie musi dotyczyć czy ograniczać się do innowacyjnego przedmiotu zamówienia. Jest ono często używane w sytuacjach, gdy dokonuje się tradycyjnych zakupów, jednak z zastosowaniem nietradycyjnych metod/narzędzi, np. poprzez korzystanie z różnego rodzaju elektronicznych narzędzi prowadzenia procedury przetargowej lub narzędzi wspierających jej poszczególne etapy. W niektórych kontekstach proces elektronizacji systemów zamówień publicznych lub elektronizacji poszczególnych procedur traktowane są jako innowacyjne zamówienia. Można spotkać się z tym, że jako zamówienia innowacyjne traktuje się np. korzystanie z elektronicznych katalogów, elektronizację procedur zarządzanych przez centralnych zamawiających czy też użytkowanie narzędzi zintegrowanego zarządzania umowami ramowymi, systemami dynamicznych zakupów oraz e-katalogami.

Dla przykładu, zamówienie publiczne na elektroniczny system zamówień publicznych być może będzie nosiło cechy zamówienia publicznego na innowacje w wąskim znaczeniu tego pojęcia, ale niekoniecznie musi je posiadać. Sama kastomizacja złożonego systemu elektronicznego o wysokim poziomie bezpieczeństwa do obszaru zamó-

wień publicznych niekoniecznie będzie innowacją w wąskim rozumieniu, ponieważ tego typu systemy funkcjonują od dawna i obsługują inne sektory np. sektor bankowy.

W związku z powyższym, nowoczesne metody prowadzenia postępowań przetargowych należy odróżnić od zamówień publicznych, których celem jest zakup innowacji, a w szerszej perspektywie rozwój innowacyjnej gospodarki za pośrednictwem zamówień publicznych poprzez prowadzenie świadomej polityki w tym zakresie.

Z pojęciem zamówień publicznych na innowacje wiąże się również pojęcie **zamówień przedkomercyjnych (*pre-commercial procurement*, PCP).** Zamówienie przedkomercyjne jest zakupem usług badawczo-rozwojowych poza ustawą Pzp, na podstawie wyłączenia przewidzianego w art. 4 ust. 3 lit. e Pzp (zgodnie z wyłączeniami przewidzianymi prawem europejskim). Ponieważ do zamówień przedkomercyjnych nie stosuje się reżimu ustawy/dyrektyw, daje to zamawiającym swobodę w prowadzeniu PCP i organizowaniu współpracy z wykonawcami biorącymi w nim udział. Jednak mimo takiej swobody zamawiający nie jest zwolniony z przestrzegania podstawowych zasad traktowych, takich jak np. zapewnienie konkurencji, transparencja czy równe traktowanie.

O ile zamówienie przedkomercyjne prowadzi do wypracowania pewnych rozwiązań, o tyle ich zakup następuje w drodze procedury zamówień publicznych, do której w pełni mają zastosowanie przepisy ustawy. Tak więc po przeprowadzeniu PCP i wypracowaniu w jego ramach konkretnych rozwiązań, dla ich zakupu zamawiający przeprowadza regularną procedurę przewidzianą ustawą Pzp, dopuszczając do udziału w procedurze wszystkich zainteresowanych wykonawców spełniających określone warunki. Zaangażowanie wykonawcy w PCP i stworzenie np. serii testowej nowego produktu nie gwarantuje mu uzyskania zamówienia publicznego na komercyjną ilość zakupu określoną przez zamawiającego.

Podstawowym dokumentem odnoszącym się do zamówień przedkomercyjnych jest Komunikat Komisji Europejskiej COM(2007) 799 „Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie”[9]. Komunikat definiuje zamówienia przedkomercyjne jako podejście do udzielania zamówień na usługi badawczo-rozwojowe inne niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej, dla potrzeb jej własnej działalności i pod warunkiem że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca i że wynagrodzenie to nie stanowi pomocy państwa. Wyjaśniając tę definicję Komunikat jako najistotniejsze cechy zamówień przedkomercyjnych wskazuje to, że:

1. zakres PCP obejmuje jedynie usługi badawczo-rozwojowe (poszukiwanie i projektowanie rozwiązań, prototypowanie, opracowanie ograniczonej ilości nowych produktów lub usług w postaci serii testowej),
2. w ramach PCP stosuje się podział ryzyka i korzyści pomiędzy zamawiającym a wykonawcą (zamawiający nie zastrzega wyników prac badawczych i rozwojowych

[9] COM(2007) 799 final. *Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe*, Brussels, 14.12.2007.

wyłącznie do własnego użytku, zamawiający i wykonawca dzielą się ryzykami i korzyściami związanymi z prowadzonymi pracami badawczo-rozwojowymi),

3. proces PCP odbywa się na zasadach konkurencyjnych tak, aby wykluczyć pomoc państwa (zapewnienie konkurencji, przejrzystości, otwartości, równego traktowania i określanie cen na warunkach rynkowych).

Ostatecznie Komunikat podsumowuje zamówienie przedkomercyjne jako zakup na warunkach rynkowych usług badawczo-rozwojowych przy zachowaniu podziału między zamawiającego i wykonawcę ryzyk i korzyści związanych z realizacją takiego zamówienia.

Generalnie zamówienie przedkomercyjne podzielone jest na kilka etapów odzwierciedlających cykl życia innowacji, obejmujących: etap wstępnego rozeznania badawczego i stworzenie wizji/wyobrażenia o przyszłym produkcie/dostawie/robocie budowlanej; etap poszukiwania rozwiązania i zaprojektowanie takiego rozwiązania; etap pracy nad prototypem/prototypami i powstanie prototypu; etap pracy nad ograniczoną ilością pierwszych produktów/usług i powstanie serii testowej; etap prac nad finalnymi produktami/usługami, ich produkcję i komercjalizację.

Różnica między zamówieniem publicznym na innowacje a zamówieniem przedkomercyjnym polega na tym, że zamówienie publiczne na innowacje jest zamówieniem prowadzonym zgodnie z przepisami ustawy Pzp a jego przedmiot ma innowacyjny charakter, natomiast zamówienie przedkomercyjne stanowi zakup usług B&R poza ustawą, na podstawie przewidzianego nią wyłączenia.

Niemniej jednak, typowa organizacja zamówienia przedkomercyjnego, przebiegająca według cyklu życia innowacji, stanowi podstawę realizacji umowy w nowym trybie partnerstwa innowacyjnego, który to tryb łączy dwa procesy: opracowania innowacyjnego rozwiązania (tak jak w PCP) i jednocześnie jego zakup (zakup nie jest elementem PCP, a w celu jego przeprowadzenia organizuje się odrębną procedurę).

Innowacyjne przedmioty zamówienia publicznych w Europie i na świecie[10]

Doświadczenia różnych państw pozwalają zauważyć elementy wspólne w obszarze zamówień publicznych na innowacje i można stwierdzić, że rozwój innowacji finansowanych ze środków publicznych w krajach rozwiniętych idzie w kilku zasadniczych kierunkach. Przedmioty zamówień na innowacje koncentrują się na obszarach stanowiących wyzwania dla nowoczesnych społeczeństw. Obszary te obejmują **inteligentne rozwiązania dla miast, w tym nowoczesne środki transportu** i systemy zarządzania ruchem drogowym; szeroko rozumiane **ekoinnowacje** mające ograniczyć negatywne oddziaływanie na środowisko przede wszystkim poprzez ograniczenie zużycia energii i innych zasobów oraz zmniejszenie emisji CO2; innowacje w obszarze **zdrowia i me-**

[10] Przypadki zamówień publicznych omawiane w publikacji były przedmiotem analizy w trakcie następujących spotkań i konferencji: OECD Forum on Procurement for Innovation, 5.10.2016 Paris, France; Second Major Eafip Event on Innovation Procurement, 18–19.10.2016 Athens, Greece; Conference on Innovation Procurement, 17–18.10.2017 Tallinn, Estonia; jak również weszły w zakres OECD (2017), *Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies, OECD Public Governance Reviews,* OECD Publishing, Paris.

dycyny ze szczególnym uwzględnieniem telemedycyny, która ma wspierać pacjentów starzejących się społeczeństw; innowacje na potrzeby prowadzenia publicznie finansowanych **badań naukowych** czy też innowacje w obszarze **organizacji i zarządzania administracją publiczną.** Odrębną kategorię stanowią również innowacje na potrzeby **bezpieczeństwa i wojskowości,** które w ograniczonym zakresie są upubliczniane. Istotne stają się również **innowacje społeczne,** które w przeciwieństwie do innowacji technicznych/technologicznych koncentrują się na relacjach międzyludzkich.

Istotnym elementem **zamówień publicznych na innowacje miejskie** są projekty prowadzące do stworzenia w pełni elektrycznych pojazdów i towarzyszącej im infrastruktury, które są realizowane np. w trybie partnerstw innowacyjnych przez Francję i Polskę. Z kolei Szwecja w 2016 r. rozpoczęła testowanie elektrycznych dróg dla transportu ciężkiego (autostrada E16 na odcinku Sandviken)[11]. Elektryczny transport ciężki ma być krokiem na drodze do rezygnacji z paliw kopalnych i zerowej emisji dwutlenku węgla i wpisuje się w szwedzki rządowy cel efektywności energetycznej i floty pojazdów bez paliw kopalnych, który ma być osiągnięty do 2030 r. Testowane obecnie dwa rozwiązania opierają się o kolektor prądu na dachu kabiny ciężarówki zasilający hybrydowy silnik pojazdu, jak również elektryczną szynę w jezdni, ładującą pojazd w trakcie podróży.

Przykładem inteligentnych rozwiązań dla miast mogą być również austriackie zamówienia publiczne na mobilny system zarządzania ruchem dla robót drogowych i większych wypadków (MOVEBEST, MOVEBAG), który może być używany tymczasowo i w różnych miejscach[12]. System ma wykrywać, analizować i określać warunki ruchu, umożliwiając dynamiczną kontrolę sytuacji. Ma mieć modułową konstrukcję, być samowystarczalny energetycznie i korzystać z bezprzewodowej transmisji danych. Innym przykładem zamówień na innowacje miejskie może być inicjatywa sześciu państw europejskich[13], które wspólnie realizowały projekt Smart@Fire, w ramach którego stworzono inteligentny system osobistej ochronny dla strażaków[14]. W ramach wspólnego zamówienia przedkomercyjnego współfinansowanego ze środków europejskich (FP7) stworzono prototyp innowacyjnego uniformu, a następnie przeprowadzono wspólne zamówienie publiczne na zakup innowacyjnego rozwiązania. W ramach przygotowań 961 europejskich oddziałów służb ratowniczo-gaśniczych zostało zapytanych i określiło swoje oczekiwania co do charakteru uniformu. Następnie przeprowadzono konsultacje rynkowe w Belgii, Francji i Niemczech służące dopracowaniu zakresu prototypu. Ostatecznie w ramach uniformu zintegrowano m.in. narzędzia komunikacyjne i lokalizacyjne (GPS), narzędzia wizualizacyjne, autonomiczne

[11] Trafikverket – Swedish Transport Administration. First electric road in Sweden inaugurated, https://www.trafikverket.se/en/startpage/about-us/news/2016/2016-06/first-electric-road-in-sweden-inaugurated/ (dostęp: 19.03.2018).

[12] OECD (2017), *Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris.

[13] Belgia, Holandia, Francja, Niemcy, Wielka Brytania i Węgry.

[14] The Smart@fire, www.smartatfire.eu (dostęp: 20.03.2018).

urządzenia do pomiaru temperatury i gazów wybuchowych, detektor termicznego punktu podczerwieni, system wizualizacji strażaków oraz wielokierunkową aktywną iluminację.

Przykład **ekoinnowacyjnych zamówień publicznych** mogą stanowić zamówienia francuskie. Wśród przykładów takich zamówień Francja promuje przypadek płynnych diod LED wykorzystywanych na potrzeby oświetlenia publicznego. Ciekłe lampy LED są bardziej trwałe i mogą pełnić więcej funkcji, a w przypadku rozwiązań francuskich zostały m.in. zintegrowane z monitoringiem video, rozwiązaniami pozwalającymi na zmianę natężenia światła i jego koloru, dodawania ujęć światła, alarmami czy globalnym systemem pozycjonowania GPS. Szacuje się, że całkowity koszt użytkowania ciekłej technologii LED jest o 50% do 75% niższy niż w przypadku zwykłej technologii LED[15]. Innym przypadkiem francuskich ekoinnowacji publicznych jest biomimetyczna turbina wiatrowa.

Symbolem europejskich zamówień publicznych na **innowacje w publicznej służbie zdrowia** stało się holenderskie rozwiązanie stworzone na potrzeby Erasmus Medical Centre, Erasmus University Rotterdam, którym był robot do mycia szpitalnych łóżek[16]. Przy opracowywaniu tego wynalazku zastosowano rozwiązania i technologie tradycyjnie stosowane do lakierowania samochodów, co pozwoliło o 35% zredukować koszty czyszczenia pojedynczego łóżka i o 65% ograniczyć emisję CO2 w stosunku do dezynfekcji prowadzonej z zastosowaniem wcześniejszej metody. W Niemczech Region Północna Nadrenia–Westfalia realizuje w ramach projektu THALEA zamówienie przedkomercyjne mające dostarczyć innowacyjnych rozwiązań dla poprawy opieki nad pacjentami oddziałów intensywnej terapii poprzez zastosowanie telemedycyny i telemonitorowania[17]. W Norwegii zrealizowano projekt, w ramach którego powstała platforma inteligentnych domów dla seniorów zamieszkujących Oslo[18]. System inteligentnych domów wspiera samodzielne życie osób starszych, bazując na centralnej platformie IT, tabletach, systemie alarmowym i indywidualnym monitorowaniu za pośrednictwem GPS. Natomiast w Wielkiej Brytanii w ramach rządowej inicjatywy badawczej dla małych firm (*Small Business Research Initiative*, SBRI) opracowano dla brytyjskiego ministerstwa zdrowia innowacyjną bazę danych służącą identyfikacji zależności między zmiennością genetyczną a chorobą człowieka, która docelowo pozwoli na tworzenie zindywidualizowanych lekarstw dostosowanych do charakterystyki genowej poszczególnych osób[19].

---

[15] OECD (2017), Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris.

[16] Sustainable bed washing solution. Erasmus University Medical Centre (Netherlands), http://www.ecoquip.eu/procurement-projects/sustainable-bed-washing-solution.html Dostęp w dniu 21.03.2018.

[17] Thalea, http://www.thalea-pcp.eu/ (dostęp: 21.03.2018).

[18] City of Oslo – a smart house platform for Omsorg+ Kampen, http://www.innovation-procurement.org/award/city-of-oslo (dostęp: 21.03.2018).

[19] SBRI: the Small Business Research Initiative, https://www.gov.uk/government/collections/sbri-

W ramach tej samej rządowej inicjatywy badawczej dla małych firm SBIR w Wielkiej Brytanii finansowane były **innowacje na potrzeby prowadzenia publicznie finansowanych badań naukowych.** Między innymi sfinansowano projekt i rozwój wytrzymałego, bezzałogowego statku morskiego do badań oceanograficznych zdolnego do nieprzerwanej pracy przez kilka miesięcy w warunkach otwartego morza[20]. Statek wykorzystuje istniejące i nowe technologie czujników do gromadzenia danych z oceanów, a pomysły i prototypy opracowane przez małe przedsiębiorstwa podlegają dalszemu rozwojowi.

Jeśli chodzi o innowacje na potrzeby **organizacji administracji publicznej** w Czechach w ramach innowatyzacji sektora publicznego stworzono inteligentny system elektronicznego zarządzania dla Archiwów Państwowych. W Finlandii trzy regiony wspólnie dokonały zamówienia publicznego obejmującego stworzenie energooszczędnych zamków cyfrowych (iLOQ)[21]. Przy zagubionych kluczach do tradycyjnych mechanicznych zamków ze względu na wymogi bezpieczeństwa przewidziane prawem wymagana jest ponowna instalacja. Zamki cyfrowe w takiej sytuacji wymagają jedynie przeprogramowania i okazały się znacząco tańsze w całym cyklu życia. Portugalia jako przykład innowacji publicznych promuje prace nad chmurą obliczeniową tworzoną na potrzeby administracji publicznej.

Jak wskazano powyżej odrębną kategorią są **innowacje społeczne[22], jak również zamówienia publiczne na tego typu innowacje**. Adresowanie problemów społecznych przez instytucje publiczne w nowy sposób bez wątpienia będzie powiązane z wydatkowaniem środków publicznych, w tym poprzez udzielanie zamówień publicznych. Przykładem wyzwań społecznych wymagających nowatorskich rozwiązań jest powołanie nowego brytyjskiego ministra ds. samotności[23], którego zadaniem ma być opracowanie krajowej strategii rozwiązywania problemu, wsparciu czego ma służyć utworzony w tym celu fundusz oraz opracowanie metod pomiaru i monitorowania

---

the-small-business-research-initiative#success-stories (dostęp: 22.03.2018).

[20] Surface Vehicles Development, http://noc.ac.uk/facilities/marine-autonomous-robotic-systems/asv/asv-development (dostęp : 26.03.2018).

[21] OECD (2017), Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris.

[22] Zgodnie z opinią środowisk zajmujących się innowacjami społecznymi, innowacje te mają kilka cech, które pozwalają je sklasyfikować jako takie, m.in.: są rozwiązaniami implementowanymi, czyli faktycznie podlegają wdrożeniu; są replikowalne i skalowalne, co pozwala stosować je szerzej; mają emancypacyjny charakter, czyli prowadzą do usamodzielnienia osób czy grup, którym mają służyć lub na których potrzeby mają odpowiadać (również poprzez włączanie w proces tworzenia rozwiązań osób, którym te rozwiązania będą służyć); są powiązane z realnymi problemami społecznymi i odpowiadają na rzeczywiste potrzeby społeczne; ich cel w sposób świadomy ma społeczny charakter, a nie jest jedynie efektem ubocznym (J. Mencwel, K. Wygnański, Z. Komorowska, M. Perchuć, E. Stokłuska, W. Rustecki, M. Wiśnicka, M. Zaród, *GŁOS Stoczni, Zeszyt 2: Innowacje*, Warszawa 2014).

[23] BBC News, 17 January 2018, Minister for loneliness appointed to continue Jo Cox's work, http://www.bbc.com/news/uk-42708507 (dostęp: 27.03.2018).

samotności przez brytyjskie Biuro Statystyki Narodowej. Innym przykładem publicznego rozwiązywania problemów społecznych w nowy sposób jest działalność kolumbijskiej Narodowej Agencji ds. Przeciwdziałania Ekstremalnemu Ubóstwu, która uruchomiła program rozwijania wśród najuboższych społeczności umiejętności miękkich pozwalających generować dochody poprzez łączenie technologii i wiedzy[24].

Innowacyjne przedmioty zamówień publicznych w Polsce

Przykłady zamówień publicznych na innowacje w Polsce obejmują te same domeny, które wskazano w przypadku zamówień realizowanych w Europie i na świecie.

Jeśli chodzi o **inteligentne rozwiązania dla miast obejmujące transport,** przykładem mogą być projekty koordynowane przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju. Jak wspomniano wyżej, NCBR z początkiem 2018 r. ogłosiło zamówienie publiczne w trybie partnerstwa innowacyjnego na stworzenie elektrycznego autobusu miejskiego wraz z infrastrukturą wspierającą jego funkcjonowanie, które to zamówienie realizowane jest w ramach szerszego projektu „Bezemisyjny transport miejski"[25]. Odbiór innowacji wypracowanej w ramach partnerstwa aktualnie zadeklarowało 26 polskich miast i 41 gmin Metropolii Górnośląsko–Zagłębiowskiej. Jako kolejną inwestycję tego typu zaplanowano zamówienie publiczne na innowacyjny tabor kolejowy, również realizowane w trybie partnerstwa innowacyjnego[26]. Współpraca NCBR i PKP Intercity w ramach projektu „Luxtorpeda 2.0" służyć ma opracowaniu zapotrzebowanie na nowoczesną lokomotywę elektryczną, elektryczne zespoły trakcyjne oraz składy typu push-pull.

Przykładem **ekoinnowacji** finansowanych w drodze zamówień publicznych mogą być przedsięwzięcia realizowane przez Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A. w Tychach (RCGW S.A.)[27]. Centrum przekształciło Urbanowice w pasywną plus oczyszczalnię ścieków będącą jednym z najnowocześniejszych obiektów tego typu w Polsce i Europie. RCGW S.A. bazuje na wysokich wewnętrznych standardach w zakresie ochrony środowiska, w tym zużycia energii i bezemisyjności, prowadzi własne prace badawczo-rozwojowe i tworzy innowacje na potrzeby infrastruktury, którą zarządza. Biogaz jest głównym źródłem energii odnawialnej podczas produkcji energii

---

[24] OECD (2017), *Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris.

[25] Bezemisyjny transport publiczny, http://www.ncbr.gov.pl/fundusze-europejskie/poir/emobility/ (dostęp: 12.03.2018).

[26] Pociąg do innowacji – NCBR i PKP IC stworzą nowoczesne pojazdy szynowe, http://www.ncbr.gov.pl/aktualnosci/art,5983,pociag-do-innowacji-ncbr-i-pkp-ic-stworza-nowoczesne-pojazdy-szynowe.html (dostęp: 12.03.2018).

[27] Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A. w Tychach (2017), *Doświadczenia z realizacji zrównoważonych zamówień publicznych w Regionalnym Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A. w Tychach*, [w:] *Dobre praktyki w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych,* Urząd Zamówień Publicznych, red. J. Pożarowska, M. Olejarz, Warszawa 2017.

elektrycznej i ciepła w kogeneracji, a dzięki stosowanym rozwiązaniom zużycie energii w procesie oczyszczania ścieków wynosi tylko 0,33 kWh/m3 oczyszczonych ścieków. Miejscowy hałas został zredukowany poprzez zastosowanie dmuchaw wykorzystujących technologię stosowaną w samolotach odrzutowych Boeinga (obniżających o 20 dB poziom hałasu). Samowystarczalność energetyczna tyskiej oczyszczalni ścieków wynosząca ok. 150% pozwala obsługiwać energetycznie inną infrastrukturę miasta, w tym nową, również innowacyjną inwestycję – ekologiczny Aquapark Tychy. Natomiast za **innowację o charakterze społecznym** uznać można sposób, w jaki zorganizowano bieżące zarządzanie Centrum, uwzględniające konieczność stałego unowocześniania i osiągania kolejnych poziomów zrównoważonego rozwoju.

Przykładem **zamówień publicznych na innowacje w obszarze publicznej służby zdrowia** może być zamówienie z 2012 r. na dostawy efektywnej i ekologicznej odzieży roboczej dla pracowników Szpitala Powiatowego w Rawiczu, realizowane w ramach projektu LCB-Healthcare/EcoQUIP. Postępowanie prowadzono w procedurze dialogu konkurencyjnego, w ramach którego poszukiwano rozwiązań dla ograniczenia kosztów zakupu i użytkowania odzieży personelu szpitalnego, zwiększenia komfortu z jej korzystania oraz ograniczenie emisji dwutlenku węgla związanej z jej użytkowaniem. Ostatecznie, zamiast dotychczasowej odzieży bawełnianej wybrano produkt oparty o włókna eukaliptusa, który okazał się najtańszy pod względem kosztów w całym cyklu życia (koszty zakupu, użytkowania w tym prania, suszenia, napraw oraz koszty utylizacji). Oszczędności (wynikające przede wszystkim z łatwego prania i szybszego schnięcia odzieży z eukaliptusa) oszacowano na ok. 20% w stosunku do dotychczasowych kosztów[28].

Innym zamówieniem publicznym tego typu, realizowanym w ramach projektu EcoQUIP, jest zamówienie z 2015 r., w ramach którego zaprojektowano i zbudowano instalację fotowoltaiczną dla Szpitala w Suchej Beskidzkiej. Zamówienie w trybie dialogu konkurencyjnego i poprzedzone dialogiem technicznym zrealizowano w odpowiedzi na potrzebę uzyskania komfortu termicznego pacjentów i personelu szpitala. W ramach przedsięwzięcia południową ścianę szpitala osłonięto konstrukcją paneli fotowoltaicznych, które zacieniły pomieszczenia najbardziej narażone na nadmiar słońca i które jednocześnie produkują prąd na potrzeby szpitala[29]. Zysk z tej inwestycji oszacowano na ok. 150 tys. zł rocznie, uwzględniając zaoszczędzoną kwotę wydatków na klimatyzację w przypadku zastosowania tradycyjnego rozwiązania[30].

---

[28] M. Kautsch: *Innovative public procurement of a bio-based product: Poland*. Prezentacja wygłoszona podczas konferencji Innovation Procurement for the benefit of industries, SMEs & stronger public services, Kraków, 15.11.2013.

[29] Cost-effective and low carbon solutions to maintain the thermal comfort of patients. Sucha Beskidzka Hospital (Poland), http://www.ecoquip.eu/procurement-projects/cost-effective-and-low-carbon-solutions-to-maintain-the-thermal-comfort-of-patients.html (dostęp: 13.03.2018).

[30] M. Kautsch, M. Lichoń: *Innowacyjne zamówienia publiczne – korzyści z robienia czegoś inaczej*. Prezentacja wygłoszona podczas XV Forum Szpitali, Poznań, 2016.10.11.

Przykładem polskich **innowacji na potrzeby nauki** może być synchrotron Solaris (pierwszy taki obiekt w Europie Środkowej) będący akceleratorem elektronów i źródłem światła synchrotronowego[31]. Jasność światła synchrotronowego jest miliardy razy większa od jasności światła słonecznego, posiada ono szeroki zakres fal elektromagnetycznych (od podczerwieni do promieniowania rentgenowskiego), może być ono filtrowane i kierowane do linii badawczych na potrzeby różnorodnych badań[32]. Światło synchrotronu przenikające do wnętrza materii aktualnie wykorzystywane jest na świecie do badań w dziedzinie biologii, chemii, fizyki, inżynierii materiałowej, nanotechnologii, biotechnologii, medycyny, farmakologii, geologii, krystalografii, badań środowiska, geofizyki, archeologii, historii sztuki. Promieniowanie synchrotronowe umożliwia nie tylko badanie, ale również wytwarzanie elementów mikro- i nanoelektronicznych. Narodowe Centrum Promieniowania Synchrotronowego SOLARIS Uniwersytetu Jagiellońskiego rozbudowuje synchrotron, który docelowo ma mieć kilkanaście linii badawczych i ok. trzydzieści stanowisk pomiarowych. Inwestycje te prowadzone są w oparciu o zamówienia publiczne i we współpracy z podmiotami zagranicznymi.

Za innowacyjne można uznać również krajowe **inwestycje publiczne realizowane z zastosowaniem narzędzi typu BIM** (*Building Information Modelling*), czyli narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych. Narzędzia typu BIM opierają się o bazę danych integrującą wszelkiego rodzaju dane wykorzystywane w procesie tworzenia a następnie funkcjonowania budowli. Za pośrednictwem programu typu BIM koordynuje się pracę różnych stron, takich jak zamawiający, wykonawca, podwykonawcy, projektanci: architekci, konstruktorzy, specjaliści od instalacji, dostawcy, którzy pracują na jednym, wspólnym modelu 3D generowanym przez program. Narzędzia typu BIM pozwalają optymalizować prowadzenie prac budowlanych, jak również efektywnie zarządzać obiektami budowlanymi już po ich wybudowaniu. Jedną z pierwszych inwestycji prowadzoną z zastosowaniem narzędzi typu BIM jest przetarg na budowę niemal zero-energetycznego budynku dla Wydziału Architektury i Wydziału Inżynierii Zarządzania Politechniki Poznańskiej[33]. Kolejną tego typu inwestycją jest budowa obwodnicy Zatora realizowana przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad[34].

---

[31] Fragment opracowany na podstawie materiałów znajdujących się na stronie Narodowe Centrum Promieniowania Synchrotronowego SOLARIS, http://www.synchrotron.uj.edu.pl/ Dostęp w dniu 14.03.2018.

[32] Narodowe Centrum Promieniowania Synchrotronowego SOLARIS. Synchrotron SOLARIS nowe światło dla polskiej nauki, http://www.synchrotron.uj.edu.pl/documents/1457771/114907010/broszura-solaris-PL.pdf/cee6c1f1-2b9e-490a-8040-ed710e8ff0b2 (dostęp: 14.03.2018).

[33] Mostostal Warszawa wybuduje budynek niemal zero-energetyczny dla Politechniki Poznańskiej, http://www.mostostal.waw.pl/media/materialy-prasowe/informacje-prasowe/mostostal-warszawa-wybuduje-budynek-niemal-zero-energetyczny-dla-politechniki-poznanskiej-f30468ce (dostęp: 15.03.2018).

[34] BIM - pilotażowy projekt dla obwodnicy Zatora, w ciągu dk 28, https://www.gddkia.gov.pl/

Badanie zamówień publicznych na innowacje

Prowadzenie prac analitycznych i badań naukowych nad zamówieniami publicznymi na innowacje bez wątpienia stanowić będzie wyzwanie.

Pierwszorzędną kwestią będzie określenie poziomu innowacyjności, jaka miałaby być przedmiotem badania. Jak wskazano w pierwszej sekcji artykułu, zamówienia publiczne na innowacje można rozumieć na co najmniej trzech poziomach – jako tworzenie produktów i usług zupełnie nowych, modyfikacja/ulepszanie produktów i usług istniejących oraz zakup istniejących produktów/usług o nowoczesnym charakterze. W zależności od przesądzenia poziomu innowacyjności, badanie zamówień publicznych na innowacje będzie miało zasadniczo odmienny zakres.

Podstawowym problemem dla badaczy i analityków może okazać się stwierdzenie, czy w przypadku danej procedury przetargowej mamy do czynienia z zamawianiem innowacji. Większość prac badawczych nad zamówieniami publicznymi o określonym charakterze (np. zamówienia prośrodowiskowe, zamówienia prospołeczne) prowadzonych jest w oparciu o analizę zawartości ogłoszeń o zamówienie publiczne i/lub dokumentacji samego postępowania. Nawet jeżeli badanie danego obszaru w swojej rzetelności zakłada sięgnięcie nie tylko do ogłoszenia o zamówieniu, ale również do dokumentacji postępowania, to i tak punktem wyjścia będzie prawdopodobnie ogłoszenie o zamówieniu, ponieważ to ono jest pierwszym elementem pozwalającym na wstępne zidentyfikowanie charakteru zamówienia, a ponadto dostęp do ogłoszeń o zamówieniach publicznych jest otwarty.

Niemniej jednak z zapisów ogłoszenia o zamówieniu niekoniecznie musi wynikać, czy dane zamówienie jest zamówieniem na innowacje, czy nie. W części ogłoszeń (niezależnie od procedury, w jakiej postępowania są prowadzone) zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia bezpośrednio wskazują, że poszukują rozwiązań innowacyjnych, omawiają powody, jakimi się kierują, określają problem/sytuację, jakie mają być rozwiązane za pośrednictwem innowacji. W treści innych ogłoszeń odniesienia do pojęcia innowacji w ogóle się nie pojawiają, co nie oznacza, że zamówienie nie jest zamówieniem na innowację. Innowacyjny charakter przedmiotu zamówienia może kryć się za konkretnymi wymaganiami, jakie stawia się przedmiotowi zamówienia lub za kryteriami udzielenia zamówienia, które są wskazane w ogłoszeniu, ale nie dla każdego będzie jasne, że w danym przypadku wymagania te przekraczają standardowe rozwiązania i świadczą o innowacyjnym charakterze.

Ten sam problem dotyczy badania szczegółów dokumentacji przetargowej. Jeżeli zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w szczegółach dokumentacji nie wskazuje, że zamawia innowację, a po prostu określa, np. wysokie wymagania funkcjonalne i jakościowe, innowacyjny charakter zamówienia może pozostać niezauważony przez osoby, które nie posiadają szczegółowej wiedzy dotyczącej danego przedmiotu zamówienia i nie znają granic obowiązujących w danej dziedzinie, jej standardów

pl/a/28395/BIM-pilotazowy-projekt-dla-obwodnicy-Zatora-w-ciagu-dk-28 (dostęp: 15.03.2018).

czy norm. Stwierdzenie przekroczenia norm, standardów czy granic dziedziny będzie możliwe do ustalenia przez fachowca.

Przykładem tego typu sytuacji jest architektura pasywna, która osiąga i przekracza coraz wyższe poziomy szczelności budynków bez wątpienia osiągając innowacyjne poziomy w tym zakresie. Postępowania w zakresie infrastruktury pasywnej prowadzone są z określeniem wysokich wymagań funkcjonalnych/jakościowych, które często pozwalają na konkurowanie wyłącznie w oparciu o kryterium cenowe, a ponadto prowadzone są w przetargach nieograniczonych, który to tryb nie jest kojarzony z udzielaniem zamówień na innowacje (przykład hali sportowej Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie).

Bibliografia

Appelt S., Galindo-Rueda F.: *Measuring the Link between Public Procurement and Innovation,* „OECD Science, Technology and Industry Working Papers", 2016/03, Paris 2016.

COM(2007) 799. Pre-commercial Procurement: Driving innovation to ensure sustainable high quality public services in Europe.

European Commission (2017). Consultation document on Guidance on Public Procurement of Innovation Draft version to be submitted to the targeted consultation. Document date: 03/10/2017 – Created by GROW.DDG2.G.4 – Publication date: 03/10/2017 http://ec.europa.eu/docsroom/documents/25724.

Kautsch M.: *Innovative public procurement of a bio-based product: Poland*. Prezentacja wygłoszona podczas konferencji Innovation Procurement for the benefit of industries, SMEs & stronger public services, Kraków, 15.11.2013.

Kautsch M., Lichoń M.: *Innowacyjne zamówienia publiczne – korzyści z robienia czegoś inaczej*. Prezentacja wygłoszona podczas XV Forum Szpitali, Poznań, 2016.10.11.

Mencwel J., Wygnański K., Komorowska Z., Perchuć M., Stokłuska E., Rustecki W., Wiśnicka M., Zaród M., GŁOS Stoczni, 2014 Zeszyt 2: Innowacje. Pracownia Badań i Innowacji Społecznych „Stocznia", Warszawa.

Narodowe Centrum Promieniowania Synchrotronowego SOLARIS. Synchrotron SOLARIS nowe światło dla polskiej nauki. Publikacja dostępna na stronie http://www.synchrotron.uj.edu.pl/

OECD (2017). *Public Procurement for Innovation: Good Practices and Strategies*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris.

OECD and Eurostat (2005). *Oslo Manual: Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data*, 3rd Edition, OECD Publishing, Paris.

Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A. w Tychach (2017), *Doświadczenia z realizacji zrównoważonych zamówień publicznych w Regionalnym Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A. w Tychach*, [w:] *Dobre praktyki w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych*, red. J. Pożarowska, M. Olejarz, Warszawa 2017.

Dr hab. Henryk Nowicki
Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Innowacyjność zamówień publicznych

Abstrakt

W artykule przedstawiono wybrane zagadnienia dotyczące innowacyjności w prawie zamówień publicznych. Problematyka ta jest jedną z polityk gospodarczych kreowanych przez system zamówień publicznych w Unii Europejskiej. Dlatego też przedstawiono podstawowe regulacje prawa UE odnoszące się do innowacyjności zamówień publicznych. Następnie przedstawiono polskie prawo zamówień publicznych ze wskazaniem tych przepisów, które bezpośrednio odnoszą się i mogą być stosowane przy udzielaniu zamówień publicznych w celu osiągania efektu innowacyjności. Autor wskazał na znaczenie polityk gospodarczych UE i potrzebę ich przenoszenia na grunt prawa polskiego. Przedstawiono również pewne postulaty do prawodawcy polskiego w związku z przygotowywaną nową ustawą w zakresie prawa zamówień publicznych.

Abstract

This paper concerns some issues regarding the innovation in public procurement law. Innovative public procurement is a part of economic policy of the European Union. In this regard this paper presents some essential regulations of the EU law in respect of the innovation of public procurement. Furthermore, this paper presents Polish public procurement law, pointing to those provisions that are applicable to the procurement of innovation. The Author underlines the importance of the economic policies of the EU and an urgent need for their implementation in Polish legislative framework. Last but not least, this paper presents some de lege ferenda remarks in respect of the new Polish Public Procurement Law, which is about to be prepared.

1. Polityki gospodarcze kreowane przez system zamówień publicznych w Unii Europejskiej

Szacuje się, że poprzez system zamówień publicznych w Unii Europejskiej wydatkowanych jest ok. 19–20% PKB UE[1]. Podobne wielkości PKB są wydatkowane na rynkach państw członkowskich, w tym na rynku polskim[2]. Oznacza to, że wydawanie

[1] Zob. dane Eurostatu: http://epp.eurostat.ec.europa.eu.

[2] Według Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r. poziom ten wynosi 5,8%, przy czym sam Prezes wskazuje na ograniczony zakres danych objętych sprawozdaniem (uzp.gov.pl), s. 34. Polski system prawa zamówień publicz-

tak dużych środków poprzez udzielanie zamówień publicznych kształtuje nie tylko wielkość zakupów, lecz wpływa również na gospodarkę poprzez kształtowanie popytu na dostawy, usługi oraz roboty budowlane. System zamówień publicznych[3] ujmuję jako wszystkie umowy obejmujące dostawy, usługi lub roboty budowlane, które są zawierane na podstawie przepisów zaliczanych do prawa zamówień publicznych przez podmioty zobowiązane[4]. Przy czym system prawa zamówień publicznych zarówno na poziomie prawa Unii Europejskiej[5] oraz w prawie krajowym ujmuję szeroko, zaliczając do niego przepisy regulujące, między innymi, klasyczne zamówienia publiczne, zamówienia sektorowe, zamówienia w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności, umowy koncesji oraz umowy partnerstwa publiczno-prywatnego[6].

Biorąc pod uwagę tak duży zakres wydatkowania środków poprzez system zamówień publicznych, prawodawca unijny oraz krajowy zaczął wprowadzać regulacje, których normy wskazują na osiąganie, obok zakupów, innych efektów tzw. „pozaza-

---

nych wprowadza szereg wyłączeń udzielania zamówień z pominięciem stosowania procedur Pzp, część zamówień jest udzielana na podstawie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi lub ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, natomiast w ok. 40 ustawach prawodawca wyłączył dla dokonywanych zakupów stosowanie procedur Pzp.

[3] Na takie pojmowanie systemu zamówień publicznych we wspólnym rynku UE, jak i w państwach członkowskich, zob. H. Nowicki, P. Nowicki, M. Wierzbowski: *Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 15; A. Panasiuk: *Czy w Polsce mamy system zamówień publicznych*, tamże, s. 35.

[4] Podmioty zobowiązane określane są przez przepisy prawa jako zamawiający, które to pojęcie definiuje art. 2 ust. 1 pkt 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 2014, Nr 94, s. 65) (tzw. klasyczna) - „*instytucje zamawiające" oznaczają państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego*.

[5] Do podstawowych przepisów zaliczam: Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 65, ze zm.), Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 243, ze zm.), Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 1, ze zm.) oraz Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającą dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009 r., s. 76, ze zm.).

[6] Są to zamówienia publiczne udzielane w systemie prawa krajowego na podstawie przepisów ustaw: z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. po. 1920 ze zm.), z dnia 18 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 696 ze zm.).

kupowych”[7]. Jednym z takich dodatkowych efektów, któremu mogą służyć zakupy publiczne, może być pobudzanie i osiąganie efektu innowacyjności dostaw, usług lub robót budowlanych.

Podstawowym dokumentem będącym inspiracją dla dalszych działań legislacyjnych na poziomie Unii Europejskiej było przyjęcie w roku 2010 strategii Europa 2020 – Komunikatu Komisji określającego strategię na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju gospodarczego[8]. We wstępie do Komunikatu wskazane zostały cele, których realizacji powinny służyć działania UE. Wspólny rynek oraz zasady unii gospodarczej, między innymi, powinny służyć trzem powiązanym priorytetom, określanych jako: „rozwój inteligentny, rozwój zrównoważony oraz rozwój sprzyjający włączeniu społecznemu”[9]. Wskazywane cele ujmowane są również jako polityki[10] i mogą przybierać na gruncie prawa różny charakter (mogą przybierać charakter obowiązkowy lub mieć charakter nieobowiązkowych zaleceń lub wskazań na potrzebę ich realizacji) i dotyczyć mogą wielu sfer życia publicznego.

Analiza przepisów prawa i innych dokumentów UE pozwala na wyodrębnienie szeregu polityk (celów) systemu zamówień publicznych, którym przepisy prawa UE i prawa krajowego mają służyć. W swych publikacjach wskazuję na:

- efektywne wydatkowanie środków,
- przejrzyste wydatkowanie środków,
- otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję,
- przeciwdziałanie naruszeniom prawa (korupcji),
- innowacyjność w zamówieniach publicznych,
- zielone zamówienia publiczne (proekologiczne),
- zamówienia prospołeczne,
- wspierania MŚP (w tym jako wykonawców oraz podwykonawców),
- zamówienia transgraniczne,
- oraz wiele innych (w zależności o potrzeb) określanych przepisami prawa[11].

---

[7] Zob. H. Nowicki: Innowacyjność *w polskim prawie zamówień publicznych – zagadnienia wybrane*, [w:] *Rola państwa w procesach podnoszenia konkurencyjności i innowacyjności przedsiębiorstw. Diagnoza istniejących uwarunkowań i barier prawnych – perspektywy rozwoju*, red. A. Brzezińska-Rawa, Warszawa 2015, s. 83.

[8] Komunikat Komisji Europa 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, Bruksela, 3.3.2010, KOM (2010), s. 5.

[9] H. Nowicki: *Zamówienia publiczne elementem innowacyjności w polityce gospodarczej Unii Europejskiej*, [w:] *Rola państwa w procesach podnoszenia konkurencyjności i innowacyjności przedsiębiorstw. Diagnoza istniejących uwarunkowań i barier prawnych – perspektywy rozwoju*, red. A. Brzezińska-Rawa, Warszawa 2015, s. 70 i n.

[10] Na temat polityk i celów systemu zamówień publicznych zob.: H. Nowicki: *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych w Polsce*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, UZP 2013, s. 21 i n.; H. Nowicki: *Innowacyjność w polskim prawie zamówień publicznych – zagadnienia wybrane*, [w:] *Rola państwa …*, s. 79 i n.

[11] Zob. H. Nowicki: *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych…*, s. 15 i n.; H. Nowicki*: Innowacyjność w polskim prawie zamówień publicznych…*, s. 79 i n.; H. Nowicki: *Prawo zamówień pu-*

Taka szeroka lista polityk (celów), które mają być osiągane, między innymi, poprzez system zamówień publicznych, może wskazywać na nadmierne obciążenie oczekiwaniami „pozazakupowymi", które powinny być osiągane w ramach zawieranych umów zakupowych. Niezależnie jednak od oceny liczby i ważności celów, którym ma służyć system zamówień publicznych, na uwagę zasługuje problematyka innowacyjności osiągana poprzez udzielanie zamówień publicznych[12].

2. Innowacyjność w systemie prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej oraz prawa krajowego

Jednym z ważnych celów obecnie przygotowywanej ustawy dotyczącej zamówień publicznych obok uproszczenia procedur udzielania zamówień, w tym ograniczenia wymogów formalnych, jest określenie polityki zakupowej oraz celów tej regulacji. Działania te mają, między innymi, służyć wzmacnianiu pewności prawnej uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Dlatego istotne jest prawne określenie, obok samych procedur, wymogów formalno-prawnych nakładanych na zamawiających oraz wykonawców w związku z osiąganiem celów „pozzakupowych", w tym innowacyjności przy realizacji zamówień. Dla osiągnięcia powyższego niezbędne jest upraszczanie procedur oraz znoszenie innych ograniczeń (również poza systemem prawa zamówień) i wymogów formalnych np. niezbędnych dla prowadzenia działalności gospodarczej[13]. Ważne staje się również nadanie treści normatywnej celom, którym ma służyć system zamówień publicznych. Prawne definiowanie celów zamówień publicznych będzie służyło, jak wyżej wspomniałem, stworzeniu pewności prawnej dla uczestników procesu udzielania zamówień publicznych, szczególnie wobec organów kontroli, dla których podstawowym kryterium kontroli jest legalność. Wskazując na innowacyjność jako jeden z celów zamówień publicznych, który ma być osiągany w tym systemie, niezbędne jest zdefiniowanie tego pojęcia jako pojęcia prawnego. Dotychczasowe regulacje prawne odnoszące się do innowacyjności nie definiują tego pojęcia, posługują się raczej „intuicyjnie"[14] definicjami ukształtowanymi na gruncie nauk

---

blicznych instrumentem kreowania innowacyjnej gospodarki, [w:] *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, red. A. Powałowski, Warszawa 2016, s. 287 i n. oraz inne autora.

[12] Na problematykę wpływu zamówień publicznych na rozwój innowacyjności w gospodarce szczególną uwagę zwrócono już na Forum Innowacji Forum Ekonomicznego zorganizowanego w Rzeszowie w roku 2010.

[13] Temu służyć ma przeprowadzona reforma dotycząca prawnych warunków podejmowania działalności gospodarczej, która została zawarta w pakiecie ustaw z 6 marca 2018 roku zwanych „konstytucją przedsiębiorczości".

[14] Stosowanie wykładni językowej nie jest tak proste z uwagi na brak jednoznacznego określenia pojęcia innowacyjności w słownikach języka polskiego, zob. *Uniwersalny słownik języka polskiego*, PWN, Warszawa 2003, s. 113.

ekonomicznych i nauk o zarządzaniu[15]. Przyjmując odpowiednie regulacje wdrażające wyżej wskazane cele należy je powiązać z już istniejącymi normami określającymi, przynajmniej częściowo, ich osiąganie na gruncie obecnych przepisów.

Tak też jest z problematyką innowacyjności, która może być osiągana (przynajmniej w ograniczonym zakresie) z wykorzystaniem obecnie obowiązujących przepisów prawa. Jednym z podstawowych warunków realizowania poszczególnych polityk w systemie zamówień publicznych jest oparcie tego systemu na odpowiedzialnym zamawiającym, który będąc profesjonalnym (inteligentnym[16]) w zakresie dokonywanych zakupów, ma świadomość i potrzebę realizacji celów „pozazakupowych". Towarzyszy mu świadomość racjonalnego wydatkowania środków oraz chęć i potrzeba osiągania, w związku z realizowanym zamówieniem, innych dodatkowych efektów, na które wskazują przepisy prawa. Potrzeba ta wynika z wiedzy i świadomości oraz efektywnościowego podejścia do realizowanego zamówienia publicznego.

Unia Europejska, przyjmując wskazane powyżej dokumenty oraz nowe dyrektywy w zakresie zamówień publicznych z 2014 r., jednoznacznie opowiedziała się za połączeniem wydatkowania środków w systemie zamówień publicznych z realizacją celów „pozazakupowych". Jednym z podstawowych jest „Unia innowacji", będąca projektem służącym poprawie warunków ramowych dostępu do finansowania badań i innowacji, które to innowacje powinny przeradzać się w nowe produkty i usługi przyczyniające się do wzrostu gospodarczego. Polityka innowacji ma również służyć podnoszeniu poziomu życia społecznego, w tym włączeniu społecznemu osób defaworyzowanych na rynku pracy. Innowacyjność ma również przyczynić się do wzrostu konkurencyjności przedsiębiorców funkcjonujących na wspólnym rynku z przedsiębiorcami funkcjonującymi w innych częściach świata.

Prawodawca unijny w preambułach do dyrektyw wskazuje na potrzebę wykorzystywania właściwych instytucji zamówień publicznych do osiągania efektu innowacyjnych zamówień. Jednocześnie w dyrektywach zdefiniowano pojęcie „innowacje", które *oznaczają wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym między innymi procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności przedsiębiorczej, organizowaniu pracy, lub relacjach zewnętrznych m.in. po to, by pomóc rozwiązać wyzwania społeczne lub wspierać strategię „Europa 2020" na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*[17]. Niezależnie od powyższego

---

[15] Zob. *Wielka encyklopedia PWN*, Warszawa 2002, t. 12, s. 149, gdzie pojęcie innowacyjności rozumie się jako wprowadzanie nowych technologii oraz tworzenie nowych organizacji i instytucji, a których wdrażanie wiąże się z pewnym stopniem ryzyka.

[16] Zob. P. Nowicki: *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, PARP, Warszawa 2013, s. 9 i n.; T. Kocowski: *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych, a efektywność wykorzystania środków publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz i J. Sadowy, UZP, wyd. 2, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 32.

[17] Art. 2 pkt 22 Dyrektywy 2014/24/UE.

określenia wprowadzono dodatkową procedurę udzielania zamówień publicznych – partnerstwo innowacyjne, która ma służyć opracowaniu i zakupowi innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych dotychczas niedostępnych na rynku[18].

Polski prawodawca, implementując przepisy dyrektyw z 2014 r., przyjął ograniczony zakres przeniesienia regulacji unijnych dotyczących innowacyjności zamówień publicznych do naszej ustawy. Jednymi przepisami Pzp, które bezpośrednio odwołują się do innowacyjności, jest dodany tryb partnerstwo innowacyjne, z tym że zmieniono w stosunku do prawa UE, przedmiot partnerstwa odnosząc go do w sposób bardzo szeroki do nowych lub znacznie udoskonalonych produktów, usług lub procesów[19].

Pominięcie w przepisach początkowych Pzp zdefiniowania pojęcia innowacyjności należy ocenić negatywnie. Przyjęcie regulacji w tym zakresie stworzyłoby pewność prawną oraz określiłoby ramy prawne dla uczestników zamówień publicznych odwołujących się do działań lub rozwiązań o charakterze innowacyjnym. Z obecnego literalnego brzemienia tekstu ustawy można wnioskować, że innowacyjność to pojęcie związane tylko z trybem partnerstwa innowacyjnego. Zgodnie z wolą prawodawcy unijnego cały system prawa zamówień publicznych powinien służyć realizacji wskazanych powyżej celów, w tym innowacyjności. Dodatkowym argumentem przemawiającym za zdefiniowaniem celów Pzp, w tym innowacyjności, jest brak w całym naszym krajowym systemie prawnym określenia tych celów i instytucji prawnych, niezbędnych dla osiągania tych celów[20].

Powstaje zatem pytanie, jak należy podejść do obecnie obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych i osiągania, przy ich stosowaniu, efekty innowacyjności?

3. Osiąganie efektu innowacyjności z wykorzystaniem przepisów obecnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych

Dokonując analizy funkcjonujących obecnie przepisów, dotyczących bezpośrednio udzielania zamówień publicznych, można wskazać na szereg regulacji, które mogą i powinny być wykorzystywane dla osiągania innowacyjnych zamówień publicznych.

---

[18] Art. 31 Dyrektywy 2014/24/UE.

[19] Zgodnie z art. 73a ust. 3 Pzp - *Przez innowacyjny produkt, usługę lub robotę budowlaną należy rozumieć nowy lub znacznie udoskonalony produkt, usługę lub proces, w tym proces produkcji, budowy lub konstrukcji, nową metodę marketingową lub nową metodę organizacyjną w działalności gospodarczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych.*

[20] Prawodawca krajowy w wielu aktach prawnych odnosi się np. do innowacyjności, lecz nie definiuje tego pojęcia. Zob. np. ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1376, ze zm.); ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (Dz. U. z 2017 r. poz. 1460, ze zm.); ustawa z dnia 30 maja 2008 r. o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 141).

Jednym z pierwszych problemów jest dążenie do osiągnięcia konkurencyjności w zamówieniach, gdzie to wykonawcy, konkurując o uzyskanie zamówienia publicznego, będą proponowali rynkowi lepsze, tańsze i bardziej nowoczesne pod względem technicznym i technologicznym produkty lub usługi. Przy czym takie podejście wykonawców musi być zgodne z oczekiwaniami zamawiających, wyrażonymi w dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przeciwnym razie proponowane rozwiązania o charakterze innowacyjnym mogą skutkować odrzuceniem oferty. To zamawiający świadomy swych potrzeb, w tym osiągania efektu innowacyjności, będzie w stanie przygotować postępowanie[21] o udzielenie zamówienia publicznego, w którym jego zamierzenia zostaną osiągnięte. Zamawiający, działający w ramach ustawowej samodzielności, będzie korzystał z instrumentów prawnych określonych przepisami prawa zamówień, które w najszerszym zakresie będą gwarantowały osiągnięcie oczekiwanych przez zamawiającego efektów. Należy jednak mieć na uwadze fakt obowiązującego prawa, które może wprowadzać wobec zamawiającego obowiązek realizacji określonych polityk (celów) wskazanych przez państwo. Dlatego tak ważne jest odpowiednie korzystanie przez zamawiającego z określonych rozwiązań ustawowych służących osiąganiu efektu innowacyjności w ramach udzielanych zamówień publicznych.

Ważnym staje się opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału stawiane wykonawcom oraz kryteria oceny ofert. W ramach przygotowania postępowania, w zakresie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, istotną rolę może odegrać przeprowadzenie dialogu technicznego[22]. Przygotowując postępowanie o udzielenie innowacyjnego zamówienia publicznego, w zależności od przedmiotu oraz czasu trwania umowy, wartym rozważenia powinno być wprowadzenie możliwości zmiany umowy wraz z warunkami tych zmian[23]. Dotychczasowe przepisy Pzp wskazują również na możliwość złożenia oferty wariantowej[24], poprzez którą zamawiający może oczekiwać odmiennego – innowacyjnego sposobu wykonania zamówienia publicznego. Również dokonując opisu przedmiotu zamówienia z użyciem pojęcia „lub równoważny"[25] należałoby to określenie rozumieć jako możliwość złożenia oferty innowacyjnej w stosunku do zastosowanego opisu. Dla osiągnięcia efektu innowacyjności istotnym może być oparcie udzielanego zamówienia na cyklu życia[26] przedmiotu zamówienia, który w połączeniu z kosztem cyklu życia może prowadzić do wyboru najkorzystniejszej oferty będącej jednocześnie ofertą innowacyjną. W tym przypadku istotnymi będą

---

[21] Zob. szerzej: H. Nowicki: *Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego wpływ na innowacyjność udzielanego zamówienia*, [w:] *Państwo a gospodarka: kierunki zmian publicznym prawie gospodarczym,* red. H. Nowicki, P. Nowicki, Toruń 2016.

[22] Art. 31a – 31d Pzp.

[23] Warunki zmian mogą odnosić się do nowych rozwiązań innowacyjnych bezpośrednio dotyczących przedmiotu zamówienia.

[24] Art. 2 pkt 7 Pzp.

[25] Art. 29 ust. 3 Pzp.

[26] Art. 2 pkt 1a Pzp.

elementy składające się na cykl życia przedmiotu zamówienia i istotne dla zamawiającego koszty odnoszące się do przedmiotu zamówienia[27]. Następnym działaniem zamawiającego będzie wybór właściwego trybu udzielenia zamówienia publicznego, gdzie dla osiągnięcia efektu innowacyjności zamawiający powinien preferować tryby negocjacyjne. Wśród przesłanek zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem[28] wskazuje się, między innymi, na innowacyjność przedmiotu zamówienia[29]. Podobnie jest z zastosowaniem dialogu konkurencyjnego[30], w przypadku którego to trybu mamy do czynienia z identycznymi przesłankami. Część przesłanek zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem wprost wskazuje na innowacyjny przedmiot zamówienia publicznego[31]. Podobnie jest z okolicznościami zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki[32]. Ciekawym dla uzyskania innowacyjnego zamówienia publicznego może być przeprowadzenie konkursu, który może prowadzić do wyłonienia innowacyjnej pracy konkursowej. Będzie to uwarunkowane przedmiotem, którego dotyczy konkurs, postanowieniami regulaminu tego postępowania oraz przyrzeczonymi nagrodami[33]. Warta zauważenia jest również możliwość zastosowania jednego z trybów podstawowych, jakim jest przetarg ograniczony, jako trybu mogącego służyć zamówieniom innowacyjnym. W przypadku tej procedury istotna będzie możliwość podmiotowego ograniczenia wykonawców zaproszonych do składania ofert. Nastąpi to poprzez preselekcję wykonawców na pierwszym etapie tego postępowania opartą na badaniu zdolności podmiotowych do realizacji zamówienia innowacyjnego[34].

Bardzo ważnym, ze względu na przedmiot rozważań, jest wprowadzenie do naszego systemu prawa zamówień publicznych trybu udzielania zamówień publicznych – partnerstwa innowacyjnego[35]. Wprowadzenie tego trybu wiąże się bezpośrednio z dokonywaniem zakupów innowacyjnych, które to zakupy mogą być oparte na współpracy z jednym lub kilkoma wykonawcami, a która to współpraca ma doprowadzić do zakupu innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych. Partnerstwo innowacyjne jest procedurą, która łączy dotychczasowe zamówienia w zakresie badań i rozwoju z możliwością nabycia innowacyjnych efektów tych badań[36]. Problemem związanym

---

27 Art. 91, ust. 3b – 3d Pzp.

28 Art. 54 Pzp.

29 Zob. np. art. 55 ust. 1 pkt 6) rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego; lub pkt 7) roboty budowlane, dostawy lub usługi obejmują rozwiązania projektowe lub innowacyjne, Pzp.

30 Art. 60a Pzp.

31 Zob. art. 62 ust.1 pkt 2 i 3 Pzp.

32 Zob. np. art. 67 ust. 1 pkt 1, 1a, 1b, 2 Pzp.

33 Wśród nagród wymienia się: zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia lub zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, art. 111 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp.

34 Art. 51 ust. 1 Pzp.

35 Art. 73a i nast. Pzp.

36 Zob. H. Nowicki: *Partnerstwo innowacyjne*, [w:] *Państwo a gospodarka: instrumenty prawne realizacji zamówień publicznych*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Toruń 2016.

z implementacją przepisów UE, w tym zakresie, do prawa zamówień publicznych jest zdecydowanie szerszy zakres stosowania tego trybu, który w Pzp odnosi się do szeroko rozumianych zakupów innowacyjnych.

W nowej ustawie za niezbędne należy uznać wprowadzenie, przykładem prawodawcy unijnego, pojęcia innowacji oraz skodyfikowanie celów, które mają być osiągane poprzez system zamówień publicznych. Jest to ważne dla określenia ram prawnych udzielania zamówień publicznych. Jednym z istotnych elementów systemu prawa zamówień publicznych powinna być polityka zakupowa państwa, określająca cele zakupowe, szczególnie w kontekście nowych wyzwań, przed którymi stanie nasz system zamówień publicznych. Jednym z takich wyzwań jest oparcie części zamówień publicznych na systemie gospodarki obiegu zamkniętego. Innym ważnym zadaniem nowego podejścia do zamówień publicznych jest oparcie zamówień na efektywnościowym podejściu do udzielanych zamówień.

Bibliografia

Kocowski T.: *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych, a efektywność wykorzystania środków publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz i J. Sadowy, UZP, wyd. 2, Gdańsk–Warszawa 2012.

Nowicki H.: *Innowacyjność w polskim prawie zamówień publicznych – zagadnienia wybrane*, [w:] *Rola państwa w procesach podnoszenia konkurencyjności i innowacyjności przedsiębiorstw. Diagnoza istniejących uwarunkowań i barier prawnych – perspektywy rozwoju*, red. A. Brzezińska-Rawa, Warszawa 2015.

Nowicki H.: *Partnerstwo innowacyjne*, [w:*] Państwo a gospodarka: instrumenty prawne realizacji zamówień publicznych*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Toruń 2016.

Nowicki H.: *Prawo zamówień publicznych instrumentem kreowania innowacyjnej gospodarki*, [w:] *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, red. A. Powałowski, Warszawa 2016.

Nowicki H.: *Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego wpływ na innowacyjność udzielanego zamówienia*, [w:] *Państwo a gospodarka: kierunki zmian publicznym prawie gospodarczym*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Toruń 2016.

Nowicki H.: *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych w Polsce*, [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, UZP 2013.

Nowicki H.: *Zamówienia publiczne elementem innowacyjności w polityce gospodarczej Unii Europejskiej*, [w:] *Rola państwa w procesach podnoszenia konkurencyjności i innowacyjności przedsiębiorstw. Diagnoza istniejących uwarunkowań i barier prawnych – perspektywy rozwoju*, red. A. Brzezińska-Rawa, Warszawa 2015.

Nowicki H., Nowicki P., Wierzbowski M.: *Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015.

Nowicki P.: *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2013.

Panasiuk A.: *Czy w Polsce mamy system zamówień publicznych*, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015.

Uniwersalny słownik języka polskiego, PWN, Warszawa 2003, s. 113.

Wielka encyklopedia PWN, Warszawa 2002, tom 12.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 2014, Nr 94, s. 65).

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

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 1, ze zm.).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009 r., s. 76, ze zm.).

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.).

Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1376, ze zm.).

Ustawa z dnia 30 maja 2008 r. o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 141).

Ustawa z dnia 18 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 696 ze zm.).

Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (Dz. U. z 2017 r., poz. 1460, ze zm.).

Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1920 ze zm.).

Strona internetowa Eurostatu: http://epp.eurostat.ec.europa.eu.

Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r. (uzp.gov.pl).

Komunikat Komisji Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, Bruksela, 3.3.2010, KOM (2010).

Dr Małgorzata Moras
Adiunkt, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

Transgraniczne zamówienia wspólne na innowacyjną aparaturę badawczą na tle zamówień realizowanych przez Narodowe Centrum Promieniowania Synchrotronowego SOLARIS UJ

Abstrakt

W przepisach unijnych i krajowych w sposób wyraźny uregulowano transgraniczne zamówienia wspólne, przewidując odpowiednie reguły kolizyjne w tym zakresie. Regulacja ta, mająca stymulować innowacyjność w zamówieniach publicznych, zasługuje na aprobatę. Dotychczasowy brak powyższych przepisów prowadził do licznych problemów w praktyce, co w niniejszym artykule zostało przybliżone na przykładzie procesu zakupowego na innowacyjną aparaturę badawczą w ramach zrealizowanego przez Uniwersytet Jagielloński projektu pod nazwą „Narodowe Centrum Promieniowania Elektromagnetycznego dla celów badawczych (etap I)". Przeprowadzona analiza pozwoliła także na wskazanie niezbędnych, zdaniem Autora, zmian wybranych przepisów krajowych utrudniających udzielanie zamówień publicznych, których przedmiot ma charakter innowacyjny, a szczególnie przepisów dotyczących odstępstw od zasady prowadzenia postępowania przetargowego w języku polskim, czy dopuszczenia możliwości udzielenia zaliczek w trybach zamówienia z wolnej ręki oraz negocjacji bez ogłoszenia pod warunkiem ich zabezpieczenia np. gwarancją bankową lub ubezpieczeniową.

Abstract

The EU and national regulations clearly regulate cross-border joint public procurement, providing for appropriate conflict-of-law rules in this respect. This regulation, designed to stimulate innovation in public procurement, deserves approval. The current lack of the above mentioned provisions led to numerous problems in practice, which were presented in the article on the example of a purchasing process for innovative research equipment under the project called „National Electromagnetic Radiation Centre for research purposes (stage 1)". The conducted analysis also allowed to indicate the necessary, in the Author's opinion, changes referring to selected national regulations impeding the awarding of public procurement, the subject of which is innovative, and especially the provisions concerning deviations from the principle of conducting public procurement procedure in Polish language, or allowing the possibility of advance payments in negotiations without publication procedure or direct-award contract procedure provided they are adequately secured, for example with a bank or insurance guarantee.

Wprowadzenie

Organizatorem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zamawiający. Jest to generalna zasada wynikająca z art. 15 ust. 1 PrZamPubl[1], w świetle którego postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający, jako podmiot zobowiązany do stosowania PrZamPubl (zakres podmiotowy ustawy został określony w art. 3 PrZamPubl). Od reguły tej wprowadzono jednak wyjątki, np. możliwość powierzenia pomocniczych działań zakupowych własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej (art. 15 ust. 2 PrZamPubl), udzielenie zamówień wspólnych na poziomie krajowym, gdy zamawiający wyznaczają spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz (art. 16 PrZamPubl), czy też wspólne udzielanie zamówień na poziomie unijnym (art. 15e PrZamPubl).

Transgraniczne zamówienia wspólne zostały wprowadzone do PrZamPubl przez nowelizację z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw[2], wdrażającą w niezbędnym zakresie dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych[3] (która stanowić będzie podstawę dla dalszych rozważań) oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych[4].

Niniejszy artykuł ma za zadanie przybliżyć wskazaną regulację, mającą wspierać innowacyjne zamówienia publiczne, a także wskazać, w jaki sposób przebiegała współpraca transgraniczna w ramach zrealizowanego przez Uniwersytet Jagielloński projektu pod nazwą „Narodowe Centrum Promieniowania Elektromagnetycznego dla celów badawczych (etap I)", gdy brak było odpowiednich przepisów stanowiących podstawę dla zamówień wspólnych na poziomie unijnym. Dokonanie powyżej nakreślonej analizy pozwoli na sformułowanie wniosków *de lege ferenda* z uwagi na planowany proces legislacyjny dotyczący PrZamPubl[5].

Transgraniczne zamówienia wspólne

W świetle art. 15e PrZamPubl, który stanowi transpozycję art. 39 dyrektywy 2014/24/UE, jednoznacznie przesądzono, że zamawiający z różnych państw członkowskich mogą działać wspólnie w procesie udzielania zamówień publicznych.

---

[1] Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.

[2] Ustawa z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), dalej jako: ZmPrZamPubl z 22.06.2016 r.

[3] Dz. Urz. UE L 94, s. 65–242 ze zm., dalej jako: dyrektywa 2014/24/UE.

[4] Dz. Urz. UE L 94, s. 243 ze zm.

[5] Niniejsze opracowanie powstało dzięki współpracy z mgr Wojciechem Soroką – Specjalistą ds. zamówień w Narodowym Centrum Promieniowania Synchrotronowego SOLARIS UJ.

Komisja Europejska, na etapie prac legislacyjnych nad dyrektywami z zakresu zamówień publicznych z 2014 r., podkreślała, że wspólne udzielanie zamówień publicznych przez zamawiających z różnych państw członkowskich napotyka na szczególne trudności prawne, dotyczące konfliktów ustawodawstw krajowych. Komisja uznała za konieczne ustanowienie odpowiednich przepisów w celu ułatwienia współpracy pomiędzy zamawiającymi oraz maksymalnego wykorzystania potencjału rynku wewnętrznego pod względem efektu skali oraz podziału ryzyka i korzyści[6] . Regulacje, zawarte w art. 39 dyrektywy 2014/24/UE, zawierają odpowiednie reguły kolizyjne w odniesieniu do udzielania zamówień wspólnych na poziomie unijnym[7]. Podkreśla się, że przepisy te mają na celu wskazanie właściwego ustawodawstwa dotyczącego zamówień publicznych, w tym przepisów odnoszących się do środków odwoławczych, stanowiąc uzupełnienie norm kolizyjnych przewidzianych w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z 17.06.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)[8].

Przed przejściem do dalszej analizy należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 39 ust. 1 zd. 2 dyrektywy 2014/24/UE zakazano zamawiającym w szczególności korzystania z regulacji odnoszącej się do zamówień wspólnych na poziomie unijnym w celu unikania obowiązkowych przepisów prawa publicznego zgodnych z prawem unijnym, którym podlegają w swoim państwie członkowskim. Norma ta dotyczy przepisów krajowych o charakterze obligatoryjnym. Dyrektywa 2014/24/UE nie wyjaśnia natomiast zakresu pojęcia „prawa publicznego". Mając na uwadze cele jej wprowadzenia wskazuje się, że należy to wiązać z przepisami odnoszącymi się do sfery działalności zamawiających, a szczególnie dotyczących ich funkcji jako organizatorów postępowań przetargowych i dysponentów środków publicznych[9]. Przykładowo może chodzić o przepisy dotyczące przejrzystości i dostępu do dokumentów czy w zakresie identyfikowalności dostaw wrażliwych (motyw 73 do dyrektywy 2014/24/UE). Należy jednak podkreślić, że w ramach przedmiotowego przepisu chodzi o celowe unikanie stosowania obowiązkowych, krajowych przepisów prawa publicznego i tylko wtedy współpraca zamawiających, choćby przybrała formy określone w art. 39 dyrektywy 2014/24/UE, będzie niezgodna z tą dyrektywą[10]. Nie dotyczy to zatem sytuacji, gdy niemożność zastosowania takich przepisów lub zastosowanie ich w ograniczonym zakresie „nie będzie wynikiem

---

[6] Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych /* KOM/2011/0896 wersja ostateczna - 2011/0438 (COD), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011PC0896&from=EN (dostęp: 30.03.2018).

[7] A. Sołtysińska, [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj: *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016 r., komentarz do art. 39 dyrektywy 2014/24/UE.

[8] Dz. Urz. UE L Nr 177, s. 6 ze zm., Za: W. Hartung [w:] W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma: *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, komentarz do art. 39 dyrektywy 2014/24/UE.

[9] A. Sołtysińska, [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj: *Europejskie…*, komentarz do art. 39 dyrektywy 2014/24/UE.

[10] J. Pawelec: *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, komentarz do art. 39 dyrektywy 2014/24/UE.

działań celowych, a jedynie skutkiem przyjęcia sposobu współpracy, który czyni dostosowanie się do tych przepisów obiektywnie niemożliwym, a jednocześnie korzyści ze współpracy dla zamawiającego, i szerzej – dla interesu publicznego, będą znacznie większe niż z samodzielnego udzielenia zamówienia"[11].

Z uwagi na to, że art. 15e PrZamPubl stanowi niemal wierną transpozycję art. 39 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE dalsza analiza zostanie poczyniona na jego podstawie. W świetle tego przepisu możliwe jest wspólne przygotowywanie i prowadzenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z zamawiającymi posiadającymi siedzibę w innych państwach członkowskich UE, wspólne zawieranie umów ramowych oraz udzielanie zamówień na ich podstawie, a także wspólne obsługiwanie dynamicznego systemu zakupów i udzielanie w jego ramach konkretnych zamówień.

Słusznie wskazuje się, że pomimo posłużenia się w art. 15e PrZamPubl liczbą mnogą przy określeniu zamawiających („Zamawiający mogą wspólnie z zamawiającymi posiadającymi siedzibę w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej"), wykładnia celowościowa prowadzi do wniosku, że wystarczające jest dla zastosowania tego przepisu, aby wspólnie udzielał zamówienia jeden zamawiający polski oraz jeden mający siedzibę w innym kraju członkowskim[12].

Omawiana współpraca może zostać uregulowana w umowie międzynarodowej pomiędzy Polską a innymi państwami członkowskimi lub umowa taka zwierać będzie wyłącznie delegację do określenia szczegółów tej współpracy przez samych zamawiających[13].

W tym drugim przypadku, a także gdy brak jest takiej umowy, konieczne jest zawarcie porozumienia pomiędzy zamawiającymi. Należy w nim określić obowiązki stron, a także wskazać przepisy krajowe mające zastosowanie przy udzielaniu wspólnych zamówień, organizację postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. kwestie podziału zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług oraz zawarcia umów. Przy określaniu obowiązków i mającego zastosowanie prawa krajowego zamawiający mogą rozdzielić między siebie poszczególne obowiązki oraz określić mające zastosowanie przepisy jednego z państw członkowskich. Polski zamawiający może zatem w szczególności udzielić zamówienia publicznego bez stosowania przepisów krajowych, jeżeli zastosowanie mają przepisy innego państwa członkowskiego (art. 15e ust. 4 PrZamPubl). Kwestie te powinny zostać również uregulowane w odniesieniu do umowy ramowej czy ustanowienia dynamicznego systemu zakupów. Reasumując, w ramach porozumienia zamawiający mogą swobodnie uregulować wzajemne prawa i obowiązki uwzględniając jak najsprawniejsze udzielenie zamówienia[14].

---

[11] Ibidem.

[12] M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, komentarz do art. 15e PrZamPubl.

[13] A. Sołtysińska, [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj: *Europejskie…*, komentarz do art. 39 dyrektywy 2014/24/UE.

[14] M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: *Prawo…*, komentarz do art. 15e PrZamPubl.

Mimo że przepisy nie rozstrzygają wprost, czy dopuszczalne jest zastosowanie przepisów jednego państwa (np. PrZamPubl) do określonych czynności, a innego do pozostałych czynności w ramach jednego wspólnego postępowania, to jak słusznie wskazano w doktrynie „wydaje się, że nie jest obiektywnie możliwe prowadzenie jednego postępowania oraz wykonywanie różnych czynności w ramach tego postępowania na podstawie różnych przepisów”[15]. Mogłoby to stanowić zbędne utrudnienie dla potencjalnych wykonawców, a w szczególności wprowadzać zbędne komplikacje w korzystaniu z odpowiednich środków ochrony prawnej.

Podział obowiązków i mające zastosowanie przepisy krajowe wskazuje się w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących wspólnie udzielanych zamówień. Ma to na celu zapewnienie przejrzystości postępowania oraz równego i konkurencyjnego traktowania wykonawców[16].

Projekt pn. „Narodowe Centrum Promieniowania Elektromagnetycznego dla celów badawczych (etap I)” – współpraca transgraniczna pomiędzy zamawiającymi

Mając na uwadze, że podstawa prawna dla zamówień wspólnych na poziomie unijnym została wprowadzona do polskiego porządku prawnego dopiero przez ZmPrZamPubl z 22.06.2016 r. warto przybliżyć, w jaki sposób przebiegała współpraca transgraniczna w zakresie zamówień publicznych bez odpowiedniej regulacji ustawowej na przykładzie projektu pn. „Narodowe Centrum Promieniowania Elektromagnetycznego dla celów badawczych (etap I)”[17]. Projekt ten realizowany był przez Uniwersytet Jagielloński w latach 2010–2015 w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, Działanie 2.1 Rozwój ośrodków o wysokim potencjale badawczym, na podstawie umowy nr POIG.02.01.00-12-213/09 z 09.04.2010 r. zawartej pomiędzy Ministrem Nauki i Szkolnictwa Wyższego a Uniwersytetem Jagiellońskim. Celem projektu było zbudowanie źródła promieniowania synchrotronowego o energii 1.5 GeV i związanego z nim centrum badawczego. W trakcie realizacji projektu zmieniono nazwę jednostki na Narodowe Centrum Promieniowania Synchrotronowego SOLARIS (zwane dalej NCPS SOLARIS). Należy podkreślić, iż jest to największe laboratorium badawcze zbudowane w Polsce w ostatnich latach, a sam projekt jest pionierski w skali Europy Środkowo-Wschodniej.

Z uwagi na to, iż budowa centrum promieniowania synchrotronowego stanowiła trudne i wymagające technicznie przedsięwzięcie, do realizacji inwestycji niezbędne było skorzystanie z wiedzy podmiotu posiadającego doświadczenie w zakresie konstruowania i wykorzystywania takich urządzeń. Po dokonaniu analizy dostępnych na

---

[15] Ibidem.

[16] M. Kuźma: *Zamówienia publiczne po implementacji dyrektyw 2016*, Warszawa 2016, rozdział II, pkt 3.

[17] Dalej jako: projekt.

rynku światowym technologii oraz doświadczeń innych tego typu jednostek Uniwersytet Jagielloński zdecydował się na nawiązanie współpracy z Uniwersytetem w Lund w Szwecji, a dokładnie jego jednostką badawczo-rozwojową – laboratorium MAX-lab. Uniwersytet Jagielloński podpisał więc 31.10.2009 r. z Uniwersytetem Lund tzw. *memorandum of understanding*, stanowiące podstawę dla współpracy w zakresie badań nad promieniowaniem synchrotronowym, obejmującej w szczególności współpracę akademicką i badawczo-rozwojową w zakresie techniki i fizyki akceleratorów, rozwoju i budowy synchrotronowych źródeł promieniowania oraz zastosowania promieniowania synchrotronowego. MAX-lab posiadał wieloletnie doświadczenie i szczegółową wiedzę (*know-how*) w zakresie projektowania, konstruowania, wykonywania, montażu, uruchamiania i eksploatacji synchrotronowych źródeł promieniowania elektromagnetycznego (synchrotronów). W ramach jednostki funkcjonowały już synchrotrony MAX I (550 MeV, otwarty w: 1986 r.), MAX II (1,5 GeV, otwarty w: 1997 r.) oraz MAX III (700 MeV, otwarty w 2008). Następnie Uniwersytet w Lund (MAX-Lab) rozpoczął realizację autorskiego projektu MAX-IV, którego celem było zaprojektowanie i budowa dwóch synchrotronów o energiach 3 GeV i 1.5 GeV, wykorzystujących unikalną technologię magnesów zintegrowanych, umożliwiającą m.in. zbudowanie w ramach tego samego budżetu znacznie lepszego źródła promieniowania synchrotronowego w porównaniu z poprzednio stosowaną technologią konwencjonalną. Otwarcie MAX-IV odbyło się 21.06.2016 r.

Ze względu na fakt, że jedynym podmiotem, który posiadał wiedzę w zakresie implementacji technologii magnesów zintegrowanych w budowie synchrotronu był Uniwersytet w Lund (MAX-lab), w ślad za wspomnianym memorandum, w dniu 21.12.2010 r. Uniwersytet Jagielloński podpisał z Uniwersytetem w Lund (MAX-lab) umowę o współpracy w zakresie budowy Narodowego Centrum Promieniowania Elektromagnetycznego w Krakowie (aktualnie NCPS SOLARIS), ze szczególnym uwzględnieniem wykonania urządzenia i instalacji synchrotronu o energii 1.5 GeV. Oba podmioty miały jednakowe cele oraz przystające do siebie harmonogramy realizowanych projektów, stąd zakładano istotne korzyści z synergii wynikającej z faktu budowy dwóch, praktycznie identycznych synchrotronów o energii 1.5 GeV. Pozytywne efekty miały dotyczyć m.in. prac projektowych, dokumentacji, zakupów aparatury czy możliwości wspólnego wykorzystania zasobów ludzkich.

Zamówienia na innowacyjną aparaturę badawczą w ramach projektu

Jak już zostało wspomniane, obowiązujące w trakcie realizacji projektu w latach 2010–2015[18] przepisy unijne (uchylona dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień

[18] http://www.synchrotron.uj.edu.pl/documents/1457771/114907010/broszura-solaris-PL.pdf/ce-e6c1f1-2b9e-490a-8040-ed710e8ff0b2 (dostęp: 30.03.2018).

publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi[19]) oraz krajowe nie zawierały odpowiedniej podstawy prawnej regulującej udzielanie transgranicznych zamówień wspólnych. Brak podstawy prawnej nie stanowił teoretycznie bariery dla udzielania takich zamówień, lecz jednocześnie podjęcie tego działania napotykało na trudności prawne oraz praktyczne (zob. motyw 73 dyrektywy 2014/24/UE). W związku z tym zamawiający obawiali się udzielać w ten sposób zamówień.

Podobnie w ramach omawianego projektu nie przeprowadzano wspólnych zamówień publicznych na poziomie unijnym. W oparciu o ówczesne regulacje jednoznacznie dopuszczalne było jedynie udzielenie szwedzkiemu zamawiającemu pełnomocnictwa (art. 15 ust. 2 PrZamPubl –brzmienie bez zmian), na podstawie którego Uniwersytet w Lund, działając w imieniu i na rzecz Uniwersytetu Jagiellońskiego, przeprowadzałby postępowania przetargowe zgodnie z polskimi przepisami z zachowaniem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w języku polskim. Rozwiązanie to było jednakże praktycznie niemożliwe do zastosowania, choćby ze względów organizacyjnych.

Ostatecznie, w ramach umowy z 21.12.2010 r. między Uniwersytetem Jagiellońskim a Uniwersytetem w Lund ustalono, iż konstruując warunki zamówienia w postępowaniach na dostawę elementów synchrotronu dla MAX-lab, Uniwersytet w Lund miał wprowadzać postanowienia dające możliwość zamówienia przez Uniwersytet Jagielloński identycznych urządzeń na zasadzie prawa opcji. W warunkach umownych zastrzeżono, że ze względu na istniejące między zamawiającymi porozumienie i budowę identycznego urządzenia badawczego, Uniwersytet Jagielloński ma prawo do skorzystania z ustalonych w umowie warunków i wymagań, będących efektem przeprowadzonego przez szwedzkiego zamawiającego postępowania. Jednocześnie podkreślano, że nie jest to zamówienie wspólne, a jeżeli polski zamawiający zdecyduje się na skorzystanie z omawianego zastrzeżenia to wówczas ostateczne warunki i wymagania ustalone zostaną w odrębnej umowie zawartej pomiędzy Uniwersytetem Jagiellońskim a wykonawcą.

Przedmiotowe zastrzeżenie spowodowało znaczne ułatwienie dla budowy nowoczesnej aparatury badawczej w Polsce, a także przyniosło wymierne korzyści dla obu jednostek zamawiających. Podkreślić należy, że wykonawcy zgadzali się zawierać umowy z polskim zamawiającym na takich samych warunkach jak pierwotnie ustalone ze szwedzkim zamawiającym. Jednocześnie jednak konieczne było odrębne przeprowadzanie procedury o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiednim trybie przewidzianym przez przepisy krajowe, a nierzadko uzasadnione było udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, których zestawienie przedstawia poniższa tabela wraz ze wskazaniem wynagrodzenia umownego i kraju siedziby wybranego wykonawcy.

[19] Dz. Urz UE L Nr 134 z 30.04.2004 r., s. 114–240.

Umowy zawarte po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w ramach projektu

Wykonawca – Kraj	Przedmiot umowy	Wynagrodzenie w PLN (brutto)
Szwecja	Impulsowe zasilacze do akceleratora liniowego	7 572 718,90
Szwecja	Impulsowy zasilacz częstotliwości radiowej o wysokiej mocy (jednostki RF)	1 976 139,14
Wl. Brytania	Bloki żelaza	1 587 482,72
Niemcy	Trzy jednostki akceleratora liniowego	4 438 415,99
Chiny	Falowody	159 714,64
Szwecja	Elektromagnesy typ E i F	306 568,50
Dania	Magnesy septum typu SM1A oraz SM1B, magnesy korekcyjne typu D oraz magnesy korekcyjnych typu E	650 676,84
Dania	Układy zasilaczy wysokoprądowych do elektromagnesów pierścienia akumulacyjnego	1 130 669,76
Szwecja	Układy zasilaczy do zasilania elektromagnesów	387 231,14
Włochy	Pochłaniacze wiązki elektronów w linii transferowej synchrotronu	181 152,76
Francja	System sterowania silnikami krokowymi dedykowanym dla akceleratorów IcePAP	687 011,13
Dania	Zintegrowane magnesy zakrzywiające pierścień akumulacyjny synchrotronu SOLARIS	11 377 792,19
Francja	Układy zasilaczy do elektromagnesów korekcyjnych	805 411,74
Niemcy	Wnęki rezonansowe pierścienia akumulacyjnego i urządzenia obiektu	2 757 365,76
Niemcy	Niestandardowe komory próżniowe	2 138 774,00
Wl. Brytania	Wzmacniacze wysokiej częstotliwości radiowej	297 296,97
Niemcy	Komory próżniowe	5 421 500,61
Szwecja	Wzmacniacze wysokiej częstotliwości dużej mocy wraz z niezbędnym oprzyrządowaniem	2 438 449,96
Szwecja	Cyrkulatory RF oraz sztuczne obciążenia (ang. *dummy load*) wraz z niezbędnym oprzyrządowaniem	812 648,18
Rosja	Elektromagnesy kwadrupolowe typu B, typu F dla akceleratora liniowego synchrotronu oraz układ dwóch impulsowych magnesów dipolowych wraz z dodatkową ceramiczną komorą próżniową	1 673 229,41
Słowenia	Kontrolery systemu BPM, modułów GDX i oprogramowania wraz z wyposażeniem	3 784 779,43
Szwecja	Aktywny filtr z przekładnikami prądowymi dla modulatorów K2	238 012,67
Suma		50 906 654,39

Źródło: Opracowanie własne na podstawie informacji przekazanych przez mgr W. Sorokę

Wnioski praktyczne i uwagi *de lege ferenda* na tle postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonych w ramach projektu

Słusznie podkreśla się, że podstawa prawna dla transgranicznych zamówień wspólnych jest ściśle związana z promocją i wsparciem dla innowacyjności w sektorze zamówień publicznych[20]. Jej brak spowodował bowiem liczne utrudnienia przy realizacji analizowanego projektu, w ramach którego budowano unikatową infrastrukturę badawczą.

Dzięki wspomnianemu zastrzeżeniu umownemu (opcja) i respektowaniu go przez wykonawców możliwe było wygenerowanie oszczędności w ramach dokonywanych zamówień poprzez efekt skali. Ze względu bowiem na fakt, iż przedmiotem zamówień były co do zasady unikatowe elementy synchrotronu oraz z uwagi na wąski rynek potencjalnych wykonawców istotne było nawet niewiążące prawnie powiązanie szwedzkiego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z polskim. Wykonawcy, mając perspektywę sprzedaży większej (zwykle nawet podwójnej) ilości urządzeń, mogli dzięki zastrzeżonemu prawu opcji optymalizować koszty związane z pracami projektowymi czy też produkcją prototypów urządzeń stanowiących przedmiot dostaw.

Nie zmienia to jednak faktu, że konieczność przeprowadzenia kilkudziesięciu postępowań przetargowych przez Uniwersytet Jagielloński jako samodzielnie działającego zamawiającego w ramach projektu wiązała się z licznymi aspektami negatywnymi. W pierwszej kolejności wskazać należy na nadmierne generowanie kosztów osobowych związanych z obsługą zamówień publicznych. W trakcie realizacji przedmiotowego projektu konieczne było zaangażowanie nawet trzech osób zajmujących się zamówieniami publicznymi.

Ponadto omawiany proces zakupowy był czasochłonny. W pierwszej kolejności konieczne było ustalenie odpowiedniego trybu udzielenia zamówienia publicznego. We wszystkich przypadkach należało przeprowadzić dokładną analizę prawną i techniczną, co wymagało czasu i ścisłej współpracy specjalistów ds. zamówień publicznych oraz specjalistów odpowiedzialnych za poszczególne elementy synchrotronu. Niejednokrotnie prowadziła ona do wniosku, że ze względu na uwarunkowania techniczne, tj. konieczność zastosowania identycznych elementów w MAX IV oraz NCPS SOLARIS oraz biorąc pod uwagę fakt, iż były to produkty często prototypowe, projektowane i produkowane na zamówienie, uzasadnione było zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a PrZamPubl.

Niezależnie od wybranego trybu wydłużony czas i wzrost kosztów osobowych wiązały się z koniecznością sporządzania tłumaczeń. Dokumentacje techniczne tłumaczono na język polski, a pozostałe dokumenty wchodzące w skład dokumentacji przetargowej, tj. w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia, zaproszenie do negocjacji, wzór umowy, wzór formularza ofertowego, oświadczenia tłumaczono

[20] Za: W. Hartung, [w:] W. Hartung i in.: *Dyrektywa…*, komentarz do art. 39 dyrektywy 2014/24/UE.

na język angielski. Efektem tego była dwujęzyczna dokumentacja przetargowa. Następnie w ten sam sposób sporządzano inne dokumenty występujące w postępowaniu.

Wspomnieć należy, że w okresie realizacji przedmiotowego projektu istniała jedynie możliwość, aby złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów, składanych przez wykonawcę, nastąpiło również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane (art. 9 ust. 3 PrZamPubl)[21]. Dopiero w ramach ZmPrZamPubl z 22.06.2016 r. (dodanie ust. 4 w art. 9 PrZamPubl) wskazano, że także zamawiający może sporządzać dokumenty oraz dokonywać niektórych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (np. prowadzić dialog) dodatkowo również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane. Z perspektywy doświadczeń zgromadzonych podczas realizacji projektu należy jednak wskazać, że nowa regulacja jest niewystarczająca i budzi wątpliwości interpretacyjne. Ustawodawca posłużył się w przepisie sformułowaniem „**dodatkowo również** w jednym z języków powszechnie używanych…". Wykładnia literalna przepisu prowadzi do wniosku, że dopuszczalne jest sporządzanie dokumentów oraz podejmowanie niektórych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dwóch wersjach językowych, a zatem także w języku polskim, co mając na uwadze postępowania realizowane w ramach projektu stanowi jedynie usankcjonowanie stanu faktycznego. W związku z tym należy postulować zmianę art. 9 ust. 4 PrZamPubl przez wprowadzenie możliwości, gdy jest to uzasadnione (np., gdy w ramach dialogu konkurencyjnego do dalszego etapu dopuszczeni zostaną jedynie wykonawcy zagraniczni), sporządzania dokumentów oraz dokonywania niektórych czynności wyłącznie w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

Przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki (zob. tabela powyżej) również napotykało na liczne trudności. Przede wszystkim wszczęcie postępowania było możliwe dopiero po podpisaniu umowy przez Uniwersytet w Lund. Podobnie jak w przypadku innych trybów konieczne było przetłumaczenie wszystkich dokumentów dotyczących tego postępowania, a dopiero w dalszej kolejności prowadzenie negocjacji z wykonawcą zagranicznym i ustalanie ostatecznych warunków zamówienia. Ponadto, w świetle przepisów PrZam-

[21] W doktrynie wyrażony został pogląd, że art. 9 ust 3 PrZamPubl wskutek zawarcia w nim słowa „również" prowadzi do wniosku, że umożliwienie składania oświadczeń w języku obcym nie uwalnia wykonawców od obowiązku przedkładania wszystkich dokumentów w języku polskim – tak: T. Kwieciński, w: T. Czajkowski (red.): *Prawo Zamówień Publicznych Komentarz*, Warszawa 2007, s. 94). Istnieje jednak również pogląd przeciwny, zgodnie z którym, wykładnia powyższa nie jest słuszna i należy przyjąć, że wykonawcy mogą, według własnego wyboru, składać wymienione w tym przepisie oświadczenia i dokumenty w języku polskim albo w dopuszczonym języku obcym, a nawet wybrać model mieszany, tj. niektóre z nich złożone zostaną w języku polskim, a pozostałe w języku obcym (za: J. Pieróg: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, komentarz do art. 9).

Publ (niezmieniony art. 68 ust. 2 tej ustawy) w przypadku, gdy szacunkowa wartość zamówienia była równa lub przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PrZamPubl, należało (i dalej tak jest) poza oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu żądać także wszystkich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a zatem też tych potwierdzających brak ziszczenia się przesłanek przesądzających o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 PrZamPubl. Oznaczało to, że wykonawca, mimo że został już wcześniej zweryfikowany przez szwedzkiego zamawiającego, zobowiązany był do przedłożenia wymaganych dokumentów zgodnie z polskimi przepisami. Stanowiło to zbędny formalizm, który spotykał się z niezrozumieniem ze strony wykonawców. Warto zatem rozważyć modyfikację art. 68 ust. 2 PrZamPubl pod kątem fakultatywnego żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu niezależnie od szacunkowej wartości zamówienia.

Co więcej w przypadku udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki obowiązywał, i dalej obowiązuje zakaz udzielania zaliczek (art. 151a ust. 3 PrZamPubl[22]). Realizując innowacyjne zamówienia na aparaturę badawczą standardem jest zastrzeganie w warunkach umownych udzielania zaliczek, czego nie mógł czynić UJ, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w związku z zastrzeżonym przez szwedzkiego zamawiającego prawem opcji (zob. wcześniejsze uwagi). Podkreślić należy, że Uniwersytet w Lund (MAX-Lab) przewidywał wypłatę zaliczek, co następnie implikowało trudności w trakcie negocjacji toczących się między UJ a wykonawcą zagranicznym, zmierzających do zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. Jako postulat *de lege ferenda* należy zatem wskazać konieczność zmiany art. 151a ust. 3 PrZamPubl, tj. niezbędne jest usunięcie zakazu udzielenia zaliczki, gdy umowa została zawarta wskutek postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki i negocjacji bez ogłoszenia, z tym zastrzeżeniem, że obligatoryjnie należy żądać jej zabezpieczenia, np. przez przedstawienie odpowiedniej gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej.

Podsumowanie

Reasumując, należy pozytywnie ocenić wprowadzenie do PrZamPubl podstawy prawnej dla transgranicznych zamówień wspólnych. Brak tej regulacji implikował bowiem liczne problemy w praktyce, a w szczególności wydłużenie procesu zakupowego, wzrost kosztów – szczególnie osobowych, konieczność sporządzania tłumaczeń dokumentacji przetargowej, a także trudności w wyborze odpowiedniego trybu udzielenia zamówienia publicznego. W ramach realizowanego projektu nierzadko uzasadnione było przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie

[22] Możliwość udzielenia zaliczki w trybie zamówienia z wolnej ręki została aktualnie przewidziana tylko w odniesieniu do przypadku określonego w art. 67 ust. 1 pkt 10 PrZamPubl.

zamówienia z wolnej ręki, co także napotykało na trudności praktyczne związane m.in. z koniecznością żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w przypadku, gdy szacunkowa wartość zamówienia przekraczała tzw. „progi unijne", a także z zakazem uwzględnienia w warunkach umownych możliwości udzielenia zaliczek.

Powyżej przeprowadzona analiza pozwoliła na sformułowanie wniosków *de lege ferenda* w kontekście planowanego procesu legislacyjnego, którego efektem ma być nowa ustawa o zamówieniach publicznych. Zadaniem ustawodawcy jest modyfikacja przepisów istotnie utrudniających udzielanie zamówień publicznych, których przedmiot zamówienia ma charakter innowacyjny. Jednocześnie należy zaznaczyć, że przepisy PrZamPubl ulegają zmianom w dobrym kierunku i uwzględniają coraz szerszy wachlarz narzędzi pozwalających na promowanie innowacyjnych zamówień publicznych.

Bibliografia:

Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, red. T. Czajkowski, Warszawa 2007.

Hartung W., Bagłaj M., Michalczyk T., Wojciechowski M., Krysa J., Kuźma K.: *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.

Pawelec J.: *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.

Pieróg J.: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017.

Sołtysińska A., Talago-Sławoj H.: *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016 r.

Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W.: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017.

Bartosz Dziadecki, Agata Miętek, Michał Markiewicz
Narodowe Centrum Badań i Rozwoju

Partnerstwo innowacyjne na rzecz innowacyjnej gospodarki

Abstrakt

Artykuł przedstawia praktyczne aspekty przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie partnerstwa innowacyjnego prowadzonego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju w ramach programu badawczego „Bezemisyjny transport publiczny". Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, będące agencją wykonawczą Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego, dysponując publicznymi środkami na rozwój innowacyjności kraju, podjęło się – jako pierwsza publiczna instytucja w Polsce – realizacji programu badawczego w nowym trybie zamówień publicznych. To nowe podejście nie tylko stymuluje do poszukiwania innowacyjnych rozwiązań wśród zamawiających, ale – dzięki specyficznej konstrukcji programu – generuje dodatkowe środki z rynku, tworząc jednocześnie rynek dla nowych rozwiązań, poprzez włączenie do postępowania współzamawiających. Taka konstrukcja jest z jednej strony swego rodzajem remedium na ograniczoną pulę środków publicznych przeznaczonych na rozwój innowacyjności, z drugiej zaś – specyficzną formą aktywizacji innych publicznych współzamawiających do stosowania innowacyjnych trybów zamówień publicznych.

W materiale przedstawiono zarówno specyfikę samego programu, tj. kontekst, jego zakres i najważniejszych interesariuszy, i sposób zarządzania, jak również krok po kroku podjęte przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju prace przygotowawcze. Szczególną uwagę poświęcono zagadnieniom kluczowym dla poprawnego przygotowania zakresu zamówienia, co jest niezwykle istotne w przypadku zamówień obejmujących prace badawcze – omówiony został proces współpracy ze współzamawiającymi, pozyskiwania informacji z rynku w ramach dialogu technicznego, wreszcie kwestie własności intelektualnej i innowacyjności zamawianych rozwiązań.

Abstract

The article presents practical aspects of the preparation of the public procurement procedure with respect to innovative partnership, conducted by the National Center for Research and Development as part of the „Zero-emission public transport" research program. The National Center for Research and Development, being the executive agency of the Minister of Science and Higher Education, having public funds for the development of national innovation, has undertaken - as the first public institution in Poland – the implementation of the research program in the new public procurement procedure. This new approach not only stimulates the search for innovative solutions among procuring entities, but - thanks to the specific design of the program - generates additional funds from the market. At the same time it likewise creates a market for new solutions by including co-contracting authorities in the process. Such a structure is, on the one hand, a remedy for a limited pool of public funds allocated for the development of innovation and, on the other hand, a specific form of acti-

vation of other public co-contracting authorities for the application of innovative contract award procedures.

The material presents the specifics of the program itself, i.e. the context, its scope and the most important stakeholders as well as the management method, and the step by step preparatory work undertaken by the National Center for Research and Development. Particular attention was paid to the key issues of the correct preparation of the scope of the contract, which is extremely important in the case of contracts involving research – the process of cooperation with co-contracting authorities; obtaining information from the market within the technical dialogue; and finally, intellectual property issues and innovation of procured solutions was discussed.

Wprowadzenie

W marcu 2010 r. Komisja Europejska opublikowała Komunikat pt. „Europa 2020 – Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu" (KOM (2010) 2020)[1], w którym jednym z priorytetów tematycznych służących realizacji celów strategii jest „Europa efektywnie korzystająca z zasobów" – priorytet obejmujący m.in. przejście na gospodarkę niskoemisyjną, modernizację transportu i propagowanie efektywności energetycznej. W ww. Strategii wskazano również, że aby realizować jej cele, państwa członkowskie będą musiały m.in. stosować instrumenty rynkowe, takie jak zamówienia publiczne, w celu zmiany metod produkcji i konsumpcji, oraz skierować uwagę na transport w miastach, które są źródłem dużego zagęszczenia ruchu i emisji. W obszarze „Polityka przemysłowa w erze globalizacji" wskazano, że państwa członkowskie muszą poprawić otoczenie biznesu, szczególnie w odniesieniu do innowacji MŚP, między innymi z wykorzystaniem zamówień publicznych mających na celu wspieranie inwestycji.

W 2011 r. Komisja Europejska przyjęła z kolei „Plan utworzenia jednolitego europejskiego obszaru transportu – dążenie do osiągnięcia konkurencyjnego i zasobooszczędnego systemu transportu" (COM/2011/0144)[2], pośród którego celów w zakresie polityki integracyjnej, podkreślono rozwój ekologicznego transportu miejskiego i możliwości dojazdu do pracy. Natomiast w motywach do przyjętej 26 lutego 2014 r. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE[3] wskazano, m.in. że „organy publiczne powinny optymalnie pod względem strategicznym wykorzystać zamówienia publiczne w celu wspierania innowacji. Zakup innowacyjnych produktów, robót budowlanych i usług odgrywa kluczową rolę w poprawie skuteczności i jakości usług publicznych, przyczyniając się przy tym do rozwiązywania poważnych problemów społecznych".

---

[1] http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_PL_ACT_part1_v1.pdf

[2] https://publications.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/f92333f7-da0d-4fd6-9e62--389b0526e2ac/language-pl

[3] Dyrektywa w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 65) https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0025/34981/dyrektywa-2014_24_UE.pdf

W Polsce wyżej wymienione kwestie zaadresowano w krajowych dokumentach strategicznych. W lutym 2017 r. Rada Ministrów przyjęła uchwałę nr 8 z dnia 14 lutego 2017 r. w sprawie przyjęcia Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju (dalej: SOR) do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.)[4], która, uwzględniając zapisy wymienionej wcześniej „Strategii Europa 2020", wprowadza krajowe kierunki rozwoju. Jednym z celów SOR są działania związane z niskoemisyjnym transportem publicznym. Wskazano w niej, że problemy transportowe stanowią jedną z barier rozwojowych, zaś jedną z przyczyn takiego stanu jest brak nowoczesnego niskoemisyjnego taboru. W ramach planowanych działań wymieniono zwiększenie taboru niskoemisyjnego i podkreślono, że „zwiększenie wykorzystania taboru niskoemisyjnego będzie nie tylko impulsem rozwoju technologicznego dla polskiej gospodarki, ale przede wszystkim pomoże w ograniczeniu emisji zanieczyszczeń powietrza i gazów cieplarnianych". Wskazano również, że państwo będzie wspierać miasta w rozwoju niskoemisyjnego transportu zbiorowego, co ma przysłużyć się m.in. pełniejszemu wykorzystaniu potencjału największych polskich aglomeracji i likwidacji źródeł emisji zanieczyszczeń powietrza we wszystkich miastach. Dodatkowo wśród działań związanych z poprawą efektywności wykorzystania publicznych środków na przedsięwzięcia transportowe wskazano m.in. zwiększenie koordynacji inwestycji na poziomie krajowym, regionalnym i lokalnym.

Z kolei w styczniu 2018 r. została uchwalona tzw. Ustawa o Elektromobilności, tj. ustawa z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych[5], która przewiduje, między innymi, że docelowo w samorządach gminnych o liczbie mieszkańców przekraczającej 50.000, podmioty świadczące usługi komunikacji miejskiej powinny dysponować udziałem autobusów zeroemisyjnych we flocie pojazdów użytkowych na poziomie 30%.

Wszystkie wskazane powyżej dokumenty programowe i akty prawne wskazują na to, że osiągnięcie ich celów wymaga koordynacji działań z obszaru innowacji i aktywności państwa w obszarze zamówień publicznych.

NCBR jako inteligentny zamawiający

Narodowe Centrum Badań i Rozwoju (dalej: NCBR), które jest agencją wykonawczą w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych[6], zostało powołane do realizacji zadań z zakresu polityki naukowej, naukowo-technicznej i innowacyjnej państwa. To agencja wykonawcza Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego, która od dekady łączy świat nauki i biznesu, tworząc odpowiednie warunki do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych. Poprzez współfinansowanie procesów B+R

[4] M.P. z 2017 r. poz. 260; http://www.monitorpolski.gov.pl/mp/2017/260/1

[5] Dz. U. z 2018 r. poz. 317; http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20180000317/O/D20180317.pdf

[6] Dz. U. z 2017 r., poz. 2077; http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20091571240

wspiera rodzimych przedsiębiorców, istotnie zmniejszając ich ryzyko biznesowe towarzyszące wdrażaniu przełomowych projektów badawczych.

W 2016 r. NCBR, poszukując nowych metod zarządzania programami badawczo-rozwojowymi, a jednocześnie chcąc zrealizować założenia ww. strategicznych dokumentów na poziomie krajowym i europejskim, ustanowiło program *Bezemisyjny transport publiczny* (dalej: Program BTP), którego zamierzeniem jest z jednej strony – wprowadzenie i upowszechnienie na rynku polskim innowacyjnego bezemisyjnego pojazdu do transportu publicznego, a z drugiej – zastosowanie do osiągnięcia tego celu innowacyjnych zamówień publicznych, tj. trybu partnerstwa innowacyjnego. Program BTP jest narzędziem realizacji projektu flagowego „E-bus", o którym mowa w SOR. Z jednej strony za pomocą połączenia procesów badawczo-rozwojowych i zamówień publicznych ma wytworzyć efekt skali, zaś z drugiej strony stanowi przejaw koordynacji polityki rozwojowej na szczeblu centralnym i lokalnym.

Zastosowanie nowej formuły przeprowadzenia zamówień publicznych w trybie partnerstwa innowacyjnego ma za zadanie opracowanie innowacyjnego, bezemisyjnego pojazdu do transportu publicznego, który będzie nie tylko innowacją technologiczną, ale również odpowiedzią na potrzeby rynku. Procedura partnerstwa innowacyjnego charakteryzuje się wysokim nastawieniem na komercjalizację wyników badań naukowych i prac badawczo-rozwojowych oraz na ich użyteczność oraz praktyczność.

Nowy sposób finansowania prac badawczo-rozwojowych ma również zapewnić Wykonawcom stronę popytową oraz niemal natychmiastowe wprowadzenie wyników badań na rynek. Dodatkowym atutem finansowania prac badawczo-rozwojowych w tym trybie jest duża możliwość wpływu zamawiającego na wygląd, funkcjonalność oraz parametry techniczne końcowego produktu.

W celu realizacji Programu BTP NCBR podjęło szereg czynności mających na celu zbudowanie niezbędnego potencjału zarówno zewnętrznego, jak i wewnętrznego. Licząc od czasu ogłoszenia nowatorskiego programu NCBR do czasu przesłania ogłoszenia wszczynającego postępowanie minął rok. Efektem tych działań jest ogłoszone w dniu 29 grudnia 2017 r. postępowanie w trybie partnerstwa innowacyjnego na *Opracowanie i dostawę typoszeregu innowacyjnych pojazdów bezemisyjnego transportu publicznego*[7]. Pierwotny termin składania wniosków został przedłużony do dnia 3 kwietnia 2018 r. W odpowiedzi na ogłoszenie zostało złożonych 9 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu[8].

W momencie oddania niniejszego artykułu do publikacji NCBR był na etapie oceny wniosków, stąd zakres szczegółowych informacji dotyczących postępowania musi się ograniczyć do tych danych, które znajdowały się na stronie Zamawiającego. Ponadto, postępowanie ze względu na swoją wartość oraz wcześniej wspomniane pochodzenie źródeł finansowania, będzie poddane obligatoryjnej kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

---

[7] Zobacz: http://ted.europa.eu/TED/notice/udl?uri=TED:NOTICE:183-2018:TEXT:PL:HTML

[8] Zobacz: http://www.ncbr.gov.pl/gfx/ncbir/pl/defaultopisy/1255/116/1/44_17_pi_informacja_z_otwarcia_wnioskow.pdf

W związku z powyższym w niniejszej publikacji został przedstawiony wybrany zakres prac związanych z przygotowaniem ww. postępowania, tj.:

1. Nowy model zarządzania i finansowania B+R oraz kluczowi interesariusze;
2. Menadżer programu oraz niezbędne zasoby;
3. Miasta partnerskie i Porozumienia;
4. Platforma;
5. Dialog techniczny;
6. Kluczowe elementy OPZ;
7. Analiza ryzyka.

1. Nowy model zarządzania i finansowania B+R oraz kluczowi interesariusze

Jak wspomniano we wstępie, NCBR poszukując nowych, innowacyjnych metod zarządzania programami badawczymi, podjął decyzję o oparciu realizacji Programu BTP o metodę ***problem driven research***, inspirowaną doświadczeniami amerykańskiej agencji DARPA (ang. *Defense Advanced Research Project Agency*). Jej istotą jest poszukiwanie rozwiązań zdefiniowanego problemu, a nie określenie w dokumentacji konkursowej czy SIWZ sposobu jego rozwiązania. Metoda ta skupia się więc na potrzebach konkretnego odbiorcy i kładzie nacisk na praktyczne rozwiązania, które odbiorca ten będzie mógł wykorzystać, a przy tym angażuje odbiorcę przez cały proces badawczy. Stosowane przez NCBR podejście zakłada odejście od dotychczas stosowanego modelu, czyli finansowania badań na zasadzie udzielania grantów na pojedyncze projekty. W nowym modelu NCBR finansuje portfolio projektów, które konkurując ze sobą, pozwalają zamawiającemu na osiągnięcie bardziej innowacyjnych rozwiązań. Kluczowym elementem sukcesu w tej metodzie jest profesjonalizacja sposobu zarządzania programem badawczym w oparciu o menadżerów programowych oraz ich aktywną rolę w całym procesie (począwszy od zdefiniowania zakresu programu, pooprzez aktywny udział w zarządzaniu portfolio projektów badawczych wykonawców). NCBR przy wdrażaniu nowego podejścia ściśle współpracuje ze *Stanford Research Institute* (SRI), który posiada bogate doświadczenie w realizacji tego typu programów.

W związku z powyższym Program BTP nie mógłby być realizowany bez obecności kluczowych interesariuszy. Przede wszystkim są to sygnatariusze porozumień, czyli polskie miasta gotowe do wdrożenia innowacyjnych rozwiązań w zakresie transportu publicznego (rozwinięcie w dalszej części artykułu), które w Programie pełnią rolę współzamawiających. Kolejnym, bardzo ważnym dla realizacji Programu interesariuszem jest Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, który gwarantuje środki finansowe na część wdrożeniową Programu BTP[9].

[9] Zobacz: http://www.ncbr.gov.pl/aktualnosci/art,5821,2-2-mld-zl-na-nowoczesne-bezemisyjne-autobusy-dla-polskich-miast.html

2. Menadżer programu i niezbędne zasoby

Kluczowym zasobem w procesie przygotowania Programu BTP jest **Menadżer Programu**, którego główną rolą było i jest zdefiniowanie, zaprojektowanie, przygotowanie, uruchomienie i zarządzanie Programem BTP. Jest to unikalna rola w całym ekosystemie Programu BTP, ponieważ skupia w jednej osobie zarówno odpowiedzialność merytoryczną, jak i organizacyjną za cały proces. W związku z tym zapewnia, że program jest prowadzony w sposób umożliwiający osiągnięcie zdefiniowanego celu, tj. dostarczenie innowacyjnego produktu/usługi końcowemu użytkownikowi programu. Menadżer odpowiedzialny jest za pozyskanie i utrzymywanie kontaktów z interesariuszami w programie, dzięki czemu ma pełną wiedzę na temat potrzeb i problemów, które będą rozwiązywane w toku realizacji Programu BTP. Menadżer nadzoruje wybór wykonawców w programie oraz zapewnienia im wsparcie mentorskie w trakcie realizacji programu, aktywnie zarządza programem, co jest związane z częstymi, regularnymi kontaktami z wykonawcami oraz potencjalnymi użytkownikami końcowymi. Menadżer dba o przepływ informacji w ramach zarządzanego przez siebie programu, w tym zarówno w ramach zespołu NCBR, jak i z interesariuszami zewnętrznymi, pełniąc przy tym funkcję ambasadora programu na różnych forach i w różnych gremiach.

Realizacja przez NCBR Programu BTP wymagała także zapewnienia innych zasobów do jego realizacji, wśród których znajduje się również **Zespół ekspertów**, składający się z wybitnych ekspertów branżowych, którzy stanowią wsparcie merytoryczne dla Menadżera Programu; **Zespół projektu i zespół wsparcia** –zespół w NCBR, odpowiedzialny za koordynację przygotowania formalno-prawnych aspektów programu. Do zadań ww. zespołu należy ścisła, bieżąca współpraca między zespołem merytorycznym, działem prawnym i zespołem zamówień publicznych, kancelarią prawną oraz niezbędne **finansowanie** bieżącej obsługi programu.

Innym niezbędnym zasobem, bez którego realizacja Programu BTP, a co za tym idzie postępowania w trybie partnerstwa innowacyjnego, nie byłaby możliwa, są środki finansowe. Ze względu na fakt realizacji zamówienia przez NCBR łącznie ze współzamawiającymi, konieczne było zabezpieczenie finansowania zarówno na część badawczą – dla sfinansowania działań w ramach Programu BTP NCBR uzyskało dofinansowanie w charakterze beneficjenta Programu Operacyjnego Inteligentny Rozwój, poddziałanie 4.1.3. Innowacyjne metody zarządzania badaniami – jak również część wdrożeniową, w której następuje dostawa innowacyjnych pojazdów (środki własne miast oraz środki w ramach programu priorytetowego Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej).

3. Miasta partnerskie i Porozumienia

W celu realizacji programu w modelu *problem-driven research* NCBR musiał pozyskać do współpracy parterów, którzy mogli zidentyfikować problem, wymagający rozwiązania w toku prac badawczo-rozwojowych. Biorąc pod uwagę zakres merytoryczny

Programu BTP, NCBR zaprosił do współpracy polskie miasta zainteresowane wdrożeniem innowacyjnych rozwiązań w transporcie publicznym. W tym celu NCBR na swojej stronie internetowej w dniu 7 grudnia 2016 r. ogłosił, że poszukuje partnera publicznego[10] do programu w zakresie e-mobilności, który jest gotowy zaangażować się we współpracę przy programie badawczym, poprzez zdefiniowanie problemu do rozwiązania oraz zadeklaruje wykorzystanie opracowanych rozwiązań w praktyce. Wskazano, że współpraca będzie przebiegać w kilku etapach:

1. zdefiniowanie przez partnera we współpracy z NCBR docelowych produktów, założeń i wymagań funkcjonalnych;
2. ogłoszenie i realizacja przez NCBR wspólnie z parterem programu badawczego;
3. dokonanie weryfikacji i oceny ofert konkursowych oraz wyłonienie zwycięzcy;
4. dokonanie przez partnera zakupu produktów będących wynikiem projektu badawczego.

Wskazano, że partnerem może być każdy podmiot publiczny, bez względu na jego formę prawną, którego głównym celem działalności nie jest prowadzenie działalności gospodarczej (tj. nie konkuruje na rynku). Oprócz ogłoszenia, NCBR podjął również szereg innych aktywności (w tym organizację konferencji, rozmowy dwu- i wielostronne, udział w różnych forach i gremiach), które pozwoliły na zainteresowanie polskich miast nowym programem. W wyniku tych działań ostatecznie podpisano 27 porozumień z jednostkami odpowiedzialnymi za transport publiczny w miastach.

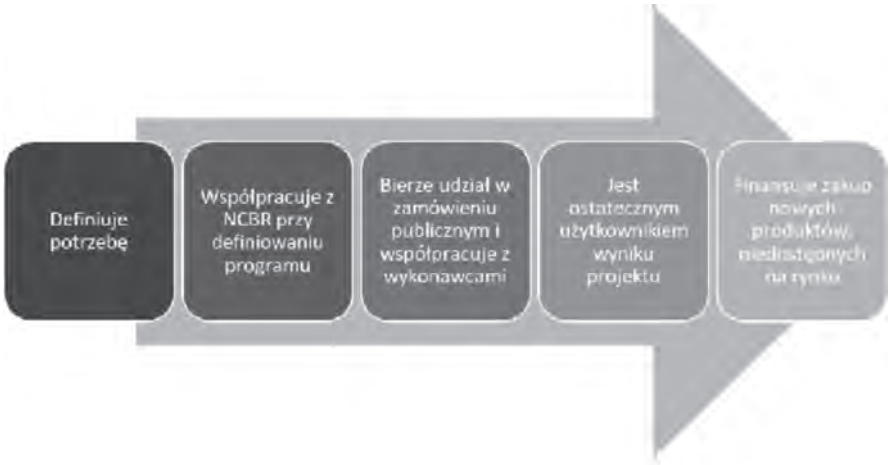
W ww. porozumieniach określono, że miasta współpracują z NCBR w przedmiocie realizacji Programu BTP oraz zamierzają nabyć pojazdy wytworzone przez Wykonawcę (na zasadach i pod warunkami określonymi w dokumentacji przetargowej) w celu uzyskania wymaganego Ustawą o Elektromobilności udziału taboru zeroemisyjnego w środkach komunikacji publicznej, które służą w ich obszarze do zaspokajania potrzeb ludności. Nabycie pojazdów jest środkiem realizowanych przez miasta działań związanych z zapewnianiem wspólnotom lokalnym odpowiednio wysokiego poziomu transportu publicznego oraz redukcji zanieczyszczeń powietrza.

Dzięki współpracy z sygnatariuszami porozumień, w tym ich udziałowi w przygotowaniu pod względem merytorycznym dokumentacji przetargowej, określony został ostateczny zakres Programu BTP, dzięki czemu produkty finalne programu będą dostosowane do ich wymagań i potrzeb.

Porozumienia określają również, że NCBR jest Zamawiającym zobowiązanym do przeprowadzenia postępowania w trybie partnerstwa innowacyjnego, a miasta pełnią rolę współzamawiających. Porozumienia określają ponadto model finansowania, wskazując, że część B+R finansuje NCBR, a miasta odpowiadają za część wdrożeniową. Kolejnym elementem porozumienia jest określenie zapotrzebowania na produkt (ilościowo i jakościowo) oraz obowiązki stron przy przygotowaniu postępowania i realizacji programu.

Bardzo trudnym elementem przygotowania postępowania było przygotowanie specyfikacji technicznej przyszłych pojazdów. Poza elementami innowacyjnymi pojazdu,

[10] W tym punkcie nie jest to partner, o którym mowa w art. 73g 1 ustawy Pzp.



Rys. 1: Role miast partnerskich w Programie BTP

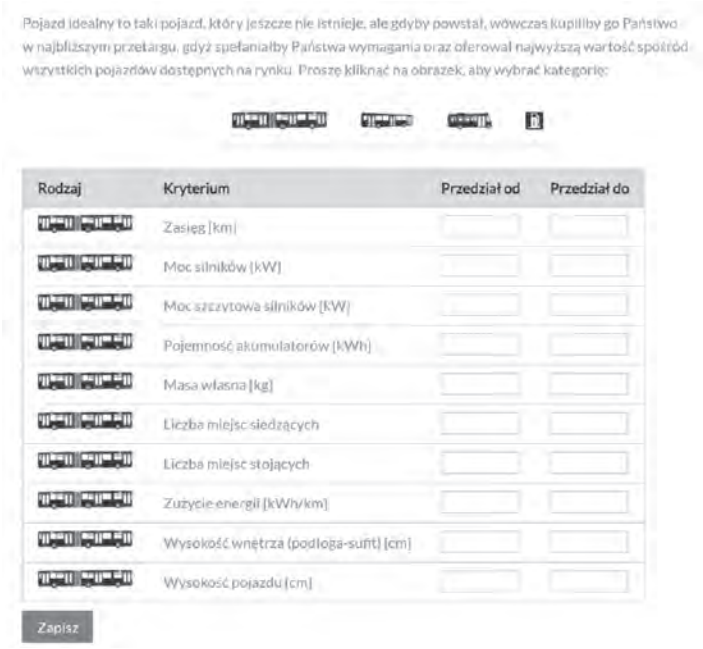
konieczne było określenie pozostałych elementów, jakie ma spełniać oczekiwany pojazd. W tym celu NCBR stworzył specjalne narzędzie – platformę do komunikacji (o której mowa w dalszej części artykułu), jak również zorganizował serię dwudniowych spotkań dla przedstawicieli miast, podczas których trwały negocjacje i dyskusje nad kształtem przyszłej specyfikacji technicznej.

Rysunek 1. przedstawia w sposób syntetyczny role, jakie pełnią miasta partnerskie w modelu realizowanym przez NCBR (prowadzenie postępowania przez NCBR oraz współzamawiających).

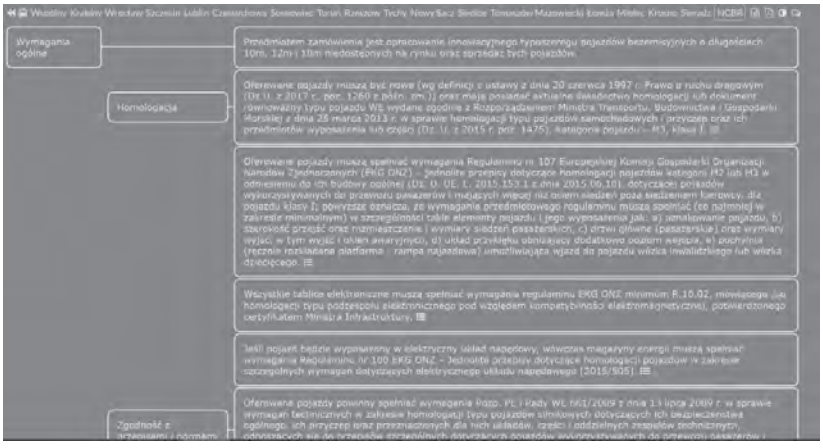
4. Platforma

W celu efektywnego zarządzania Programem BTP stworzona została dedykowana platforma do komunikacji z miastami, z którymi NCBR podpisał porozumienia, oraz dla członków zespołu przygotowującego postępowanie w trybie partnerstwa innowacyjnego. Platforma jest narzędziem interaktywnym i na bieżąco aktualizowanym, a dostęp do niej chroniony hasłem, co ma zapewnić kontrolę nad poufnymi danymi znajdującymi się na platformie.

Pierwszym i bardzo ważnym elementem platformy jest ankieta, którą wypełniali przedstawiciele miast. Na jej podstawie opracowane zostały wymagania do przyszłej specyfikacji technicznej pojazdów. Ankieta została podzielona na kategorie, w których sygnatariusze porozumień określali swoje preferencje względem oczekiwanych pojazdów, w szczególności oznaczali, które z wymagań są krytyczne, które ważne, a które obojętne. Określany był wymagany zasięg pojazdów, moc silników, pojemność akumulatorów, zużycie energii, wysokość wnętrza itp. Istotnym elementem było również określenie zapotrzebowania na lata 2017–2021 na pojazdy o długościach: 18 m,



Rys. 2: Ankieta dla miast na platformie NCBR



Rys. 3: Platforma NCBR – jedna z funkcjonalności

12 m oraz mniejszych. Ostatnim elementem było określenie używanej przez miasta infrastruktury transportowej oraz wybranych jej parametrów, takich jak liczba przystanków średnia długość trasy w kilometrach, średnia odległość między przystankami, największe nachylenie drogi w trasie itp. Kolejnym bardzo istotnym elementem platformy jest możliwość pracy na konkretnych zapisach dotyczących specyfikacji

technicznych pojazdów. Miasta przekazały NCBR swoje wymagania techniczne, które zostały uspójnione i scalone w jeden dokument. Ważnym elementem platformy jest możliwość dokonywania na bieżąco zmian, które są odnotowywane i każdy z uczestników platformy ma do nich dostęp.

Platforma posiada również możliwość dostępu do wszystkich niezbędnych dokumentów w trakcie trwania programu oraz aktualizowany harmonogram wraz z wykresem Ganta.

5. Dialog techniczny

Aby lepiej poznać rynek pojazdów bezemisyjnych NCBR ogłosił dialog techniczny[11]. Jego celem było dostarczenie wskazówek i informacji niezbędnych do określenia Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz sformułowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w tym również warunków kontraktowych. Dialog techniczny miał pomóc w uzyskaniu niezbędnych informacji technicznych w dziedzinie transportu bezemisyjnego oraz najbardziej innowacyjnych rozwiązań technologicznych dostosowanych do potrzeb rynku, które umożliwią realizację celów Programu BTP w ramach dostępnego budżetu oraz planowanego harmonogramu. Dialog techniczny miał również na celu zbadanie możliwości Wykonawców w zakresie przeprowadzenia prac B+R, preferowanych warunków płatności oraz innych istotnych warunków kontraktowych. Jednocześnie miał pomóc uzyskać wiedzę na temat preferowanych warunków przyszłego Partnerstwa Innowacyjnego, w tym:

1. Właściwego przygotowania i określenia:
   a. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
   b. oczekiwanego harmonogramu prac,
   c. oczekiwanego zakresu treści studium wykonalności,
   d. najważniejszych warunków Umowy o Partnerstwie Innowacyjnym, w tym w szczególności w zakresie fazy badawczo-rozwojowej i warunków jej finansowania, oszacowania kosztów wyników projektu.
2. Elementów oceny podmiotowej i przedmiotowej w przyszłym postępowaniu:
   a. warunków udziału w postępowaniu,
   b. kryteriów selekcji i oceny ofert,
   c. zgodności ze standardami i regulacjami.
3. Pozostałych wymagań dotyczących Przedmiotu Zamówienia, między innymi (choć nie tylko) w obszarach:
   a. pojazdów napędów zero-emisyjnych,
   b. silników elektrycznych,
   c. wodorowych ogniw paliwowych,
   d. magazynowania wodoru,

[11] Zobacz: http://www.ncbr.gov.pl/gfx/ncbir/pl/defaultopisy/965/5/1/12_17_dt_technicaldialogue.pdf

e. ogrzewania, wentylacji i klimatyzacji,
f. pojazdów semi-autonomicznych,
g. technologii pojazdów autonomicznych,
h. technologii *drive-by-wire*,
i. systemów zarządzania i optymalizacji zużycia energii,
j. elektroenergetyki i sterowania,
k. systemów ładowania,
l. optymizacji źródeł energii,
m. systemów zarządzania magazynami energii,
n. optymalizacji kosztów wytworzenia i serwisu przy zachowaniu jakości,
o. poprawy komfortu użytkowania,
p. systemów diagnostycznych,
q. systemów informacji pasażerskiej.

Dialog przeprowadzono z 14 podmiotami z branż: Producenci autobusów, Producenci części i komponentów, Producenci infrastruktury oraz Dostawcy energii.

Obok dialogu technicznego, dzięki któremu NCBR mógł zweryfikować i doprecyzować dokumentację postępowania, niezbędnym elementem przygotowania programu było badanie stanu techniki. Analiza dostępnych rozwiązań i ustalenie pól do innowacji są bowiem kluczowe w toku planowania zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego. W Programie BTP analizę dostępnych rozwiązań wykonał Menadżer Programu, przy współpracy z Zespołem ekspertów przy NCBR, z SRI, dzięki kontaktom ze światem B+R oraz wizytom studyjnym.

6. Kluczowe elementy OPZ

Ze względu na fakt, że partnerstwo innowacyjne jest stosunkowo nowym trybem zarówno dla rynku zamówień w Polsce, jak również w Unii Europejskiej, niewiele jest postępowań, na których można było się wzorować podczas przygotowywania Programu BTP. W Polsce na etapie rozpoczęcia prac na Programem BTP zostało wszczęte jedno postępowanie przez Enea Operator Sp. z o.o. na *Dostawę liczników bilansujących w celu opomiarowania stacji SN/nN*[12] oraz jedno przez Komendę Główną Policji na *Opracowanie oprogramowania do akwizycji danych cyfrowych*[13]. Pod względem przedmiotu zamówienia, zakresu prac B+R oraz skali zamówienia w Programie BTP, nie było zatem zamówienia, z którego NCBR mógł czerpać wzorce. Należy zauważyć, że ogólny charakter przepisów dotyczących partnerstwa innowacyjnego oraz często dość niespójne zapisy ustawy Pzp dodatkowo komplikowały realizację zadania.

[12] Zobacz: http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:417850-2016:TEXT:PL:HTML&src=0

[13] Zobacz: http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:351876-2017:TEXT:PL:HTML

6.1. Innowacyjność

Bardzo dużym wyzwaniem było szczegółowe opisanie innowacyjności przedmiotu zamówienia, czyli bezemisyjnego pojazdu, w taki sposób, by nie specyfikować rozwiązań, jak to ma zazwyczaj miejsce w klasycznych postępowaniach, a opisać te elementy w sposób funkcjonalny, pozostawiający Wykonawcom pole do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych. Ustawa definiuje produkt innowacyjny zgodnie z art. 73a ust. 2: *przez innowacyjny produkt, usługę lub robotę budowlaną należy rozumieć nowy lub znacznie udoskonalony produkt, usługę lub proces, w tym proces produkcji, budowy lub konstrukcji, nową metodę marketingową lub nową metodę organizacyjną w działalności gospodarczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych.* Ciągle rozwijający się rynek pojazdów elektrycznych powodował, że zdefiniowanie innowacyjności było nie lada wyzwaniem.

W odniesieniu do kwestii innowacyjności należy wskazać, że głównym założeniem Programu BTP jest opracowanie i wdrożenie nowoczesnych rozwiązań w zakresie transportu bezemisyjnego. Program zakłada, iż jako rezultat programu opracowany zostanie innowacyjny, niedostępny obecnie na rynku, bezemisyjny pojazd transportu publicznego, który następnie zostanie wdrożony w liczbie około tysiąca sztuk w polskich miastach.

W Ogłoszeniu wskazano, że w wyniku prac badawczo-rozwojowych zostaną opracowane, a następnie dostarczone typoszeregi innowacyjnych pojazdów bezemisyjnych kategorii M3 (wg klasyfikacji załącznika nr 2 do ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym), w kategoriach długości: 10 m (zakres od 9 do 10,5 m), 12m (zakres od 11,8 do 12,5 m), 18 m (zakres od 17,5 do 18,75 m). Program BTP zakłada, iż każdy pojazd będzie spełniał następujące wymogi: nie będzie wyposażony w silnik spalania wewnętrznego lub inne urządzenie, którego praca powoduje emisji szkodliwych substancji takich jak NOx, CO, CO2, gazów cieplarnianych lub innych substancji, objętych systemem zarządzania gazów cieplarnianych, a w szczególności w pojeździe nie może być zastosowany silnik o zapłonie samoczynnym; pojazd musi być nowy i spełniać wszystkie przepisy warunkujące jego dopuszczenie do ruchu drogowego w Polsce; pojazd musi posiadać możliwość ładowania magazynów energii prądem zmiennym przez gniazdo zgodne ze standardem IEC 60309, a także prądem zmiennym i stałym w najnowszej wersji standardu *Combined Charging System* (CCS), dostępnej w dniu przekazania ostatecznego SIWZ.

Ponadto, w Ogłoszeniu wskazano, że celem jest osiągnięcie zakładanego poziomu modułowości i autonomiczności pojazdu. Pojazd powinien posiadać dwie konieczne innowacyjności: (A) zastosowanie w zakresie źródeł zasilania pojazdu wymiennych komponentów (modułów) zapewniających wzajemną zastępowalność różnych rodzajów magazynów energii: baterii trakcyjnych i wodorowych ogniw paliwowych z zasobnikiem wodoru, co – w zależności od wyboru Zamawiającego – umożliwi zasilanie pojazdu energią zgromadzoną w bateriach trakcyjnych lub wodorem; (B) zdolność pojazdu, co najmniej na obszarze zajezdni, do jazdy autonomicznej na poziomie 3 SAE wg klasyfikacji dokumentu J3016 *Taxonomy and Definitions for Terms Related to*

Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles stowarzyszenia *SAE International*[14]. Spełnienie warunku modułowości i autonomiczności pojazdu to innowacja na skalę światową, za którą podążają realne korzyści wynikające z możliwości: szybkiej wymiany modułów autobusu umożliwiających zwiększenie zasięgu pojazdu z 40 do 120 km, konwersji pojazdu zasilanego bateryjnie na pojazd zasilany wodorowymi ogniwami paliwowymi oraz oszczędności czasu i kosztów wymiany ogniw.

6.2. Podział IPR

W związku z faktem, że NCBR jako współzamawiający finansuje część Programu BTP w zakresie prac B+R i przeznacza na nie ok. 100 mln zł, bardzo istotnym elementem przygotowywanego postępowania były zapisy projektu istotnych postanowień umownych, a w nich szczególny element dotyczący praw własności intelektualnych.

6.3. Schemat programu dostosowany do procesu badawczo-rozwojowego

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego jest procesem wieloetapowym, w którym, po podpisaniu umowy partnerstwa innowacyjnego, może brać udział więcej niż jeden wykonawca (nazywany odtąd partnerem).

W przypadku Programu BTP realizacja zamówienia publicznego w trybie partnerstwa innowacyjnego oraz zawartej umowy partnerstwa innowacyjnego następuje kolejno w ramach fazy badawczo-rozwojowej (B+R), a następnie fazy wdrożeniowej (dostawa pojazdów). Do zawarcia umowy i I etapu fazy badawczo-rozwojowej zostanie dopuszczonych nie więcej niż 30 wykonawców (partnerów) wyłonionych na podstawie kryteriów oceny ofert. Faza B+R jest podzielona na trzy etapy, odpowiadające procesowi badawczo-rozwojowemu, na zakończenie których partnerzy są zobowiązani przedstawić określony wynik dotychczasowego procesu badawczo-rozwojowego. Wyniki prac etapu I B+R będą przedmiotem oceny pod względem jakościowym, technicznym i ekonomicznym, wskutek której partnerzy, których wyniki osiągną najniższą ocenę, zostaną wyeliminowani z dalszych prac. Do etapu II fazy B+R zostanie dopuszczonych nie więcej niż 7 partnerów (weryfikacja pracy prototypu pojazdu o długości 12 m). Do etapu III fazy B+R zostanie dopuszczonych nie więcej niż 3 partnerów (weryfikacja pracy pojazdu 10 m, 12 m i 18 m w warunkach rzeczywistych na liniach testowych). Do fazy wdrożeniowej (dostawa pojazdów) zostanie dopuszczonych do 3 partnerów, których dokładna liczba zostanie dookreślona w ostatecznej SIWZ.

7. Analiza ryzyka

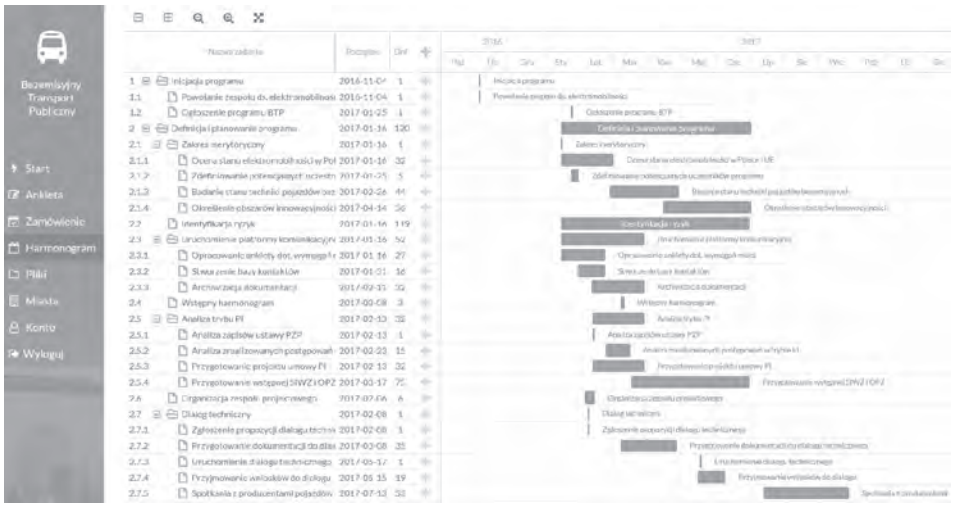
Realizacja Programu BTP w formule partnerstwa innowacyjnego od strony organizacyjnej jest wielowątkowym i skomplikowanym procesem, dlatego procesy w ramach Programu podzielono na trzy główne grupy:

[14] Zobacz: https://www.sae.org/

1. Inicjacja programu;
2. Definiowanie i planowanie programu;
3. Realizacja programu.

Łącznie określono 65 podkategorii, które zostały odwzorowane na wykresie Ganta w celu lepszego zarządzania programem.

W ramach prac prowadzonych nad przygotowaniem postępowania w celu efektywniejszego zarządzania zidentyfikowano również potencjalne ryzyka, jakie mogą wystąpić, określono stopień prawdopodobieństwa ich wystąpienia, jak również sposoby reakcji na ryzyko. Tabela poniżej przedstawia przykładowe ryzyka, na podstawie których stworzono mapę ryzyka (zgodnie z procedurami obowiązującymi w NCBR).



Rys. 4: Wybrane podkategorie wylistowane na platformie NCBR

Podsumowanie

Już na tym etapie prowadzonego postępowania można stwierdzić, że tryb partnerstwa innowacyjnego jest bardzo interesującym trybem dla NCBR. W sposób naturalny, dzięki współpracy NCBR z miastami, które stały się współzamawiającym i będą odbiorcami bezemisyjnego pojazdu, pozwala sfinansować B+R oraz zapewnić rynek Beta dla wytworzonych produktów. Jest to tryb dostosowany do zamawiania rozwiązań, których nie można sprecyzować na początku zamówienia, nie wymaga szczegółowego SIWZ na etapie ogłoszenia, a warunki udziału w postępowaniu mogą być określone w zakresie oceny zdolności wykonawców w kontekście badań i rozwoju oraz opracowywania i wdrażania innowacyjnych produktów, usług czy robót budowlanych. Co najważniejsze, daje możliwość przeprowadzenia negocjacji z wykonawcami, a po ich zakończeniu doprecyzowania SIWZ w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji. Nowością w tym trybie jest możliwość zawarcia umowy z kilkoma wykonawcami, którzy stają się partnerami, co pozwala na zmitygowanie ryzyka niepowodzenia

Tabela 1: Przykładowe ryzyka zidentyfikowane dla Programu BTP

REJESTR RYZYKA													PZ3-1/F3
IDENTYFIKACJA RYZYKA				ANALIZA RYZYKA			REAKCJA NA RYZYKO					MONITOROWANIE RYZYKA	
ID	Cel strategiczny lub Cel programu/ projektu lub Cel operacyjny	Zadanie służące realizacji celu	Opis ryzyka: Przyczyna/ Ryzyko/ Skutek	Skala Prawdopodobieństwa	Skala Wpływu	Wartość oczekiwana 5x6	Właściciel ryzyka	Typ reakcji *	Planowane działanie	Wykonawca działania	Planowany termin wdrożenia działania kw./m-c	Status działania	Status ryzyka **
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14
ID11	Wady ukryte w pojazdach		Pojazdy mogą posiadać wady, które uniemożliwią korzystanie z nich do świadczenia usług transportowych.	2	4	8	JST	Redukcja	Co najmniej roczne testy w celu wykrycia potencjalnych usterek we wszystkich porach roku, uruchomienie pilotażu w kilku dużych miastach, które w przypadku wystąpienia takiej sytuacji będą mogły zastąpić awaryjne pojazdy.	JST	W trakcie realizacji Programu	Ryzyko nie wystąpiło	O

***Reakcje na zagrożenia**: Unikanie / Redukcja / Plan rezerwowy / Przeniesienie / Akceptacja / Współdzielenie ** **Status ryzyka:** O – otwarte / Z – zamknięte

zarówno realizacji prac B+R, jak i dostarczenia zamawianych produktów. Ostatnim elementem – chyba najistotniejszym – zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców jest fakt, że rywalizują oni faktycznym produktem, który jest testowany w realnych warunkach, a nie obietnicą produktu zawartą na kartce papieru. Tym samym pozwala w praktyce budować rynek dla innowacji.

Oczywiście należy mieć świadomość, że nie ma rozwiązań idealnych. Stosowanie partnerstwa innowacyjnego niesie ze sobą pewne ryzyka, chociażby związane z faktem, że jest to nowy, mało znany tryb, a co za tym idzie brak jest przetartych ścieżek postępowania oraz ugruntowanego orzecznictwa w tym zakresie. Jest to jednocześnie tryb czasochłonny, a w przypadku dużych przedsięwzięć wymagający zaangażowania różnych zasobów ludzkich i finansowych. Mamy nadzieję, że w trakcie konferencji NCBR będzie mógł podzielić się bardziej szczegółowymi informacjami i będzie miał możliwość poinformowania o kolejnych etapach procedury partnerstwa innowacyjnego.

Bibliografia

Biuletyn Informacji Publicznej / zamówienia publiczne: *Informacja ze strony internetowej NCBR o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego* www.ncbr.gov.pl/gfx/ncbir/pl/defaultopisy/965/5/1/12_17_dt_technicaldialogue.pdf.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014 r. s. 65).

„Europa 2020 – Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu" (KOM (2010) 2020).

„Plan utworzenia jednolitego europejskiego obszaru transportu – dążenie do osiągnięcia konkurencyjnego i zasobooszczędnego systemu transportu" (COM/2011/0144).

Strona internetowa *Narodowego Centrum Badań i Rozwoju*.

Strona główna / Aktualności: *2,2 mld zł na nowoczesne bezemisyjne autobusy dla polskich miast:* http://www.ncbr.gov.pl/aktualnosci/art,5821,2-2-mld-zl-na-nowoczesne-bezemisyjne-autobusy-dla-polskich-miast.html.

Suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, *Ogłoszenie o zamówieniu nr 2017/S 172-351876:* http://ted.europa.eu/TED/notice/udl?uri=TED:NOTICE:351876-2017:TEXT:PL:HTML.

Ustawa z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. z 2018 poz. 317).

Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles, https://www.sae.org/standards/content/j3016_201609.

WSPARCIE MŚP

Przemysław Dzierzędzki
Członek Krajowej Izby Odwoławczej

Podwykonawstwo jako forma udziału małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych oraz ochrona ich interesów na tle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej – wybrane zagadnienia

Abstrakt

Niniejsze opracowanie przedstawia analizę orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego wykorzystywania przez zamawiających uprawnienia do wpływania na treść umów podwykonawczych w sprawach zamówień publicznych. Dopuszczalność i granice tego uprawnienia budziły w praktyce znaczne wątpliwości interpretacyjne i wymagały rozstrzygnięcia. Przedstawione orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej starało się wyeliminować większość z nich, aby doprowadzić do wypracowania jednolitej wykładni w najistotniejszych kwestiach spotykanych w praktyce postępowań odwoławczych. W judykatach tych dostrzegalna była chęć zapewnienia równowagi pomiędzy zasadami swobody umów i swobody działalności gospodarczej z jednej strony, a koniecznością ochrony słabszego uczestnika rynku i zapewniania stabilnej realizacji zamówień publicznych, z drugiej strony.

Abstract

This elaboration presents an analysis of judicature of the National Chamber of Appeals regarding the right of contracting authorities to influence the content of subcontracts in public procurement. The admissibility and scope of this right have raised in practice considerable interpretation doubts and required a clarification. The presented judicature of the National Chamber of Appeal attempted to eliminate most of them in order to work out a uniform interpretation on the most important issues encountered in practice of appeal procedures. These judiciaries show the willingness to ensure balance between principles of freedom of contract, freedom of economic activity on one hand and the necessity to protect a weaker market participant and ensure a stable contract performance on the other.

Wprowadzenie

Ułatwienie udziału małych i średnich przedsiębiorstw w realizacji zamówień publicznych zostało uznane przez prawodawcę unijnego za jeden ze środków, które mają zapewnić lepsze wydatkowanie środków publicznych. Wzmocnienie roli sektora małych

i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych zostało wyraźnie wymienione jako jeden z głównych celów zmiany dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Już w motywie 2 dyrektywy z dnia 26 lutego 2014 r. nr 2014/24/UE[1] wskazano, że należy *zmienić i zmodernizować przepisy dotyczące zamówień publicznych przyjęte na podstawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE, aby zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych (…)*. Wymienienie działań na rzecz poprawy wskaźnika udziału małych i średnich przedsiębiorstw w zamówienia publicznych nie może budzić zdziwienia, jeśli weźmie się pod uwagę, że to właśnie ten sektor odpowiada w największym stopniu za rynek pracy, zapewnia niezbędną konkurencyjność, skutkując efektywnym wydatkowaniem środków publicznych i w największym stopniu przyczynia się do wzrostu gospodarczego państw członkowskich Unii Europejskiej. Powyższe dostrzegł także sam prawodawca unijny w motywach dyrektywy 2014/24/WE, w których wskazano, że *mając na uwadze potencjał MŚP w kontekście tworzenia miejsc pracy, a także wzrostu gospodarczego i innowacji, ważne jest, by zachęcać MŚP do udziału w zamówieniach publicznych – zarówno przez odpowiednie przepisy niniejszej dyrektywy, jak i przez inicjatywy na szczeblu krajowym. Nowe przepisy niniejszej dyrektywy powinny przyczynić się do poprawy wskaźnika skuteczności, rozumianego jako udział MŚP w całkowitej wartości udzielonych zamówień*[2].

Konieczność zwiększenia liczby małych i średnich przedsiębiorstw uczestniczących w zamówieniach publicznych, a także poszerzenia mechanizmów ochrony ich interesów uznawana jest także za jeden z podstawowych celów prac nad nowym Prawem zamówień publicznych. Minister Przedsiębiorczości i Technologii Jadwiga Emilewicz w wielu publicznych wypowiedziach wskazywała, że celem przygotowywanego nowego prawa jest doprowadzenie do sytuacji, w której zamawiający staną się bardziej otwarci na małych i średnich przedsiębiorców. Celem ministerstwa ma być doprowadzenie do zwiększenia roli tego sektora, gdyż obecnie szacuje się, że w przetargach startuje ok. 20% przedsiębiorców z sektora MŚP[3].

W tym kontekście interesującym wydaje się prześledzenie, jak wygląda ochrona małych i średnich przedsiębiorców na tle dotychczasowych regulacji prawnych. W artykule przedstawiony zostanie wycinek tego zagadnienia dotyczący możliwości i granic wykorzystywania przez zamawiających uprawnienia do wpływania na treść umów podwykonawczych w sprawach zamówień publicznych.

---

[1] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE.

[2] Motyw 124 dyrektywy 2014/24/WE.

[3] Emilewicz: *Więcej małych i średnich firm w przetargach publicznych*; za stroną internetową http://www.pap.pl/aktualnosci/news,1272591,emilewicz-wiecej-malych-i-srednich-firm-w-przetargach-publicznych.html.

1. Stosunek regulacji art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a i art. 143a-d ustawy Pzp w umowach podwykonawców na roboty budowlane

Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy Pzp zamawiający został przez ustawodawcę wyposażony w prawo, aby w przypadku zamówień na roboty budowlane zawrzeć w SIWZ wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu. Przepis ten został dodany ustawą o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 8 listopada 2013 r., która weszła w życie 24 grudnia 2013 r.[4] Intencje, jakie przyświecały ustawodawcy, można odnaleźć w uzasadnieniu do projektu tej ustawy[5]. Ustawodawca wskazał tam z jednej strony, że relacje: wykonawca – podwykonawca, podwykonawca – dalszy podwykonawca, w dalszym ciągu powinny być oparte na zasadzie swobody umów. Z drugiej jednak strony dostrzeżono konieczność zapewnienia zamawiającemu możliwości ingerencji w treść umów podwykonawczych. Wskazano bowiem, że należyta ochrona podwykonawstwa ma kluczowe znaczenie dla udziału małych i średnich przedsiębiorstw w realizacji zamówień publicznych, a także warunkuje niezakłócone i sprawne wykonywanie inwestycji publicznych. *Zamawiający, działając w interesie publicznym, nie powinni pomijać na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosownych regulacji, dotyczących stosunków wykonawca – podwykonawca – dalszy podwykonawca, jako kluczowych dla bezpieczeństwa realizowanych zamówień publicznych i niezakłóconego ich wykonywania. Wykonanie części zamówienia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę następuje na rzecz wykonawcy, służy jednak spełnieniu zobowiązań zaciągniętych przez wykonawcę w stosunku do zamawiającego, stąd też zamawiający powinien mieć wpływ na treść i sposób realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa.*[6]

Jak wynika z przedstawionego celu regulacji, ustawodawca starał się zapewnić z jednej strony poszanowanie zasady swobody umów, a z drugiej strony umożliwić zamawiającemu ingerencję w treść umów podwykonawczych w niezbędnym stopniu. Na tym tle dochodziło do sporów, których rozstrzygnięciem zajmowała się Krajowa Izba Odwoławcza. Źródłem sporów – jak wskazuje się w piśmiennictwie – wydaje się być redakcja samego przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy Pzp. Dostrzeżono bowiem, że przepis ten obarczony jest zasadniczymi wadami. Zezwala zamawiającemu na ingerencję w sferę objętą konstytucyjną zasadą swobody działalności gospodarczej i swobody kształtowania stosunków umownych, ale nie wyznacza granic uprawnienia zamawiającego. W piśmiennictwie zwrócono bowiem uwagę, że *ustawodawca nie określił (…) w tej normie żadnych granic dopuszczalnej ingerencji przez zamawiające-*

[4] Ustawa z dnia 8.11.2013 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1473).

[5] Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm RP VII kadencji, nr druku 1179, za stroną internetową http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1179.

[6] Ibidem.

go w chronioną konstytucyjnie zasadę swobody działalności gospodarczej wykonawców i podwykonawców (art. 20 Konstytucji RP) oraz zasadę autonomii woli. Granice tej ingerencji względnie kryteria umożliwiające jej weryfikację powinny być wskazane w treści tej normy[7].

W szeregu spraw odwołujący, kwestionując określane przez zamawiających wymagania dotyczące umów o podwykonawstwo, których niespełnienie spowoduje wniesienie przez zamawiającego zastrzeżeń lub sprzeciwu, powoływali się na zasadę swobody umów. Wywodzili także, że przepis art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy Pzp należy odczytywać z uwzględnieniem przepisów art. 143a – d ustawy Pzp, co prowadziło ich do postawienia tezy, że zamawiający został wyposażony w prawo wprowadzania do umów podwykonawczych tylko takich wymagań, o których mowa w art. 143a – d ustawy Pzp i innych przepisach, w szczególności kodeksie cywilnym. W wielu orzeczeniach Izba generalnie przychylając się do stanowiska zamawiających uznawała co do zasady, że przepisy art. 143a – d ustawy Pzp czy k.c. nie wyznaczają maksymalnych granic wymagań, jakie może postawić zamawiający w stosunku do umów podwykonawczych. W sprawie o sygn. akt KIO 1477/16 wskazano, że *rolą przepisów art. 143a–d Pzp jest jedynie wskazanie elementów obowiązkowych, jakie muszą znaleźć się w umowie o roboty budowlane. Natomiast podstawą do określenia wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jest ewidentnie przywoływany już wcześniej art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy Pzp.* Z kolei w sprawie o sygn. akt KIO 2164/16 stwierdzono, że *nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonując uprawnienie wynikające z przepisu art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, zamawiający kształtował prawa i obowiązki strony umowy o podwykonawstwo w zakresie regulowanym sferą przepisów o charakterze dyspozytywnym, wybierając niejako za strony umowy określone rozwiązania. Należy się wprawdzie zgodzić z Odwołującym, że stanowi to ingerencję w swobodę kontraktowania, jednakże odbywa się ona za przyzwoleniem ustawodawcy, który – jak wspomniano – pozostawił zamawiającemu swobodę w określeniu wymagań dotyczących umów o podwykonawstwo, która służyć ma urzeczywistnianiu celów wzmiankowanej wcześniej nowelizacji Pzp.*

W orzecznictwie został jednak wyrażony także podgląd, że zakres ingerencji zamawiającego w treść umów podwykonawczych wyznaczają przepisy k.c. i Pzp. Skład orzekający, odmawiając zamawiającemu prawa do tak daleko idącej ingerencji w treść umów podwykonawczych, powołał się na konieczność ścisłej interpretacji tego uprawnienia, które uznał za wyjątek od zasady swobody umów. Argumentował, że niedopuszczalne jest ingerowanie przez zamawiającego w zakresie wykraczającym poza gwarancyjną rolę zamawiającego za zapłatę podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. *Skoro ustawodawca w normie prawnej określił zakres ingerencji w umowę, to należy uznać, że jest to regulacja zupełna w zakresie istotnym, a zatem norma ta nie może podlegać wykładni rozszerzającej.*

[7] P. Drapała: *Ochrona roszczeń podwykonawców – mankamenty legislacyjne i wątpliwości w zakresie wykładni art. 143a–143d ZamPublU*, PZP 2016, Nr 1, Legalis 11187289.

Za przejaw niedozwolonej wykładni rozszerzającej należy uznać wprowadzenie, jako warunku akceptacji umowy z podwykonawcą, dokonania przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego zabezpieczenia w wysokości 70% wartości umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą (por. wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1139/15). Zbliżony pogląd o nieistnieniu podstawy prawnej do dalszej ingerencji w treść umów podwykonawczych wyrażono także w kolejnym wyroku. *Zamawiający nie ma ustawowych uprawnień, aby w SIWZ ograniczać wykonawcę w kontraktach ze swoimi podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami w korzystaniu z zasady swobody umów [art. 353[1] k.c.]. (…) Ingerencje w ustawową regułę swobody umów mogą być wprowadzane przez zamawiającego na zasadzie wyjątku, a więc jako uregulowanie dotyczące wyjątku nie może być interpretowane rozszerzająco zgodnie z łacińską paremią exceptiones non sunt extentendae – wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco (wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1978/16).*

2. Ingerencje zamawiającego w umowy podwykonawcze na dostawy i usługi

Kolejnym zagadnieniem, nad jakim pochylała się Izba, było to, czy zamawiający uprawniony jest rozciągnąć minimalne obowiązki, jakie muszą znaleźć się w umowie o podwykonawstwo zamówienia na roboty budowlane, także na umowy o podwykonawstwo, gdy przedmiotem zamówienia są dostawy czy usługi. W sprawie o sygn. akt KIO 875/14 zamawiający postanowił nałożyć na wykonawcę zamówienia na usługi obowiązki dotyczące umów podwykonawczych nawiązujące do tych, jakie ustawodawca przewidział w art. 143 b ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do umów podwykonawczych zamówienia na roboty budowlane. Art. 143b ust. 2 Pzp stanowi, że *termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.* Izba w powołanym wyroku stwierdziła, że zabieg taki nie narusza art. 143b ust. 2 Pzp ani art. 353[1] k.c. Wywiedziono bowiem, że z obowiązku ustawowego, zgodnie z którym określone postanowienia muszą znaleźć się w umowie na podwykonawstwo robót budowlanych, nie można wyciągać wniosku o braku możliwości zamieszczenia podobnych wymogów wobec umów podwykonawczych na dostawy i usługi. W wyroku stwierdzono, że *wykładnia art. 139 ust. 1 ZamPublU prowadzi więc do wniosku, że w umowach w sprawach zamówienia publicznego, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający nie może pominąć obowiązków nałożonych przez art. 143b ust. 2 ZamPublU. Natomiast w umowach, których przedmiot stanowią usługi albo dostawy, zamawiający może stosować art. 143b ust. 2 ZamPublU per analogiam.*

Z kolei w sprawie o sygn. akt KIO 1815/15 Izba rozstrzygała w przedmiocie legalności dopuszczalności postanowień SIWZ, które przewidywały, iż w umowach z usługodawcami i dostawcami należy wprowadzić solidarną odpowiedzialność wykonawcy,

usługodawcy i dostawcy oraz dalszych usługodawców i dostawców za wynagrodzenie należne dalszym usługodawcom i dostawcom. W wyroku tym wyrażono pogląd o legalności takich postanowień, wskazując, że przepis art. 143d ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp pozwala zamawiającemu określić zasady zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami. Zwrócono także uwagę, że ustawa nie precyzuje rodzaju tych zasad, pozostawiając w tym zakresie swobodę zamawiającemu. Jednocześnie jednak Izba, powołując się na przepisy art. 143b ust. 8 – 10 i 143c ustawy Pzp stwierdziła, że niezastosowanie się do kwestionowanych postanowień umownych może być oceniane jedynie przez pryzmat nienależytego wykonania umowy. Natomiast, w opisywanej sytuacji, zamawiający nie będzie uprawniony do odmowy wypłaty wynagrodzenia podwykonawcy dostaw czy usług, ani nie będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Uznano bowiem, że takie sankcje dopuszczalne są jedynie w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane. Izba w sprawie tej stwierdziła bowiem, że *nie ma na gruncie ustawy przeszkód, aby zamawiający zawarł swoje wymagania, co do umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi i zastosowanie się do nich przez wykonawcę następnie oceniał przez pryzmat niewykonania czy nienależytego wykonania umowy. Jednakże w ocenie Izby z uwagi na treść art. 143b ust. 8-10 i art. 143c ustawy brak jest podstaw dla wywiedzenia uprawnienia zamawiającego do odmowy wypłaty podwykonawcy czy dalszemu podwykonawcy wymagalnego wynagrodzenia w sytuacji, gdy zawarta umowa o podwykonawstwo nie dostosowuje się do wymagań zamawiającego, nie może być to także podstawa do odstąpienia od umowy przez zamawiającego na podstawie art. 143c ust. 2 ustawy.*

Przywołany wyrok stanowi jedną z prób złagodzenia wątpliwości, jakie pojawiały się w piśmiennictwie na gruncie art. 143d ust. 1 pkt 6 Pzp. W piśmiennictwie dostrzeżono bowiem, że nazbyt lakoniczny przepis art. 143d ust. 1 pkt 6 Pzp stanowi wątpliwą podstawę do ingerencji zamawiającego w treść umów podwykonawczych na dostawy i usługi. Powyższe wątpliwości formułowane były na tle brzmienia art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy Pzp, co do którego zwracano uwagę, iż wyraźnie ogranicza prawo zamawiającego do zgłaszania sprzeciwu i zastrzeżeń jedynie w odniesieniu do umów podwykonawczych na roboty budowlane. *Zważywszy, iż uprawnienie zamawiającego do ingerowania w swobodę kształtowania treści umów pomiędzy osobami trzecimi wymaga wyraźnej podstawy normatywnej, za niezasadne uznać należy próby poszukiwania wspomnianego uprawnienia w odniesieniu do umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi w ogólnie sformułowanej normie art. 143d ust. 1 pkt 6 ZamPublU. Gdyby wolą ustawodawcy było umożliwienie zamawiającemu ingerencji również w treść wspomnianych umów o podwykonawstwo, stosowne (wyraźne) upoważnienie normatywne zostałoby zamieszczone w art. 36 ust. 2 pkt 11 ZamPublU.*[8]

[8] P. Drapała: *Ochrona roszczeń podwykonawców – mankamenty legislacyjne i wątpliwości w zakresie wykładni art. 143a–143d ZamPublU*, PZP 2016, Nr 1.

3. Granice ingerencji zamawiającego w umowy podwykonawcze

W szeregu orzeczeń Izba wypowiadała się w przedmiocie granic ingerencji zamawiającego w treść umów podwykonawczych. W wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1032/15 orzekła o dopuszczalności skrócenia przez zamawiającego maksymalnego terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, przewidzianego w umowie o podwykonawstwo, z 30 dni (termin przewidziany w art. 143b ust. 2 ustawy Pzp) do 15 dni. Uzasadniając swe stanowisko wskazała, że zamawiający na mocy art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy Pzp ma prawo ingerencji w treść umów podwykonawczych w zakresie, o którym mowa w art. 143b ust. 2 Pzp. Natomiast uzasadniając legalność ingerencji w dalszym zakresie niż przewidział ustawodawca, zbadała cel ingerencji. W następstwie uznania, że cel, jakim okazała się ochrona podwykonawcy, jest zgodny z zasadami współżycia społecznego, uznano, że działanie zamawiającego jest dopuszczalne. Izba stwierdziła bowiem, że *motywacja zamawiającego dotycząca ochrony interesu publicznego oraz interesu podwykonawcy, który jest z reguły podmiotem bardziej uzależnionym od wykonawcy i słabszym, jest zgodną z zasadami współżycia społecznego i zasługuje na ochronę prawną*. Z orzeczenia tego zdaje się zatem wynikać, że za granicę wytyczającą uprawnienie zamawiającego uznano skutek, jaki ingerencja zamawiającego ma przynieść. Jeżeli skutek ten wpisuje się w cel, jaki przyświecał ustawodawcy, to działanie takie uznawano za legalne. Z kolei w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2135/16 Izba nie zgodziła się z odwołującym, że zamawiający może ingerować w treść umów podwykonawczych jedynie w zakresie dotyczącym solidarnej odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Izba wywiodła, że takiego ograniczenia nie sposób doszukać się w przepisach Pzp. Powołując się na dyspozycję art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a Pzp, Izba wskazała, że z przepisu tego *wynika prawo zamawiającego do formułowania wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo bez ograniczenia tych wymagań tylko co do solidarnej odpowiedzialności zamawiającego i wykonawcy zapłaty na rzecz podwykonawcy.*

Identyczny pogląd wyrażono także w powoływanym już wcześniej wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2164/16, w którym Izba zwróciła uwagę na uzasadnienie nowelizacji ustawy Pzp z 2013 r. i na opisany tam cel regulacji. Akcentowała konieczność ochrony podwykonawców, a także konieczność zapewnienia należytej i niezakłóconej realizacji zamówień publicznych. W powołanym wyroku wyraziła także pogląd, że uprawnienie zamawiającego do ingerencji w treść umów podwykonawczych nie ma charakteru bezwzględnego, gdyż dopuszczalne granice ingerencji wyznaczają także bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa. Izba stwierdziła bowiem, że *ustawodawca nie zdecydował się na ograniczenie zamawiającego w korzystaniu z powyższego uprawnienia, limitując je chociażby, zgodnie z intencją Odwołującego, do umożliwienia mu wpływu na postanowienia umów o podwykonawstwo w zakresie, w jakim dotyczą solidarnej odpowiedzialności zamawiającego wynikającej z art. 647[1] § 5 k.c. Powyższe nie może wprawdzie uzasadniać wniosku, że prawo zamawiającego do kształtowania*

omawianych stosunków prawnych jest niczym nieskrępowane, ponieważ jego granice stanowić będą bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa.

Podsumowanie

Podsumowując, można powiedzieć, że zwiększenie udziału małych i średnich przedsiębiorstw w systemie zamówień publicznych jest uznawane za podstawowy cel dyrektyw zamówieniowych, jak i prac nad nowym Prawem zamówień publicznych. Powyższe związane jest z dostrzeżeniem roli firm tego sektora w tworzeniu nowych miejsc pracy, sprzyjaniu wzrostowi gospodarczemu, a także jest uznawane za jeden ze sposobów na zwiększenie konkurencyjności w zamówieniach publicznych. Jedną z form uczestniczenia małych i średnich przedsiębiorstw w rynku zamówień publicznych jest podwykonawstwo. Za jeden ze sposobów ochrony podwykonawców może być zaś uznane wykorzystywanie przez zamawiających uprawnienia do wpływania na treść umów podwykonawczych w sprawach zamówień publicznych w trybie art. 36 ust. 2 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. W piśmiennictwie i orzecznictwie dostrzeżono brak jednoznacznego określenia granic dla takiego uprawnienia zamawiającego. Przedstawione orzecznictwo Izby, na tle konkretnych stanów faktycznych, starało się wypracować równowagę pomiędzy zasadami swobody umów i swobody działalności gospodarczej z jednej strony, a koniecznością ochrony słabszego uczestnika rynku i zapewniania stabilnej realizacji zamówień publicznych, z drugiej strony. Kwestia ta z pewnością wymagać będzie jeszcze dalszej pogłębionej refleksji orzeczniczej.

Bibliografia:

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65, z późn. zm.).

Emilewicz J.: *Więcej małych i średnich firm w przetargach publicznych*; za stroną internetową http://www.pap.pl/aktualnosci/news,1272591,emilewicz-wiecej-malych-i-srednich-firm-w-przetargach-publicznych.html

Drapała P.: *Ochrona roszczeń podwykonawców – mankamenty legislacyjne i wątpliwości w zakresie wykładni art. 143a–143d ZamPublU*, PZP 2016, Nr 1, Legalis 11187289.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.).

Ustawa z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473).

Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm RP VII kadencji, nr druku 1179, za stroną internetową http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1179.

Wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wydane w sprawach o sygn. akt: KIO 875/14, KIO 1032/15, KIO 1139/15, KIO 1815/15, KIO 1477/16, KIO 1978/16, KIO 2135/16, KIO 2164/16 za stroną internetową http://www.uzp.gov.pl.

Dr Włodzimierz Dzierżanowski
Uczelnia Łazarskiego, Grupa Doradcza Sienna

Możliwości wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych nieobjętych przepisami dyrektyw UE

Abstrakt

MŚP w Polsce to około 1,9 mln przedsiębiorstw – 99,8% wszystkich firm. Rynek zamówień publicznych bez małych i średnich przedsiębiorstw byłby skazany na ograniczoną konkurencję. Tworzenie rozwiązań prawnych przyjaznych dla MŚP jest więc tworzeniem rozwiązań przyjaznych dla rozwoju konkurencji. Granicą swobody w kształtowaniu przepisów mających na celu zwiększenie udziału MSP w rynku zamówień są zasady Traktatu tj. niedyskryminacji, nieograniczania transgranicznej konkurencji, przejrzystości, a także konstytucyjna zasady wolności gospodarczej. Szereg rozwiązań ułatwiających dostęp MŚP do rynki zamówień już obowiązuje. Są to uproszczenia proceduralne i ograniczone wymogi formalne w małych (nieobjętych regułami dyrektyw UE) przetargach. Jednocześnie w tych samych przetargach mniejszy nadzór ze strony Państwa powoduje, że trudniej czasami przedsiębiorcom radzić sobie z naruszeniami prawa przez zamawiającego. Za podstawowy krok usuwający bariery udziału w zamówieniach publicznych dla mniejszych firm należy uznać nadanie przepisom wprowadzającym ułatwienia charakteru obowiązku, a nie uprawnienia zamawiającego. Konieczne jest ponadto ułatwienie „drogi do sądu" poprzez zmniejszenie wpisu oraz zapewnienie nieodpłatnej pomocy prawnej, oraz objęcie właściwością KIO wszystkich decyzji zamawiającego w postępowaniach o wartości niższej od unijnej. Niezbędne są także ustawowe gwarancje równości stron umowy o zamówienie publiczne. Konieczny jest w tym celu katalog klauzul zabronionych w umowie o zamówienie publiczne i klauzul obowiązkowych zrównujących pozycję zamawiającego i małego przedsiębiorcy – wykonawcy zamówienia. Należy też opowiedzieć się za obowiązkiem udzielania zamówień nieobjętych ustawą Pzp wyłącznie małym przedsiębiorcom. Na wzór innych państw UE należy odstępować od żądania jakichkolwiek dokumentów od małych podmiotów, których kompetencje zweryfikowano w systemie kształcenia poprzez nadanie uprawnień lub świadectw ich właścicielom – przedsiębiorcom. Ponadto w sferze działań pozaprawnych należy rygorystycznie zapobiegać nadużywaniu przez zamawiających przepisów o ograniczaniu podwykonawstwa, gdyż MSP najczęściej od roli podwykonawcy zaczynają swój udział w rynku zamówień.

Abstract

There are aproximately 1.9 million SMEs in Poland (99.8% of all companies). Competition on public procurement market without small and medium-sized enterprises would be limited. Creating legal solutions friendly to SMEs means that this solutions are friendly to the development of competition. The freedom in adoption of legal solutions aimed at increasing the share of SMEs in the procurement

market are limited by Treaty – rules of non-discrimination, non-limiting cross-border competition, transparency, as well as the constitutional principle of economic freedom. A number of solutions to facilitate the access of SMEs to the procurement market are already in force. These are procedural simplifications and limited formal requirements in small tenders (not covered by the EU directives rules). Unfortunately at the same time, less supervision by the State over Contracting Authorities (CA) forces SMEs for difficult fight with CA decisions. The first step to remove barriers to participation in public procurement for smaller companies should be the granting of mandatory character to the provisions that facilitate the access to SMEs. It is also necessary to facilitate the „right to court" by reducing the financial entry barrier and providing free legal assistance for SMEs, as well as guarantying the right of appeal against all CA decisions taken with regard to below-threshold contracts. The statutory guarantees of equality of parties to the public procurement contract are also necessary. For this purpose, it is necessary to prepare catalogue of the clauses prohibited in the public procurement contract and mandatory clauses balancing the position of the contracting authority and the small entrepreneur - contractor. All small contracts not covered by the PP Act should be granted only for small entrepreneurs. Following the example of other EU countries, it is necessary to resign from requesting any documents from small entities whose competences have been verified in the education system by granting certificates to their owners - entrepreneurs. SMEs usually start their adventure with public procurement market from the role of subcontractors. It is it is necessary for the CA not to abuse the right to limit subcontracting.

Wprowadzenie

Do kategorii małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) należą przedsiębiorstwa zatrudniające mniej niż 250 pracowników, których roczny obrót nie przekracza 50 milionów EUR, a całkowity bilans roczny nie przekracza 43 milionów EUR, niezależnie od przedsiębiorstw, z którymi łącznie przekroczyłyby przytoczone parametry. Wg *Raportu o stanie sektora MSP w Polsce 2017* opublikowanym przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, w Polsce aktywnie działa około 1,91 mln przedsiębiorstw[1]. Sektor MŚP (mikro, małe i średnie firmy) stanowi przeważającą większość przedsiębiorstw w Polsce – 99,8%. Firm dużych jest tylko ok. 0,2% (3,4 tys.). Rynek zamówień publicznych bez małych i średnich przedsiębiorstw byłby skazany na niezmiernie ograniczoną konkurencję. Konkurencja ta, kształtująca się w obrębie 0,2% potencjalnych zainteresowanych, miałaby charakter pozorny, a jednocześnie w zamówieniach mniejszej wartości można byłoby się spodziewać całkowitego braku zainteresowania rynkiem zamówień publicznych, gdyby nie sektor MŚP. Badania dotyczące udziału MŚP w rynku zamówień publicznych w Polsce przeprowadzone w 2003 i 2004 r. wskazują, że 79% przedsiębiorstw objętych badaniem nie realizowało w roku 2002 żadnego zamówienia publicznego, 19% brało udział w postępowaniach jako główny wykonawca, zaś 4% jako podwykonawca[2]. Zaniechanie badań w latach następnych uniemożliwia zweryfikowanie trendu. Można jednak postawić tezę, że sektor MŚP, a szczególnie

[1] *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*, Warszawa 2017, s. 13.

[2] W. Dzierżanowski: *Ochrona konkurencji w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2012.

przedsiębiorstwa małe i mikro unikają rynku zamówień publicznych, gdy koniunktura na rynku prywatnym jest na tyle korzystna, że nie muszą uczestniczyć w trudniejszych, sformalizowanych procedurach zawierania kontraktów właściwych dla rynku publicznego.

1. Sposób uregulowania zamówień podprogowych w aktualnych przepisach

W poglądach na temat sposobu kształtowania przepisów o zamówieniach publicznych można obecnie zauważyć dwie wyraźne tendencje. Pierwsza z nich wskazuje, że winno się nie tyle ustanawiać preferencje dla mniejszych firm, co *de facto* oznaczałoby preferencje dla prawie wszystkich, lecz dążyć do uproszczeń i eliminacji barier wskazywanych przez wykonawców, w tym sektor MŚP. Zgodnie z drugim poglądem wsparcie sektora MŚP powinno w granicach dopuszczalnych prawem znaleźć wyraźne odzwierciedlenie w ustanawianiu preferencyjnych reguł dostępu mniejszych przedsiębiorców do rynku zamówień publicznych.

Wybór ustawodawcy krajowego jest w tym aspekcie szerszy w przypadku zamówień podprogowych, nieobjętych regułami dyrektyw UE. Granicą swobody w kształtowaniu przepisów w takim przypadku jest respektowanie zasad Traktatu, tj. niedyskryminacji, nieograniczania transgranicznej konkurencji, przejrzystości, a także konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej.

W obecnym stanie prawnym w zamówieniach podprogowych w Polsce widoczny jest pierwszy sposób podejścia do ułatwień w ubieganiu się o mniejsze zamówienia. Przejawia się w szczególności jako:

- brak obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia (art. 26 ust. 2),
- brak obowiązku żądania wadium (art. 45 ust. 2),
- niższe kwoty wpisu od wniesienia odwołania do KIO (przepisy wykonawcze wydane na podstawie art. 198 pkt 2),
- możliwości stosowania mniej skomplikowanych trybów udzielania zamówień w szczególności zapytania o cenę (art. 69 i nast.),
- możliwości stosowania krótszego terminu związania ofertą (art. 85 ust. 1 pkt 1),
- prostsze reguły ubiegania się o zamówienia na usługi społeczne (art. 138o).

Szereg innych różnic między zamówieniami o wartości niższej od ustalonej w dyrektywach oraz pozostałymi zamówieniami niekoniecznie można uznać za ułatwienie dla wykonawców. Przeciwnie. Czasem są to przepisy, które w mniejszych zamówieniach utrudniają wykonawcom dostęp do rynku, gdyż celem regulacji jest ułatwienie udzielania zamówień zamawiającym, niestety niekiedy kosztem wykonawców lub przynajmniej bez korzyści dla wykonawców. Do takich przepisów zaliczyć można, np.:

- krótsze niż w zamówieniach większych terminy składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- krótsze terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej,

- brak możliwości wniesienia odwołania wobec niektórych czynności zamawiających,
- brak obowiązku oceny ofert przez kolegialną komisję przetargową,
- brak obowiązku informowania Prezesa UZP o stosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki.

Warto przy tym zwrócić uwagę na konstrukcję prawną obu grup przepisów. Otóż przepisy, które służą uproszczeniu ubiegania się o zamówienie (korzystne dla wykonawców), są uprawnieniem a nie obowiązkiem zamawiającego. Ustawodawca ostateczną decyzję o stosowaniu ułatwień pozostawia więc zamawiającym. Natomiast w przypadku uproszczeń dla zamawiających – są to w znaczącej części normy o charakterze *ius cogens* zadekretowane przez ustawodawcę.

2. Kierunki proponowanych rozwiązań na rzecz wzmocnienia MŚP w nowych regulacjach

Wydaje się, że odwrócenie tej tendencji powinno być pierwszym krokiem w działaniach usprawniających dostęp sektora MŚP do rynku zamówień publicznych. Uproszczenia procedur z woli zamawiającego należy zastąpić obowiązkiem stosowania tych uproszczeń. Obowiązek dążenia do konkurencyjnego charakteru rynku zamówień poprzez zwiększanie zainteresowania tym rynkiem ze strony przedsiębiorców winien zyskać prymat nad ochroną bezpieczeństwa wydatków publicznych za wszelką cenę. W ostatecznym rozrachunku ewentualne straty z tytułu obniżenia poziomu bezpieczeństwa będą zapewne niższe od zysków (także bezpośrednich zysków ekonomicznych) z racji zwiększonej konkurencji. Sugeruję więc, by w pierwszej kolejności zakazać w zamówieniach podprogowych żądania wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Bariera finansowa, polegająca na konieczności zamrożenia środków, powstrzymuje MŚP od poważnego zaangażowania w rynek zamówień. Nie niweluje tego możliwość wnoszenia zabezpieczeń w formie gwarancji lub poręczeń. Bankowe (oraz obowiązujące w innych instytucjach) procedury uzyskania gwarancji lub poręczenia wiążą się bowiem najczęściej z koniecznością przedstawienia tej instytucji zabezpieczenia, które gdyby doszło do egzekwowania przez bank kwoty gwarancji lub poręczenia, wielokrotnie przewyższają żądane zabezpieczenie. Nie wymaga szczególnego uzasadnienia teza, że obawy MŚP przed ustanawianiem takich zabezpieczeń są zasadne.

Nie można nie zauważyć także, że w tendencjach legislacyjnych do odbiurokratyzowania relacji między obywatelem a Państwem, mniejsze zamówienia publiczne są często pomijane. Ustawa z 25 marca 2011 r. o ograniczaniu barier administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców[3] wprowadzająca ogólną zasadę zezwalającą na zastępowanie wymaganych dokumentów oświadczeniami, w zamówieniach publicznych nie obowiązuje. Z kolei nowelizacja przepisów o zamówieniach publicznych z 22 czerwca

[3] Dz. U. nr 106, poz. 622.

2016 r.[4] zasadę tę w ograniczonym zakresie wprowadziła w zamówieniach o większych wartościach poprzez zastąpienie dokumentów oświadczeniem JEDZ i żądanie dokumentów tylko od wykonawcy, który złożył ofertę najwyżej ocenioną. Reguły udzielania zamówień mniejszych pozostawiono bez zmian, tj. decyzję o poprzestaniu na oświadczeniach lub żądaniu dokumentów pozostawiono zamawiającemu. O ile więc zamawiający zechce – może żądać od wygrywającego wykonawcy złożenia dokumentów o braku podstaw wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Zakres obowiązków formalnych w przetargach większych i mniejszych zbliżył się więc do siebie wskutek braku uproszczeń w mniejszych zamówieniach. Czas więc w mojej ocenie, by ustawodawca uprościł zasady oceny spełniania warunków i badania podstaw wykluczenia w postępowaniach o mniejszej wartości, zakazując żądania dokumentów. Dotyczy to w szczególności badania podstaw wykluczenia. Oświadczenie wykonawcy o ich braku zamawiający mógłby samodzielnie sprawdzić w dostępnych rejestrach, do których winien uzyskać dostęp. Złożenie oferty w postępowaniu przez wykonawcę powinno być traktowane jako umocowanie określonego zamawiającego, by w określonym czasie (związania ofertą) mógł wystąpić do organu prowadzącego rejestr z wnioskiem o podanie danych o statusie wykonawcy w zakresie zaległości podatkowych, opłacania składek na ubezpieczenia społeczne, niekaralności (w tym niekaralności członków organów i prokurentów).

Nie można oczywiście pominąć faktu, że część barier dostępu MŚP do rynku zamówień jest przez ustawodawcę usuwana. Tempo tych zmian jest jednak niezadowalające. Przykładem niech będzie prawo składania ofert częściowych. Obowiązuje ono od początku funkcjonowania ustawy Pzp. Jednak nigdy nie uczyniono z niego prawa wykonawców i nie zobowiązano zamawiających do przyjmowania ofert częściowych zawsze, gdy przedmiot zamówienia jest podzielny, w imię ochrony konkurencji. Konkurencja podlegałaby ochronie być może kosztem zwiększania wydatków publicznych. Rozwiązanie to w doktrynie postrzegane jest jako najkorzystniejsze dla przedsiębiorców[5], co moim zdaniem oznacza najkorzystniejsze dla konkurencji.

2.1. Opłaty w zakresie śroków ochrony prawnej

Część barier dostępu sektora MŚP do rynku zamówień można usunąć bez ingerencji ustawodawcy, w drodze działań faktycznych. Jedną z nich jest ograniczenie dostępu mniej zamożnych przedsiębiorców do sądu poprzez zbyt wysoki poziom wpisu z tytułu rozpatrzenia odwołania przez KIO. Szczególne wątpliwości budzi wysokość wpisu w zamówieniach podprogowych, wynosząca 7,5/10 tys. zł w zależności od przedmiotu zamówienia, gdy wartość takiego zamówienia wynosi niewiele ponad 30 000 euro. Wówczas potencjalny zysk z uzyskania zamówienia przy założeniu kilkuprocentowej (a więc typowej) rentowności jest niższy od kosztów wpisu. Budzi to istotne wątpliwości konstytucyjne (ze względu na realne ryzyko naruszenia art. 45 ust. 1 Konstytucji,

[4] Ustaw o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

[5] Z. Raczkiewicz: *MSP na rynku zamówień publicznych*, „Przetargi Publiczne" 2008, nr 10, s. 32.

tj. prawa każdego do sądu). Skargę w podobnej sprawie – choć dotyczy ona wysokości opłaty od skargi na orzeczenie KIO, a nie wysokości wpisu od odwołania wnoszonego do KIO – przyjął do rozpatrzenia Trybunał Konstytucyjny[6]. Jednakże zanim dojdzie do ewentualnej zmiany prawa, można rozważać utworzenie z udziałem środków przeznaczanych na wsparcie przedsiębiorczości rewolwingowego funduszu, z którego ze środków publicznych pokrywane byłyby koszty wpisu żądanego od najmniejszych przedsiębiorców. Nie postuluję, by dotyczyło to całego sektora MŚP. To zapewne zbyt duże obciążenie. Jednakże w przypadku mikroprzedsiębiorstw, tj. podmiotów zatrudniających poniżej 9 osób – ciężar byłby zapewne do udźwignięcia przez budżet Państwa.

2.2. Pomoc prawna dla mikroprzedsiębiorstw

Rozważenia warte byłoby także zapewnienie najmniejszym przedsiębiorcom nieodpłatnej lub niskoodpłatnej pomocy prawnej w zakresie reprezentacji przed KIO. Bazując na doświadczeniach niektórych innych państw można rozważyć zorganizowanie przez Prezesa UZP przetargu na wyłonienie wykonawcy do obsługi prawnej opłacanej ze środków publicznych, świadczonej przed KIO na rzecz mikroprzedsiębiorców. W dalszej perspektywie zasadne byłoby także, aby ustawodawca umożliwił KIO stosowanie (analogicznie do sądów powszechnych) prawa ubogiego, tj. orzeczenia o zwolnieniu z całości lub części kosztów postępowania, gdy wykonawca wykaże, że sytuacja finansowa uniemożliwia mu ich poniesienie bez istotnego naruszenia kondycji finansowej. Z istoty rzeczy dotyczyłoby to zamówień o niewielkiej wartości i małych firm.

2.3. Poszerzenie zakresu zaskarżenia w ramach środków ochrony prawnej

W sferze środków ochrony prawnej niezbędne jest także wprowadzenie prawa do odwołania od każdej decyzji zamawiającego w zamówieniach nieobjętych dyrektywami UE. Począwszy od 2010 r. to prawo wykonawców zostało ograniczone do podważania jedynie niektórych czynności zamawiającego. Oznacza to, że w pozostałym zakresie wykonawcy są pozbawieni ochrony. Jest to działanie niezrozumiałe, polegające na słabszej ochronie MŚP niż przedsiębiorstw dużych. Wydaje się także, że niezasadne jest całkowite pozbawienie prawa do odwołania w przypadku podprogowych zamówień, których przedmiotem są usługi społeczne. Bardziej niż z działania ustawodawcy wynika to co prawda z wykładni prawa dokonywanej przez KIO, która w mojej ocenie nie jest właściwa. Wyłączenie stosowania ogólnych reguł do nabywania podprogowych usług społecznych, wynikające z art. 138o ustawy Pzp, nie wyłącza bowiem stosowania do tych usług przepisu o umowach i o środkach ochrony prawnej. Odnosi się ono bowiem wyłącznie do „udzielania zamówienia" zgodnie z nie budzącą wątpliwości treścią przepisu, tj. znosi obowiązek pewnych czynności zamawiającego przed zawarciem umowy (przed udzieleniem zamówienia). Nie znosi natomiast kompetencji orga-

[6] http://trybunal.gov.pl/s/sk-917/.

nów, np. prawa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do kontroli postępowania czy kognicji Krajowej Izby Odwoławczej do rozpoznania odwołania.

2.4. Klazule zabronione i klauzule obowiązkowe w umowach o zamówienie publiczne

W codziennej praktyce rynku zamówień publicznych prawo do odwołania nie jest jednak najistotniejszym usprawnieniem regulacji. Przy ogólnej liczbie zamówień publicznych rocznie sięgającej 150 000, odwołania są wnoszone w ok. 3000 przypadków, a więc w co 50 postępowaniu. Zakładając nawet 100% wzrost liczby korzystających z tego prawa dzięki proponowanym zmianom – ciągle będą to rozwiązania dotyczące marginesu postępowań.

Ustawodawca powinien więc skupić się na rozwiązaniach przetargowych oraz dotyczących zasad realizacji umów, które powstrzymują MŚP od startu w przetargach. Zaliczyłbym do nich, poza sygnalizowanymi już powyżej, stworzenie katalogu klauzul zabronionych w umowach o zamówienie publiczne, a także klauzul obowiązkowych. Wymaga tego ochrona strony słabszej w postępowaniu, tj. przystępującego do umowy wykonawcy. Klauzule umowne, które powinny być zabronione to:

- ustalanie nieograniczonej odpowiedzialności wykonawcy z tytułu ryzyka,
- stosowanie kar umownych za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu zamówienia bez uwzględniania okoliczności powodujących opóźnienie,
- stosowanie rażąco wygórowanych kar umownych,
- wprowadzenie odpowiedzialności odszkodowawczej przekraczającej wartość umowy,
- wobowiązanie wykonawcy do zgody na zmianę umowy na żądanie zamawiającego,
- ustalenie kar umownych wyższych niż 100% wartości umowy za odstąpienie od umowy,
- żądanie oświadczenia wykonawcy w ofercie, że akceptuje rozwiązania w projekcie, nie wnosi do nich zastrzeżeń i że nadają się one do prawidłowego wykonania zamówienia,
- obowiązek wykonania „wszystkich czynności niezbędnych do wykonania zamówienia" bez ich skonkretyzowania,
- wprowadzenie postanowień o rozstrzyganiu kwestii spornych przez osobę wskazaną przez zamawiającego,
- wprowadzenie postanowień zakazujących odstąpienia przez wykonawcę od umowy.

W mojej ocenie wszystkie te klauzule już obecnie powinny być uznane za naruszające zasadę proporcjonalności i oceniane jako niedozwolone. Jednakże prawo pełni również funkcję edukacyjną. Ich jednoznaczne wprowadzenie do ustawy zwiększy zarówno poziom wiedzy małych przedsiębiorców o zasadach wykonywania umów, jak i poziom bezpieczeństwa, gdyż przepis w sposób niebudzący wątpliwości będzie gwarantował racjonalne zasady wykonania zobowiązania.

Zasadzie swobody kształtowania umów nie powinny być także poddane kwestie, które dla dobra sektora MŚP w umowie muszą się znaleźć:

- termin wykonania umowy ustalany w jednostkach czasu począwszy od dnia zawarcia umowy,
- obowiązek zapłaty wynagrodzenia za świadczenia nabyte przez wykonawcę w celu realizacji umowy do dnia odstąpienia od umowy, gdy odstąpienia dokonuje zamawiający,
- klauzule waloryzacyjne, gdy termin wykonania umowy jest dłuższy niż 12 miesięcy,
- obowiązek zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy o równowartość wzrostu danin publicznoprawnych nakładanych na wykonawcę w związku z wykonywaniem umowy.

Brak tych klauzul we wzorze umowy (a także stosowanie klauzul zabronionych) powinien skutkować ich stosowaniem z mocy prawa. Wykonawca nie musiałby domagać się ich wprowadzenia do umowy, lecz zawiązując ją zawsze wiedziałby, że przy jej realizacji takie postanowienia będą respektowane.

2.5. Zaliczki dla MŚP

Ponadto zamawiający w przypadku umowy o zamówienie publiczne, zawartej z wykonawcą o statusie MŚP, na żądanie takiego wykonawcy zgłoszone w toku realizacji umowy z ustawowo ustalonym wyprzedzeniem, powinien być obowiązany do zapłaty zaliczki. To ostatnie rozwiązanie stanowiłoby przywilej wyłącznie mniejszych wykonawców. Ich utrudnienie w konkurencji z większymi wykonawcami często wynika bowiem właśnie ze słabszej płynności finansowej. Dochodziłoby w ten sposób więc nie tyle do uprzywilejowania co wyrównania szans na rynku zamówień i nie stanowiłoby to niedozwolonej pomocy publicznej.

2.6. Szczególne przywileje MŚP w małych zamówieniach

Nierówne szanse uzyskania zamówień, tj. przewaga większych przedsiębiorstw zachodzi w zasadzie w każdym przetargu, do którego stają duże przedsiębiorstwa naprzeciw MŚP. Duże przedsiębiorstwa uczestniczą bowiem nie tylko w postępowaniach o duże zamówienia. Ubiegają się także o zamówienia małe. Rozważenia wymaga, czy w przetargach najmniejszych, takich które z racji bagatelności wydatku nie naruszają konkurencji transgranicznej (wyrok TSUE z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03[7]), dla firm większych nie należałoby wprowadzić zakazu udziału. W pierwszym kroku wyeliminowanie dużych przedsiębiorców powinno nastąpić z zamówień nieobjętych przepisami ustawy Pzp. Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy przy udzielaniu zamówień o wartości do 30 000 euro powinno być możliwe tylko wówczas, gdy zamówienie jest udzielane małemu (nawet nie średniemu) przedsiębiorcy. Wykonawcy o tej skali działania staliby się wówczas jedynymi wykonawcami, którzy mogą realizować najmniejsze zlecenia sektora publicznego. Byłby to pierwszy krok w zainteresowaniu

[7] Consorzio Aziende Metano - Coname przeciwko Comune di Cingia de' Botti.

ich umowami z zamawiającymi, dając szanse udziału także w większych, objętych przepisami ustawy, przetargach.

W tworzeniu rozwiązań legislacyjnych warto także sięgnąć do co najmniej niektórych dobrych praktyk z innych krajów. W prawie niektórych landów dla MŚP przewidziano możliwość wykazania zdolności do wykonania zamówienia z pomocą jedynie kwalifikacji w dziedzinie rzemiosła – *Meisterbrief*(odpowiednik uprawnień mistrza)[8]. Posiadanie kwalifikacji nabytej w systemie organizacji rzemieślniczych zwalnia z wykazywania innej zdolności do wykonania zamówienia. Nie bada się już wówczas doświadczenia, dysponowania osobami i potencjału technicznego. Ustawodawca niemiecki przyjął bowiem, że posiadanie kompetencji osobistych, zweryfikowanych przez organizacje przedsiębiorców, daje wystarczającą rękojmię prawidłowego wykonywania niewielkich – świadczonych często osobiście – zleceń sektora publicznego. Rozwiązanie to ma co najmniej dwie zalety. Daje małemu przedsiębiorcy pewność spełnienia warunków udziału w postępowaniu bez konieczności analizy często niezrozumiale skomplikowanych warunków formułowanych przez zamawiających, a z drugiej strony jest to ograniczenie biurokracji w klasycznym ujęciu, tj. składania zbędnych plików dokumentów (wykazów, referencji itp.).

2.7. Elektronizacja zamówień a MŚP

Z pewnym niepokojem w kontekście możliwości sektora MŚP należy obserwować proces elektronizacji zamówień. Ten pożądany (i wymagany prawem) proces może jednak spowodować, że przedsiębiorcy działający w mikroskali, szczególnie starsi wiekiem zostaną z rynku zamówień wyeliminowani ze względu na brak kompetencji informatycznej, a także brak podpisu elektronicznego. Wydaje się, że tej bariery nie usuną propozycje dopuszczenia do użytku podpisu e-puap, czy odroczenie wejścia w życie przepisów. Ochrona tej grupy mikroprzedsiębiorców wymaga postulatu dalej idącego. W zamówieniach poniżej kwot UE złożenie oferty w formie elektronicznej powinno być prawem, a nie obowiązkiem wykonawcy. Każdy wykonawca wybierałby zgodnie z własnym uznaniem, czy ofertę złoży w formie elektronicznej czy pisemnej, z tradycyjnym podpisem odręcznym. W ten sposób nastąpiłoby bardziej ewolucyjne przejście do nowoczesnych i pożądanych, ale ograniczających w pewnych przypadkach konkurencję środków porozumiewania w procedurach zamówień.

2.8. Podwykonawstwo a MŚP

Zamówienia publiczne to także podwykonawstwo, które często jest pierwszą formą uczestnictwa mniejszych przedsiębiorców w wykonywaniu publicznych zleceń. Zasadne jest więc rygorystyczne egzekwowanie poglądów orzecznictwa europejskiego o całkowicie wyjątkowej dopuszczalności żądania osobistego spełniania świadczenia. Konieczne jest także, by nawet przy żądaniu osobistego spełnienia świadczenia za mieszczące się w tym pojęciu uznać *wszelkie celowe działania wykonawcy, podej-*

[8] Tak w prawie Bawarii, Nadrenii Północnej Westfalii, Nadrenii-Palatynatu.

mowane nie tylko przy udziale zastępców bezpośrednich (przedstawicieli), posłańców i pracowników, lecz także za pośrednictwem innych osób podporządkowanych jego kierownictwu, zwłaszcza zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej (zlecenia, agencji, kontraktu menadżerskiego), a ponadto takich powierników, jak: komisantów, osób świadczących usługi pocztowe, przewoźników lub przechowawców funkcjonujących w charakterze dzierżycieli powierzonych przedmiotów[9].

Za nietrafne z punktu widzenia ochrony interesów sektora MŚP należy także uznać przyznanie zamawiającym prawa do żądania składania JEDZ dotyczącego podwykonawców, którzy nie udostępniają wykonawcom potencjału celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stosunkowo skomplikowane oświadczenie szczególnie dla początkujących małych przedsiębiorców może stanowić barierę w wykonywaniu niewielkich zakresowo prac podwykonawczych, a jednocześnie nie sposób dostrzec realną ochronę sektora publicznego poprzez weryfikację takiego oświadczenia. W przypadku takich podwykonawców na podstawie JEDZ nie jest bowiem badana ich kompetencja (doświadczenie, wiedza, potencjał techniczny czy osobowy), lecz jedynie fakt nieistnienia przesłanek formalnych wykluczenia z postępowania. Mogąc zrozumieć dążenie ustawodawcy, by w wykonywaniu zadań publicznych nie uczestniczyli w żadnej formule przedsiębiorcy, którzy nie wypełniają swych zobowiązań wobec państwa wynikających z wnoszenia danin publicznych, nie są karani za przestępstwa gospodarcze, opowiadam się za poglądem, że od tego nadmiernego rygoryzmu jest ważniejsze otwarcie na konkurencję i rezygnacja ze szczegółowej weryfikacji podwykonawców.

2.9. Doświadczenie uzyskane przez konsorcjanta

Ochrona praw MŚP to także właściwa wykładnia uprawnień do występowania konsorcjów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i korzystania z nabytych w ten sposób doświadczeń przy wykazywaniu kompetencji w kolejnym postępowaniu. Stosunkowo wiele zamieszania ze szkodą dla MŚP wyrządziła w postrzeganiu tych uprawnień nieprawidłowa w mojej ocenie wykładnia orzeczenia TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie Esaprojekt C-387/14. Trybunał wskazał w nim, że wykonawca – członek konsorcjum, może powołać się w takim przypadku na doświadczenie w wykonywaniu prac, w których brał udział. Część doktryny i orzecznictwa utożsamiła to orzeczenie z prawem do legitymowania się doświadczeniem w czynnościach samodzielnie wykonanych. „Udział w realizacji", wskazywany przez TSUE jako wymóg do nabycia doświadczenia, to jednak zupełnie co innego niż „samodzielne wykonanie" i już pobieżna, i tylko językowa analiza wyraźnie uwidacznia różnicę. Część piśmien-

[9] R. Szostak: *Podwykonawstwo i jego znaczenie w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik" 2013, nr 1, s. 4 i n.

nictwa[10] oraz część orzecznictwa[11] podziela ten pogląd. Nie można jednak jeszcze obecnie przesądzić, czy ta słuszna wykładnia orzeczenia TSUE się ostoi.

Bibliografia:

Dzierżanowski W.: *Ochrona konkurencji w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2012.
Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce, Warszawa 2017.
Raczkiewicz Z.: *MSP na rynku zamówień publicznych*, „Przetargi Publiczne" 2008, nr 10.
Stachowiak M.: *Doświadczenie nabyte w konsorcjum*, „Zamówienia Publiczne. Doradca" 2017, nr 11.
Szostak R.: *Podwykonawstwo i jego znaczenie w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik" 2013, nr 1.

[10] M. Stachowiak: *Doświadczenie nabyte w konsorcjum*, „Zamówienia Publiczne. Doradca" 2017, nr 11.

[11] Wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r. sygn. akt 1854/17.

Izabela Niedziałek-Bujak
Członek Krajowej Izby Odwoławczej

Konsorcjum jako instytucja pozwalająca małym i średnim przedsiębiorcom na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na tle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

Abstrakt

Artykuł przygotowany został w celu wskazania na te obszary stosowania przepisów krajowych, które mogą być pomocne przy analizie celowości wspólnego złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności wobec potrzeby zwiększenia efektywności wydatków publicznych oraz zwiększenia udziału MŚP w zamówieniach. Zaprezentowane zostały poglądy wypracowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, pozwalające nadać właściwy kierunek stosowania przepisów, tam gdzie stany faktyczne z uwagi na niejasność przepisów mogą prowadzić do wypaczenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W artykule wskazano zarówno na ryzyka związane z wypełnianiem obowiązków zamawiającego dotyczących przygotowania postępowania i właściwej oceny ofert (wniosków), jak i na uprawnienia wykonawców do wspólnego ubiegania się o zamówienie. Przybliżona problematyka wspólnego ubiegania się o zamówienie skłoniła do postawienia wniosku o nadal niedostatecznej regulacji ustawowej (art. 23 Pzp), w świetle której trudnym może okazać się zweryfikowanie celów, dla których mogą być składane oferty wspólne, jak również identyfikacja działań mogących prowadzić do zaburzenia mechanizmów konkurencyjności.

Abstract

The elaboration is aimed to focus on those areas of application of national provisions that may be helpful when analyzing the advisability of joint submission of a tender in a contract award procedure, in particular in the light of a need to increase the efficiency of public expenditure and increase of the share of SMEs in public procurement. It covers the views developed in the judicature of the National Chamber of Appeals, allowing to give the right direction of the application of law, where the factual states - due to the unclear provisions - may lead to a distortion of the basic rules of conducting contract award procedure. The elaboration article indicates both the risks associated with fulfilling the obligations of the contracting authority regarding the preparation of a procedure and proper evaluation of tenders (requests), as well as economic operators' right to compete jointly for a contract. The issue of joint tendering presented in this elaboration has led to the conclusion of still insufficient legal provisions (as stipulated in Article 23 of the PPL), in the light of which it may appear difficult to verify the purpose of joint tendering, as well as to identify the actions that may lead to distortion of competitive mechanisms.

Wprowadzenie

Konsorcjum na gruncie przepisów Ustawy[1], jako rozwiązanie służące wykonawcom do ubiegania się o zamówienie publiczne, nie jest instytucją nową i doczekało się licznego orzecznictwa dotyczącego stosowania przepisów krajowych. Zostało ono wprowadzone do porządku prawnego w 2001 roku[2], umożliwiając wykonawcom wspólne ubieganie się o zamówienie, a następnie wspólną jego realizację. Rozwiązanie to może mieć szczególne znaczenie dla mniejszych uczestników rynku, stąd warto przybliżyć ten niełatwy nadal w interpretacji obszar działania Ustawy, decydujący o możliwości skutecznego wydatkowania środków publicznych i ich dystrybucji do rynku małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP).

Wydaje się być koniecznym poczynienie wstępnej uwagi o istotnym znaczeniu, jakie na szczeblu unijnym ma zapewnienie większego udziału w rynku zamówień publicznych MŚP. Zostało to wprost podkreślone w motywie 2 dyrektywy zamówieniowej[3], w którym jako oczekiwany efekt wdrożenia dyrektywy wskazano między innymi na zmodernizowanie przepisów krajowych tak, aby *zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych.* Rozwiązania te służyć mają realizacji celów stawianych w strategii rozwoju „Europa 2020"[4], którymi ma być osiągnięcie inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączaniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. W świetle tych założeń wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne może realnie przybliżyć dostępność zamówień publicznych dla MŚP i sprzyjać budowaniu szerszej konkurencji, co jest efektem pożądanym z punktu widzenia zamawiających, a przede wszystkim beneficjentów środków.

---

[1] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tekst jednolity opublikowany w Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.

[2] Ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych, Dz. U. Nr 71, poz. 813, ze zm.

[3] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylająca dyrektywę 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 (L 94/65 z 28.03.2014).

[4] Komunikat Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowany „strategia Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu".

Warunki udziału w postępowaniu i ich ocena w przypadku

Na gruncie polskich przepisów zmiany wprowadzone w 2016 r.[5] – wdrażające przepisy dyrektyw zamówieniowych[6], objęły również zasady, na jakich możliwe jest wspólne ubieganie się podmiotów o zamówienie w formule zawiązywanego w tym celu konsorcjum. Podstawowym przepisem uprawniającym wykonawców do wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne jest art. 23 Ustawy. Jego dotychczasowy zakres został uzupełniony o dwa kolejne ustępy (ust. 4 i ust. 5), poświęcone warunkom udziału w postępowaniu oraz warunkom realizacji zamówienia przez wykonawców, o których mowa w ust. 1. Zamawiający mogą na podstawie tych przepisów określić szczególny, obiektywnie uzasadniony sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także warunki realizacji zamówienia w inny sposób, niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Warunkami, w obrębie których zamawiający mają możliwość wprowadzenia odmiennych zasad oceny, wskazanymi w art. 22 ust. 1b Ustawy są te dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej (pkt 1), sytuacji ekonomicznej lub finansowej (pkt 2) oraz zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 3). Ustalone w sposób precyzyjny na etapie wszczęcia postępowania wytyczne stanowią oczekiwany wobec zamawiającego standard staranności, pozwalający wykonawcom na właściwe przygotowanie ofert lub wniosków. Konsekwencją braku zachowania precyzji przy konstruowaniu warunków, na jakich prowadzone będzie postępowanie o udzielenie zamówienia, zazwyczaj są późniejsze wątpliwości przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej, co również może mieć wpływ na sposób wykonania zamówienia. Stąd sposób określenia wymagań wobec wykonawcy, któremu ma zostać udzielone zamówienie, decydujący faktycznie o powodzeniu danej inwestycji, nabiera szczególnego znaczenia dla zabezpieczenia celów postępowania przetargowego. Chociaż powyższe stwierdzenie wydaje się być oczywistym i nie wymagającym szerszego komentarza, to dotychczasowe doświadczenia z postępowań uzasadniają potrzebę zasygnalizowania wątpliwości, jakie były przyczyną sporów toczonych przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO). Mogą one bowiem dostarczyć przydatnych wytycznych dla zamawiających, którzy korzystając z obecnych prerogatyw ustawowych podejmować się będą trudu ustalenia w sposób racjonalny i proporcjonalny wymagań wobec wykonawców zamierzających wspólnie zrealizować zamówienie. Jednocześnie mogą ułatwić tym wykonawcom ochronę ich interesów poprzez identyfikację działań, które czyniłyby niemożliwym skuteczne złożenie oferty wspólnej.

---

[5] Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016, poz. 1020 z późn. zm.).

[6] Chodzi o w/w dyrektywę 2014/24/UE, jak i dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dn. 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówienia przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu, usług pocztowych uchylające dyrektywę 2004/17/WE (L 94 z 28.03.2014).

Na pierwszy plan wysuwa się kwestia ustalenia i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, które stanowić mogą barierę dla części uczestników rynku, szczególnie przy dużej wartości zamówień i ich skomplikowanym zakresie. Z drugiej strony zamawiający nie mają obowiązku obniżania standardów pozwalających na rzetelną ocenę podmiotu, któremu zostanie udzielone zamówienie do poziomu, w którym wszyscy potencjalni przedsiębiorcy działających w danej branży mogliby im sprostać. Ustalenie minimalnych wymagań z samego faktu ich wskazania może zatem wykluczyć z udziału w postępowaniu podmioty o mniejszym doświadczeniu lub zapleczu techniczno-kadrowym czy też finansowym. Sytuacja tych wykonawców może jednak ulec zmianie, jeżeli zdecydują się na połączenie potencjałów i złożenie oferty wspólnej.

W orzecznictwie KIO ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu przez konsorcja stanowiła przedmiot zarzutów podnoszonych w ramach przysługujących środków ochrony prawnej, na co wpływ mógł mieć brak przepisów, które wprost wskazywałyby na sposób badania potencjałów podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie. Na tle obowiązującego art. 23 Ustawy, zawierającego legitymację dla zamawiających do rozróżnienia sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (tzw. pozytywnych), które dopuszczone są w granicach wyznaczonych przedmiotem zamówienia (jego charakterem) oraz zasadą proporcjonalności, aktualnymi pozostają wytyczne płynące z dorobku judykatury i orzecznictwa. Najczęściej budzącą wątpliwość może być ocena proporcjonalności postawionych wymagań wobec pojedynczego wykonawcy i wykonawców działających wspólnie, gdyż nie może ona prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

W orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych wypracowano zasadę, wprost niewyrażoną w przepisach Ustawy – sumowania zasobów wykonawców tworzących konsorcjum, stanowiącą o naturze i celu wspólnego ubiegania się o zamówienie kilku podmiotów i przyszłej jego realizacji[7]. Punkt wyjścia dla tej wytycznej stanowi przepis art. 23 ust. 3 Ustawy, nakazujący odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Konieczność stosowania odpowiedniej miary do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu, a konsorcja powinny być traktowane jak samodzielny wykonawca[8].

Tak więc, dokonując „odpowiedniej" oceny spełnienia warunku wymaganego wobec wykonawcy, należy badać, czy sposób odniesienia wymagania do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie prowadzi faktycznie do jego modyfikacji. Modyfikacja może polegać zarówno na złagodzeniu, jak i zaostrzeniu wymagań wobec konsorcjum. W jednej ze spraw Izba rozstrzygała, czy przy warunku zrealizowania co najmniej dwóch wymaganych robót, wystarczającym do jego potwierdzenia było zsumowane doświadczenia podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, czy też

[7] Przykłady orzeczeń KIO, w których badano zasadność sumowania potencjałów: wyrok z 6.6.2017, sygn. akt KIO 940/17 i KIO943/17; wyrok z 21.7.2017, sygn. akt KIO 1386/17; wyrok z 31.8.2017, sygn. akt KIO 1731/17.

[8] Tak w wyroku KIO z 02.07.2012, sygn. akt KIO 1308/12.

koniecznym było, aby co najmniej jeden z członków konsorcjum samodzielnie wykazał się taką realizacją. Istotnym w sprawie było również to, że zamawiający – w brzmieniu Ustawy sprzed nowelizacji – wprowadził w siwz zapis określający sposób badania spełniania warunku przez konsorcjum, wyłączając możliwość sumowania wykonanych robót. Izba uznała, że sposób oceny wskazany przez zamawiającego był prawidłowy i wiążący w postępowaniu, jednocześnie odniosła się do zasady sumowania potencjałów podmiotów tworzących konsorcjum. Konkluzja, do jakiej skłania analiza uzasadnienia, wskazuje, iż przyjęcie sumowania różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku nie może prowadzić do wypaczenia istoty warunku. Cytując za uzasadnieniem: *jeżeli wymaganie postawione w treści warunku ma postać autonomicznych wymagań wykonania różnych, niezależnych od siebie zadań, mających służyć zbadaniu różnego rodzaju doświadczenia potrzebnego do realizacji zamówienia, jak przykładowo, przy robotach budowlanych obejmujących zarazem zaprojektowanie, warunek obejmowałby określone doświadczenia w realizacji prac projektowych, a także dodatkowo odrębnie doświadczenie w realizacji innych zadań, stanowiących przykładowo wykonanie określonych robót budowlanych, w konkretnych sytuacjach, można dopuścić traktowanie takiego wymagania postawionego w ramach warunku wiedzy i doświadczenia rozłącznie i przyjąć możliwość wylegitymowania się zadaniami różnego rodzaju przez odrębne podmioty. Inaczej jest jednak, jeśli treścią postawionego warunku udziału w postępowaniu jest wymóg wykonania dwóch lub więcej takich samych zadań. W takim bowiem wypadku, treścią warunku jest dwukrotne [lub więcej] wykonanie określonych przedsięwzięć, zaś miarą doświadczenia jest w takim wypadku nie tylko wykonanie określonego zadania, ale także niezakłócone kilkukrotne powtórzenie takich przedsięwzięć. (…) Sumowanie robót wykonanych przez dwa różne podmioty, wchodzące w skład konsorcjum, nie stwarza takiej sytuacji jak wykonanie tych robót przez jeden podmiot. Żaden z tych podmiotów, poprzez zawiązanie konsorcjum nie zwielokrotnił swojego doświadczenia*[9]. Poprawność tego stanowiska podzielił także Sąd Okręgowy, dokonując jego oceny w ramach kontroli instancyjnej[10]. Wartym odnotowania jest wywód zawarty w uzasadnieniu tego orzeczenia, dotyczący oceny wymagania zamawiającego w kontekście naruszenia zasad uczciwej konkurencji czy też równego traktowania. W ocenie Sądu, w sytuacji gdy zapisy siwz są identyczne dla wszystkich potencjalnych uczestników, nie może dojść do naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy. Natomiast odmiennie oceniona byłaby sytuacja, gdyby zamawiający żądał spełnienia tego warunku przez każdego z członków konsorcjum, co czyniłoby wymaganie w stosunku do konsorcjum wyższym, niż wobec wykonawców samodzielnie ubiegających się o zamówienie. Dalsza część uzasadnienia odnosi się do przepisu art. 23 ust. 3 Ustawy i chociaż dotyczy stanu prawnego sprzed nowelizacji, może mieć wartość poznawczą, w kontekście wytycznych, jakie mogą towarzyszyć stosowaniu przepisu obecnie. Z normy – jak podkreślił Sąd – nie wynika postulat łączenia zasobów wykonawców tworzących konsorcjum w sposób dowolny, nie wynika z niej także żadna szczególna regulacja dotycząca sposobu oceny

[9] Wyrok KIO z 07.08.2014, sygn. akt KIO 1495/14.

[10] Wyrok SO w Szczecinie z 12.11.2014, sygn. akt VIII Ga 327/14.

spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, których potencjał powinien odpowiadać zdolności do wykonania zamówienia – pojedynczego wykonawcy. Dokonując opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zachowanie związku i proporcji z przedmiotem zamówienia ma służyć zapewnieniu udzielenia zamówienia wykonawcy, który daje rękojmię jego należytego wykonania i realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Ustawy zasady przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Sąd, uwzględniając utrwaloną wykładnię przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 Ustawy, wskazał na konieczność wykazania przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 Ustawy, określający tzw. warunki negatywne. Natomiast w zakresie warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 (obecny art. 22 ust. 1b pkt 2 i 3) – tzw. warunki pozytywne, w przypadku konsorcjum, przyjmuje się, zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, że co do zasady mogą być one spełnione łącznie. Wynika to z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Wspólne wykazywanie spełnienia warunku nie może być uznawane za bezwzględną zasadę, lecz powinno być rozpatrywanie w kontekście konkretnego warunku powiązanego z przedmiotem zamówienia.

Na tle tych orzeczeń nasuwa się wniosek, iż przepisy, wprowadzone nowelą z 2016 r., pozwalają na ustalenie odmiennego sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, z zastrzeżeniem, iż nie jest to uprawnienie do odmiennego ustalenia wymagań minimalnych, jakie spełniać musi wykonawca, któremu ma być udzielone zamówienie publiczne. Ostatecznie to cel, jakim jest udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do jego wykonania, będzie decydujący przy ocenie wprowadzanych zasad oceny. Zamawiający nie mogą dyskryminować wykonawców tylko z tej przyczyny, iż składają ofertę w konsorcjum. Obecnie nie powinno budzić również wątpliwości, iż zamawiający może wprowadzić różny sposób wykazania przez konsorcjum posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej wymaganej przepisami odrębnymi (art. 22 ust. 1b pkt 1 Ustawy). W tym zakresie już wcześniej KIO wyrażała pogląd, w którym za wystarczające do spełnienia warunku związanego z posiadanymi uprawnieniami uznano wykazanie ich posiadania przez jednego konsorcjanta, w sytuacji gdy część zamówienia publicznego związana z tymi uprawnieniami będzie realizowana przez ten podmiot, w oparciu o przyjęty podział zadań[11].

[11] Uchwała KIO z 02.02.2011, sygn. KIO/KD 7/11; wyrok KIO z 12.10.2017, sygn. akt KIO 1992/17; wyrok KIO z 31.08.2017, sygn. akt KIO 1731/17.

Niedozwolone konsorcjum

Należy zauważyć, iż złożenie oferty wspólnej może okazać się w konkretnych okolicznościach niedozwolone. Przykładem może być sytuacja, w której przepisy ustawy szczególnej zawierają zakaz, do którego obejścia prowadziłoby zawiązanie konsorcjum w celu uzyskania efektu, naruszającego zakaz ustawowy. KIO stanowisko takie zajęła w orzeczeniach wydanych na tle przepisów ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2016 r., poz. 1638 ze zm.), która w art. 54 ust. 5 stanowi, że czynność prawna mająca na celu zmianę wierzyciela samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej może nastąpić po wyrażeniu zgody przez podmiot tworzący, zaś zgodnie z art. 54 ust. 6 tej ustawy czynność prawna dokonana z naruszeniem tego przepisu jest nieważna. Analizując umowę konsorcjum KIO, a następnie Sąd Okręgowy doszły do przekonania, iż celem konsorcjum nie było ułożenie stosunków między wykonawcami w związku z ubieganiem się o zamówienie oraz w czasie wspólnej jego realizacji, ale stworzenie możliwości uzyskania przez podmiot, który nie będzie świadczył dostawy na rzecz zamawiającego, wyłącznie prawa do dochodzenia od zamawiającego wierzytelności w przypadku braku zapłaty należności za zrealizowaną przez drugi (zagraniczny) podmiot dostawę. Ponieważ działanie to prowadziłoby do obejścia zakazu zawartego w art. 54 ust. 5 u.o.d.l. KIO uznała, iż zamawiający zasadnie odrzucił ofertę konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Ustawy[12]. Również Sąd rozpoznający skargę na wyrok Izby przyznał, iż obowiązki zagranicznego konsorcjanta sprowadzałyby się w zasadniczej mierze do zagwarantowania liderowi konsorcjum (odpowiedzialnemu za dostawy) płynności finansowej, a postanowienia umowy o współpracy w swojej funkcji podobne były bardziej do umowy factoringu, dalece odbiegając od zasadniczego celu umowy konsorcjum, polegającego w zasadzie na połączeniu zasobów (wiedzy, pracowników, *know-how* itp.) dla realizacji celu, którego osiągnięcie bez połączenia tych zasobów byłoby nierealne. Naturą umowy konsorcjum jest wspólna odpowiedzialność za realizację zamówienia, z którą nie korespondował podział obowiązków (w zasadzie jego brak), co nie uzasadniało powołania konsorcjum, podobnie jak nie uzasadniała tego rzekoma nieznajomość przepisów czy bariera językowa[13]. W tym zakresie stanowisko zajął również Sąd Najwyższy wskazując, iż: *Nie jest dopuszczalne zawarcie umowy konsorcjum nie w celu wspólnej realizacji zobowiązań wynikających z umowy podstawowej, tylko w celu uzyskania uprawnień do wierzytelności należnej z tytułu wykonania świadczenia z tej umowy wyłącznie przez jednego z uczestników konsorcjum. Prowadzi to do faktycznego obrotu wierzytelnościami pod "przykryciem" umowy konsorcjalnej i narusza obowiązek określony w art. 54 ust. 5 ustawy z 2011 r. o działalności leczniczej*[14].

---

[12] Wyrok KIO z 14.03.2017, sygn. akt KIO 353/17, analogicznie w wyroku z 09.05.2017, sygn. akt KIO 753/17.

[13] Wyrok SO w Warszawie z 14.07.2017, sygn. akt XXIII Ga 634/17.

[14] Wyrok SN z 02.06.2016 r., I CSK 486/15.

Powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich, a wspólne ubieganie się o zamówienie

Zagadnieniem, które znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO, było również stosowanie instytucji regulowanej w art. 26 ust. 2b (obecnie art. 22a Ustawy) – polegania na potencjale podmiotów trzecich. Izba odniosła się do zasadności wykluczenia z postępowania konsorcjum w sytuacji, gdy polega ono na potencjale podmiotu udostępniającego zasoby, (wskazanego jako podwykonawca), który gdyby był wykonawcą podlegałby wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Ustawy (obecnie art. 24 ust. 5 pkt 4). Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia konsorcjum z postępowania, co zostało zaskarżone przez zamawiającego do Sądu Okręgowego w Warszawie. Zmieniając rozstrzygnięcie Izby, Sąd dokonał wykładni funkcjonalnej i celowościowej przepisu Ustawy, gdyż wykładnia literalna i gramatyczna art. 24 ust. 1 pkt 1a Ustawy okazała się być niewystarczająca do zastosowania przepisu zgodnie z *ratio legis* Ustawy. Z perspektywy całokształtu uregulowań celem omawianych przepisów Ustawy jest niedopuszczenie do wyboru wykonawcy, który nie daje rękojmi wykonania zamówienia. Dokonana przez Sąd Okręgowy wykładnia przepisu opiera się na jego racjonalnym stosowaniu i wykluczeniu ewentualnych nadużyć. Sąd zastanawiał się nad rolą podmiotu z art. 26 ust. 2b i dostrzegł, iż istotą podwykonawstwa jest przejęcie części obowiązków wykonawcy. *Jeżeli zatem podwykonawca przejmuje, choćby częściowo, obowiązki i zadania wykonawcy, to taki wykonawca powinien podlegać wykluczeniu, jako podmiot posługujący się siłami jednostki, która działając hipotetycznie jako wykonawca zostałaby wykluczona na mocy art. 24 ust. 1 pkt 1a. Przeciwna interpretacja umożliwiałaby podmiotom podlegającym wykluczeniu obejście prawa i realizowanie swej działalności w charakterze podwykonawcy. Każdy bowiem podmiot podlegający wykluczeniu jako wykonawca w trybie przepisów Prawa zamówień publicznych, mógłby wówczas swobodnie stać się podwykonawcą, a więc podmiotem wpływającym w realny i faktyczny sposób na kształt, jakość i termin wykonania zamówienia, czemu przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp ma przecież zapobiegać*[15].

Orzeczenie to sygnalizuje istotny element wspólnej realizacji zamówienia, jako następstwo złożenia oferty w konsorcjum. Wykonawcy decydujący się na taką formułę współpracy muszą liczyć się z możliwymi przyszłymi konsekwencjami braku należytej realizacji umowy przez któregokolwiek z członków konsorcjum. Stąd koniecznym jest właściwy dobór przyszłych partnerów, którzy decydują się na wspólne ubieganie się o zamówienie. Odpowiedzialność konsorcjantów wobec zamawiającego ma charakter solidarny, a rozwiązanie umowy z winy wykonawcy oznaczać może brak możliwości ubiegania się o przyszłe zamówienia w perspektywie 3 lat. Nie będzie miało przy tym znaczenia, który z podmiotów ponosiłby rzeczywiście odpowiedzialność za brak należytego wykonania lub niewykonanie zamówienia. Brak rzetelności wykonawców wspólnie realizujących zamówienie oznacza bowiem brak osiągnięcia celu zamówie-

[15] Wyrok KIO z 15.07.2014, sygn. akt KIO 1351/14, zmieniony wyrokiem SO Warszawie z dnia 18.12.2014, sygn. akt V Ca 2650/14.

nia, które po spełnieniu przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 2 lub 4 Ustawy, prowadzić będą do wykluczenia z udziału w postępowaniach w okresie 3 lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (art. 24 ust. 7 pkt 3 Ustawy). Budzącą wątpliwość może być na gruncie stosowania tego przepisu ocena, czy w sprawie doszło do upływu okresu 3 lat, co wymaga wskazania zdarzenia wyznaczającego początek biegu tego terminu[16]. Ponieważ przesłanki z art. 24 ust. 5 Ustawy stanowią, tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia, których stosowanie uzależnione jest każdorazowo od decyzji zamawiającego zakomunikowanej w momencie ogłoszenia postępowania oraz siwz, nie zawsze uchybienia popełnione przy realizacji zamówienia publicznego będą miały negatywny wpływ na sytuację wykonawcy w kolejnych postępowaniach.

Z drugiej strony wspólna realizacja kontraktu oznacza, iż wykonawcy mogą w kolejnych postępowaniach powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach kontraktu. W tym zakresie orzecznictwo Izby, uwzględniając wytyczne płynące z wyroków Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS)[17], wskazuje na konieczność badania doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum z perspektywy rzeczywiście realizowanego zakresu zamówienia. Jednocześnie w wydanych orzeczeniach odmiennie oceniono brak wskazania na etapie siwz lub ogłoszenia o zamówieniu reguł oceny takiego doświadczenia[18].

Zawiązanie konsorcjum a zawiązanie nieuprawnionego porozumienia

Istota konsorcjum, jako porozumienia wykonawców zmierzającego do wspólnego uzgodnienia treści oferty stanowiła w orzecznictwie przedmiot analizy również w kontekście możliwego negatywnego wpływu na rynek, czyli czynu niedozwolonego na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.[19] Budziło wątpliwości ustalenie, czy dopuszczalne jest złożenie oferty wspólnej przez podmioty, które samodzielnie byłyby w stanie złożyć ofertę, co wyłączałoby celowość zawiązania konsorcjum, którym zasadniczo powinno być umożliwienie złożenia oferty podmiotom, które indywidualnie

[16] W wyroku z dnia 07.03.2018 sygn. akt KIO 352/18 i KIO 331/18 Izba uznała, iż zdarzeniem, o jakim mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 Ustawy w odniesieniu do podstawy wykluczenia z ust. 5 pkt 2 i 4 Ustawy, jest zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych, w szczególności określane przez brak wykonania lub nienależyte wykonanie zamówienia, a nie rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania.

[17] Orzeczenie ETS C-387/14 z 04.05.2017 w sprawie Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu.

[18] Wyrok KIO z 26.05.2017, sygn. akt KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17, podobnie wyrok KIO z 04.10.2017, sygn. akt KIO 1987/17, w których badanie realnego udziału w realizacji prac oceniono jako obowiązek zamawiającego bez konieczności określenia tych zasad w ogłoszeniu/siwz. Odmiennie w wyroku z 18.09.2017, sygn. akt KIO 1854/17, Izba przyjęła, iż dla takiej oceny koniecznym było wcześniejsze wskazanie takiego sposobu badania doświadczenia w dokumentach przetargowych.

[19] Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 184).

nie mogłyby sprostać warunkom udziału w postępowaniu, jak i realizacji zamówienia. Analiza orzecznictwa skłania do wniosku, iż złożenie oferty wspólnej przez podmioty, które formalnie mogłyby samodzielnie ubiegać się o zamówienie, nie oznacza automatycznie dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji (tzw. zmowy przetargowej). To nie fakt złożenia oferty wspólnej, ale antykonkurencyjny cel porozumienia mógłby przesądzić o popełnieniu czynu dyskwalifikującego ofertę z przetargu publicznego. Orzecznictwo Izby w tym obszarze jest równie bogate i wskazuje, kiedy złożenie oferty wspólnej może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Nie powinno budzić obecnie wątpliwości, iż KIO w ramach podniesionego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty, której złożenie stanowić ma czyn nieuczciwej konkurencji, ma kompetencje ustawowe dla wydania wiążącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rozstrzygnięcia. Za niezasadne zostało bowiem uznane przez Sąd stanowisko Izby o braku jej legitymacji do wypowiadania się w przedmiocie istnienia lub nie deliktów określonych w u.o.k.i.k., co miało uzasadniać odrzucenie odwołania z tej przyczyny, że w sprawie nie miały zastosowanie przepisy ustawy. Kontrola instancyjna wskazała wprost na potrzebę zapewnienia realnej kontroli nad czynnościami zamawiającego, który zobowiązany jest do samodzielnego badania możliwości popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, czemu stałoby na przeszkodzie przyjęcie, iż w sprawie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wypowiedzieć miałby się Prezes UOKIK. Celem lub skutkiem niedozwolonych porozumień miałoby być wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegającym w szczególności na ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów, ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminacji z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składania ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (art. 6 ust. 1 u.o.k.i.k). Przykładem tzw. zmowy przetargowej było stworzenie sztucznego konsorcjum, składającego się z dziesięciu spółek, w sytuacji, gdy część z nich mogła samodzielnie lub w mniejszych konsorcjach startować w przetargu. W tej sytuacji KIO uznała, iż celem zawiązania konsorcjum było uzyskanie maksymalnej oceny za zsumowane referencje wszystkich konsorcjantów. Sąd nie podzielił tego stanowiska przyjmując, że uzasadnieniem dla złożenia oferty wspólnej był cel w postaci należytego wykonania zamówienia, co wymagało połączenia potencjałów kilku podmiotów i jednocześnie zaprzeczył, aby spółki tworzące konsorcjum samodzielnie spełniały warunki udziału w zakresie potencjału osobowego[20].

Kolejnym przykładem, ocenionym w orzecznictwie KIO jako niewłaściwe wykorzystanie formuły konsorcjum, jest sytuacja, w której konkretny podmiot zarówno samodzielnie, jak i w konsorcjum lub w kilku konsorcjach składa oferty na różne części zamówienia, jeżeli zamawiający wprowadzi ograniczenie co do ilości części, na jakie

[20] Postanowienie KIO z 20.04.2017 r. sygn. akt 662/17 i wydany wyrok zmieniający Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 17.07.2017, sygn. akt VI Ga 95/17.

wykonawcy mogą składać oferty w postępowaniu. W tej sytuacji, po pierwsze wątpliwym staje się przyjęcie, że złożenie oferty w konsorcjum jest uzasadnione brakiem możliwości samodzielnego ubiegania się o zamówienie. Po drugie, przy ograniczeniu co do ilości części, dopuszczenie takiej sytuacji faktycznie prowadzi do możliwości ubiegania się o zamówienie w szerszym zakresie, niż jest on udziałem pozostałych wykonawców. Budowanie w ten sposób przewagi nad innymi uczestnikami postępowania, poprzez zapewnienie sobie możliwości zaoferowania większej ilości ofert częściowych, należy zatem ocenić nie pod kątem potrzeby złożenia oferty wspólnej, ale dążenia do obejścia ograniczenia narzuconego wszystkim wykonawcom. Zachowanie w takiej sytuacji zasady równego traktowania wykonawców wymagałoby wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 Ustawy, co najmniej tego podmiotu, który, korzystając z formuły konsorcjum, naruszyłby ograniczenie dotyczące ilości ofert częściowych[21].

Przybliżona powyżej problematyka wspólnego ubiegania się o zamówienie wskazuje na cel ustawodawcy, jakim jest umożliwienie zawierania porozumień pomiędzy podmiotami, które nie mogą samodzielnie spełnić wymagań stawianych na potrzeby konkretnego zamówienia, bądź spełniając je, z różnych obiektywnych względów, nie są w stanie terminowo, należycie, bez szkody dla innych przedsięwzięć zrealizować zamówienia. Ponieważ ustawodawca jednocześnie nakłada na zamawiającego ciężar zbadania, czy złożenie oferty wspólnej nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, istotnego znaczenia nabierają postanowienia poczynione pomiędzy przedsiębiorcami na etapie zawiązywania porozumienia co do wspólnego złożenia oferty (wniosku). Niejednokrotnie właśnie ustalenie celu, w jakim zawiązane zostaje konsorcjum, będzie istotnym elementem ustalenia stanu faktycznego, koniecznego do przyjęcia bądź odrzucenia oferty wspólnej. Na tym tle rozwiązanie przyjęte w art. 23 Ustawy wydaje się być nadal niedostatecznym, gdyż na etapie złożenia oferty zamawiający nie ma zapewnionej wiedzy, co do treści umowy regulującej współpracę. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie zobowiązani są bowiem na tym etapie jedynie do ustanowienia pełnomocnika (załączenia pełnomocnictwa), a zamawiający może żądać przedłożenia umowy regulującej współpracę dopiero przed zawarciem umowy i tylko w przypadku, gdy oferta tych wykonawców zostanie wybrana. W praktyce może zatem okazać się trudnym do zweryfikowania, czy rzeczywiście zawiązanie konsorcjum było konieczne i jaki jest rzeczywisty cel wspólnego złożenia oferty. Ponieważ ustawa nie wprowadza w tym zakresie dalszych ograniczeń, a konsorcjum może być wykorzystywane nie tylko przez MŚP, należy szczególną uwagę przykładać do oceny, czy w danych okolicznościach wspólne złożenie oferty nie doprowadzi do zaburzenia mechanizmów konkurencyjności, co stałoby wprost w opozycji do realizacji celów stawianych w strategii rozwoju „Europa 2020".

[21] Wniosek ten płynie z orzeczenia Izby z 06.03.2017 r., sygn. akt KIO 283/17 i KIO 291/17, chociaż prezentowana tam ocena dotyczy podmiotów z grupy kapitałowej.

Dr Agnieszka Piwowarczyk
Uniwersytet Śląski w Katowicach, Wydział Prawa i Administracji

Jak ułatwić dostęp MŚP do rynku zamówień publicznych?

Abstrakt

Przedmiotem analizy jest zagadnienie zwiększenia udziału sektora MŚP w rynku zamówień publicznych. Wprowadzenie obowiązkowego podziału zamówienia na części oraz obligatoryjnych zaliczek na poczet wykonania zamówienia, a także gwarancja równowagi stron umowy o udzielenie zamówienia mogą w sposób znaczący przyczynić się do wyrównania dysproporcji wśród wykonawców. Równie istotna jest kwestia zmniejszenia obciążeń finansowych w zakresie wysokości wpisu od odwołania, a także skargi do sądu okręgowego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Umożliwienie szerszego dostępu tego sektora przedsiębiorców do zamówień publicznych to nie tylko szansa dla rozwoju gospodarki, nowe miejsca pracy, ale także większa efektywność wykorzystania środków publicznych.

Abstract

The topic of the analysis is the issue of increasing the participation of SMEs on the public procurement market. Introduction of a mandatory division of the public procurement into lots and obligatory advance payments for the performance of the contract also the guarantee of the balance of rights and duties of the parties to a contract may contribute significantly to equalization of disproportions among economic operators. The next very important issue is reduction of financial burdens with regard to the entry fee for an appeal to the National Appeal Chamber as well as court fees. Enabling wider access of the micro, small and medium-sized entrepreneurs to public procurement is not only a chance to develop economy, new jobs, but also greater efficiency of using public funds.

Wprowadzenie

Większe zaangażowanie mikro, małych i średnich przedsiębiorstw we wspólny rynek zamówień publicznych jest możliwe jedynie wówczas, gdy ustawodawca wprowadzi zmiany w przepisach prawa zamówień publicznych[1]. Postulat ułatwienia ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest nowy, był jednym z kluczowych założeń tzw. „małej nowelizacji" zamówień publicznych[2], a zmiany wprowadzone

[1] Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 2018, Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: Pzp.

[2] Dz.U. z 2016 r. poz. 1020, Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, tzw. „mała nowelizacja".

w przepisach miały otworzyć rynek zamówień dla podmiotów zaliczanym do MŚP. Potrzeba większego zaangażowania tego sektora przedsiębiorców wynika zarówno z motywów dyrektywy klasycznej[3], programu „Europa 2020" [4], jak i bezpośrednio z przepisów TFUE[5].

MŚP są siłą napędową gospodarki, bo to właśnie na tym sektorze oparta jest gospodarka zdecydowanej większości państw na świecie. Wartość polskiego rynku zamówień publicznych w roku 2016 wyniosła 107,4 mld zł[6]. Uwzględniając fakt, iż ponad 99% przedsiębiorców możemy zakwalifikować jako MŚP, umożliwienie szerszego dostępu tego sektora do zamówień publicznych to nie tylko szansa dla rozwoju gospodarki, ale także nowe miejsca pracy, dlatego zmiany w przepisach ułatwiające ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego są konieczne.

Bariery ograniczające udział MŚP w rynku zamówień

Główne zarzuty stawiane przez przedsiębiorców, które ograniczały ich dostęp do rynku zamówień, to zbiurokratyzowane i skomplikowane procedury administracyjne oraz nierówność na rynku[7]. Bariery ograniczające udział MŚP w rynku zamówień zostały wskazane w preambule dyrektywy klasycznej:

> *(84) Wielu wykonawców, zwłaszcza MŚP, uważa, że jedną z głównych przeszkód dla ich uczestnictwa w zamówieniach publicznych są obciążenia administracyjne wynikające z konieczności przedstawienia znacznej liczby za świadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji. Ograniczenie takich wymogów, na przykład przez zastosowanie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia obejmującego zaktualizowane oświadczenie własne, mogłoby w znacznym*

---

[3] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65, ze zm., dalej: dyrektywa klasyczna.

[4] Europa 2020 – w 2010 roku Komisja Europejska opublikowała Komunikat EUROPA 2020 „*Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*". Komunikat ten stanowił rozwinięcie postanowień zawartych w art. 173 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zgodnie z którym „*Unia i państwa członkowskie czuwają nad zapewnieniem warunków niezbędnych dla konkurencyjności przemysłu Unii*" oraz art. 179–189 TFUE dotyczących badań i rozwoju technologicznego.

[5] Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej Dz. Urz. UE, c115/49 z 09.05.2008.

[6] Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r. Warszawa, czerwiec 2017.

[7] Bariery finansowe i organizacyjne w postępowaniach o zamówienie publiczne, Raport Business Centre Club, 2010 (raport dostępny na stronie internetowej: www.bcc.org.pl); *Raport. System zamówień publicznych, a rozwój konkurencji w gospodarce*, Wyd. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta, Warszawa 2013, s. 65–69.

stopniu uprościć procedurę z korzyścią zarówno dla instytucji zamawiających, jak i wykonawców.

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw wprowadziła szereg zmian, które z założenia miały ułatwić dostęp MŚP do rynku zamówień publicznych. Z perspektywy kilkunastu miesięcy funkcjonowania nowych przepisów warto zastanowić się nad ich rzeczywistym wpływem na przedsiębiorców ubiegającym się o zamówienia publiczne. Należy podkreślić, że zasadniczym celem nowelizacji z 2016 r. była implementacja dyrektywy klasycznej do krajowego porządku prawnego, a kolejne planowane zmiany przepisów prawa zamówień publicznych mają za zadanie realizację innych postulatów, w tym ułatwienie dostępu MŚP do rynku zamówień publicznych.

Odpowiedzią ustawodawcy na zarzuty w zakresie zbiurokratyzowanych i skomplikowanych procedur administracyjnych było wprowadzenie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia[8]. Oficjalne oświadczenie wykonawcy zamiast szeregu dokumentów, a także składanie dokumentów tylko przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z całą pewnością stanowią znaczne ułatwienie dla ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego

Małe i średnie przedsiębiorstwa są w znacznej mierze wykluczone z realizacji zamówień publicznych poprzez nadmierną wielkość zamówienia w stosunku do potencjału i wielkości przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę, iż rodzimy sektor przedsiębiorstw stanowią głównie mikroprzedsiębiorstwa, których udział w strukturze wszystkich przedsiębiorstw wynosi aż 96%[9], to ograniczenie wydaje się mieć kluczowe znaczenie dla możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Konsekwencją braku podziału zamówienia na części jest występowanie MŚP w roli podwykonawców zamówienia, co oznacza niższe wynagrodzenie i pozbawia realnego wpływu na realizację zamówienia. Ustawodawca nie zdecydował się na przyjęcie rozwiązania bardziej radykalnego, które umożliwia art. 46 ust. 4 dyrektywy klasycznej, i nie ustanowił obowiązkowego podziału zamówienia na części. W świetle Pzp, dopiero na etapie protokołu zamawiający zobligowany jest do wykazania, dlaczego podział zamówienia nie został dokonany.

Kwestie finansowe związane z koniecznością finansowania zamówienia to kolejne z ograniczeń zgłaszane przez sektor MŚP. Rozwiązaniem miało być rozszerzenie możliwości nabywania zaliczek. Art. 151a Pzp wprowadzony „małą nowelizacją" również należy ocenić jako ukłon w kierunku małych i średnich przedsiębiorców, jednak to zamawiający decyduje, czy udzieli zaliczki na poczet zamówienia. Takie rozwiązanie w rzeczywistości niewiele zmienia.

Nie sposób nie wspomnieć o środkach ochrony prawnej, które z przyczyn finansowych nie są dostępne dla wszystkich wykonawców. Kwota wpisu od odwołania i opłaty sądowej od skargi dla zdecydowanej większości przedsiębiorców stanowi barierę unie-

[8] Art. 10a ust. 1 Pzp.

[9] Dane za: *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*, Warszawa 2017, s. 10–12.

możliwiającą skuteczne dochodzenie swoich roszczeń, a tym samym zniechęcającą do ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Warto również zwrócić również uwagę na niekorzystne postanowienia umów o udzielenie zamówienia publicznego. Wysokie kary umowne, brak równowagi stron w treści umów to główne zarzuty zgłaszane przez przedsiębiorców.

Podział zamówienia na części

Jedną z istotnych zmian nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. było wprowadzenie w art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp obowiązku wskazania w protokole postępowania o udzielenie zamówienia powodów „*niedokonania podziału zamówienia na części*".

Uwzględniając to, że wymóg podział zamówienia na części nie jest obowiązkowy, a wymaga jedynie wykazania, dlaczego nie został zastosowany, decyzję o tym, jak prowadzone będzie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, podejmuje zamawiający. To zamawiający określa również, zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 15 Pzp: *liczbę części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę lub maksymalną liczbę części, na które zamówienie może zostać udzielone temu samemu wykonawcy, oraz kryteria lub zasady, które będą miały zastosowanie do ustalenia, które części zamówienia zostaną udzielone jednemu wykonawcy, w przypadku wyboru jego oferty w większej niż maksymalna liczbie części.*

Ustawodawca w podziale zamówienia na mniejsze części dostrzegł możliwości ubiegania się o zamówienia przedsiębiorców należących do MŚP, dla których z przyczyn ekonomicznych, kadrowych czy technicznych realizacja „dużych" zamówień była utrudniona bądź niemożliwa[10]. W szczególności zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp oznaczają dla małych i średnich przedsiębiorców konkurowanie z dużą grupą wykonawców, również z innych państw członkowskich UE[11]. Zamawiający relatywnie rzadko korzystają z podziału zamówienia na części. Jednym z kluczowych argumentów jest możliwość uzyskania korzystniejszej ekonomicznie oferty z uwagi na agregację zamówienia[12]. Można jednak stwierdzić, że niejednokrotnie tego rodzaju uzasadnienia są nadużywane przez zamawiających. W praktyce oznacza to, że chociaż postulat szerszego dostępu sektora MŚP do rynku zamówień został wypełniony przez ustawodawcę, to konstrukcja przepisu umożliwia wytłumaczenie w stosunkowo prosty sposób, dlaczego tak wiele postępowań prowadzonych jest bez podziału na części. Jedynie wprowadzenie obowiązkowego podziału zamówienia na części może rozwiązać ten problem. Podział zamówienia powinien zostać dokonany według ilości lub zakresu przedmiotowego

---

[10] Zob. Z. Raczkiewicz: *Zamówienia publiczne a sektor MŚP*, „Przetargi Publiczne" 2014, nr 10, s. 56–60.

[11] Por. J. Krause: *Mittelstandsförderung im Vergaberecht. Rechtliche Grenzen des Mittelstandsschutzes unter Berücksichtigung der Reform der Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB*, Hamburg 2015, s. 2.

[12] Zob. R. Piela: *Kłopotliwy podział*, „Przetargi Publiczne" 2017, nr 4, s. 30–33.

zamówienia. Podział zamówienia ze względu na przedmiot winien zostać dokonany z uwzględnieniem różnych branż i specjalizacji dostępnych na rynku, uwzględniając potencjalne możliwości MŚP.

Oczywiście takie rozwiązanie może budzić opór zamawiających, ponieważ prowadzenie postępowania z podziałem na kilkanaście lub kilkadziesiąt części jest organizacyjnym wyzwaniem dla osób prowadzących postępowanie. Nie zmienia to faktu, że społeczno-gospodarcza rola zamówień publicznych ma znaczenie nadrzędne, większy dostęp sektora MŚP do zamówień publicznych to fundamentalny cel, który musi być urzeczywistniony. Nie bez znaczenia jest też kwestia ekonomiczna, której nie sposób pominąć w przypadku wydatkowania środków należących do sektora finansów publicznych. Dlatego obligatoryjny wymóg podziału postępowania na części winien dopuszczać wyjątki w szczególnie uzasadnionych przypadkach organizacyjnych, technicznych lub ekonomicznych, wyjątek powinien być jednak wąsko interpretowany. Dodatkowo, niezbędne powinno być szczegółowe uzasadnienie. Jedynie wówczas postulat umożliwienia MŚP ubiegania się o udzielenie zamówienia będzie faktycznie realizowany, a nie jak jest obecnie – pozorowany.

Zaliczki na poczet zamówienia

Wykonawcy realizujący umowę o udzielenie zamówienia publicznego otrzymują wynagrodzenie po zrealizowaniu przedmiotu umowy. Powoduje to konieczność kredytowania przedsięwzięcia przez wykonawcę w trakcie jego realizacji.

Zgodnie z art.143a ust.1 pkt 2 Pzp, w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę całości wynagrodzenia należnego wykonawcy po wykonaniu całości robót budowlanych, obowiązkiem zamawiającego jest przewidzenie udzielenia zaliczki. Wypłacenie kolejnych zaliczek przez zamawiającego wymaga przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona.

W przypadku remontu, trwającego np.10 miesięcy, wykonawca musi posiadać własny kapitał finansowy na zakup materiałów, sprzętu itp. Dodatkowo, wykonawca musi zabezpieczyć środki tak, by zapewnić płynność finansową przedsiębiorstwa. W odniesieniu do „dużych wykonawców" nie stanowi to problemu, jednak dla przedsiębiorców należących do sektora MŚP jest to przeszkoda uniemożliwiająca ubieganie się o zamówienie publiczne lub oznaczająca konieczność zapożyczania się w trakcie realizacji zamówienia.

Jak wynika z art. 151a. ust.1 Pzp: *Zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*. Zatem to na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający podejmuje decyzję o tym, czy zamówienie będzie zaliczkowane. Niestety, pomimo braku ograniczeń w tym zakresie, zamawiający rzadko podejmują taką decyzję. Długotermi-

nowe umowy o udzielenie zamówienia nie zawsze przewidują realizację zamówienia w etapach, po których następuje płatność, co zawsze jest zagrożeniem dla płynności finansowej przedsiębiorcy, w szczególność dla MŚP.

Wprowadzenie obowiązku udzielenia zaliczki na poczet realizacji zamówienia, w przypadku gdy wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, wystąpi z takim wnioskiem, może stanowić rozwiązanie problemu finansowania zamówienia.

Koszty środków ochrony prawnej

Jedną z największych barier w efektywnym korzystaniu ze środków ochrony prawnej są koszty odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Niewątpliwie wysokość wpisu w szczególności ogranicza sektor MŚP, który nie dysponuje zasobnymi portfelami. Warto podkreślić, iż obowiązująca wysokość wpisu należy do droższych w porównaniu do innych krajów UE. Wykonawca – odwołujący się, musi wnieść wpis i nie może ubiegać się o zwolnienie z tego obowiązku. Wysokość wpisu od odwołania uzależniona jest od wartości zamówienia oraz jego rodzaju.

Wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego **na dostawy lub usługi oraz w konkursie**, którego wartość jest:

1) mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich[13] ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi **7.500 zł;**
2) równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi **15.000 zł.**

Wysokość wpisu w przypadku odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość jest:

1) mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, wynosi **10.000 zł**;
2) równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, wynosi **20.000 zł**.

[13] Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej Dz. U. z 2017 r., poz. 2479.

Gdy przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są usługi społeczne i inne szczególne usługi wysokość wpisu od odwołania, którego wartość jest równa lub przekracza tzw. progi unijne wynosi **15.000 zł**[14].

Przestawione kwoty z całą pewnością nie wpłyną na płynność finansową największych wykonawców, jednak dla większości wykonawców stanowią próg niemożliwy do przejścia. Ta bariera nie tylko uniemożliwia skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niejednokrotnie stanowi również przyczynę rezygnacji z ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Podmioty zaliczane do sektora MŚP najczęściej ubiegają się o zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, a to oznacza, że potencjalne zyski mogą być znacznie niższe, aniżeli wysokość wpisu od odwołania. Taki stan rzeczy powoduje, że w przypadku, gdy określone w SIWZ warunki udziału lub opis przedmiotu zamówienia ograniczają uczciwą konkurencję, wykonawca rezygnuje z udziału w postępowaniu. Oczywiście można by polemizować, czy zniesienie ograniczeń co do podstaw wniesienia odwołania w przypadku tych postępowań zmieniłoby sytuację, jednak to bariera finansowa ma decydujące znaczenie.

Wiele postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, szczególnie takich, w których biorą udział małe i średnie przedsiębiorstwa, z uwagi na ograniczenia finansowe pozbawionych jest kontroli uczestników postępowania o zamówienie publiczne[15]. Taka sytuacja jest również czynnikiem zniechęcającym przedsiębiorców do udziału w rynku zamówień.

Wysokość wpisu od odwołania regulowana jest wyłącznie prawem krajowym, może więc ulec obniżeniu, co zdecydowanie ułatwi wykonawcom korzystanie ze środków ochrony prawnej.

Należy podkreślić, iż wysokość opłaty sądowej od skargi do sądu okręgowego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej powoduje konieczność poniesienia znacznie wyższych kosztów. W efekcie, z drugiej instancji w sprawach zamówień publicznych korzystają jedynie największe i najbogatsze podmioty.

Ze względu na wysokość opłaty sądowej od skargi do sądu okręgowego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, ten środek ochrony prawnej wykonawców jest wykorzystywany sporadycznie. W wyroku z 15 kwietnia 2014 r. Trybunał Konstytucyjny orzekł, że przepis[16] dotyczący opłaty od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest niezgodny z konstytucją[17], obecnie od skargi do sądu pobiera się opłatę

---

[14] Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów zmieniające rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania Dz. U. z 2017 r., poz. 47.

[15] Zob. E. Przeszło: *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013 s.193-217; E. Przeszło: *Wpływ kontroli społecznej zamówień publicznych na gospodarkę państwa*, [w:] A. Powałowski: *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, Warszawa 2016, s. 629–639.

[16] Art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594 ze zm.

[17] Sygn. akt SK 12/13.

stałą. Wnosząc skargę trzeba uiścić pięciokrotność wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga, co oznacza, że wniesienie skargi nadal jest kosztowne. Możliwości finansowe, zwłaszcza przedsiębiorców zaliczanych do sektora MŚP, uniemożliwiają realne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Jedynie zmniejszenie kosztów może zmienić sytuację.

Umowy o udzielenie zamówienia

Uprzywilejowana pozycja zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje odzwierciedlenie w treści umowy. To zamawiający inicjuje postępowanie i ponosi odpowiedzialność za realizację umowy finansowanej ze środków publicznych. W literaturze dominuje pogląd, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego posiada charakter umowy adhezyjnej, ponieważ wykonawcy są zobligowani zaakceptować postanowienia umowne, narzucone w postępowaniu przez zamawiającego działającego w interesie publicznym[18]. Wykonawcy dysponują możliwością wystąpienia z wnioskiem do zamawiającego o modyfikację postanowień projektu umowy lub złożeniem odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. W praktyce zmiany do załącznika SIWZ, którym jest projekt umowy, wprowadzane są sporadycznie. Koszty związane z wniesieniem odwołania powodują, że wykonawcy pozostaje złożyć ofertę w postępowaniu na określonych warunkach lub zrezygnować z ubiegania się o dane zamówienie. Nie bez znaczenia pozostaje sytuacja finansowa wykonawcy, ale również możliwość wykazania, że postanowienia umowne są niezgodne z przepisami Pzp. W przypadku większości postanowień negowanych przez wykonawców takie przesłanki nie zachodzą[19]. Przedmiotowe zagadnienie budzi wiele kontrowersji[20], zarówno wśród zamawiających, jak i wykonawców. W jednym z orzeczeń Sąd stwierdził:

> *Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego zamawiający może się starać przenieść odpowiedzialność na wykonawców, a nawet w ramach swobody umów wręcz narzucić pewne postanowienia umowy we wzorze umowy, a wykonawca może nie złożyć oferty na takich właśnie warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć*

[18] Zob. Z. Gordon: *Umowa jako przedmiot i instrument kontroli w systemie zamówień publicznych*, [w:] T. Kocowski, J. Sadowy: *Kontrola zamówień publicznych. VI Konferencja naukowa 17–18 czerwca 2013 r.*, Warszawa 2013, s. 231–241; Por. S. Babiarz: *Komentarz do art. 36 ustawy Pzp*, [w:] P. Janda, P. Pełczyński, S. Babiarz, Z. Czarnik: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 716–748.

[19] Art. 180 ust. 1 Pzp stanowi, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego w postępowaniu lub od zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy

[20] Zob. G. Wicik, F. Łapecki: *Ekspertyza. Wsparcie małych i średnich przedsiębiorstw oraz wykorzystanie negocjacji w celu uzyskania rozwiązań innowacyjnych – propozycje rozwiązań dla polskiego systemu zamówień publicznych*, Warszawa, wrzesień 2017, s.14; „Przedsiębiorcy krytykują jakość umów w zamówieniach publicznych", Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych Lewiatan, 18 marca 2013 r., http://konfederacjalewiatan.pl/ (dostęp: 20.03.2018).

pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową[21].

W przypadku umów o udzielenie zamówienia publicznego zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego (353[1] k.c.) podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika z przepisów Pzp[22]. Prawem zamawiającego jest takie ukształtowanie postanowień umownych, by zamówienie zostało zrealizowane a interes publiczny należycie zabezpieczony.

Szczególną pozycję zamawiającego uzasadnia fakt, że wydatkuje on środki publiczne, a zatem podlega dyscyplinie finansów publicznych, oraz działa w interesie publicznym. Uwzględniając powyższe zamawiający ponosi w związku ze swoją działalnością większe ryzyko niż zwykły przedsiębiorca[23]. Nie sposób jednak pominąć kwestii ograniczenia konkurencji, jaka niewątpliwie ma miejsce w przypadku umów przerzucających wszelkie ryzyka na wykonawcę. Wykonawcy, w szczególności należący do sektora MŚP, mogą zrezygnować z ubiegania się o udzielnie zamówienia lub wkalkulować dodatkowe ryzyko w koszty składanej oferty. Nadmiernie wygórowane postanowienia umowne zwłaszcza, gdy wykonawca nie uwzględni tego ryzyka w cenie ofertowej, mogą również skutkować niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przedmiotu umowy.

Nadzór zamawiającego nad środkami publicznymi oznacza również zapewnienie korzystnych rynkowo cen, co ma związek z ilością złożonych w postępowaniu ofert. Jednak, jak wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej, jednostronnie uprzywilejowana konstrukcja umowy, nie może całości ryzyka gospodarczego przerzucać na wykonawcę realizującego umowę[24].

Zmiany legislacyjne poprzez wprowadzenie obligatoryjnych elementów umowy o udzielenie zamówienia publicznego są długo oczekiwanym przez przedsiębiorców rozwiązaniem.

Podsumowanie

Dynamiczny rozwój i konkurencyjność polskiej gospodarki to w znacznej mierze zasługa podmiotów zaliczanych do sektora MŚP, właśnie ten sektor ma największy udział w tworzeniu PKB[25]. Większy udział MŚP w rynku zamówień publicznych, dostęp do dużych wartościowo zamówień to szansa dla rozwoju gospodarki, ale też i samych przedsiębiorców. Sektor MŚP z przyczyn finansowanych ma ograniczone możliwości inwestycyjne, stymulowanie ich rozwoju poprzez możliwości zwiększenia

[21] Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu, sygn. akt X Ga 67/08.

[22] Wyrok KIO, sygn. akt: KIO 283/14 283/14.

[23] Wyroki KIO, sygn. akt: KIO 69/14, KIO 2665/13, KIO/UZP 1189/10.

[24] Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga o sygn. akt IV Ca 508/05.

[25] *Raport o stanie…*, s. 8.

udziału w rynku zamówień publicznych to także większa efektywność wykorzystania środków publicznych. Dominujący udział mikroprzedsiębiorstw w strukturze wszystkich polskich przedsiębiorstw pozwala formułować postulaty zmian legislacyjnych, tak by zamówienia publiczne mogły stać się siłą napędową rozwoju nie tylko MŚP, ale również całej gospodarki.

Nie sposób też pominąć zamówień innowacyjnych gwarantujących wyższą jakość usług publicznych oraz korzyści płynące z otrzymania produktów, usług i robót budowlanych dostosowanych do potrzeb odbiorców. W przypadku takich zamówień elastyczność sektora MŚP, prosta struktura organizacyjna, szybszy proces decyzyjny, a także centralizacja zarządzania sprawiają, iż właśnie mikro-, mali i średni przedsiębiorcy mogą stać się skutecznymi wykonawcami zamówień innowacyjnych.

Zmiany dotyczące wprowadzenia obowiązkowego podziału zamówienia na części, obowiązkowych zaliczek na poczet wykonania zamówienia, a także gwarancje równowagi stron umowy o udzielenie zamówienia mogą w sposób znaczący przyczynić się do większego udziału MŚP w rynku zamówień. Zmniejszenie obciążeń finansowych w zakresie wysokości wpisu, a także skargi do sądu okręgowego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, to kolejne zmiany postulowane przez środowisko mikro-, małych i średnich przedsiębiorców.

Bibliografia

Babiarz S.: *Komentarz do art. 36 ustawy Pzp*, [w:] P. Janda, P. Pełczyński, S. Babiarz, Z. Czarnik: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013.

Bariery finansowe i organizacyjne w postępowaniach o zamówienie publiczne, Raport Business Centre Club, 2010.

Gordon Z.: *Umowa jako przedmiot i instrument kontroli w systemie zamówień publicznych*, [w:] T. Kocowski, J. Sadowy: *Kontrola zamówień publicznych. VI Konferencja naukowa 17–18 czerwca 2013 r.*, Warszawa 2013.

Krause J.: *Mittelstandsförderung im Vergaberecht. Rechtliche Grenzen des Mittelstandsschutzes unter Berücksichtigung der Reform der Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB*, Hamburg 2015.

Piela R.: *Kłopotliwy podział*, „Przetargi Publiczne" 2017, nr 4.

„*Przedsiębiorcy krytykują, jakość umów w zamówieniach publicznych*", Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych Lewiatan, 18 marca 2013.

Przeszło E.: *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013.

Przeszło E.: *Wpływ kontroli społecznej zamówień publicznych na gospodarkę państwa*, [w:] Powałowski A.: *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, Warszawa 2016.

Raczkiewicz Z.: *Zamówienia publiczne a sektor MŚP*, „Przetargi Publiczne" 2014, nr 10.

Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce, PARP, Warszawa 2017.

Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r., Warszawa, czerwiec 2017.

System zamówień publicznym, a rozwój konkurencji w gospodarce. Raport, Wyd. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta, Warszawa 2013.

Wicik G., Łapecki F.: *Ekspertyza. Wsparcie małych i średnich przedsiębiorstw oraz wykorzystanie negocjacji w celu uzyskania rozwiązań innowacyjnych – propozycje rozwiązań dla polskiego systemu zamówień publicznych*, Warszawa 2017.

Wiktor Płóciennik
Doktorant Uniwersytetu Łódzkiego, Wydział Ekonomiczno-Socjologiczny

Instrumenty promujące MSP na rynku zamówień publicznych na roboty budowlane (opinie zamawiających)

Abstrakt

Artykuł podejmuje problem opinii zamawiających na temat ułatwień systemowych dla małych i średnich przedsiębiorstw budowlanych w dostępie do zamówień publicznych. W publikacji przedstawiono wyniki badania będącego elementem szerszego programu badawczego, realizowanego przez autora. Tłem dla prezentacji tych wyników jest teoretyczna charakterystyka instrumentów promujących MSP w obecnym stanie prawnym. Wyniki badania wskazują, że respondenci szczególnie wysoko oceniają i najczęściej korzystają z tych instrumentów, które są im najlepiej znane (podwykonawstwo oraz oferty łączne). Wobec pozostałych instrumentów wyrażano opinie o rozbieżnym charakterze.

Abstract

The article considers the problem of contracting authorities' opinions about the instruments supporting small and medium-sized enterprises (SMEs) in the competition of public contracts in Poland. The results of the research programme ran by the author on the issue have been presented. These results have been discussed against the background of the theoretical analysis of the instruments promoting SMEs in the Public Procurement System in Poland. The last results of the research programme reveal that the most popular among contracting authorities in Poland are these instruments, which are familiar to them. (subcontracting and consortium offers). Opinions about other instruments have been deeply diversified.

Wstęp

Jednym z celów polityki UE w zakresie zamówień publicznych jest stworzenie systemowych ułatwień małym i średnim przedsiębiorcom w dostępie do rynku tych zamówień. Cel ten był stawiany zarówno w wielu dokumentach roboczych, jak i w samych dyrektywach, w tym również przyjętych w 2014 r. W sytuacji opisanej powyżej, celem niniejszego artykułu jest przedstawienie wyników badania pilotażowego, mającego na celu poznanie opinii zleceniodawców zamówień publicznych na roboty budowlane na temat instrumentów *pro* MSP zawartych w aktualnej ustawie Prawo zamówień publicznych.

1. Charakterystyka badanych instrumentów

1.1. Instrumenty historyczne

„Regulacje prawne Unii, jak i jej działania, mają na celu otwarcie rynku zamówień publicznych poprzez zwiększenie udziału MSP jako potencjalnych wykonawców[1]. Oczywiste jest, że MSP stanowią podstawę gospodarki państw członkowskich i Unii. Za ważny z punktu widzenia zamówień publicznych uznaje się ogromny potencjał tej grupy przedsiębiorców w zakresie tworzenia miejsc pracy, wzrostu gospodarczego i innowacji. (…) Należy zatem podejmować działania, głównie prawne, które będą ułatwiały dostęp i otwierały ten rynek na MSP[2]". Proces tworzenia rozwiązań prawnych mających na celu usprawnienie realizacji zamówień publicznych oraz zwiększenia dostępności systemu dla sektora małych i średnich przedsiębiorstw ma długoletnią historię. Jego początki sięgają pierwszych przemian ustrojowych w Polsce i pierwszej ustawy tworzącej system zamówień publicznych w naszym kraju[3]. Zawierała ona dwa instrumenty promujące sektor MSP na rynku zamówień publicznych na roboty budowlane. Była to możliwość ubiegania się o zamówienie przez konsorcjum ofertowe oraz dopuszczenie podwykonawstwa w realizacji zamówień na roboty budowlane. Instrumenty te znalazły się również w ustawie Prawo zamówień publicznych uchwalonej 29 stycznia 2004 r.[4] i w nieco w zmodyfikowanej w stosunku do pierwowzoru formie funkcjonują do dnia dzisiejszego. Ze względu na ich długotrwałą obecność w polskim systemie zamówień publicznych możemy nazywać je instrumentami historycznymi.

Instrumenty historyczne wymienione powyżej regulowane są przez następujące przepisy obecnie obowiązującej ustawy:

- art. 23 ust. 1 dopuszczający wspólne ubieganie się wykonawców o zamówienie (konsorcjum ofertowe),
- art. 36a ust. 1 zezwalający wykonawcy na powierzenie realizacji części zamówienia podwykonawcom.

Oba powyższe rozwiązania mają na celu umożliwienie podmiotom, w szczególności należącym do sektora MSP, ubieganie się o zamówienie, przy udziale i wsparciu innych podmiotów w sytuacji, gdy potencjał lub doświadczenie wykonawcy nie są wystarczające do realizacji danego zamówienia.

Instrument, jakim jest konsorcjum ofertowe, ma na celu przede wszystkim ułatwienie wykonawcom spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jego podstawową zaletą z punktu widzenia wykonawcy jest możliwość sumowania potencjałów

---

[1] Zagadnienie dostępności rynku zamówień publicznych było również tematem konferencji organizowanych przez instytucje UE, np. Konferencja „On the Modernization of European Public Procurement Policy: Towards a more Efficient European Procurement Market", Bruksela, 1 lipca 2011 r.

[2] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 38.

[3] Ustawa z dnia 19 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 1994 r., nr 76, poz. 344).

[4] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.)

dwóch lub więcej wykonawców, w celu spełniania określonych przez zamawiającego w danym postępowaniu warunków udziału bądź kryteriów selekcji.

Instrument, jakim jest możliwość powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom, jest szczególnie adekwatny do specyfiki produkcji budowlanej. Cechy składające się na tę specyfikę powodują, że realizowanie średnich i dużych zamówień na roboty budowlane wyłącznie przez jeden podmiot – z reguły nie będzie efektywne. Dlatego instytucja podwykonawstwa jest integralnie związana ze współczesnym budownictwem.

1.2. Instrumenty nowe

Niezadowalający udział sektora MSP w rynku zamówień publicznych skłonił instytucje europejskie do kolejnych działań legislacyjnych. W 2009 r. Parlament Europejski skierował do Komisji Europejskiej wniosek o podjęcie większych wysiłków na rzecz ułatwienia dostępu MSP do rynków tych zamówień. Wspomniany postulat zawarty został w stosownym sprawozdaniu problemowym[5]. Konsekwencją powyższych inicjatyw było uchwalenie nowych dyrektyw koordynujących udzielanie zamówień publicznych, co następnie doprowadziło do zmian w polskim systemie zamówień publicznych.

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzona ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw[6] przyniosła dość istotne zmiany w instrumentarium ułatwiającym działalność sektora MSP na rynku zamówień publicznych. Konieczność ich implementacji wyniknęła z uchwalenia w 2014 r. przez Parlament Europejski i Radę Unii Europejskiej dyrektyw wprowadzających nowe rozwiązania na europejskim rynku zamówień publicznych[7]. Podniesienie efektywności europejskiego rynku zamówień publicznych, w szczególności poprzez zwiększenie udziału w tym rynku podmiotów sektora MSP, było jednym z głównych celów uchwalenia tych dyrektyw. „Dotychczasowe wsparcie dla MSP w zamówieniach publicznych było oparte przede wszystkim na wdrażaniu wytycznych określonych w dokumencie roboczym Komisji Europejskiej z dnia 25 czerwca 2008 r. zatytułowanym *Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MSP do zamówień publicznych*, który wśród narzędzi umożliwiających zwiększenie udziału MSP w procedurach udzielania zamówień publicznych, wymienia m.in. dzielenie dużych zamówień na części. Nowe zasady wsparcia dla MSP poprzez dzielenie zamówienia na części zostały określone w preambule dyrektywy 2014/24/UE.

---

[5] New developments in public procurement: 2009/2175(INI)), Parlament Europejski Bruksela, Strasbourg 2009.

[6] Dz. U. z 2016 r., poz. 1020.

[7] Były to: dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylające dyrektywę 2004/18/WE, dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji.

Motyw 78 preambuły wskazuje na jeden z priorytetów przyświecających omawianej modernizacji unijnego prawa zamówień publicznych, a mianowicie, iż, zamówienia publiczne powinny być dostosowane do potrzeb MSP"[8].

Wśród nowych przepisów wprowadzonych ustawą nowelizacyjną, które w zamiarze ustawodawcy miały poprawić sytuację małych i średnich przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych, wyróżnić można:

- art. 22a – możliwość korzystania z sytuacji ekonomicznej podmiotów trzecich,
- art. 23c ust. 2 i 3 – ograniczenie wielkości rocznego obrotu (przychodu), którym musi wykazać się wykonawca ubiegający się o zamówienie, oraz konieczność stosowania przez zamawiającego kryteriów przejrzystych i obiektywnych,
- art. 25a ust. 1 – składanie oświadczeń w postępowaniu w celu wstępnego potwierdzenia faktu niepodlegania wykluczeniu z postępowania oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- art. 26 ust. 6 – brak konieczności składania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub niepodleganie wykluczeniu, jeżeli zamawiający jest w posiadaniu tych dokumentów lub może je pozyskać z publicznie dostępnych rejestrów,
- art. 36aa – możliwość podziału przez zamawiającego zamówienia na części.

Pierwszym z nowych rozwiązań *pro* MSP jest możliwość korzystania z potencjału ekonomicznego podmiotu trzeciego. Poprzednie brzmienie tego przepisu pozwalało jedynie na korzystanie z możliwości finansowych osób trzecich, tzn. ich zasobów finansowych lub zdolności kredytowej. Ograniczało to podmioty korzystające z tego rozwiązania. Nowo wprowadzony przepis rozszerzył zakres wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego, np. o wysokość sumy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wykonawcy, co w przypadku małych i średnich przedsiębiorstw, zwłaszcza w okresie ich intensywnego rozwoju, może mieć szczególnie istotne znaczenie.

Kolejnym rozwiązaniem korzystnym dla małych i średnich przedsiębiorstw, wprowadzonym nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r., było ustawowe ograniczenie wielkości rocznego obrotu (przychodu) wykonawcy, którym musi się on wykazać, ubiegając się o zamówienie. Ustalono w tym zakresie maksymalny pułap równy dwukrotnej wartości zamówienia. Dotychczasowe regulacje pozostawiały w odniesieniu do omawianego problemu znacznie większą swobodę zamawiającemu. Prowadziło to często do dyskryminowania pewnej grupy wykonawców, której potencjał był wystarczający do realizacji danego zamówienia, a jednak warunki udziału w postępowaniu uniemożliwiały im przystąpienie do postępowania. Nowo wprowadzone wartości brzegowe omawianego warunku wydają się adekwatne do rzetelnej weryfikacji wykonawców w postępowaniu. Ponadto w art. 22 ust. 3 przesądzono o tym, że kryteria ekonomiczno-finansowe określone przez zamawiającego w postępowaniu muszą być przejrzyste i obiektywne. Omawiany przepis wprowadza ograniczenia dla zamawiających, ale zarazem poprawia przejrzystość postępowań i redukuje w odniesieniu do warunku

[8] *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, red. M. Olejarz, Warszawa 2014, s. 191.

wiarygodności ekonomicznej i finansowej stosowanie wymagań, które w sposób nieuprawniony mogłyby ograniczać konkurencyjność postępowań.

Innym rozwiązaniem niezwykle istotnym dla sektora MSP jest wprowadzona poprzez art. 25a zasada, w myśl której zamawiający wstępnie potwierdza spełnienie przez wykonawcę kryteriów selekcji, niepodleganie wykluczeniu z postępowania oraz spełnienie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań zamawiającego, jedynie na podstawie oświadczeń złożonych wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Pełna weryfikacja, dokonywana na podstawie dokumentów pierwotnych potwierdzających fakt spełnienia warunków, stosowana jest jedynie w odniesieniu do tego wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W przypadku zamówień o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp weryfikacja źródłowa ma charakter obligatoryjny, natomiast w przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych jedynie fakultatywny. Powyższe rozwiązanie ma na celu umożliwienie wykonawcom biorącym udział w postępowaniu lepsze gospodarowanie zasobem czasu na przygotowanie oferty oraz skoncentrowanie się na treści oferty, tj. jej cenie oraz innych wymaganych parametrach. Omawiane rozwiązanie znacząco obniża nakłady pracy konieczne do poniesienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy. Jest to szczególnie istotne dla sektora MSP, gdyż dla podmiotów tego sektora przygotowanie ofert z kompletem załączników jest relatywnie bardziej uciążliwe i wymagające zaangażowania względnie większych zasobów, niż dla podmiotów dużych. Rozwiązanie to pozwala w pierwszej fazie postępowania skupić się na przygotowaniu i dopracowaniu szczegółów oferty, natomiast obowiązek udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu obciąża jedynie te podmioty, które odniosą z tego tytułu korzyść w postaci uzyskania zamówienia. Rozwiązanie takie jest również korzystne dla zamawiających, gdyż ogranicza bezproduktywną pracę konieczną do wykonania przez członków komisji przetargowych.

Dopełnieniem omówionego poprzednio rozwiązania jest dyspozycja nowego przepisu, a mianowicie art. 26 ust. 6. Przepis ten stanowi, iż wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, niepodleganie wykluczeniu z postępowania oraz spełnienie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań zamawiającego, w przypadku, gdy te oświadczenia lub dokumenty znajdują się w dyspozycji zamawiającego lub zamawiający może je pozyskać z bezpłatnych baz danych, w szczególności z publicznych rejestrów. Powyższe rozwiązanie pozwoli również na ograniczenie nakładów pracy niezbędnych do przygotowania przez wykonawcę oferty, a ponadto, poprzez ograniczenie konieczności przygotowania części dokumentów w wersji papierowej, sprzyjać będzie ochronie środowiska naturalnego.

Ostatnim rozwiązaniem wprowadzonym nowelizacją Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r., które w sposób istotny powinno sprzyjać sektorowi małych i średnich przedsiębiorstw na rynku zamówień publicznych, jest art. 36aa. Umożliwia on podział zamówienia na części z zastrzeżeniem, iż zamawiający może w sposób dowolny określić zakres i przedmiot danej części zamówienia. Jest to bardzo istotna zmiana w stosunku

do poprzednio obowiązującego stanu prawnego. Należy bowiem zaznaczyć, iż obowiązujący w poprzednim okresie art. 32 ust 2 Pzp zabraniał zamawiającemu, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartość. Przywołany przepis o takim brzmieniu powodował, iż w praktyce dzielenie zamówienia na części występowało niezwykle rzadko, a zamawiający preferowali jedno duże zamówienie, gdyż w ten sposób minimalizowali ryzyko stawiania im przez instytucje kontrolne zarzutów działania niezgodnego z ustawą. Nowo wprowadzona regulacja prawna daje nadzieję, iż przynajmniej część rynku zamówień publicznych pozostająca do tej pory poza zasięgiem małych i średnich przedsiębiorstw, stanie się dla nich dostępna. Decydujące znaczenie będzie jednak tutaj miała zmiana schematów planowania i prowadzenia postępowań przez zamawiających oraz postawa instytucji kontrolnych. Należy bowiem pamiętać, iż aspekt psychologiczny ma również w odniesieniu do zmian legislacyjnych bardzo istotne znaczenie.

2. Charakterystyka instrumentu i pola badawczego

2.1. Charakterystyka ankiety

Instrumentem zastosowanym w badaniu relacjonowanym w niniejszym artykule była ankieta składająca się z 19 pytań. Pytania od 1 do 6 miały charakter wprowadzający i dotyczyły ogólnych zagadnień systemu zamówień publicznych. Pytania od 7 do 18 odnosiły się do poszczególnych rozwiązań systemowych omówionych powyżej. Pytanie nr 19 miało charakter podsumowujący i badało opinie zamawiających na temat funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Ankieta zawierała wskazówkę, aby osoba wypełniająca ją ze strony jednostki samorządu terytorialnego była odpowiedzialna za przygotowanie i prowadzenie postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

2.2. Charakterystyka pola badawczego

W celu przeprowadzenia badania pilotażowego ankiety rozesłano za pośrednictwem platformy ePUAP do wszystkich jednostek samorządu terytorialnego szczebla gminnego Powiatu Sieradzkiego. Były to gminy: gmina miejska Sieradz, Błaszki, Brąszewice, Brzeźnio, Burzenin, Klonowa, gmina Sieradz, Warta, Wróblew oraz gmina Złoczew. Wśród badanych jednostek samorządu terytorialnego znalazła się jedna gmina miejska, trzy gminy wiejsko-miejskie oraz sześć gmin wiejskich. Odpowiedzi na przesłaną ankietę nadesłało osiem jednostek, natomiast dwie jednostki nie udzieliły odpowiedzi.

3. Wyniki badania

3.1. Ogólne opinie na temat aktualnych instrumentów *pro* MSP

W odpowiedzi na pytanie „Czy wprowadzenie do ustawy Pzp systemowych udogodnień dla MSP uważa Pan/Pani za właściwie" aż 50% respondentów nie udzieliło od-

powiedzi. Spośród respondentów, którzy odpowiedzieli na to pytanie, dwóch odpowiedziało twierdząco, natomiast dwóch pozostałych – przecząco. Tym samym należy stwierdzić, iż wprowadzenie udogodnień dla MSP do systemu zamówień publicznych nie znalazło jednoznacznej aprobaty wśród uczestników badania.

W pytaniu numer 2, dotyczącym oceny przydatności poszczególnych udogodnień wprowadzonych do systemu, uzyskano następujące odpowiedzi. Najniższą ocenę, tj. 3,00 otrzymała możliwość składania ofert częściowych. Kolejną z ocen wynoszącą 3,25 otrzymały instrumenty: możliwość dzielenia zamówienia na części, możliwość korzystania z potencjału podmiotów trzecich oraz ograniczenie maksymalnej wartości rocznego obrotu wykonawcy jako warunek udziału w postępowaniu do dwukrotnej wartości zamówienia. Ocenę 3,75 otrzymał instrument dopuszczający podwykonawstwo w realizacji zamówień na roboty budowlane. Ocenę 4,00 otrzymały dwa kolejne instrumenty, tj. możliwość wspólnego składania ofert, czyli konsorcjum ofertowe, oraz prawo wykonawcy do odmowy złożenia oświadczeń lub dokumentów już posiadanych przez zamawiającego lub powszechnie dostępnych. Najwyższą z otrzymanych ocen, wynoszącą 4,50, otrzymał instrument polegający na dopuszczalności żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jedynie od wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Należy dodać, że skala ocen zastosowana w omawianym pytaniu była następująca: 1 – udogodnienie całkowicie nieprzydatne, 2 – udogodnienie raczej nieprzydatne, 3 – trudno powiedzieć, 4 – udogodnienie raczej przydatne, 5 – udogodnienie bardzo przydatne. Jak wynika z rozkładu udzielonych odpowiedzi, ogólna ocena instrumentów „*pro* MSP" była umiarkowanie pozytywna.

W odpowiedzi na pytanie 4, żaden z badanych podmiotów nie stwierdził, iż stosowanie przedmiotowych ułatwień dla sektora MSP w procedurze udzielonych przez niego w 2017 r. zamówień publicznych na roboty budowlane było przyczyną unieważnienia postępowania.

Co do sugestii dotyczącej faworyzowania dużych przedsiębiorstw przez prawo zamówień publicznych (pyt. 6), żaden z respondentów nie potwierdził tezy w nim zawartej.

3.2. Szczególne opinie na temat poszczególnych instrumentów „*pro* MSP"

A. Możliwość wspólnego składania ofert

W odpowiedzi na pytanie o ilość postępowań, w których zamawiający otrzymał oferty konsorcjalne, jedynie dwaj respondenci wskazali, iż w 2017 r. takie oferty otrzymali. Ilość postępowań, w których oferty takie złożono, mieściła się w przedziale od 1 do 3. Zdaniem respondentów podstawową korzyścią zamawiającego wynikającą z akceptacji ofert konsorcjalnych jest możliwość otrzymywania większej ilości ofert w danym postępowaniu. Co do ryzyka związanego z ofertą konsorcjalną, 25% respondentów wskazało trudniejsze zarządzanie umową i brak jednoznacznej odpowiedzialności za wady i usterki, natomiast 50% respondentów wskazało na konieczność kontaktu zamawiającego z wieloma wykonawcami.

B. Możliwość dzielenia zamówienia na części

Zastanawiająca jest odpowiedź na pytanie 9, dotyczące dzielenia zamówienia na części. Zdaniem połowy respondentów zamawiający ma taki obowiązek, pozostałe 50% stwierdziło, że taki obowiązek nie istnieje. Jednocześnie w odpowiedzi na kolejne pytanie, wszyscy respondenci stwierdzili, iż dopuszczenie dzielenia zamówienia na części jest niekorzystne dla zamawiającego.

Konsekwencją wyżej przedstawionej opinii wydaje się być fakt, iż 50% respondentów potwierdziło, iż w prowadzonych postępowaniach dzieliło zamówienie na części, wskazując przedział od 1 do 3 postępowań, a pozostałe 50% stwierdziło, iż nie dokonało takich podziałów.

C. Możliwość składania ofert częściowych

Pytanie numer 12 badało opinie respondentów na temat korzyści z otrzymywania przez zamawiającego ofert częściowych. 25% respondentów uznało taką możliwość za korzystną, 50% było przeciwnego zdania, natomiast pozostałe 25% stwierdziło, iż trudno jest udzielić odpowiedzi na powyższe pytanie.

Nieco zaskakujące są odpowiedzi na pytanie o dopuszczenie przez respondentów możliwości składania ofert częściowych w prowadzonych przez nich w 2017 r. postępowaniach na roboty budowlane. Mianowicie żaden z respondentów takiej możliwości nie dopuścił. Można to wytłumaczyć faktem homogeniczności i trudnej podzielności niewielkich zamówień na roboty budowlane, które prawdopodobnie były udzielona przez badane gminy w 2017 r.

D. Podwykonawstwo

Kolejne pytanie dotyczy opinii zamawiających na temat podwykonawstwa. 25% respondentów stwierdziło, iż jest ono korzystne, 75% miało trudności w wyrażeniu jednoznacznej opinii. Nikt z ankietowanych nie stwierdził, iż instrument ten jest dla zamawiających niekorzystny. W pytaniu kolejnym respondenci wypowiadali się na temat ilości postępowań dotyczących zamówień publicznych na roboty budowlane, udzielonych w 2017 r., w których dopuszczali podwykonawstwo. Z udzielonych odpowiedzi wynika, iż były to niemal wszystkie postępowania.

E. Ograniczenia maksymalnej wartości rocznego obrotu jako warunku podmiotowego

Na pytanie „Czy zdaniem Pana/Pani dopuszczalność ograniczenia rocznego obrotu wykonawcy do dwukrotności wartości zamówienia jest dla zamawiającego korzystna" żaden z respondentów nie był w stanie udzielić jednoznacznej odpowiedzi. Również żaden z nich powyższego warunku nie stawiał w prowadzonych przez siebie w 2017 r. postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na roboty budowlane.

Podsumowanie

Powyższe, ograniczone w liczbie respondentów, badanie ankietowe miało charakter pilotażowy. Dlatego, ze względu na relatywnie niewielką liczbę odpowiedzi, wnioski sformułowane na jego podstawie należy traktować z dużą ostrożnością. Nie mogą one być uogólnianie na jakąkolwiek zbiorowość generalną, lecz należy je traktować jedynie jako opinie respondentów badania. Spośród instrumentów wspierających udział sektora MSP w rynku zamówień publicznych na roboty budowlane, respondenci najlepiej oceniali oraz najchętniej korzystali z tych instrumentów, które najlepiej znają, tj. dopuszczalność podwykonawstwa podczas realizacji zamówienia oraz możliwość składania ofert konsorcjalnych. Respondenci mieli podzielone zdania, jeśli chodzi o korzyści i wady (z punktu widzenia zamawiających) stosowania instrumentów wspierających małe i średnie przedsiębiorstwa. Jednocześnie z dużą akceptacją spotkały się działania ustawodawcy prowadzące do uproszczenia procedury prowadzenia postępowań przez zamawiających, tj. dopuszczalność żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jedynie od wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę oraz prawo wykonawcy do odmowy złożenia oświadczeń lub dokumentów już posiadanych przez zamawiającego lub ogólnodostępnych. Potwierdzenie powyższych wniosków wstępnych powinno nastąpić na podstawie wyników dalszych badań przeprowadzonych na dużej próbie respondentów.

Z uwagi na istotną naszym zdaniem rangę podjętego problemu, badania nad nim zamierzamy kontynuować.

Bibliografia

Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MSI do zamówień publicznych, Komisja Wspólnot Europejskich, Dokument roboczy Służb Komisji, Bruksela 2008.

Komunikat Komisji Europejskiej z 3.03.2010 r., Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu.

New developments in public procurement: 2009/2175(INI), Parlament Europejski Bruksela, Strasburg 2009.

Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji - nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych, red. M. Olejarz, Warszawa 2014.

Procurement Markets in the EU, DG Enterprise and Industry, September 2010.

System zamówień publicznych w Polsce, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.

Zielona Księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień, Bruksela, Komisja Europejska, 27 styczeń 2011.

Zielona Księga Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – w poszukiwaniu rozwiązań, Komisja Europejska, Bruksela 1998.

Paweł Stokłosa
Doktorant w WSPiA Rzeszowskiej Szkole Wyższej

Jeden system dwa schematy – próba poprawy dostępności rynku zamówień publicznych dla małych i średnich przedsiębiorstw

Abstrakt

Poniższy tekst zawiera próbę sformułowania propozycji w zakresie uproszczenia funkcjonującego w Polsce systemu zamówień publicznych w taki sposób, aby uczynić go bardziej dostępnym dla małych i średnich przedsiębiorstw. Prezentując niektóre funkcje tego systemu autor wskazuje, że zgodnie z rekomendacjami Unii Europejskiej może on być narzędziem wspierania rozwoju małych i średnich firm. Po próbie nakreślenia aktualnej sytuacji MŚP na rynku zamówień publicznych, zaprezentowane zostają propozycje nowych rozwiązań w zakresie zmiany obowiązującego systemu.

Abstract

The following text attempts to formulate proposals to simplify the public procurement system functioning in Poland in such a way as to make it more accessible to small and medium-sized enterprises. Presenting some of the functions of this system, the author indicates that, in accordance with the recommendations of the European Union, it can be a tool to support the development of small and medium-sized enterprises. After an attempt to delineate the current situation of SMEs on the public procurement market, proposals for new solutions in the scope of the current system are presented.

1. Aktualne funkcje systemu zamówień publicznych

Obecnie system zamówień publicznych Unii Europejskiej oprócz zapewnienia wydatkowania środków publicznych w efektywny z ekonomicznego punktu widzenia sposób spełnia szereg innych funkcji. Na potrzeby podjętych rozważań wystarczy wymienić zasadnicze. W pierwszej kolejności wspomnieć trzeba o funkcji regulacyjnej, polegającej na określeniu zasad dokonywania zakupów finansowanych ze środków publicznych przez uprawnione do tego podmioty – w szczególności organy państwa. Funkcja regulacyjna zapewnia przede wszystkim realizację zasad: niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców oraz transparentności i przejrzystości procedur udzielania zamówień publicznych. Kolejną istotną jest funkcja optymalizacyjna, mająca zagwarantować osiągnięcie najlepszych możliwych efektów w ramach dostępnych środków. Jest ona realizowana m.in. poprzez stosowanie norm określających sposób

opisu przedmiotu zamówienia i kwalifikacji wykonawców zamówienia publicznego. Funkcje systemu zamówień publicznych stają się widoczne poprzez pryzmat celów określonych w aktach prawnych regulujących funkcjonowanie tego systemu w Unii Europejskiej. Cele nieobowiązujących już dyrektyw 2004/18/WE[1] oraz 2004/17/WE[2] zakładały: zagwarantowanie realnej konkurencji na rynku zamówień publicznych, zagwarantowanie swobody przepływu towarów, zagwarantowanie swobody działalności gospodarczej, zagwarantowanie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych w państwach członkowskich Wspólnoty (z uwzględnieniem w możliwie największym stopniu praktyki obowiązującej w poszczególnych państwach), wprowadzenie kontroli działań zamawiających mającej na celu eliminowanie nadużyć, zagwarantowanie jednolitych regulacji określających warunki uczestnictwa w postępowaniach przez wykonawców, zagwarantowanie transparentności postępowania[3]. Pojawiające się nowe problemy i wyzwania wewnątrz Unii sprawiły, że system zamówień publicznych stał się narzędziem interwencji w ramach poszczególnych unijnych polityk. Zmiany europejskiego systemu zamówień publicznych zostały zapowiedziane już w Komunikacie KE z dnia 13 kwietnia 2011 r. zatytułowanym: „Akt o jednolitym rynku: Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania". Reforma systemu przedstawiona została jako jedno z działań priorytetowych. Zakładała rewizję i unowocześnienie przepisów dotyczących zamówień publicznych. Celem było uelastycznienie procedur udzielania zamówień publicznych oraz umożliwienie lepszego ich wykorzystania do wsparcia pozostałych obszarów polityki[4]. 28 marca 2014 r. opublikowane zostały obowiązujące aktualnie dyrektywy: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE[5], Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE[6], a także Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE[7].

---

[1] Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z dnia 30.04.2004 r.).

[2] 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 (Dz. Urz. UE L 134 z dnia 30.04.2004 r.).

[3] D. Piasta: *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*, pod red. A. Łazowskiego, Warszawa 2005, s. 1080.

[4] *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji - nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, red. M. Olejarz, Warszawa 2014, s. 8.

[5] Z dnia 26 lutego 2014 r. *w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE* (dalej jako: dyrektywa ogólna).

[6] Z dnia 26 lutego 2014 r. *w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE* (dalej jako: dyrektywa sektorowa).

[7] Z dnia 26 lutego 2014 r. *w sprawie udzielania koncesji*; Dz. Urz. UE L94 z 28.03.2014, s. 1, s. 65, s. 243.

Nowe regulacje mają przyczynić się do: rozwoju gospodarki opartej na wiedzy i innowacyjnych rozwiązaniach, wspierania gospodarki niskoemisyjnej, efektywniej korzystającej z zasobów i konkurencyjnej a także rozwoju gospodarki charakteryzującej się wysokim poziomem zatrudnienia[8]. *Nowe dyrektywy zostały(…) przyjęte aby: 1) poprawić skuteczność wydatków publicznych, co ma zostać osiągnięte m.in. dzięki uproszczeniu i uelastycznieniu obowiązujących zasad udzielania zamówień publicznych; 2) umożliwić lepsze wykorzystanie zamówień przez zamawiających do wspierania wspólnych celów społecznych, takich jak: ochrona środowiska, bardziej efektywne gospodarowanie zasobami i większa efektywność energetyczna, przeciwdziałanie zmianom klimatu, promowanie innowacji, zatrudnienia i włączenia społecznego, a także zapewnić możliwie najlepsze warunki dla świadczenia wysokiej jakości usług publicznych oraz aby; 3) zapewnić odpowiednie ramy prawne dla udzielania koncesji*[9]. O istotności systemu zamówień publicznych jako narzędzia służącego do realizacji założeń poszczególnych polityk świadczą wskaźniki ekonomiczne. Jak podaje Komisja Europejska, każdego roku wewnątrz Unii ponad 250 000 organów publicznych wydaje ok. 14% PKB na dostawy, usługi i roboty budowlane[10]. W Polsce w 2016 r. szacowany udział zamówień publicznych w PKB wynosił ok. 5,8%, a wartość zamówień publicznych udzielonych na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* sięgnęła kwoty ok. 107 mld zł[11]. Znaczenie to dostrzegł unijny prawodawca formułując cele, jakie mają być realizowane poprzez stosowanie aktów prawa dotyczących zamówień publicznych, wśród motywów dyrektyw ogólnej i sektorowej. Wart podkreślenia jest fakt, że motyw 2 dyrektywy ogólnej oraz motyw 4 dyrektywy sektorowej wskazują, iż *Zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii „Europa 2020" zawartej w komunikacie Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanym „Europa 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu" jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych.* Postulują również modernizację i zmianę przepisów przyjętych na podstawie uchylonych dyrektyw 2004/17/WE oraz 2004/18/WE w celu zwiększenia efektywności wydatkowania środków publicznych, *ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych (…)* Ze względu na uwarunkowania rynku krajowego dla polskiego systemu zamówień publicznych zasadnicze znaczenie ma właśnie wsparcie rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw.

---

[8] *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji*…, s. 8.

[9] Ibidem.

[10] https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_pl (dostęp: 21 II 2018 r.).

[11] *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r.*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2017 r., s. 35.

2. Udział MŚP w polskim rynku zamówień publicznych

Sektor małych i średnich przedsiębiorców w Polsce tworzą podmioty wykonujące działalność gospodarczą, zaliczane do jednej z trzech grup: mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw według klasyfikacji normowanej aktualnie przez przepisy art. 104 – 106 Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej[12]. Według danych podawanych przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, udział małych i średnich przedsiębiorstw w tworzeniu PKB rośnie. W latach 2008 – 2014 r. wzrósł z 47,2% do 50% (wzrost udziału dotyczy wszystkich grup wielkości sektora MŚP: mikro – z 29,9% do 30,2%, małych – z 7,4% do 8,9%, średnich – z 9,9% do 11%). Jak wskazują przytoczone dane, jest to wzrost nieznaczny, ale systematyczny. W tym czasie udział dużych podmiotów w tworzeniu PKB spadł z 23,9% do 23,4%[13]. Największy udział w polskim sektorze przedsiębiorstw mają mikroprzedsiębiorstwa – niemal 96%. Aktualnie ich liczbę szacuje się na poziomie 1,8 mln (wzrost o 7% w stosunku do 2008 r.) Najwięcej mikroprzedsiębiorstw funkcjonuje w sektorze usług – ok. 52%, w handlu – ok. 26%. Nie bez znaczenia pozostaje wpływ mikroprzedsiębiorstw na rynek pracy – zatrudniają ok. 3,7 mln osób – co stanowi 39% wszystkich pracujących w sektorze przedsiębiorstw.

Kolejną grupę w ramach MŚP stanowią małe przedsiębiorstwa, których jest 57 tys. (3% polskiego sektora przedsiębiorstw). Od dziesięciu lat obserwowany jest wzrost liczby tej kategorii firm (jedynie w 2015 r. zauważalny był spadek tendencji) aktualnie jest ich o 4,5% więcej niż w 2008 r. Liczba osób pracujących w małych przedsię-

---

[12] Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2168 ze zm. – dalej: u.s.d.g. Ustawa została uchylona w wyniku wejścia w życie Ustawy z dnia 26 stycznia 2018 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej. W wyniku zmiany klasyfikacja przedsiębiorców regulowana będzie przez przepis art. 7 ustawy Prawo przedsiębiorców. Zgodnie z art. 104 u.s.d.g. *za mikroprzedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych: 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż 10 pracowników oraz 2) osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 2 milionów euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 2 milionów euro*. Art. 105 u.s.d.g. stanowi, iż: *Za małego przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych:1) zatrudniał średniorocznie mniej niż 50 pracowników oraz 2) osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 10 milionów euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 10 milionów euro*. Natomiast w myśl art. 106 u.s.d.g. *Za średniego przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych: 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż 250 pracowników oraz 2) osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 50 milionów euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 43 milionów euro*.

[13] *Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce*, 2017, s. 5. (www.parp.gov.pl – dostęp 19.03.2018).

biorstwach wynosi ok. 1,2 mln, co stanowi ok. 13% miejsc pracy w sektorze przedsiębiorstw. Większy udział w tworzeniu miejsc pracy posiadają średnie przedsiębiorstwa, które zatrudniają ok. 1,6 mln osób (ok. 17% zatrudnionych w sektorze przedsiębiorstw). Liczba średnich przedsiębiorstw sięga aktualnie 16 tys., co stanowi 0,8% sektora przedsiębiorstw w Polsce. Od 2008 r. liczba średnich przedsiębiorstw spada (spadek o 2,8%), w 2015 r. obserwowana była nieznaczna tendencja wzrostowa (ok. 1%) w stosunku do roku poprzedniego[14].

Warto spojrzeć na powyższe dane poprzez pryzmat struktury polskiego rynku zamówień publicznych. Jak wynika ze sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych uwzględniającego dane dotyczące 2016 r., na 35 116 zamawiających, przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[15] w zakresie procedur udzielania zamówień stosowało 13 113 zamawiających, 22 003 zamawiających udzielało zamówień, stosując inne procedury, na podstawie wyłączeń wynikających z Pzp lub jako usługi społeczne i inne szczególne usługi[16]. Zatem ponad 62% zamawiających stosowało inne niż określone w treści Pzp tryby, wydatkując środki publiczne. Wart w 2016 r. ok. 174,3 mld zł (wartość łączna zamówień udzielonych w trybach przewidzianych w Pzp oraz w ramach innych procedur) polski rynek zamówień publicznych stanowił niemal sześcioprocentowy (ok. 5,8%) udział w PKB, zaś wartościowo struktura udzielonych zamówień prezentowała się następująco:

- zamówienia w przedziale powyżej 30 tys. euro i poniżej tzw. progów unijnych posiadały wartość 31,5 mld zł,
- zamówienia powyżej tzw. progów unijnych posiadały wartość ok. 75,2 mld zł,
- zamówienia dotyczące usług społecznych oraz innych szczególnych usług posiadały wartość 703,6 mln zł[17].

Na podstawie danych udostępnianych przez Prezesa UZP można policzyć, że wartość zamówień udzielonych na podstawie procedur innych niż przewidziane w Pzp tryby wynosiła w 2016 r. 66,9 mld zł. Kontynuując należy zauważyć, że największą grupę zamawiających, bo aż 56%, stanowił samorząd terytorialny i jego jednostki organizacyjne. W ciągu 2016 r. środki o najwyższej wartości wydatkowano na dostawy – 36% ogólnej wartości zamówień, kolejno na roboty budowlane – 34% łącznej wartości zamówień. Na trzeciej pozycji znalazły się usługi z 30% udziałem w ogólnej wartości zamówień.

Z analizy sprawozdań składanych przez zamawiających za 2016 r., dokonanej przez Prezesa UZP wynika, że największą grupą zamawiających, która prowadziła postępowania w zakresie nabywania dostaw, były podmioty prawa publicznego – ok. 62% ogółu zamówień udzielonych przez tę grupę zamawiających. Administracja samorządowa najczęściej zlecała roboty budowlane – 45% zamówień udzielonych przez tę

[14] Ibidem, s. 10–11.

[15] Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm. – dalej: Pzp.

[16] *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.*, Warszawa 2017 r., s. 37. (www.uzp.gov.pl – dostęp: 19.03.2018).

[17] Ibidem, s. 35–36.

grupę zamawiających. Centralna administracja rządowa zlecała najczęściej realizację usług, które w tej grupie zamawiających stanowiły 51% wszystkich prowadzonych postępowań[18].

Z treści przytoczonych danych wynika, że biorąc pod uwagę liczbę zamawiających największą ich grupę stanowi samorząd terytorialny i jego jednostki organizacyjne, które większości zamówień udzielają w wyniku wyboru wykonawców przy zastosowaniu innych niż przewidziane w Pzp tryby, przy czym zamówienia te obejmują najczęściej roboty budowlane. Rzeczywistymi wykonawcami tych zamówień są przedsiębiorcy z sektora MŚP. Wydaje się, że sektor ten dysponuje wystarczającym potencjałem technicznym, aby uczestniczyć w realizacji zamówień udzielanych w celu wykonywania zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego. Wobec tego należałoby podjąć działania ułatwiające zlecanie tego typu zamówień przedsiębiorcom lokalnym i regionalnym z poszanowaniem zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz umożliwić szersze otwarcie rynku zamówień publicznych dla MŚP. Uzasadnione są głosy postulujące tego typu zmiany legislacyjne oraz podkreślające znaczenie systemu zamówień publicznych jako narzędzia wprowadzania innowacji[19]. Jednocześnie zauważyć trzeba, że według danych publikowanych przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości w latach 2011–2013, udział MŚP w rynku zamówień publicznych spadł z 25% do 14%[20], wobec czego podjęcie próby odwrócenia tej sytuacji jest niezbędne.

3. Rozwiązania wspierające rozwój MŚP w znowelizowanej ustawie

Aktualnie Pzp zawiera pewne rozwiązania sprzyjające udziałowi w rynku zamówień publicznym MŚP, jednak *brak jest wyczerpujących i problemowych analiz, zarówno na poziomie makroekonomicznym, jak i w ramach systemu zamówień publicznych, które pozwalałyby na wnikliwą ocenę dostępu i udziału MŚP w rynku zamówień publicznych w Polsce*[21]. Wobec powyższego trudno ocenić skuteczność tych rozwiązań. Z całą pewnością istnieje możliwość podjęcia działań, które ułatwią udział w rynku zamówień

[18] Ibidem, s. 36–37.

[19] Np. Ułatwianie dostępu do zamówień publicznych kluczowe dla małych i średnich przedsiębiorców, www.lex.pl (21.02.2017). Większe szanse dla małych i średnich przedsiębiorców na zdobycie zamówienia, www.lex.pl (31.08.2016). Rekomendacje VI Międzynarodowego Kongresu Małych i Średnich Przedsiębiorstw, Katowice 2016, s. 37. Public procurement as a driver of innovation in SMEs and public services, https://publications.europa.eu (18 XII 2015 r.). J. Ząbkowicz: *Problem pozytywnej dyskryminacji unijnego sektora MŚP w sferze zamówień publicznych w świetle prawa wtórnego UE*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu" 2017 nr 493, s. 131–149 (dostęp poprzez http://www.dbc.wroc.pl).

[20] Nowe podejście do zamówień publicznych. Raport z badań 2013, PARP, Warszawa 2013, s. 7.

[21] G. Wicik, F. Łapecki: *Ekspertyza. Wsparcie małych i średnich przedsiębiorstw oraz wykorzystanie negocjacji w celu uzyskania rozwiązań innowacyjnych – propozycje rozwiązań dla polskiego systemu zamówień publicznych*, Warszawa 2017, s. 6.

publicznych małych i średnich firm poprzez zwiększenie ich aktywności w realizacji kontraktów publicznych na rynkach lokalnych i regionalnych. W przestrzeni publicznej często pojawiają się głosy podkreślające tę możliwość lub postulujące taką konieczność[22]. Autorzy Ekspertyzy sporządzonej na zlecenie Centrum Partnerstwa Społecznego „Dialog" im. Andrzeja Bączkowskiego[23] w wyniku badań przeprowadzonych na grupie przedsiębiorców z sektora MŚP, wyodrębnili katalog dziesięciu barier, które utrudniają dostęp do rynku zamówień publicznych sektorowi MŚP, wśród nich należy wymienić:

1. Stosowanie kryterium ceny jako jedynego – decydującego o wyborze najkorzystniejszej oferty (według 86,2% badanych mających doświadczenie w zakresie zamówień publicznych jest to bardzo ważna lub ważna przeszkoda),
2. Stosowanie niekorzystnych postanowień umów (drastyczne kary umowne, warunki realizacji zamówienia jako bardzo ważną lub ważną przeszkodę wskazało 77,9% badanych),
3. Duży stopień skomplikowania procedur przetargowych (jest przeszkodą bardzo ważną lub ważną łącznie według 72,8% przedstawicieli badanej próby),
4. Dokonywanie wyboru w oparciu o niejasne reguły (69% badanych uznało tę przeszkodę za bardzo ważną lub ważną),
5. Duży nakład pracy i kosztów związanych z przygotowywaniem ofert (jest bardzo ważny lub ważny dla 68,8% respondentów),
6. Stawianie warunków w zakresie posiadania doświadczenia (72,7% badanych uznało za bardzo ważną lub ważną przeszkodę),
7. Opis przedmiotu zamówienia wykluczający możliwość złożenia oferty,
8. Utrudniony dostęp do informacji o ogłoszeniach i zamówieniach,
9. Zbyt krótki czas na przygotowanie i doręczenie ofert,
10. Zbyt obszerny zakres zamówień (za duże dla małych wykonawców)[24].

Analizując treść aktualnie obowiązującego Pzp należy stwierdzić dostępność narzędzi, które można wykorzystywać do przełamywania wymienionych barier. Powstaje pytanie, czy są to narzędzia wystarczające? Wśród przykładów norm sprzyjających otwieraniu rynku zamówień publicznych na MŚP można wymienić regulację art. 22c

---

[22] Np. http://serwisy.gazetaprawna.pl/msp/artykuly/1082218,wiecej-zamowien-publicznych-dla-polskich-firm.html (dostęp: 12 III 2018 r.), http://www.een.org.pl/index.php/zamowienia-publiczne---spis/page/3/articles/przedsiebiorcy-na-rynku-zamowien-publicznych-3410.html (dostęp: 12.03.2018), http://www.komunikaty.pl/komunikaty/1,79968,22298274,nowa-ustawa-pzp.html (dostęp: 12.03.2018), http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1064734,nowe-prawo-zamowien-publicznych.html (dostęp: 12.03.2018), http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1058743,zamowienia--publiczne-rynek.html (dostęp: 12.03.2018).

[23] G. Wicik, F. Łapecki: *Ekspertyza. Wsparcie małych i średnich przedsiębiorstw oraz wykorzystanie negocjacji w celu uzyskania rozwiązań innowacyjnych – propozycje rozwiązań dla polskiego systemu zamówień publicznych*, Warszawa 2017 – dalej jako: Ekspertyza.

[24] Cztery ostatnie bariery utrudniające dostęp do zamówień publicznych wykonawcom z sektora MŚP za bardzo ważne lub ważne uznała grupa respondentów mieszcząca się w przedziale 50–60%.

ust. 2 Pzp, która uniemożliwia zamawiającemu żądanie, aby minimalny roczny obrót, wykazywany w celu potwierdzenia przez wykonawcę jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, przekraczał dwukrotność wartości zamówienia (z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji). Przywołany przepis, wprowadzony nowelizacją Pzp[25], która weszła w życie 28 lipca 2016 r., ma zagwarantować stosowanie kryteriów ekonomicznych dostępu do zamówienia adekwatnych do jego wielkości, a tym samym ułatwiać również mniejszym podmiotom gospodarczym uzyskanie zamówienia.

Jako przykład zmniejszenia obciążenia administracyjnego na etapie udzielania zamówienia można podać rozwiązanie przyjęte w ramach regulacji art. 24aa Pzp, polegające na wprowadzeniu tzw. „procedury odwróconej w przetargu nieograniczonym" dopuszczającej, że zamawiający ma możliwość w pierwszej kolejności wytypowania oferty najkorzystniejszej (uwzględniając jedynie oświadczenia wykonawców w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu), a dopiero następnie zbadania okoliczności spełniania kryteriów udziału w postępowaniu i niepodlegania wykluczeniu przez wykonawcę, który ją złożył. Wspomniana instytucja jest przykładem uproszczenia zmierzającego do ograniczenia formalizmu, a przez to ułatwienia wykonawcom dostępu do zamówień[26]. Niewątpliwym atutem wprowadzenia rozwiązania przewidzianego w art. 24aa Pzp jest również maksymalne przyśpieszenie postępowania[27]. Przy wykorzystaniu „procedury odwróconej" zastosowanie mają przepisy art. 25a ust. 1 i 2 Pzp, które pozwalają zamawiającemu na dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i stwierdzenie niepodlegania wykluczeniu na podstawie składanego przez wykonawcę oświadczenia. Przy czym w postępowaniach o wartościach przekraczających tzw. „progi unijne" istnieje obowiązek składania oświadczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ). Po dokonaniu oceny ofert zamawiający wzywa na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności zweryfikowane wcześniej na podstawie oświadczenia. W postępowaniach o wartościach przekraczających „progi unijne" żądanie przedłożenia dokumentów jest obligatoryjne, w pozostałych to kwestia uzależniona od decyzji zamawiającego.

Innym przykładem może być art. 36aa Pzp (również wprowadzony nowelizacją z 22 czerwca 2016 r.), zgodnie z którym: „*Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części*. Podkreślić należy, że przepis ten ma charakter fakultatywny, zatem nie jest podstawą obowiązku zamawiającego. Motywy dyrektywy ogólnej wskazują, że państwa członkowskie UE powinny zachęcać zamawiających do dokonywania podziału zamówienia tak, aby umożliwić dostęp MŚP do przetargów publicznych, co wskazuje na fakt, iż celem przywołanej normy było stworzenie podstawy prawnej dla dopuszczalnego podziału zamówienia na części, a nie

[25] Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) – dalej jako: nowelizacja z 22 czerwca 2016 r.

[26] Por. Wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 marca 2017 r. Sygn. akt VI Ga 60/17.

[27] Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2018 r. Sygn. akt 2647/17.

wprowadzenie obowiązku w tym zakresie[28]. Zamawiający, znając szczegóły dotyczące przedmiotu zamówienia, może podjąć decyzję zarówno, co do dokonania samego podziału, jak i sposobu jego dokonania[29].

Przepisem powiązanym z przytoczoną normą jest art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp nakładający na zamawiającego obowiązek zawarcia w protokole postępowania informacji o niedokonaniu podziału zamówienia na części. Podkreślić należy, że przywołany przepis jest źródłem obowiązku informacyjnego nie zaś normą obligującą do podziału przedmiotu zamówienia[30]. Przykłady orzecznictwa wskazują, że obowiązek informacyjny, wynikający z przywołanego przepisu, odnosząc się do decyzji zamawiającego w zakresie rezygnacji z dokonania podziału zamówienia, powinien uwzględniać jej pełne uzasadnienie. W wyroku z 25 listopada 2016 r. KIO stwierdziła: *Przewidziane prawem uzasadnienie powinno być możliwie najszersze, zawierać dokładną analizę sytuacji rynkowej tego rodzaju zamówień, opisywać relacje cenowe poszczególnych świadczeń. W uzasadnieniu takim nie jest wystarczające jedynie ogólne podanie korzystności samej ceny, lecz konieczne jest odniesienie się do samego przedmiotu zamówienia, warunków rynku i możliwości świadczonych usług na podstawie konkretnych przypadków*[31]. Zdaniem autora, zaprezentowane stanowisko nie uwzględnia normy wynikającej z przepisu art. 36aa ust. 1 Pzp, skoro przepis ten daje zamawiającemu pełną swobodę w zakresie dokonania podziału zamówienia, to rezygnacja z tej możliwości nie powinna wiązać się z wymogiem szczególnego uzasadnienia.

Wskazane powyżej przepisy to jedynie przykłady uproszczeń, jakie do tej pory wprowadził polski ustawodawca, implementując rozwiązania dyrektyw unijnych. Już te zdawkowe przytoczenia pozwalają zauważyć, że obecnie obowiązujące przepisy mogą powodować wątpliwości interpretacyjne. Podstawowy akt prawny regulujący udzielanie zamówień w Polsce podlegał licznym zmianom[32], przez co jego stosowanie jest utrudnione. Zdaniem autora niezbędne jest wprowadzenie zmian w zakresie systemu zamówień publicznych polegających na jego całkowitej przebudowie. Podjęcie tego typu działań może pozytywnie wpłynąć na poprawę dostępności zamówień publicznych dla przedsiębiorców z sektora MŚP.

4. Wnioski i rekomendacje

Autorzy powoływanej wcześniej Ekspertyzy wyrażają pogląd, iż *postulaty zwiększania udziału MŚP w rynku zamówień publicznych powinny być realizowane z rozwagą.*

---

[28] Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2017 r. Sygn. akt KIO 579/17. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 stycznia 2017 r. Sygn. akt KIO 2373/16.

[29] Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2017 r. Sygn. akt KIO 2236/17.

[30] Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2017 r. Sygn. akt KIO 579/17.

[31] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2016 r. Sygn. akt KIO 2124/16.

[32] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. była zmieniana ponad pięćdziesiąt razy, w tym kilkakrotnie nowelizowana w znacznym zakresie.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że wszelkie przejawy interwencjonizmu w tym obszarze wiążą się z poważnym ryzykiem zakłócenia konkurencji i spadku efektywności zamówień publicznych. W szczególności niebezpieczne są wszelkie formy protekcjonizmu krajowego lub regionalnego. Mogą one prowadzić do ograniczenia konkurencji i dyskryminacji niektórych grup podmiotów a w konsekwencji obniżać efektywność zamówień, rozumianych w kategorii value for money. Z tego powodu działania mające na celu zwiększanie dostępności zamówień publicznych dla MŚP powinny być skoncentrowane na stworzeniu systemu zamówień przyjaznych przedsiębiorcom a nie faworyzujących wybrane grupy przedsiębiorców[33]. Z zaprezentowanym poglądem należy się zgodzić. Jednak w opinii autora szansą na zwiększenie udziału w rynku zamówień publicznych MŚP jest właśnie szersze otwarcie dla tego sektora zamówień w obszarze regionalnym. Jak wynika z przeprowadzonej powyżej analizy, sektor MŚP to potencjalny wykonawca zamówień realizowanych przez jednostki samorządu terytorialnego na szczeblu lokalnym i regionalnym w zakresie zadań własnych wykonywanych przez: gminę, powiat i województwo. Dlatego należałoby wprowadzić nowe, prostsze rozwiązania przede wszystkim przy udzielaniu tego typu zamówień.

4.1. Jeden system – dwa schematy

Zauważyć trzeba, że obowiązywanie europejskiego prawa zamówień publicznych sformułowanego przede wszystkim w ramach dyrektywy ogólnej i sektorowej dotyczy zamówień o wartościach określonych w treści tych dyrektyw[34], a zatem należy roz-

---

[33] G. Wicik, F. Łapecki: *Ekspertyza…*, s. 7.

[34] Zgodnie z art. 4 dyrektywa ogólna ma zastosowanie do zamówień, których wartość, bez podatku od wartości dodanej (VAT), oszacowano na poziomie lub powyżej następujących progów:
a) 5 225 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane;
b) 135 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje administracji centralnej i konkursów organizowanych przez te instytucje; w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje zamawiające działające w dziedzinie obronności, próg ten dotyczy wyłącznie zamówień na produkty objęte załącznikiem III;
c) 209 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego i konkursów organizowanych przez te instytucje; próg ten stosuje się także do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje administracji centralnej działające w dziedzinie obronności, gdy zamówienia te dotyczą produktów nieobjętych załącznikiem III;
d) 750 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku XIV.
Dyrektywa sektorowa zawiera adekwatne regulacje w treści art. 15, zgodnie z którym: Z wyjątkiem przypadków wyłączeń na podstawie art. 18–23 lub na mocy art. 34, dotyczących prowadzenia określonego rodzaju działalności, niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, których szacunkowa wartość bez podatku od wartości dodanej (VAT) jest co najmniej równa następującym progom:
a) 418 000 EUR w przypadku zamówień na dostawy i usługi oraz konkursów;
b) 5 225 000 EUR w przypadku zamówień na roboty budowlane;
c) 1 000 000 EUR w przypadku zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione

ważyć wprowadzenie do krajowego obrotu prawnego aktu ustawowego, który będzie uwzględniał dwa schematy udzielania zamówień. Pierwszy – rozbudowany, uwzględniający implementację dyrektyw unijnych dotyczący zamówień o wartościach przekraczających progi wskazane w dyrektywach, stosowany przez wszystkich zamawiających ilekroć będą takich zamówień udzielać. Drugi – uproszczony, uwzględniający tzw. ogólne zasady traktatowe, a przede wszystkim: zasadę uczciwej konkurencji, zasadę swobody przepływu towarów, osób, usług i kapitału[35], stosowany w celu udzielania zamówień o wartościach niższych niż określone w treści dyrektyw unijnych. Normy prawne dotyczące pierwszego schematu, obejmujące zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień oraz organy właściwe w sprawach zamówień publicznych należałoby uregulować bezpośrednio w ustawie. Odnośnie do drugiego schematu – ustawa regulować powinna wszystkie wymienione zakresy poza trybem udzielania zamówień oraz środkami ochrony prawnej, które na podstawie delegacji wynikającej z ustawy należałoby doprecyzować w aktach wykonawczych (rozporządzeniach) wydawanych przez Prezesa Rady Ministrów lub właściwych ministrów.

4.2. Akty branżowe w ramach drugiego schematu

Propozycja oparcia systemu zamówień publicznych na dwóch schematach ma na celu maksymalne uproszczenie sposobu udzielania zamówień publicznych w przypadku kontraktów, których wartość nie przekracza tzw. progów unijnych. Zdaniem autora w ramach stosowanych procedur należałoby uwzględnić specyfikę zamawiających (sektor) oraz rodzaj (czy raczej typ) najczęściej udzielanych zamówień. Wobec powyższego procedury w ramach schematu drugiego powinny być regulowane w ramach aktów branżowych, inna jest bowiem specyfika zamówień udzielanych przez gminę w związku z realizacją zadań własnych, inna – zamówień udzielanych np. przez wyższą uczelnię państwową w związku z realizacją projektu badawczego. Rozwiązanie tego typu nie jest nowe w polskim systemie zamówień. Podobne obowiązywało w myśl przepisów Ustawy z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego[36]. Przywołana ustawa przyznawała Radzie Ministrów legitymację do określania w ramach rozporządzeń m.in. sposobów i warunków udzielania zamówień, ale również przyznawania kompetencji dla poszczególnych ministrów do wydawania szczegółowych przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych w ramach nadzorowanych przez nich działów gospodarki[37]. Obecnie obowiązującym aktem, który może być przykładem rozwiązania zbliżonego do proponowanego, jest rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju

w załączniku XVII.

[35] Por. np. art. 26 ust. 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326/47 z 26.10.2012).

[36] Dz. U. z 1933 r., Nr 19, poz. 127 – dalej jako: Ustawa o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa.

[37] Art. 1 Ustawy o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa.

Wsi z dnia 14 lutego 2018 r. w sprawie wyboru wykonawców zadań ujętych w zestawieniu rzeczowo-finansowym operacji oraz warunków dokonywania zmniejszeń kwot pomocy oraz pomocy technicznej[38], do stosowania którego zobowiązani pozostają beneficjenci niektórych działań Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014–2020 udzielając zamówień, których wartość nie przekracza 30 tys. euro.

4.3. Ograniczenie trybów udzielania zamówień w ramach drugiego schematu

Jak wynika ze Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r. – w ramach „postępowań krajowych": *(…) zastosowanie trybu przetargu nieograniczonego w postępowaniach o wartości poniżej progów unijnych wyniosło 80,72% zamówień – odsetek ten zmalał w porównaniu do roku 2015 (82,45%). W tego rodzaju postępowaniach (…) wzrósł natomiast udział zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki do poziomu 14,27% (w roku 2015 – 12,58%). Zamówienia udzielane w trybie zapytania o cenę utrzymały się na zbliżonym do roku 2015 poziomie – 4,14% (w roku 2015 – 4,17%)*[39]. W ramach proponowanych rozwiązań w zakresie procedur, które obowiązywałyby w schemacie drugim, należałoby zdecydowanie ograniczyć ilość trybów, w jakich można zlecać realizację zamówień. Uzasadnionym postulatem jest możliwość udzielania określonego rodzaju zamówień z zastosowaniem trybu negocjacyjnego tak, aby nie wprowadzając istotnych zmian w opisie przedmiotu zamówienia móc go niejako dostosować do możliwości wykonawcy, jeżeli proponuje korzystne warunki realizacji zamówienia. Całość drobnych zamówień z zasady powinna być zlecana bezpośrednio (bez stosowania procedury przetargowej), jedynie z obowiązkiem publikacji informacji o udzieleniu zamówienia. Procedura przetargowa powinna obejmować jedynie te zamówienia, które nie mogą być zlecone do realizacji w innym trybie. W schemacie drugim powinny obowiązywać maksymalnie trzy procedury udzielania zamówień, których stosowanie warunkowane powinno być przede wszystkim rodzajem danego zamówienia.

4.4. Jednoznacznie sprecyzowane zasady łączenia i dzielenia zamówień

Na poziomie ustawy powinny zostać jednoznacznie sprecyzowane zasady łączenia i dzielenia zamówień. W ramach schematu drugiego winna zostać wprowadzona obowiązkowa instytucja podziału przedmiotu zamówienia obejmującego roboty budowlane, np. w oparciu o poszczególne branże. Należy mieć na uwadze, aby podział zamówień odbywał się zgodnie z zasadami sumowania (łączenia) zamówień, które powinny zostać uregulowane w treści przepisów ustawy. Zamawiający, dokonując sumowania wartości zamówień, których zamierza udzielić w danym roku, kwalifikowałby dane zamówienie do pierwszego lub drugiego schematu, a następnie – na etapie postępowania prowadzonego w określonej procedurze – stosował podział przedmiotu zamówienia tak, aby umożliwić szeroki dostęp do zamówienia podmiotom gospodarczym o mniej-

[38] Dz. U. z 2018 r., poz. 396.

[39] Ibidem, s. 41.

szym potencjale. Doprecyzowanie omówionych zasad w treści ustawy wyeliminuje liczne wątpliwości zamawiających w tym zakresie, a obligatoryjny podział zamówienia zapewni jednolite podejście zamawiających.

Przedstawione propozycje to jedynie powierzchowny zarys rozwiązania, które mogłoby przyczynić się do uproszczenia polskiego systemu zamówień publicznych oraz jego otwarcia na duży sektor MŚP, a przez to spowodować zwiększenie udziału tego sektora w PKB. Skuteczność proponowanego rozwiązania zależy przede wszystkim od klarowności sformułowanych norm regulujących proces udzielania zamówień i precyzyjnego skonstruowania przepisów przenoszących te normy.

Bibliografia

Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326/47 z 26.10.2012).

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 (Dz. Urz. UE L 134 z dn. 30 kwietnia 2004 r.).

Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z dn. 30 kwietnia 2004 r.).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L94 z 28.03.2014, s. 1–64).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L94 z 28.03.2014, s. 65 ze zm.).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L94 z 28.03.2014, s. 243 ze zm.).

Ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego (Dz. U. z 1933 r., Nr 19, poz. 127).

Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2168 ze zm.).

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.).

Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 14 lutego 2018 r. w sprawie wyboru wykonawców zadań ujętych w zestawieniu rzeczowo-finansowym operacji oraz warunków dokonywania zmniejszeń kwot pomocy oraz pomocy technicznej (Dz. U. z 2018 r., poz. 396).

Wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 marca 2017 r. Sygn. akt VI Ga 60/17.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2016 r. Sygn. akt KIO 2124/16.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 stycznia 2017 r. Sygn. akt KIO 2373/16.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2017 r. Sygn. akt KIO 579/17.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2017 r. Sygn. akt KIO 579/17.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2017 r. Sygn. akt KIO 2236/17.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2018 r. Sygn. akt 2647/17.
Łazowski A. (red), D. Piasta: *Unia Europejska. Prawo instytucjonalne i gospodarcze*, Warszawa 2005.
Nowe podejście do zamówień publicznych. Raport z badań 2013, PARP, Warszawa 2013.
Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce, 2017.
Rekomendacje VI Międzynarodowego Kongresu Małych i Średnich Przedsiębiorstw, Katowice 2016.
Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r., Warszawa 2017.
Wicik G., Łapecki F.: *Ekspertyza. Wsparcie małych i średnich przedsiębiorstw oraz wykorzystanie negocjacji w celu uzyskania rozwiązań innowacyjnych – propozycje rozwiązań dla polskiego systemu zamówień publicznych*, Warszawa 2017.
Ząbkowicz J.: *Problem pozytywnej dyskryminacji unijnego sektora MŚP w sferze zamówień publicznych w świetle prawa wtórnego UE*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu" 2017 nr 493.
Public procurement as a driver of innovation in SMEs and public services (https://publications.europa.eu).
Ułatwianie dostępu do zamówień publicznych kluczowe dla małych i średnich przedsiębiorców (www.lex.pl).
Większe szanse dla małych i średnich przedsiębiorców na zdobycie zamówienia (www.lex.pl).
Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych, red. M. Olejarz, Warszawa 2014.
http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1058743,zamowienia-publiczne-rynek.html
http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1064734,nowe-prawo-zamowien-publicznych.html
http://serwisy.gazetaprawna.pl/msp/artykuly/1082218,wiecej-zamowien-publicznych-dla-polskich-firm.html
http://www.dbc.wroc.pl
http://www.een.org.pl/index.php/zamowienia-publiczne---spis/page/3/articles/przedsiebiorcy-na-rynku-zamowien-publicznych-3410.html
http://www.komunikaty.pl/komunikaty/1,79968,22298274,nowa-ustawa-pzp.html
https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_pl
https://publications.europa.eu
www.lex.pl
www.parp.gov.pl
www.uzp.gov.pl

Dr Marcin Jędrasik
Naczelnik wydziału w Departamencie Partnerstwa Publiczno-Prywatnego,
Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju

Partnerstwo publiczno-prywatne jako narzędzie rozwoju regionalnego

Abstrakt

Istotny okres dla realizacji szeroko rozumianych zamówień publicznych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego rozpoczął się wraz z przyjęciem przez Radę Ministrów w lipcu 2017 r. Polityki Rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego. Polityka PPP to pierwszy rządowy dokument dotyczący kierunków rozwoju PPP w Polsce, który wskazuje konkretne działania dla rozwoju tej formuły. Jednym z kluczowych działań przewidzianych w Polityce PPP jest zaproponowanie niezbędnych zmian prawnych w wyniku kompleksowego przeglądu otoczenia prawnego PPP, przygotowanie i przeprowadzenie procesu legislacyjnego w zakresie niezbędnych zmian w celu wyeliminowania niespójności i wdrożenia usprawnień dla rozwoju PPP w Polsce. Artykuł omawia wybrane zmiany prawne, tj. (i) obowiązkową ocenę efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego w porównaniu do efektywności jego realizacji w inny sposób, w szczególności przy wykorzystaniu wyłącznie środków publicznych; (ii) tzw. certyfikację, czyli ocenę projektu, wyłącznie na wniosek „zamawiającego" przez ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego; (iii) możliwość powołania spółki celowej partnera prywatnego po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej; (iv) możliwość występowania o indywidualne interpretacje podatkowe przez „zamawiających" w projektach realizowanych także na podstawie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz ustawy o PPP.

Abstract

An important period for implementation of the public - private partnership formula, started with the adoption by the Polish Council of Ministers on July, 2017, the „The Government Policy for the Development of Public-Private Partnerships". „PPP Policy", the first governmental document on the development of PPP in Poland, identifies a series of activities of the Polish Government for PPP development. One of the key actions foreseen in the „PPP Policy" is to propose the necessary legal amendments (arising from a comprehensive review of the PPP legal environment) that are needed to eliminate inconsistencies and improve the development of PPP in Poland, and prepare and carry out the legislative processes required to implement those amendments. The article addresses selected legal changes, e.g.: (i) introduction of the obligation to carry out the analysis of the project implementation effectiveness in the PPP formula; (ii) certification, i.e. evaluation of the project by the minister in charge of regional development (only on the request public entity); (iii) the possibility of establishing a special-purpose vehicle after choosing private partners offer as the most advanta-

geous one; (iv) the possibility of requesting an individual interpretations by procuring authorities in projects carried out under the Act on concession for construction or services and the Act on PPP.

Rys historyczny uwarunkowań prawnych związanych z PPP

Dotychczasową historię partnerstwa publiczno-prywatnego, w tym projektów koncesyjnych (które stanowią 66% ilości wszystkich zawartych umów[1]), można podzielić na kilka okresów. Pierwszy z nich obejmuje lata do uchwalenia tzw. pierwszej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, tj. do dnia 28 lipca 2005 r. W okresie poprzedzającym przyjęcie ww. ustawy, projekty posiadające cechy PPP były zawierane na podstawie innych aktów prawnych. Najbardziej istotnym jest ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych[2], gdyż na jej podstawie zawarto umowy (traktowane jako PPP – np. przez GUS) o wartości kilku miliardów złotych nakładów inwestycyjnych. Uchwalenie pierwszej ustawy o PPP nastąpiło półtora roku po uchwaleniu ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[3], w której były regulowane zagadnienia dotyczące udzielania koncesji na roboty budowlane (ale nie koncesji na usługi). Na podstawie pierwszej ustawy o PPP nie zrealizowano żadnego projektu PPP. Kolejnym istotnym kamieniem milowym było uchwalenie tzw. drugiej (aktualnie obowiązującej) ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym w grudniu 2008 r.[4] oraz ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi[5]. Wyżej wymieniona ustawa o koncesjach z 2009 r. została uchylona wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi[6], która implementuje do polskiego porządku prawnego dyrektywę w sprawie udzielania koncesji (2014/23/UE)[7]. Na podstawie ustawy o PPP z 2008 r. oraz dwóch ww. ustaw koncesyjnych zawarto do tej pory 117 umów[8] o łącznej wartości 5,6 mld PLN.

Kolejny istotny okres dla realizacji szeroko rozumianych zamówień publicznych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego[9] rozpoczął się wraz z przyjęciem przez

---

[1] Źródło: Analiza rynku PPP za okres od 2009 r. do 31 grudnia 2017 r. dostępna na stronie – https://www.ppp.gov.pl/baza/Strony/baza_projektow_ppp.aspx (dostęp: 29.03.2018).

[2] Dz. U. Nr 127, poz. 627.

[3] Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177.

[4] Dz. U. z 2017 r., poz. 1834.

[5] Dz. U. z 2015 r., poz. 113.

[6] Dz. U. z 2016 r., poz. 1920

[7] Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi z 2016 r. wprowadza istotne zmiany względem ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi z 2009 r. Zagadnienie to zostało szczegółowo omówione w *Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz*, red. R. Cieślak, Warszawa 2018.

[8] Rzeczywista liczba zawartych umów to 129, ale ponieważ 12 umów zostało unieważnionych lub rozwiązanych, czyli nie doszło do ich realizacji, zdaniem autora nie należy ich uwzględniać w przedmiotowych rozważaniach.

[9] Niektóry autorzy PPP postrzegają, nie jako formę zamówienia publicznego, ale jako sposób finan-

Radę Ministrów w lipcu 2017 r. Polityki Rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego[10] (dalej: Polityka PPP) i trwa do dzisiaj. Polityka PPP nie jest samodzielnym bytem, ale wpisuje się w szersze działania Rządu. Przyjęcie Polityki PPP wynika z realizacji długookresowej strategii rozwoju kraju tj. Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju – przyjętej przez Radę Ministrów w lutym 2017[11]. Strategia składa się z ponad 180 różnych projektów, tzw. projektów strategicznych. Do każdego z tych projektów wskazano podmiot odpowiedzialny za jego realizację. W przypadku Polityki PPP podmiotem odpowiedzialnym jest minister właściwy ds. rozwoju regionalnego[12] (tj. obecnie Minister Inwestycji i Rozwoju). Przyjęcie Polityki PPP zostało poprzedzone bardzo szerokimi konsultacjami, została ona opracowana we współpracy z sektorem publicznym, pozarządowym i ekspertami zewnętrznymi. Polityka wdraża w praktyce działania przewidziane m.in. w *Raporcie z badania rynku ppp wśród przedsiębiorców (firm doradczych i instytucji finansowych), który został sporządzony na potrzeby analizy potencjału podmiotów publicznych i przedsiębiorstw do realizacji projektów partnerstwa publiczno-prywatnego* w 2013 r.[13] Celem Polityki PPP jest zwiększenie skali i efektywności inwestycji PPP w Polsce.

Polityka rządu w zakresie PPP

Polityka PPP to pierwszy rządowy dokument dotyczący kierunków rozwoju PPP w Polsce[14]. Polityka PPP to także wyraźny sygnał, że Rząd akceptuje PPP i co najważniejsze Polityka PPP wskazuje konkretne działania dla rozwoju rynku PPP (m.in. nowelizacja ustawy o PPP i 19 innych powiązanych tematycznie ustaw, prowadzenie baz projektów PPP, opracowanie wytycznych i wzorów umów, wsparcie projektów PPP, działania informacyjno-promocyjne i wiele innych) oraz podmioty odpowiedzialne za ich realizację w perspektywie do 2020 r. Minister ds. rozwoju regionalnego pełni rolę centralnej jednostki koordynująco-zarządzającej w obszarze PPP, tzw. jednostka PPP, i odpowiada za wdrażanie tych działań, ale współpracuje przy tym z Ministerstwem

sowania zadań publicznych np. M. Jastrzębska: *Alternatywne sposoby finansowania jednostek samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne" 2017, nr 12.

[10] Pełna wersja Polityki PPP dostępna jest na stronie http://www.ppp.gov.pl/Aktualnosci/Strony/POLITYKAPPP_przyjeta.aspx (dostęp: 29.03.2018).

[11] Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju dostępna jest na stronie http://www.miir.gov.pl/strony/strategia-na-rzecz-odpowiedzialnego-rozwoju/informacje-o-strategii/ (dostęp 29.03.2018).

[12] Art. 3 ust. 1 ustawy o PPP z 2008 r.

[13] Publikacja dostępna na stronie: http://www.parp.gov.pl/publikacje/ebook/140 (dostęp: 29.03.2018).

[14] Dotychczasowe działania ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego, a nie całego rządu, zostały omówione m.in. w: M. Jędrasik, R. Kałuża: *Prorozwojowe działania Ministerstwa Rozwoju Regionalnego w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego*, [w:] *Państwo a gospodarka. Partnerstwo publiczno-prywatne prawną formą realizacji zadań publicznych*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Toruń 2014.

Finansów[15], Urzędem Zamówień Publicznych[16], Polską Agencją Rozwoju Przedsiębiorczości[17], Bankiem Gospodarstwa Krajowego oraz Polskim Funduszem Rozwoju. Dodatkowo niektóre ww. działania są konsultowane z Centrum PPP, Związkiem Miast Polskich, Związkiem Powiatów Polskich czy Konfederacją Lewiatan.

Działania realizowane przez Rząd nie mają na celu jedynie wsparcia samorządów, choć to jest najważniejsza grupa podmiotów, które obecnie realizują projekty PPP w Polsce. Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju, także przy wsparciu innych podmiotów, prowadzi działania wspierające prowadzenie działalności gospodarczej przez przedsiębiorców[18].

Zmiana ustawy PPP

Jednym z kluczowych działań przewidzianych w Polityce PPP jest zaproponowanie niezbędnych zmian prawnych w wyniku kompleksowego przeglądu otoczenia prawnego PPP, przygotowanie i przeprowadzenie procesu legislacyjnego w zakresie niezbędnych zmian w celu wyeliminowania niespójności i wdrożenia usprawnień dla rozwoju PPP w Polsce. Nowe regulacje powinny być stabilne (bez narażania ich adresatów na ryzyko niepewności prawnej tj. częstych zmian). Powinny też uwzględniać zarówno stronę publiczną, jak i prywatną i stanowić zabezpieczenie dla każdej z nich. Po bardzo szerokich konsultacjach społecznych i międzyresortowych projekt ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw został skierowany do prac w Parlamencie[19]. W projekcie przewidziano kilkadziesiąt zmian w 19 ustawach, a ich celem jest usprawnienie realizacji inwestycji PPP. Zaproponowano wprowadzenie rozwiązań stosowanych z powodzeniem w innych krajach,

---

[15] Działanie nr 9 dotyczące stanowienia systemu gwarancji i poręczeń dla sektora publicznego dla prywatnego oraz działanie nr 10 dotyczące możliwości wdrożenia instrumentów wsparcia współfinansujących koszty przygotowania oraz realizacji inwestycji dla podmiotów publicznych (np. kredyty preferencyjne dla podmiotów publicznych). W realizację ww. działań zaangażowany jest również BGK i PFR.

[16] Działanie nr 12 mające na celu uwzględnienie charakterystyki projektów PPP oraz ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi w ramach realizowanych programów szkoleniowych z zakresu zamówień publicznych.

[17] Działanie nr 11 dotyczące wsparcia mikro, małych i średnich przedsiębiorstw poprzez szkolenia w zakresie przygotowania do udziału w postępowaniach na wybór partnera prywatnego oraz w zakresie doradztwa na etapie planowania, negocjacji i realizacji przedsięwzięć PPP.

[18] Zagadnienie zostało szczegółowo omówione przez B. Korbus: *Budowanie konkurencyjności przedsiębiorców zainteresowanych uczestnictwem w przedsięwzięciach PPP*, „Biuletyn Partnerstwa Publiczno-Prywatnego" nr 3, s. 42–46, Wydawca Związek Powiatów Polskich. Publikacja jest dostępna na stronie http://www.ppp.gov.pl/projekt-rozwoju-PPP/Strony/Publikacje.aspx (dostęp: 29.03.2018).

[19] Druk sejmowy nr 2333 dostępny na stronie: http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=A696289E6AD05E60C1258250004FD91C (dostęp: 29.03.2018).

w tym m.in. ułatwień w procedurze wyboru partnera prywatnego oraz w zakresie finansowania przedsięwzięć PPP.

Istotnych z punktu widzenia przedsiębiorców jest wiele wprowadzanych zmian. Projektowana regulacja dotyczy przede wszystkim tych przedsiębiorców, którzy prowadzą działalność w większym rozmiarze. Takie podmioty mają bowiem potencjał do nawiązania wieloletniej współpracy w ramach PPP i mają odpowiednie możliwości finansowe. Należy przyjąć, że średnie, małe i mikroprzedsiębiorstwa będą mogły uczestniczyć w realizacji inwestycji PPP w charakterze podwykonawców partnerów prywatnych i spółek projektowych. Na etapie przedrealizacyjnym mali i mikroprzedsiębiorcy będą mogli ubiegać się o zamówienia w zakresie opracowania oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia PPP oraz analiz wymaganych w procedurze tzw. testu PPP (zagadnienia te zostały omówione poniżej). Rozwój rynku PPP otworzy przed przedsiębiorcami, zwłaszcza średnimi i dużymi, nowe możliwości rozwoju. Dotyczy to w szczególności przedsiębiorstw z branży budowlanej i sektora usług (zwłaszcza usług dotyczących zarządzania nieruchomościami, medycznych, opiekuńczych, a także handlu i rekreacji itp.). W związku ze zwiększeniem kompetencji i zadań ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego mali i mikroprzedsiębiorcy będą mogli ubiegać się o zlecenia obejmujące przygotowanie ekspertyz i analiz przydatnych w realizacji nowo nałożonych zadań.

Zmiany prawne, które warto przytoczyć w kontekście przedsiębiorców, to przykładowo (i) obowiązkowa ocena efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego w porównaniu do efektywności jego realizacji w inny sposób, w szczególności przy wykorzystaniu wyłącznie środków publicznych; (ii) tzw. certyfikacja, czyli ocena projektu, wyłącznie na wniosek „zamawiającego" przez MIiR; (iii) możliwość powołania spółki celowej partnera prywatnego po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej; (iv) możliwość występowania o indywidualne interpretacje podatkowe przez „zamawiających" w projektach realizowanych także na podstawie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz ustawy o PPP (v) i wiele innych zmian.

Zgodnie z projektowaną zmianą ustawy o PPP, podmiot publiczny będzie zobowiązany do sporządzenia oceny efektywności realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego w porównaniu do efektywności jego realizacji w inny sposób. Taka ocena będzie przeprowadzana przed wszczęciem postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego. Proponowany przepis służy podniesieniu jakości przygotowywanych projektów, tak aby budziły większe zainteresowanie sektora prywatnego. Dotąd zdarzało się, że aż 3/4 postępowań w sprawie wyboru partnera prywatnego nie było wieńczone zawarciem umowy[20]. Przyczyną takiego stanu rzeczy często jest niewystarczające przygotowanie projektu. Nie przewiduje się uszczegółowienia zakresu i przedmiotu oceny, który samodzielnie będzie każdorazowo określał podmiot publiczny, tj. zamawiający. To oznacza, że proponowany przepis nie wprowa-

[20] Źródło: https://www.ppp.gov.pl/baza/Strony/baza_projektow_ppp.aspx (dostęp: 29.03.2018).

dzi nadmiernego obowiązku administracyjnego, ale zmobilizuje podmioty publiczne do gruntownego przygotowania projektu do PPP.

W celu zwiększenia pewności, co do wybranego modelu, korzyści realizacji projektu w formule PPP i jakości przygotowanych analiz poprzedzających realizację projektu zapewniona zostanie możliwość potwierdzenia zasadności realizacji inwestycji w formule PPP i odpowiedniego jej przygotowania przez centralną jednostkę koordynująco-zarządzającą w zakresie PPP, czyli ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego. Certyfikacja, bo o niej mowa w poprzednim zdaniu, będzie w pełni dobrowolna, uzależniona od decyzji podmiotu publicznego realizującego projekt i dedykowana projektom odpowiednio zaawansowanym. Zakres certyfikacji będzie dotyczył głównie oceny poprawności i kompletności przeprowadzonych analiz poprzedzających realizację danego projektu, przyjętego w ich wyniku modelu prawno-organizacyjnego oraz mechanizmu wynagradzania podmiotu prywatnego, jak również proponowanego podziału ryzyk w projekcie[21].

Jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy o zmianie ustawy o PPP oraz niektórych innych ustaw[22], projekty PPP najczęściej są realizowane w odpowiednio zbudowanych strukturach korporacyjnych. Niekiedy powoływane są odrębne podmioty do realizacji jednego projektu. Owe tzw. spółki specjalnego przeznaczenia (ang. *special purpose vehicles* – SPV) w międzynarodowej praktyce stosowane są także w partnerstwach publiczno-prywatnych. Tymczasem ani obowiązujące przepisy ustawy PPP, ani przepisy PZP oraz ustawy o umowie koncesji nie przewidują wprost możliwości powierzenia wykonywania umowy PPP spółce specjalnie powołanej do tego celu przez partnera prywatnego, po wyborze jego oferty. Jest to odczuwalny brak uregulowań, ponieważ na rynku partnerstwa publiczno-prywatnego umowy zwykle zawierane są na wiele lat, co oznacza, że realizacja przedsięwzięcia jest często oddzielona od pozostałych obszarów bieżącej działalności partnera prywatnego. Wobec braku odpowiednich przepisów w ustawie PPP obecnie kwestionuje się możliwość podpisania umowy przez spółkę celową utworzoną przez przedsiębiorcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu w sprawie wyboru partnera prywatnego. W praktyce przedsiębiorcy powołują do życia takie spółki przed przystąpieniem do postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego, ponosząc dodatkowe koszty takiej operacji. Wyższe koszty uczestnictwa w postępowaniu są zniechęcające dla potencjalnych partnerów prywatnych, co oznacza, że postępowania nie są tak konkurencyjne jak mogłyby być, gdyby koszty uczestnictwa były niższe.

Rozliczenia podatkowe w zakresie transakcji PPP

Projektowane przepisy ustawy – Ordynacja podatkowa mają na celu rozszerzenie katalogu podmiotów uprawnionych o występowanie z wnioskiem o interpretację podat-

[21] Źródło: http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2333 (dostęp: 29.03.2018).

[22] http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2333 (dostęp: 29.03.2018).

kową. Obecnie obowiązujący art. 14s Ordynacji podatkowej wskazuje, że z wnioskiem o interpretację podatkową może wystąpić zamawiający realizujący projekt w oparciu o ustawę – Prawo zamówień publicznych w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia ceny w związku z udzielanym zamówieniem publicznym. Obecnie obowiązujące regulacje prawne dyskryminują „zamawiających" realizujących projekty w oparciu o ustawę o PPP lub ustawę o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Literalna wykładnia tego przepisu uniemożliwia wystąpienie z takim wnioskiem zamawiającemu w rozumieniu ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz podmiotowi publicznemu planującemu realizację inwestycji na podstawie ustawy o PPP. Obecnie występujące zawężenie nie znajduje uzasadnienia, biorąc pod uwagę w szczególności fakt, że to właśnie projekty koncesyjne i PPP realizowane są w oparciu o skomplikowane struktury finansowe i instytucjonalne. Uzyskanie interpretacji podatkowej dla podmiotów zaangażowanych w realizację projektów koncesji/PPP zwiększy pewność prawną tego typu transakcji.

Jednak, aby poprawić otoczenie regulacyjne w zakresie PPP, nie zawsze potrzebne jest dokonanie zmian prawa. Istotna jest też klarowna jego interpretacja. Dlatego też w grudniu 2017 r. ówczesny Minister Rozwoju i Finansów, z inicjatywy Ministerstwa Rozwoju, opracował objaśnienia dotyczące rozliczeń podatkowych w zakresie transakcji PPP. Przedsiębiorcy i podmioty publiczne, zainteresowane realizacją zadań w tej formule, od dawna oczekiwały na opracowanie przejrzystych i zrozumiałych wytycznych odnoszących się do kwestii podatkowych. Objaśnienia Ministra Rozwoju i Finansów dotyczą problematyki rozliczania przez partnera prywatnego na gruncie podatku od towarów i usług, podatku dochodowego od osób prawnych oraz podatku dochodowego od osób fizycznych, transakcji realizowanych w ramach umów o PPP w rozumieniu ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym. Celem objaśnień jest: (i) prawidłowa identyfikacja dla celów VAT usług świadczonych przez partnera prywatnego w przyjętym wariancie partnerstwa publiczno-prywatnego; (ii) właściwe określenie momentu powstania obowiązku podatkowego z tytułu świadczonych usług, (iii) ustalenie podstawy opodatkowania dla realizowanych usług; (iv) wskazanie prawidłowego dokumentowania dla celów VAT usług świadczonych przez partnera prywatnego; (v) określenie na gruncie ustawy CIT i ustawy PIT zasad ustalania przychodów i kosztów z tytułu świadczonych usług przez partnera prywatnego, w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Należy jednak podkreślić, że realizacja projektu w formule PPP może odbywać się w ramach bardzo różnych struktur organizacyjnych, obejmować różne modele wynagradzania i różnić się zakresem usług świadczonych przez partnera prywatnego. Wydane objaśnienia dotyczą konkretnego wariantu PPP i odpowiednie ich stosowanie do innych wariantów powinno być poprzedzone dogłębną analizą stanu faktycznego. Dokument obejmuje wyjaśnieniami wariant partnerstwa publiczno-prywatnego, w którym strona publiczna zleca partnerowi prywatnemu na podstawie umowy PPP: (i) usługę projektową obejmującą zaprojektowanie obiektu oraz usługę budowlaną (budowlano-montażową), obejmującą wybudowanie obiektu – (Etap Robót); (ii) usługę utrzymania (eksploatacji) i zarządzania obiektem wybudowanym na nieruchomości będącej przez cały okres obowiązywania umowy

własnością podmiotu publicznego (Etap Utrzymania i Zarządzania Obiektem); (iii) usługę finansową polegającą na rozłożeniu w czasie płatności wynagrodzenia za Etap Robót, ze spłatą odroczoną na etap utrzymania i zarządzania obiektem, jeżeli strony wyodrębnią taką usługę za wynagrodzeniem. Dodatkowo, po zakończeniu okresu trwania umowy, obiekt zostanie przekazany stronie publicznej.

Wsparcie dla zamawiających

Poza ww. działaniami legislacyjnymi, warto zwrócić uwagę na działania faktyczne realizowane przez MIiR. Od marca 2017 r. prowadzona jest kompleksowa baza planowanych inwestycji PPP dedykowana wszystkim interesariuszom rynku PPP: partnerom prywatnym, podmiotom publicznym, instytucjom finansującym, doradcom. Obecnie dostępna baza zawiera zweryfikowaną i aktualną na dzień 31 grudnia 2017 r. listę zamierzeń inwestycyjnych PPP, zarówno już tych oficjalnie ogłoszonych, jak i planowanych do uruchomienia w najbliższym czasie. W bazie znajduje się obecnie 157 projektów o łącznej wartości ok. 56 mld zł. Wśród projektów planowanych dominują sektory: efektywność energetyczna, sport i turystyka, usługi i infrastruktura transportowa, budynki publiczne i ochrona zdrowia. Zdecydowaną większość projektów w tej grupie stanowią inwestycje i usługi o małej wartości (do 50 mln zł), jednak 12 projektów to projekty powyżej miliarda każdy. Baza zamierzeń inwestycyjnych stanowi cenne źródło informacji dla potencjalnych partnerów prywatnych i inwestorów oraz instytucji finansujących i banków na temat ilości, rodzaju, zakresu i skali oraz lokalizacji istniejących i planowanych inwestycji PPP w Polsce. Baza umożliwia filtrowanie i generowanie odpowiednich raportów. Może ona zostać wykorzystana do dalszego określania kierunków koniecznych działań na rzecz rozwoju PPP w Polsce. Dane zawarte w bazie mogą być też przydatne dla podmiotów prywatnych, inwestorów i banków w ocenie potencjału polskiego rynku PPP i tym samym mogą wpłynąć na zwiększenie zainteresowania oraz wzrost konkurencyjności w transakcjach PPP na rynku polskim.

W ramach wsparcia konkretnych „zamawiających" Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju oferuje zapewnienie kompleksowego doradztwa dla podmiotów publicznych (samorządowych i rządowych) na etapie przygotowania i przeprowadzenia postępowania PPP, uzyskania finansowania oraz realizacji umowy. Przykładem sukcesu prowadzonych działań jest oddanie do użytkowania w 2018 r. budynku Sądu Rejonowego w Nowym Sączu, który został zrealizowany w formule PPP. Jest to pierwszy rządowy projekt PPP realizowany dotychczas z sukcesem. Obiekt został oddany do użytkowania 5 miesięcy przed terminem wynikającym z umowy PPP. Ponieważ jednym z czterech głównych wskaźników w Polityce PPP jest wzrost liczby postępowań wszczętych przez sektor rządowy celem wyboru partnera prywatnego[23] w wyniku realizacji przewidzia-

[23] Celem Rządu, wyraźnie wskazanym w Polityce PPP, jest m.in. wszczęcie do 2020 roku przez administrację rządową co najmniej 10 postępowań o zawarcie umów partnerstwa publiczno-prywatnego.

nych w Polityce PPP działań, MIiR pracuje nad identyfikacją potencjalnych rządowych projektów PPP. W wyniku współpracy z innymi resortami zidentyfikowaliśmy grupę kilkunastu zamierzeń inwestycyjnych, których część po weryfikacji stanowić będą potencjalne rządowe projekty PPP. Zgłoszone zamierzenia pochodzą przede wszystkim z sektora zdrowia, budynków użyteczności publicznej, infrastruktury drogowej oraz transportu morskiego i śródlądowego. Przykłady projektów rządowych uważamy za niezbędne do wzbudzenia zainteresowania formułą PPP wśród innych podmiotów publicznych. W chwili obecnej w prowadzonej przez MIiR bazie zamierzeń inwestycyjnych mamy zidentyfikowanych 12 projektów o wartości ok. 50 mld PLN (stanowi to ok. 90% wartości projektów), co do których rozważa się ich wdrożenie w formule PPP. 6 z tych projektów do autostrady i drogi ekspresowe o łącznej szacowanej wartości ok. 18 mld PLN, dwa projekty z sektora żeglugi śródlądowej szacowane na 22 mld PLN oraz projekt z sektora transportu morskiego, którego wartość zakłada się na ok. 5 mld PLN.

Działania informacyjno-promocyjne

Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju prowadzi także działania edukacyjno-informacyjne w zakresie poszerzenia wiedzy na temat korzyści ze stosowania PPP, akceptacji i poparcia przez różne grupy społeczne realizacji inwestycji w tej formule. Rząd prowadzi szeroką gamę działań szkoleniowych obejmujących zarówno stronę prywatną, jak i publiczną tak na poziomie podstawowym, jak i zaawansowanym, tak by kadry podmiotów publicznych były przygotowane do realizacji projektów PPP. Wśród tych działań znajdują się szkolenia regionalne i szkolenia profilowane oraz warsztaty specjalistyczne. Odbiorcami szkoleń są pracownicy instytucji publicznych szczebla lokalnego, regionalnego, centralnego, a także organów kontrolnych (Centralne Biuro Antykorupcyjne, regionalne izby obrachunkowe, urzędy skarbowe, urzędy kontroli skarbowej, prokuratury, Najwyższa Izba Kontroli). W roku 2017 przeszkolono w zakresie PPP – 850 pracowników administracji rządowej i samorządowej z około 360 instytucji.

Przeprowadzane są również wizyty studyjne, których celem jest upowszechnienie dobrych praktyk w zakresie realizacji przedsięwzięć PPP w Polsce[24]. Istotne jest wzmocnienie potencjału podmiotów publicznych poprzez podniesienie kompetencji zarządczych i uzupełnienie wiedzy na temat PPP, jako narzędzia realizacji inwestycji publicznych. Równolegle prowadzone są działania informacyjne w celu zbudowania pozytywnego nastawienia do partnerstwa publiczno-prywatnego przede wszystkim poprzez propagowanie wiedzy nt. korzyści, jakie mogą wynikać z wykorzystania formuły PPP – opracowano i wydano dobre praktyki dla sektora budynków użyteczności publicznej, wydawany jest kwartalnik będący kompendium wiedzy na temat PPP. Celem działań w tym obszarze jest również postrzeganie PPP, jako równoważnej, trans-

[24] Na stronie internetowej www.ppp.gov.pl znajdują się bieżące informacje m.in. o wizytach studyjnych, dzięki którym zamawiający mogą uzyskać doświadczenia z projektów PPP.

parentnej i nieprowadzącej do prywatyzacji bezpiecznej metody dostarczenia koniecznej infrastruktury oraz świadczeń niezbędnych usług publicznych.

Test PPP – narzędzia do zwiększenia wykorzystywania PPP

Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju w ramach procedowanych zmian prawnych planuje wprowadzić narzędzia, które zwiększą wykorzystanie PPP w administracji rządowej. Jedno z nich to tzw. test PPP, czyli obligatoryjna opinia nt. formuły realizacji dużych projektów planowanych do finansowania ze środków budżetu państwa (planowana zmiana ustawy o finansach publicznych). W przypadku dużych projektów (powyżej 300 mln PLN nakładów inwestycyjnych z budżetu państwa) planowanych do realizacji w formule tradycyjnej obowiązkiem zamawiającego będzie przeanalizowanie także wykorzystania formuły PPP do realizacji danej inwestycji. Zgodnie z uzasadnieniem do zmiany ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw[25] tzw. test PPP nie będzie obowiązkowy dla inwestycji realizowanych na podstawie ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym[26], a także inwestycji realizowanych na podstawie ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi[27]. Obowiązek uzyskiwania opinii nie będzie dotyczył przedsięwzięć planowanych do realizacji w formule PPP, gdyż inwestycje te będą podlegały obowiązkowej ocenie efektywności, o której mowa w projektowanym art. 2a ust. 1 ustawy PPP. Obowiązek uzyskania opinii nie będzie dotyczył także inwestycji realizowanych w formule koncesji, gdyż zgodnie z art. 45 ust. 2 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi niezbędne jest przeprowadzenie analizy efektowności planowanej inwestycji, tj. w przypadku umowy koncesji zawartej na czas dłuższy niż 5 lat, czas trwania umowy koncesji nie może przekraczać okresu, w którym koncesjonariusz może zasadnie oczekiwać odzyskania nakładów inwestycyjnych za wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług wraz ze zwrotem zainwestowanego kapitału, z uwzględnieniem inwestycji początkowych i inwestycji dokonanych w czasie trwania koncesji. Odpowiedzialna za projekt instytucja po przeprowadzeniu stosownej analizy zobowiązana będzie zasięgnąć niewiążącej opinii ministra właściwego ds. rozwoju regionalnego przed podjęciem decyzji o sposobie realizacji.

Warto podkreślić, że wprowadzenie obligatoryjnej opinii w zakresie tzw. testu PPP nie powinno powodować opóźnienia przygotowania dużych projektów inwestycyjnych. Podmiot publiczny w ramach wstępnych analiz, które niezależnie od formuły i źródła finansowania są obecnie wykonywane dla poszczególnych inwestycji, będzie musiał uwzględnić także analizę możliwości realizacji projektu w formule PPP. Przy czym ustawa nie przesądza o zakresie, formie, szczegółowości takiej analizy, co daje podmiotom publicznym znaczną swobodę w zakresie przeprowadzenia testu PPP. Ma-

[25] http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2333 (dostęp: 29.03.2018).

[26] Dz. U. z 2017 r., poz. 1834.

[27] Dz. U., poz. 1920.

jąc na uwadze, że dla każdej inwestycji konieczne jest opracowanie szeregu analiz w ramach prowadzonych prac przygotowawczych (np. studiów wykonalności) uwzględnienie, jako dodatkowej analizy, testu PPP nie powinno wpływać na czas realizacji inwestycji, a także nie powinno generować znaczących dodatkowych kosztów przygotowania inwestycji. Także maksymalny dwumiesięczny okres opiniowania przez ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego wyboru tradycyjnej formuły realizacji inwestycji nie wstrzymuje prac w zakresie przygotowania inwestycji, które i tak – niezależnie od wybranej formuły realizacji – muszą być przeprowadzone[28].

Opinia Ministra Inwestycji i Rozwoju będzie potwierdzała zasadność realizacji przedmiotowych projektów w formule tradycyjnej tylko w przypadku, gdy formuła ta będzie przynosiła większe korzyści w całym cyklu życia projektu niż formuła PPP. Z ww. opinii wyłączone będą projekty współfinansowane z funduszy UE, bezzwrotnych międzynarodowych instrumentów finansowych (np. Instrumentu Łącząc Europę (CEF)), a także z sektora obronności oraz obejmujące dostawy sprzętu newralgicznego, newralgiczne usługi i roboty budowlane, a także projekty, dla których proces przygotowania został już rozpoczęty. W projekcie ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw proponuje się, aby za moment rozpoczęcia przygotowania projektu uznać złożenie wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (w przypadku planowanych do uzyskania w projekcie kilku decyzji środowiskowych – dotyczy pierwszej decyzji) w rozumieniu ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko[29]. Powyższe wynika z faktu, że postępowanie w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wszczyna się na wniosek podmiotu planującego podjęcie realizacji przedsięwzięcia (art. 73 ust. 1). Przywołany artykuł wyraźnie wskazuje, że realizacja przedsięwzięcia jest dopiero na etapie planowania. Zgodnie z art. 72 ww. ustawy decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia następuje przed uzyskaniem szeregu innych decyzji, m.in. decyzji o pozwoleniu na budowę, decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego, decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu czy decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. W myśl projektu ustawy z wymogu uzyskania opinii ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego na realizację inwestycji, zwolnione będą inwestycje, jeżeli wniosek o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia, o którym mowa w art. 73 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko zostanie złożony przed dniem wejścia w życie ustawy. Ustawodawca uznaje tym samym, że czynności podjęte przez podmiot planujący realizację przedsięwzięcia w celu uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia także należy uwzględnić, jako element procesu przygotowania. Dzięki takiemu uregulowaniu inwestycje, których przygotowanie

[28] Ibidem.

[29] Dz. U. z 2017 r., poz. 1405, z późn. zm.

w dniu wejścia w życie ustawy zostało już rozpoczęte, zostaną zwolnione z procedury uzyskania opinii ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, o której mowa w projektowanym art. 133b ust. 1 ustawy o finansach publicznych.

Bibliografia

Analiza rynku PPP za okres od 2009 r. do 31 grudnia 2017 r. opracowana na zlecenie Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju. Dostępna na stronie - https://www.ppp.gov.pl/baza/Strony/baza_projektow_ppp.aspx

Ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz, red. R. Cieślak, Warszawa 2018 r.

Jastrzębska M.: *Alternatywne sposoby finansowania jednostek samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne", 2017, nr 12.

Polityka Rządu w zakresie rozwoju partnerstwa publiczno-prywatnego. Dostępna na stronie: http://www.ppp.gov.pl/Aktualnosci/Strony/POLITYKAPPP_przyjeta.aspx

Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju. Dostępna na stronie: http://www.miir.gov.pl/strony/strategia-na-rzecz-odpowiedzialnego-rozwoju/informacje-o-strategii/.

Raport z badania rynku ppp wśród przedsiębiorców (firm doradczych i instytucji finansowych), który został sporządzony na potrzeby analizy potencjału podmiotów publicznych i przedsiębiorstw do realizacji projektów partnerstwa publiczno-prywatnego w 2013 r. Dostępny na stronie: http://www.parp.gov.pl/publikacje/ebook/140.

Jędrasik M., Kałuża R.: *Prorozwojowe działania Ministerstwa Rozwoju Regionalnego w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego*, [w:] *Państwo a gospodarka. Partnerstwo publiczno-prywatne prawną formą realizacji zadań publicznych*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Toruń 2014.

Korbus B.: *Budowanie konkurencyjności przedsiębiorców zainteresowanych uczestnictwem w przedsięwzięciach PPP*, „Biuletyn Partnerstwa Publiczno-Prywatnego" nr 3, s. 42–46, Wydawca Związek Powiatów Polskich. Publikacja dostępna na stronie: http://www.ppp.gov.pl/projekt-rozwoju-PPP/Strony/Publikacje.aspx.

Katarzyna Prowadzisz
Doktorant Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego,
Członek Krajowej Izby Odwoławczej

Racjonalność ustalenia wartości wadium w odniesieniu do jego funkcji

Abstrakt

Na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zamawiający ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, żąda wniesienia przez wykonawców wadium, jeżeli wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne, natomiast jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza, zamawiający może fakultatywnie przewidzieć taki obowiązek. Wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi swoisty warunek ubiegania się o zamówienie, jak również stanowi zabezpieczenie zawarcia umowy. Zamawiający winien każdorazowo dokonywać faktycznej analizy wartości ustanowionego w postępowaniu wadium, bowiem bezrefleksyjne ustalanie kwoty wadium na maksymalnym dopuszczony ustawą poziomie może stanowić duże ograniczenie w składaniu ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia i to zarówno w postępowaniach, gdzie wadium jest bezwzględnie wymagane, jak i w tych, w których decyzje o jego żądaniu podejmuje zamawiający.

Abstract

Pursuant to the Act of 29 January 2004 Public Procurement Law, when announcing contract award procedure procurement procedure the contracting authority requires - in case of contracts above EU thresholds - the economic operator to pay a deposit, and - in case of contracts below EU thresholds - may optionally provide for such an obligation. The deposit in contract award procedure constitutes a specific condition for applying for a contract as well as guarantee of a contract conclusion. In each and every case, the contracting authority should make factual assessment of the deposit value as an unreflective determination of the deposit amount at the maximum level allowed by the Act, may significantly limit submission of tenders in the contract award procedures where the deposit is strictly required as well as those contract award procedures where the decision in this respect is taken by the contracting authority.

Wprowadzenie

Zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych[1] zamawiający ogłaszając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, żąda wniesienia przez wykonawców wadium, jeżeli wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne, natomiast jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza, zamawiający może fakultatywnie przewidzieć taki obowiązek[2]. Ustawodawca, w przepisach ustawy Pzp uregulował zarówno kwestie związane z terminem wniesienia wadium[3], jak również określił dopuszczalne formy wniesienia wadium[4]. Wskazał także przesłanki zatrzymania wadium[5] oraz uregulował „procedurę" zwrotu wadium wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego[6]. Powyższa regulacja pozwala na stwierdzenie, że w ustawie Pzp postanowienia dotyczące wadium wnoszonego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego zostały uregulowane częściowo. W pozostałym zakresie (nieuregulowanym ustawą Pzp), zamawiający i wykonawcy korzystać muszą z regulacji zawartych w przepisach Kodeksu cywilnego[7], czemu dał wyraz Sąd Najwyższy wskazując, że Prawo zamówień publicznych „stanowi część prawa cywilnego, na co wskazuje odesłanie do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego (art. 14 Pzp) do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej, a zatem jest ustawą szczególną w stosunku do ogólnych norm Kodeksu cywilnego"[8]. Odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego wyrażone w art. 14 ustawy Pzp stanowi o szerokim zakresie stosowania Kodeksu cywilnego dla tych czynności, przez co należy rozumieć wszelkie czynności faktyczne i prawne podejmowane przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia[9].

W ustawie Pzp nie zawarto definicji wadium, dlatego też w tym zakresie niezbędne staje się sięgnięcie do art. 70^4 § 1 k.c., zgodnie z którym wadium stanowi wpłacona organizatorowi przetargu albo aukcji – pod rygorem niedopuszczenia do aukcji lub przetargu – określona suma pieniężna albo ustanowienie odpowiedniego zabezpieczenia zapłaty tej sumy[10]. Jednocześnie w ustawie Pzp znajduje się uregulowanie odmien-

---

[1] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm. (dalej: ustawa Pzp).

[2] Art. 45 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, (art. 46 ust. 3 ustawy Pzp – żądanie ponownego wniesienia wadium).

[3] Art. 45 ust. 3 ustawy Pzp.

[4] Art. 45 ust. 6 ustawy Pzp.

[5] Art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

[6] Art. 46 ust. 1, ust. 1a, ust. 2, ust. 4 ustawy Pzp.

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

[8] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 roku sygn. akt I CSK 448/10.

[9] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 roku sygn. akt VCSK 321/09.

[10] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r. sygn. akt I CSK 448/10 – *Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji wadium, a zatem należy przyjąć tę objętą art. 704 § 1 k.c. w związku z art. 14 p.z.p., gdzie za wadium uznaje się sumę pieniężną lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej*

ne od postanowień zawartych w Kodeksie cywilnym, zgodnie z którym Zamawiający ustala wysokość kwoty wadium w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, która nie może być większa niż 3% wartości zamówienia[11]. Zostało ono wprowadzone do ustawy Pzp nowelizacją ustawy z 2008 r.[12], przed którą to nowelizacją ustawodawca regulował również minimalną granicę kwoty wadium, tj. 0,5% wartości zamówienia.

Wysokość wadium

Przepisy zawarte w ustawie Pzp dotyczące wysokości kwoty wadium stanowią szczególne uregulowanie, mające doniosłe znaczenie w perspektywie udziału wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca, pozostawiając zamawiającemu możliwość wyznaczenia kwoty wadium, dookreślonego jedynie górną granicą (3% wartości zamówienia), w żaden sposób nie wskazuje, w oparciu o jakie kryteria, przesłanki, założenia zamawiający powinien określac wymogi, podając wartość kwoty wadium w danym postępowaniu. Zaznaczyć należy, że wadium stanowi niewątpliwie konieczną i potrzebną instytucję w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiącą zabezpieczenie interesów prawnych zamawiających i wykonawców – zawarcia umowy. Jednakże bezrefleksyjne ustalanie kwoty wadium stanowić może skutek odwrotny do zamierzonego oraz prowadzić może do ograniczenia realnej konkurencji wykonawców w danym postępowaniu o udzielnie zamówienia, bądź zupełnie odwrotnie – spowoduje nieosiągnięcie założonego skutku wynikającego z określonych funkcji wadium. Skoro więc wadium pełni w postępowaniu funkcję „warunku ubiegania się o uzyskanie zamówienia" oraz stanowi „zabezpieczenie zawarcia umowy"[13], sposób określenia wartości wadium zabezpieczającego ofertę nie powinien być dowolny, samowolny, bezrefleksyjny i jedynie ograniczony progiem maksymalnym co do procentowej wartości kwoty wadium. W ustawie Pzp dla kluczowych instytucji prawnych nie przewidziano dowolności kształtowania wymagań przez zamawiającego, choć są to każdorazowo czynności samodzielnie podejmowane i wykonywane przez zamawiającego. Przykładowo wskazać należy określenie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań dotyczących środków dowodowych odnośnie do tych warunków, które muszą być określone przez Zamawiającego w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia[14].

---

sumy, wnoszone pod rygorem niedopuszczenia do udziału w przetargu.

[11] Art. 45 ust. 4 ustawy Pzp.

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

[13] Por. J. Pieróg: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 14, Warszawa 2017, s. 319.

[14] Art. 22 ust. 1a ustawy Pzp (porównaj również art. 23 ust. 5 ustawy Pzp - *Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne* oraz art. 23 ust. 5 ustawy Pzp - *Zamawiający może*

W przypadku kwoty wadium wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca pozostawił zamawiającemu swobodne uznanie co do kwoty wadium, w granicy do 3% wartości zamówienia. Starając się zobrazować obecną regulację prawną można wskazać, że w przypadku zamówienia, którego wartość szacunkowa wynosi 1 milion złotych maksymalna dopuszczona kwota wadium wynosi 30 tysięcy złotych (3%), minimalna, jakiej może wymagać zamawiający, w zasadzie wynosi 1 grosz, ponieważ nie ma określonej dolnej granicy kwoty wadium. Przyjmując za minimalny próg – w tym przykładzie – 0,1% wartości zamówienia, wymagana kwota wadium będzie wynosić 1 tysiąc złotych, czyli trzydzieści razy mniej, niż gdyby zamawiający przyjął maksymalną dopuszczalną ustawą Pzp wartość.

Wysokość wadium a konkurencja w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Dobór wartości kwoty wadium w danym postępowaniu o wartości zamówienia identycznej bądź bardzo zbliżonej, nie jest uzależniony ani od warunków podmiotowych, ani od przedmiotu, ani od innych uwarunkowań danego zamówienia, ale jedynie od indywidualnej woli zamawiającego kreującego postanowienia w zakresie wymagań, jakie muszą spełnić wykonawcy. Podejmowanie decyzji o wartości kwoty wadium w zależności od zainteresowania wykonawców danym postępowaniem nie jest działaniem prawidłowym ze strony zamawiającego. Ta pozaustawowa przesłanka, która znajduje swoje źródło w potencjalnej ilości ofert, jakie mogą zostać złożone w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, i uzależnienie od niej decyzji, co do żądania wadium w danym postępowaniu, w przypadku, gdy nie jest ono ustawowo wymagane, jak również określenie w oparciu o nią wysokości kwoty wadium, nie sprzyja budowaniu konkurencji w danym postępowaniu. Natomiast konkurencja w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z naczelnych zasad tego systemu. W literaturze podnosi się, że „Funkcja zasad zamówień publicznych w ochronie interesu publicznego jest trudna do przecenienia. (…) Z racji pełnionych funkcji, zasady zamówień publicznych mogą dotykać materii mającej kluczowe znaczenie dla interesu publicznego. Poprzez rozległość problematyki, której dotyczą, zasady stanowią uzupełnienie luk w przepisach szczegółowych. W wypadku problemów interpretacyjnych odwołanie się do zasad pozwala na wykładnię zgodną z wolą ustawodawcy, a więc również w sposób chroniący interes publiczny. Odwołanie się do zasad pozwala także rozstrzygać te problemy wynikłe w procesie udzielania zamówień publicznych, które nie są wprost uregulowane przez przepisy szczególne”[15]. Celem postępowania, w którym wy-

określić warunki realizacji zamówienia przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne).

[15] M. Wieloński: *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych*, Uniwersytet Warszawski, Wydział Dziennikarstwa i Nauk Politycznych, Warszawa 2012, s. 57.

datkowane są środki publiczne, czyli pieniądze nas wszystkich, nie jest ograniczanie ilości składanych przez wykonawców ofert (co wynika choćby z konieczności dokonywania oceny ofert przez zamawiającego) i budowanie w postępowaniu sztucznych barier dostępu do postępowania, lecz stworzenie warunków, przy zabezpieczeniu interesów stron, które będą sprzyjały konkurencji, a tym samym uzyskaniu przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert. Również, mając na uwadze istotę i cel wadium w postępowaniu, odstępowanie przez zamawiających od żądania wniesienia wadium w postępowaniu (w którym jest to możliwe) bądź jego określenie na minimalnym poziomie (zarówno w postępowaniach, gdzie wadium jest wymagane bezwzględnie oraz w postępowaniach gdzie jest fakultatywne) z uwagi na znikomą ilość wykonawców zainteresowanych realizacją danego zamówienia, także nie stanowi właściwej pozaustawowej przesłanki i nie stanowi uzasadnienia prawidłowości postępowania zamawiającego. Nie taki jest ustawowy cel wadium. Nie powinno ono służyć blokowaniu dostępu do realizacji zamówienia wykonawcom mogącym je zrealizować ani bezrefleksyjnemu zabezpieczaniu interesów stron postępowania.

Zarówno w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia, w których składanych jest wiele ofert, jak i tych, w których zainteresowanie pozyskaniem zamówienia jest niewielkie, może dojść do złożenia oferty przez wykonawcę niezainteresowanego faktycznie podpisaniem umowy lub takiego, który podpisze umowę i podejmie się w sposób nieprzemyślany realizacji zamówienia. Dodać należy, że zabezpieczenie oferty wymaganym przez zamawiającego wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego również nie stanowi gwarancji zawarcia umowy przez wykonawcę wybranego w postępowaniu oraz w żaden sposób nie gwarantuje należytej realizacji zamówienia przez tego wykonawcę. Zgodnie z prezentowanym w doktrynie stanowiskiem: „wadium realizuje funkcję wstępnej selekcji”[16], przy czym nie można ograniczać roli wadium tylko do tej funkcji[17], to niewątpliwie wadium w postępowaniu będzie służyło eliminacji z postępowania wykonawców, którzy od samego początku wiedzą, że nie chcą zawrzeć kontraktu, bowiem dla takiego wykonawcy strata każdej wartości wadium będzie dotkliwa. Jeśli weźmie się pod uwagę również koszt przygotowania oferty przez wykonawcę, który wcale nie jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia to okaże się, że takiemu wykonawcy po prostu nie będzie się opłacało składać oferty.

Podkreślić należy, że wykonawcy zazwyczaj składają oferty nie tylko w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a udział w postępowaniu wiąże się zazwyczaj z koniecznością wniesienia wadium w tych wszystkich postępowaniach, w których składają oferty. Niezależne od tego, czy wykonawca jest małym czy średnim przedsiębiorcą, a nawet dużym „graczem rynkowym”, konieczność zabezpieczenia oferty wadium w kwocie ustalonej przez zamawiającego stanowić może podstawę do rezygnacji z udziału w niektórych postępowaniach. Wskazać należy także, że rezygnacja z udzia-

[16] Z. Radwański, E. Drozd, B. Kordasiewicz, M. Pazdan, A. Zieliński: *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo Cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009, s. 369–370.

[17] Por. R. Szostak: *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne*, Akademia Ekonomiczna w Krakowie, Zeszyty Naukowe Seria Specjalna: Monografie Nr 166, Kraków 2005, s. 63.

łu w postępowaniu, w takim przypadku, nie będzie podyktowana tym, że wykonawca traktuje „lekko" i niedbale złożenie oferty w postępowaniu, ale najzwyczajniej nie jest w stanie wnieść wadium w kwocie, jaką ustalił zamawiający w danym postępowaniu, i jednocześnie w innych postępowaniach prowadzonych równolegle. Przewidziane formy wnoszenia wadium powodują po stronie wykonawcy „zamrożenie" na koncie wskazanym przez zamawiającego środków finansowych lub wymagają nakładów na pozyskanie innych form zabezpieczenia, co niewątpliwie odbije się na konkurencyjności w postępowaniach.

Dla małych i średnich przedsiębiorców, a w przypadku przedsiębiorców rozpoczynających działalność bądź zajmujących się nowymi, innowacyjnymi technologiami, czasami kwoty wadium ustalane przez zamawianego, oczywiście w dopuszczonej ustawą maksymalnej wysokości, stanowią wymaganie zaporowe. Dlatego też nawet wykonawca, który jest w stanie wykazać się doświadczeniem czy umiejętnościami niezbędnymi do realizacji zamówienia, posiadanymi uprawnieniami czy zdolnością kredytową pozwalającą na prawidłową realizację zamówienia, oraz może zaoferować przedmiot zamówienia na wymaganym przez zamawiającego poziomie – z powodu wysokości kwoty wadium nawet nie przystępuje do postępowania. W takich przypadkach kwota wadium stanowi element selekcji podmiotów chcących ubiegać się o zamówienie, ale selekcji dokonywanej przed złożeniem ofert i wynikającej jedynie ze swobodnej decyzji zamawiającego co do wysokości żądanej kwoty wadium.

W piśmiennictwie podnosi się, że „ustawowe limitowanie"[18] ustanawianej w postępowaniu o udzielenie zamówienia kwoty wadium jest przejawem ochrony przed dyskryminacją, „aby zbyt wysoka kwota wadium nie stała się czynnikiem eliminującym podmioty zdolne do realizacji zamówienia, ale nie dysponujące wystarczającą ilością środków na wniesienie wadium". W tym kontekście należałoby również oceniać ustanowioną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z obowiązującymi przepisami, wartość wadium.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi szczególne rozwiązanie prowadzące do powstania obowiązku kontraktowania pomiędzy zamawiającym, a wybranym w postępowaniu wykonawcą. Kwota wadium wnoszona w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego zabezpiecza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego od fazy złożenia ofert do wyboru oferty najkorzystniejszej, gdy następuje zwolnienie wadium w przypadku wykonawców, których oferty nie zostały wybrane w postępowaniu. Natomiast w przypadku wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wadium zabezpiecza ofertę aż do zawarcia umowy, a po zawarciu umowy, co do zasady, zwracane jest temu wykonawcy. Kwota wadium „stanowi normatywnie ukształtowane zabezpieczenie wdrożenia rezultatu przetargu"[19].

Uwzględniając charakterystykę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w trakcie którego dokonywana jest szczegółowa i rozbudowana ocena zdolności wyko-

[18] Por. R. Szostak: *Przetarg nieograniczony…*, s. 63 oraz M. Wieloński: *Realizacja interesu publicznego…*, s. 108.

[19] R. Szostak: *Przetarg nieograniczony…*

nawcy do realizacji zamówienia na podstawie wymagań zamawiającego, jak również mając na uwadze wskazywane w doktrynie stanowiska dotyczące znaczenia prawnego wadium, wydaje się być słuszną teza, że funkcje wadium jako „warunku ubiegania się o uzyskanie zamówienia" oraz „zabezpieczenia zawarcia umowy" muszą być powiązane ze sobą i wespół oceniane na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiających (doboru kwoty wadium).

Jako warunek, wadium musi zostać ustalane na „znośnym" dla wykonawców poziomie i jednocześnie na poziome gwarantującym zawarcie umowy, a gdyby do tego nie doszło, na poziomie, który stanowi dla zamawiającego wystarczające zabezpieczenie.

Ustawodawca wskazał w ustawie Pzp katalog przesłanek uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, ale jednocześnie, co należy podkreślić, zabezpieczenie ustanowione w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego w kwocie wadium, stanowi również zabezpieczenie dla wykonawcy. Zgodnie z art. 70^4 § 2 k.c. w przypadku uchylania się przez zamawiającego od zawarcia umowy wykonawca może żądać podwójnego wadium albo naprawienia szkody. Podkreślić należy, że w przepisach ustawy Pzp, zawierających katalog podstaw zatrzymania wadium przez zamawiającego, brak jest regulacji odnoszących się do uprawnień wykonawcy w przypadku, gdy zamawiający odmówi podpisania umowy. Sąd Najwyższy uznał za niepełne unormowanie zawarte w art. 46 ustawy Pzp i wskazał na zastosowanie, w tym zakresie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego art. 70^4 § 2 zd. trzecie k.c., czego podstawy upatrywał w art. 14 ustawy Pzp[20]. Warto podkreślić, że uprawnienie wykonawcy do żądania „zapłaty podwójnego wadium" odnosi się do każdej z form, w jakich może być wnoszone wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia[21].

---

[20] Por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 roku sygn. akt VCSK 321/09
Również Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia sygn. akt V ACa 96/15 - *Ze względu na jego umiejscowienie w systemie prawa materialnego ma on zastosowanie do szczególnych postępowań przetargowych – prowadzonych w trybie zamówień publicznych. Drugi z przepisów ma charakter normy ogólnej, mającej zastosowanie do wszystkich postępowań przetargowych. W takiej sytuacji uprawniony staje się wniosek, że art. 70^4 § 2 k.c. będzie miał zastosowanie do procedury udzielania zamówień publicznych, w zakresie nie uregulowanym normami prawa zamówień publicznych. W konsekwencji prawa zamawiającego do zatrzymania wadium należy upatrywać się na gruncie art. 46 ust. 5 p.z.p., a uprawnień wykonawcy w stosunku do zamawiającego z tytułu uchylania się od zawarcia umowy – na gruncie art. 70^4 § 2 k.c.*

[21] Por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 roku sygn. akt VCSK 321/09 - *„Zapłata podwójnego wadium" wniesionego w pieniądzu oznacza, że uczestnikowi aukcji albo przetargu zostaje zwrócona suma wpłacona przez niego jako wadium, a ponadto otrzymuje on przewidzianą przez ustawę rekompensatę (zryczałtowane odszkodowanie) za niedojście do zawarcia umowy z przyczyny leżącej po stronie organizatora aukcji lub przetargu (bez względu na poniesienie szkody) w wysokości sumy wpłaconego przez niego wadium. Jeżeli wadium stanowi zabezpieczenie, np. w formie gwarancji ubezpieczeniowej, jako zapłata podwójnego wadium nie wchodzi w grę zwrot żadnej wpłaconej sumy, bo uczestnik aukcji albo przetargu takiej nie wpłacił. W takim wypadku ustanowione zabezpieczenie wygasa (art. 704 § 2 zd. drugie k.c.). Jednakże wówczas uczestnikowi aukcji albo przetargu należy się również rekompensata (zryczałtowane odszkodowanie) za niedojście do zawarcia umowy z przyczyny*

Podsumowanie

Określenie przez zamawiającego wartości wadium w limitowanym ustawą zakresie nie jest (nie powinno być) czynnością dowolną, jak również nie jest czynnością błahą, bowiem ma ona wpływ na losy całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Cel ustanowienia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jego funkcje oraz zasady prawa zamówień publicznych, które zawsze wypełniają swą treścią nieuregulowane ustawowo fragmenty nakazują zamawiającym każdorazowo dokonywać faktycznej analizy wartości żądanego wadium. Podejmowanie bezrefleksyjnie decyzji o wartości wadium, w limitowanym zakresie 3% wartości zamówienia, może stanowić duże ograniczenie w składaniu ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia i to zarówno w postępowaniach, gdzie wadium jest bezwzględnie wymagane, jak i w tych, w których decyzje o jego żądaniu podejmuje zamawiający – a w tych postępowaniach problem jest podwójny. Podkreślić należy, że wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma za zadanie „odstraszać" wykonawców od udziału w tym postępowaniu, ale zabezpieczać los tego postępowania, stanowić gwarancję zawarcia umowy i jednocześnie zabezpieczać interesy zamawiających i wykonawców. Nie jest również zadaniem wadium ograniczanie konkurencji w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, a co znajduje swoje źródło w ustalanych zaporowych, niczym niepodyktowanych i nie znajdujących uzasadnienia w funkcjach wadium wartościach kwoty wadium. Kwota wadium, tak jak w przypadku kryteriów oceny ofert ustalanych w postępowaniu, musi spełniać swoje zadanie i dlatego tak istotne znaczenie ma ustalenie jej na odpowiednim, właściwym poziomie gwarantującym wypełnienie funkcji wadium.

Skoro kwota wadium może wpływać tak znacząco na losy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i kreować faktyczny udział wykonawców w ubieganiu się o zamówienie (co w przypadku małych i średnich przedsiębiorców może mieć niebagatelne, jeśli nie kluczowe, znaczenie) należy na przyszłość rozważyć uzasadnianie przez zamawiającego decyzji wymagania wadium w postępowaniu, gdzie jest ono fakultatywne oraz uzasadnianie poziomu kwoty żądanego wadium w postępowaniu. Nie stanowi to jakiegoś nadmiernego i utrudniającego prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienie zadania, bowiem skoro zamawiający decyduje się na żądanie wadium w postępowaniu i określa jego kwotę – to racjonalnie zakładając – wie, dlaczego podejmuje takie decyzje[22]. Takie wymaganie ograniczyłoby niczym nieograniczoną

---

leżącej po stronie organizatora aukcji lub przetargu. Rekompensata ta także powinna odpowiadać wartości wniesionego przez niego wadium, a zatem wartości ustanowionego zabezpieczenia, którą np. przy gwarancji ubezpieczeniowej stanowi suma na którą opiewa gwarancja. Dodatkowo za stanowiskiem tym przemawia i to, że do otrzymania rekompensaty w takiej też wysokości uprawniony byłby organizator aukcji albo przetargu, gdyby mimo wyboru jego oferty od zawarcia umowy uchylił się uczestnik aukcji albo przetargu.

[22] Ustawodawca posłużył się regulacją, zgodnie z którą zamawiający decyduje o podziale zamówienia na części, natomiast w przypadku, gdy nie dokonuje takiego podziału obowiązany jest w proto-

uznaniowość w działaniu zamawiającego, jak również kierowanie się przy podejmowaniu decyzji o żądaniu wniesienia w postępowaniu wadium, innymi, pozaustawowymi przesłankami.

Bibliografia

Pieróg J.: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 14, Warszawa 2017.

Radwański Z., Drozd E., Kordasiewicz B., Pazdan M., Zieliński A.: *System Prawa Prywatnego*, t. 2, *Prawo Cywilne – część ogólna,* Warszawa 2009.

Szostak R.: *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne,* Zeszyty Naukowe Seria Specjalna: Monografie Nr 166, Kraków 2005.

Wieloński M.: *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych,* Uniwersytet Warszawski, Wydział Dziennikarstwa i Nauk Politycznych, Warszawa 2012.

kole podać powody niepodzielenia zamówienia na części – zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

POLITYKA ZAKUPOWA PAŃSTWA

Dr Elżbieta Adamowicz
Uniwersytet Gdański, Katedra Ekonomiki Transportu,
Kierownik Studiów Podyplomowych Zamówienia Publiczne

Zamówienia publiczne jako instrument realizacji polityki państwa

Abstrakt

Celem artykułu jest wskazanie na rolę zamówień publicznych w realizacji celów polityki państwa. Szczególny nacisk położono na omówienie współczesnych funkcji zamówień publicznych wynikających z wdrażania założeń strategii Europa 2020.

Przemiany gospodarcze i społeczne w ostatnich latach wpłynęły na zmianę podejścia do zamówień publicznych, które są przede wszystkim postrzegane jako ważny i skuteczny instrument realizacji strategii rozwoju kraju. Zamówienia publiczne pełnią różne funkcje w zależności od potrzeb państwa. Współcześnie system zamówień publicznych należy traktować wielowymiarowo. System ten oddziałuje nie tylko na politykę gospodarczą, ale również na inne obszary polityki państwa. Tradycyjnie zamówieniom publicznym przypisywana była funkcja ekonomiczna przejawiająca się zarówno w stymulowaniu gospodarki, jak i sprzyjająca racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych. Współcześnie system zamówień publicznych przewiduje szereg narzędzi, które dają możliwość podejmowania działań w aspekcie innowacyjnym, ekologicznym czy społecznym w celu stymulacji gospodarki w osiąganiu założonych przez politykę państwa celów strategicznych, w tym przede wszystkim wdrażania zasad zrównoważonego rozwoju oraz zasad wspólnego rynku.

Abstract

The purpose of the article is to point to the role of public procurement in achieving the objectives of state policy. Particular emphasis was placed on the discussion of contemporary functions of public procurement resulting from the implementation of the Europe 2020 Strategy.

Economic and social changes in recent years have influenced the change in the approach to public procurement, which is considered as an important and effective instrument for implementing the country's development strategy. Public procurement has different functions depending on the needs of the state. At the present time the public procurement system should be treated in a multidimensional way. This system affects not only economic policy, but also other policy areas of the state. Traditionally, public procurement has been attributed to the economic function manifested in both stimulating the economy and conducive to effective spending of public funds. In the current decade, the public procurement system provides a range of tools that give the opportunity to take action in an innovative, ecological or social aspects in order to stimulate the economy in achieving the strategic goals set by the state policy, including in particular the implementation of the principles of sustainable development and the principles of the common market.

1. Wprowadzenie

Poprzez proces legislacyjny, czyli tworzenie odpowiednich przepisów prawnych, państwo może wspomagać osiągnięcie wytyczonych celów gospodarczych, społecznych, ekologicznych, a także politycznych. Zamówienia publiczne od początku swojej historii traktowane były jako skuteczne narzędzie interwencjonizmu państwowego sprzyjające realizacji założonych celów strategicznych państwa. Przesłanką wdrożenia zamówień publicznych było poszukiwanie instrumentów, które stymulując gospodarkę sprzyjałyby rozwojowi kraju. Niewątpliwie taką rolę pełnią właśnie zamówienia publiczne, które już od wielu lat stanowią integralną część życia gospodarczego.

Celem artykułu jest wskazanie na rolę zamówień publicznych w realizacji celów polityki państwa. Szczególny nacisk położono na omówienie współczesnych funkcji zamówień publicznych wynikających z wdrażania założeń strategii Europa 2020.

2. Rola zamówień publicznych w realizacji polityki państwa

Zamówienia publiczne pełnią różne funkcje w zależności od potrzeb państwa. W Polsce w okresie międzywojennym jedną z nadrzędnych funkcji zamówień publicznych było wspomaganie odbudowy oraz scalenie zniszczonego wojną i rozbiorami kraju. Sytuacja państwa wymagała wówczas podjęcia działań, które zmierzałyby do stworzenie systemu zlecania zamówień publicznych, postrzeganych jako jeden ze stymulatorów i katalizatorów rozwoju gospodarki oraz jednocześnie, dzięki którym można było kształtować rozwój państwa[1]. Zamówienia publiczne odegrały również ważną rolę w przeciwdziałaniu kryzysowi gospodarczemu. Poprzez dopuszczenie stosowania silnych preferencji krajowych zamówienia publiczne pełniły rolę ochrony polskich przedsiębiorców, odradzającego się polskiego przemysłu, rolnictwa i innych gałęzi gospodarczych oraz krajowego rynku. Funkcja stymulacyjna zamówień publicznych wpływająca na zrównoważony rozwój gospodarki kraju podkreślana jest również współcześnie.

Niezależnie od okresu historycznego zamówienia publiczne zawsze pełniły funkcję efektywnego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Problematyka sprawnego wykorzystania środków publicznych należy do istotnych problemów współczesnej gospodarki. Ranga tego problemu wzrosła szczególnie w dobie pogłębiającego się deficytu finansów publicznych. Poszukiwanie nowych i efektywniejszych rozwiązań systemowych zmierzających do racjonalizacji wydatków publicznych przebiega wielokierunkowo. Zamówienia publiczne są jednym z narzędzi wdrożenia ustawy o finansach publicznych, w której podkreślono konieczność wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania

[1] E. Adamowicz, E. Walaszczyk: *Funkcje zamówień publicznych w świetle wykorzystania środków unijnych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Warszawa 2012, s. 86.

najlepszych efektów z danych nakładów. W ustawie wskazano również, że zlecanie zadań realizowanych w ramach gospodarki finansowej budżetu państwa powinno następować na zasadzie wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych[2]. Z założenia specyficzny system norm prawnych ograniczający swobodę kontraktowania zamawiających miał się przyczynić do ekonomicznego, czyli racjonalnego wydatkowania środków publicznych, przy zachowaniu przejrzystości działania podmiotów publicznych. W tym zakresie bardzo ważną funkcją jest również przeciwdziałanie zjawiskom korupcji, zmowom i faworyzowaniu wykonawców uczestniczących w zamówieniach publicznych[3].

Niewątpliwie zamówienia sektora publicznego mają wpływ na rozwój przedsiębiorstw uczestniczących w realizacji zleconych zadań, dla których są często źródłem znacznej części ich przychodów. Szczególną rolę odgrywają w rozwoju sektora MSP, wpływając nie tylko na wzrost przychodów przedsiębiorstw, poprawę wyników finansowych, zwiększenie zatrudnienia, co w konsekwencji przekłada się na zmniejszenie bezrobocia, ale również na poprawę konkurencyjności i pozycję na rynku. Państwo poprzez celową politykę w zakresie zamówień publicznych może również wpływać na zrównoważony rozwój, innowacyjność i działalność proekologiczną podmiotów gospodarczych[4].

Rola, jaką pełnią zamówienia publiczne w gospodarce, skłania państwa do poszukiwania rozwiązań wpływających na zwiększenie ich efektywności. Efektywna polityka zamówień publicznych ma istotne znaczenie dla powodzenia całego rynku jednolitego[5], co zostało już od wielu lat zauważone w Unii Europejskiej i znalazło odzwierciedlenie w wielu aktach prawnych oraz dokumentach strategicznych i programowych. Wielokrotnie podkreślana konieczność przeprowadzenia rewizji unijnego systemu zamówień publicznych w celu zwiększenia jego skuteczności i efektywności znalazła swoje odzwierciedlenie w nowych dyrektywach UE. Poprawa skuteczności wydatków publicznych obejmuje nie tylko poszukiwanie możliwie najlepszych rezultatów zakupów (najlepsza relacja ceny do jakości), m. in. poprzez stymulowanie otwartego rynku i zapobieganie zakłóceniom konkurencji, lecz również zwiększenie skuteczności samego procesu udzielania zamówień, m.in. poprzez usprawnienie procedur[6].

Funkcje zamówień publicznych ewoluują wraz z rozwojem gospodarek i systemu. Po wejściu Polski do Unii Europejskiej zamówienia publiczne pełnią rolę polegającą

---

[2] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240, art. 162 ust. 4.

[3] Preventing Coruption in Public Procurement. OECD 2016.

[4] A. Borowiec: *Znaczenie i rola zamówień publicznych w polskiej gospodarce*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Białostockiej. Ekonomia i Zarządzanie" 2008, z. 12, s. 213.

[5] Green Paper. Public Procurement in the European Union: Exploring The Way Forward. COM (96) 583 final. Commission of the European Communities. Bruksela 1996.

[6] Zielona Księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień. Komisja Europejska, COM (2011) 15 wersja ostateczna.

na stworzeniu wykonawcom zagranicznym i krajowym równych szans funkcjonowania na jednolitym rynku zamówień publicznych. Jednym z najważniejszych celów prawodawstwa UE dotyczącego zamówień publicznych jest zapewnienie wykonawcom możliwości skutecznego konkurowania o zamówienia publiczne w innych państwach członkowskich. Dotyczy to zwłaszcza zapewnienia lepszego dostępu dla MSP oraz zwiększenia ogólnej konkurencyjności rynków zamówień. Prawo zamówień publicznych zwiększa i stymuluje konkurencję między przedsiębiorcami, co z kolei sprzyja rozwojowi rynku i gospodarki, a także przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznej.

W ostatnich latach istotnym kierunkiem jest umożliwienie lepszego wykorzystania zamówień publicznych przez zamawiających do wspierania wspólnych celów społecznych obejmujących ochronę środowiska, bardziej efektywne gospodarowanie zasobami i większą efektywność energetyczną, przeciwdziałanie zmianom klimatu, promowanie innowacji i włączenia społecznego, a także zapewnienie możliwie najlepszych warunków dla świadczenia wysokiej jakości usług publicznych[7].

Zamówienia publiczne są postrzegane również jako siła napędowa innowacji. Zakup innowacyjnych rozwiązań pozwala zamawiającym na efektywniejsze wydatkowanie środków publicznych przy uwzględnieniu kosztów eksploatacji i kosztów całego cyklu życia zamawianego produktu. Jednocześnie zamówienia na innowacje stanowią wyzwanie do modernizacji produktów i potencjału produkcyjnego dla funkcjonujących na rynku przedsiębiorstw[8]. Wspieranie działalności innowacyjnej już od wielu lat jest jednym z kluczowych kierunków polityki Unii Europejskiej. Priorytet ten został podkreślony w poprzednim okresie programowym 2007–2013, a szczególnie zaznaczony w obecnej strategii Europa 2020.

Od wielu lat funkcją zamówień publicznych jest wspomaganie polityki ekologicznej państwa. Zamawiający mają możliwości oceny ofert z uwzględnieniem kryterium umożliwiającego zakup produktu, który nie zanieczyszcza lub w jak najmniejszym stopniu zanieczyszcza naturalne środowisko. Zielone zamówienia publiczne włączają wymagania ekologiczne do procesu zakupów (procedur udzielania zamówień publicznych) i poszukują rozwiązań minimalizujących negatywny wpływ produktów i usług na środowisko przy uwzględnieniu całego cyklu życia produktów[9]. Przekłada się to jednocześnie na rozwój i upowszechnienie innowacji w technologiach środowiskowych[10].

Wyzwania współczesnego świata podkreślają wielowymiarową rolę zamówień publicznych w kształtowaniu zrównoważonego (odpowiedzialnego) rozwoju gospodarczego, uwzględniającego zarówno potrzeby związane z podnoszeniem konkuren-

---

[7] *Zielona Księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień*, Komisja Europejska, COM (2011) 15 wersja ostateczna.

[8] *Zamówienia publiczne siłą napędową innowacji w MSP i usługach publicznych*, Komisja Europejska 2014.

[9] *Buying green! A handbook on green public procurement*, European Union 2016.

[10] *Public Procurement for Innovation: Good Practicies and Strategies*, OECD 2017.

cyjności gospodarki, jak również konieczność ograniczenia negatywnego wpływu na środowisko, zapewnienia odpowiednich warunków życia, godnej pracy, poszanowania praw człowieka, integrację społeczną i zawodową grup marginalizowanych społecznie itp. Przejawem tego są liczne unijne jak i krajowe dokumenty o charakterze strategicznym i programowym, w których zamówienia publiczne zostały wskazane jako jeden z instrumentów, służących realizacji założonych celów w tym, m.in. efektywniejszemu wykorzystaniu zasobów, minimalizowaniu negatywnego oddziaływania na środowisko, wspieraniu rozwoju innowacji, w tym ekoinnowacji, wsparciu polityki zatrudnienia oraz integracji grup społecznie marginalizowanych. Zagadnienia te znalazły odzwierciedlenie w procedurach zamówień publicznych, które pozwalają na zastosowanie różnych rozwiązań, umożliwiających, a w niektórych przypadkach wręcz obligujących do uwzględnienia w zamówieniach publicznych celów innych polityk, w tym polityki społecznej i środowiskowej[11].

3. Zamówienia publiczne w realizacji strategii Europa 2020

Dynamiczne przemiany współczesnego świata wymuszają nieustanne dostosowywanie się do nowych uwarunkowań rynkowych. Ryzyko wynikające z nieprzewidywalności zdarzeń powoduje, że nie wszystkie prognozy oraz cele zakładane w strategiach rozwoju udaje się zrealizować. W roku 2010 w odpowiedzi na wyzwania w zakresie wyjścia z kryzysu gospodarczego, zmniejszenia poziomu bezrobocia i ubóstwa oraz przejścia na gospodarkę niskoemisyjną, opracowano strategię rozwoju „Europa 2020" na rzecz inteligentnego, zrównoważonego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu oraz osiągnięciu spójności gospodarczej, społecznej i terytorialnej[12]. Zamówienia publiczne postrzegane są jako jedno z istotnych narzędzi rynkowych, które powinny służyć do realizacji złożonych celów strategii „Europa 2020". Są one jednym z instrumentów wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego oraz zagwarantowania efektywnego wykorzystania środków publicznych.

W strategii wskazano na istotne cele kształtowania polityki Unii Europejskiej, do których m.in. należy zwiększenie efektywności wydatków publicznych, ułatwienie dostępu małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych, lepsze wykorzystanie zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych, wdrażania innowacyjnych rozwiązań oraz wdrażania rozwiązań sprzyjających ochronie środowiska. Podkreślono również rangę stworzenia wspólnego jednolitego rynku zamówień publicznych otwartego dla wszystkich przedsiębiorstw z krajów członkowskich, jak również wykorzystania zamówień publicznych do tworzenia popytu. Wskazano na za-

[11] Krajowy Plan Działań w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2017–2020, UZP, Warszawa 2017.

[12] *Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu*, Komisja Europejska. KOM (2010) 2020 wersja ostateczna.

mówienia publiczne jako ważny instrument polityki Unii Europejskiej, który ma być podstawowym stymulatorem rozwoju sprzyjającym wychodzeniu z kryzysu wszystkim państwom członkowskim. W strategii została również zawarta deklaracja Komisji dotycząca stworzenia dokumentów horyzontalnych oraz ram prawnych dla stosowania instrumentów rynkowych w tym zamówień publicznych sprzyjających realizacji założonych celów. Znalazło to odzwierciedlenie w nowych dyrektywach UE znacząco zamieniających podejście do roli zamówień publicznych w gospodarce. W tym kontekście przesłanką zmian w regulacji zamówień publicznych (Dyrektyw wdrożonych w 2014 r.) stało się poszukiwanie możliwości zwiększenia efektywności, elastyczności i transparentności wykorzystania unijnych środków finansowych, w kierunku maksymalizacji skuteczności osiągnięcia zakładanych celów, szczególnie w zakresie realizacji założeń Strategii Europa 2020.

W odpowiedzi na strategię Europa 2020 Komisja opublikowała „Zieloną Księgę w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych – W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień"[5] , podkreślając rangę wprowadzenia zmian legislacyjnych służących ułatwieniu i uelastycznieniu udzielania zamówień oraz umożliwiających lepsze wykorzystanie zamówień publicznych na rzecz pozostałych obszarów polityki. Omawiane zagadnienia obejmowały konieczność uproszczenia i uelastycznienia procedur, strategiczne wykorzystanie zamówień publicznych na rzecz pozostałych obszarów polityki, poprawę dostępu do zamówień publicznych dla MSP oraz zwalczanie zjawisk faworyzowania, korupcji i konfliktów interesów.

4. Ocena wykorzystania zamówień publicznych w realizacji celów strategii Europa 2020

Obecne uregulowania prawne i dokumenty programowe w zakresie zamówień publicznych dają możliwość zastosowania instrumentów, które stwarzają możliwość realizacji celów innowacyjnych, ekologicznych czy społecznych, mając na uwadze stymulację gospodarki w pożądanym kierunku, zgodnie z założeniami UE, w tym przede wszystkim wdrażania zasad zrównoważonego rozwoju oraz zasad wspólnego rynku. Nie wszystkie kraje w jednakowym stopniu dostosowały się do istniejących wymogów stworzenia sprzyjających ram realizacji głównych założeń strategii Europa 2020, szczególnie w zakresie przygotowania strategii zamówień publicznych w zakresie: zielonych zamówień publicznych, wsparcia MSP, innowacyjnych produktów i usług (tabela 1).

Tabela 1. Wdrożenie strategii zamówień publicznych w zakresie realizacji celów Europa 2020

	Zielone zamówienia publiczne		MSP		Innowacyjne produkty i usługi	
	2016	2014	2016	2014	2016	2014
Austria	●♦	●	●♦	♦	●♦	●
Belgia	●♦	●♦	●	●	●	●
Czechy	...	...	...	...	...	...
Dania	●	●	●	●	●	●
Estonia	●	○	●	○	●	○
Finlandia	●♦	●	♦	♦	●♦	♦
Francja	...	●♦	...	●♦	...	●♦
Niemcy	●	●	●	●	●	●
Grecja	♦	●♦	♦	●	○	○
Węgry	●	♦	●	●	●	●
Irlandia	●	●	●	●	●	●
Włochy	●	♦	♦	♦	♦	♦
Łotwa	●	...	●	...	♦	...
Luksembourg	...	●♦	...	●♦	...	♦
Holandia	♦	♦	♦	♦	♦	♦
Norwegia	♦	■	♦	●♦	●♦	●♦
Polska	●♦	●	●	●	●	●
Portugalia	●	●	●	♦	♦	♦
Słowacja	♦	○	●	○	○	○
Słowenia	●	●♦	●	●	●	●
Hiszpania	●	●♦	●	●♦	●	●♦
Szwecja	●	●♦	●	●	●	●
Szwajcaria	...	●♦	...	●♦	...	♦
Wielka Brytania	●	●	●	●	●	●

● Strategie opracowane na poziomie centralnym

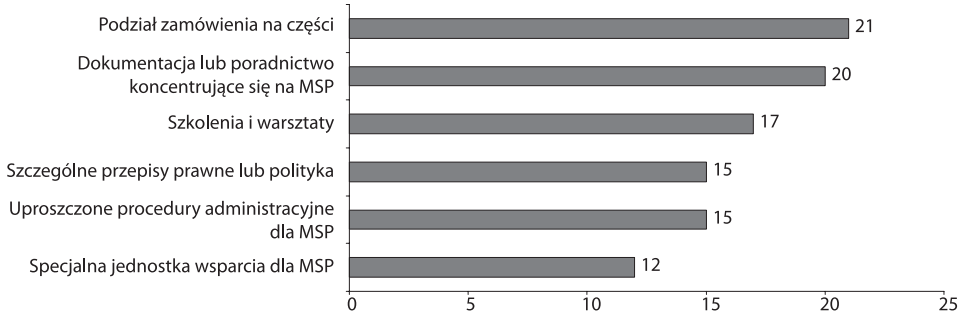
♦ Strategie wewnętrzne opracowane przez niektóre podmioty zamawiające

○ brak opracowanych strategii

... brak danych

Źródło: Opracowanie własne na podstawie: Government at a Glance 2017. OECD Publishing. Paris 2017, s. 175.

Sektor MSP pełni ważną rolę w realizacji celów strategii rozwoju UE. Generuje 57% wartości dodanej oraz zapewnia miejsca pracy dla 67% ogółu zatrudnionych w UE[13]. Przedsiębiorstwa z sektora MSP odgrywają kluczową rolę w ograniczaniu bezrobocia poprzez tworzenie miejsc pracy, przyczyniają się do rozwoju i innowacji, a jednocześnie nadal natrafiają na trudności w uzyskaniu dostępu do zamówień publicznych[14]. Wdrożone nowe dyrektywy zamówień publicznych zapewniają różne formy wsparcia dla przedsiębiorstw z sektora MSP ubiegających się o zamówienia publiczne, aczkolwiek w poszczególnych krajach w różnym stopniu wykorzystywane są możliwe instrumenty. Największym ułatwieniem w dostępie przedsiębiorstw z sektora MSP do rynku zamówień publicznych jest podział zamówienia na części (rys. 1).



Rys. 1. Instrumenty wspierania dostępu przedsiębiorstw sektora MSP do rynku zamówień publicznych w krajach OECD
Źródło: Government at a Glance 2017. OECD Publishing. Paris 2017, s. 175.

Wdrażanie elektronicznych zamówień publicznych przebiega powoli. W badaniu z 2016 r. tylko niektóre państwa członkowskie korzystały z technologii cyfrowych na wszystkich najważniejszych etapach procesu udzielania zamówień (tabela 2)[15]. Nadmienić należy, że przepisy dyrektyw[16] UE nakazują państwom członkowskim wprowadzenie obowiązkowej komunikacji w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej najpóźniej od dnia 18 października 2018 r.

[13] Dane dla 2016 r. Annual Report on European SMEs 2016/2017, European Commission 2017, s. 26.

[14] *Skuteczne zamówienia publiczne dla Europy*, Komisja Europejska, COM (2017) 572 final.

[15] Government at a Glance 2017, OECD Publishing, Paris 2017, s. 175.

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

Tabela 2. Obszary wdrożenia elektronicznych zamówień publicznych w 2016 r.

	e- ogłoszenie	Dostarczenie dokumentów przetargowych	e-składanie ofert	Powiadomienie o wynikach postępowania	e-fakturowanie	Katalog online
Austria	●♦	●♦	●♦	●	●	♦
Belga	●	●	●	●	♦	●
Dania	●♦	♦	●♦	●♦	●♦	○
Estonia	●♦	●♦	●	●	♦	○
Finlandia	●	●	●	●	●	♦
Niemcy	●♦	●♦	●♦	●♦	○	○
Grecja	●	●	●	●	○	○
Węgry	●	●	○	●	○	○
Irlandia	●	●	●	●	○	○
Włochy	●♦	●♦	●♦	●♦	●	●
Łotwa	●♦	●♦	●	●♦	○	○
Holandia	●	●	●	●	○	●
Norwegia	●	●	♦	●	♦	♦
Polska	●	♦	○	●	○	●
Portugalia	●	●	●	●	○	●
Słowacja	●	●	●	●	○	○
Słowenia	●	●	○	●	●	●
Hiszpania	●	●	●	●	●	●
Szwecja	♦	♦	♦	♦	♦	○
Wielka Brytania	●	♦	♦	●	♦	♦

● na poziomie centralnym

♦ tylko w niektórych jednostkach zamawiających

○ brak wdrożenia

Źródło: Opracowanie własne na podstawie: Government at a Glance 2017. OECD Publishing. Paris 2017, s. 177.

Do kluczowych elementów polityki zamówień publicznych na poziomie UE oraz w wielu państwach członkowskich należą zrównoważone zamówienia publiczne. W wielu dokumentach programowych podkreśla się potrzebę promowania zrównoważonego rozwoju, w którym wzrost gospodarczy idzie w parze z dbałością o środowisko i troską o sprawy społeczne. Znalazło to wyraz w nowych dyrektywach unijnych przyjętych w 2014 r., co w konsekwencji ma swoje odzwierciedlenie w nowelizacji prawa zamówień publicznych w krajach UE. Obecnie w prawie polskim zamawiający

mają do dyspozycji szereg instrumentów pozwalających nadać zamówieniu zrównoważony charakter. Kwestie społeczne lub środowiskowe mogą być uwzględnione w ramach różnych elementów procedury udzielania zamówień publicznych, począwszy od opisu przedmiotu zamówienia poprzez kwalifikację podmiotową wykonawców, kryteria oceny ofert, aż po szczególne warunki związane z realizacją zamówienia[17].

Tabela 3. Priorytety zwiększenia skuteczności zamówień publicznych dla Europy

Priorytet	Działania
1. Zapewnienie szerszego stosowania strategicznych zamówień publicznych	• wprowadzenie dobrowolnego mechanizmu oceny *ex ante* dużych projektów infrastrukturalnych; • aktualizacja wytycznych dotyczących zielonych i społecznych zamówień publicznych oraz przedstawienie wytycznych dotyczących innowacyjnych zamówień publicznych; • wymiana dobrych praktyk dotyczących strategicznych zamówień, z uwzględnieniem kluczowych sektorów (budownictwo, opieka zdrowotna, IT).
2. Profesjonalizacja nabywców publicznych	• przyjęcie zalecenia w sprawie profesjonalizacji nabywców publicznych; • opracowanie europejskich ram kompetencji na potrzeby zamówień publicznych, z uwzględnieniem kluczowych umiejętności i kompetencji, których potrzebują zamawiający; • utworzenie centrum e-kompetencji jako centralnego portalu informacyjnego oraz elektronicznej biblioteki dobrych praktyk w obszarze zamówień publicznych; • utworzenie obejmującej całą Unię Europejską sieci krajowych ośrodków innowacyjnych zamówień publicznych.
3. Poprawa dostępu do rynków zamówień publicznych	• dalsza poprawa dostępu do rynków zamówień publicznych poza UE za sprawą porozumień handlowych; • wzmocnienie systemu odwoławczego poprzez dalszą rozbudowę sieci organów odwoławczych pierwszej instancji oraz wydawanie obwieszczeń z wytycznymi na temat środków odwoławczych; • rozpoczęcie realizacji projektów pilotażowych mających na celu zwiększenie udziału MSP przy pomocy pośredników handlowych i brokerów innowacji.
4. Poprawa przejrzystości i uczciwości oraz lepsze dane	• wydanie nowych standardowych formularzy zamówieniowych w celu usprawnienia gromadzenia danych; • propagowanie tworzenia publicznie dostępnych rejestrów zamówień; • dostarczenie wytycznych dotyczących praktycznego stosowania nowych przepisów dotyczących uczciwości i podstaw wykluczenia związanych ze zmową oraz utworzenie bazy danych na temat nieprawidłowości.

[17] *Zrównoważone zamówienia publiczne. Aspekty społeczne i środowiskowe w procedurze udzielania zamówienia w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych*, UZP, Warszawa, listopad 2017.

cd. tab. 3

5. Wspomaganie transformacji cyfrowej w dziedzinie zamówień publicznych	• rozszerzenie zakresu narzędzia e-Certis i dalsze doskonalenie systemów informatycznych; • wspieranie wdrożenia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, realizacji zasady jednorazowości oraz fakturowania elektronicznego w państwach członkowskich.
6. Współpraca na rzecz wspólnych zamówień	• promowanie wspólnych transgranicznych zamówień publicznych, w tym zamówień innowacyjnych udzielanych przez dużych nabywców; • uruchomienie szkolenia pilotażowego na temat „polityk przyjaznych dla MSP w centralnych jednostkach zakupujących".

Źródło: Opracowanie własne na podstawie: Skuteczne zamówienia publiczne dla Europy. Komisja Europejska. COM (2017) 572 final.

Prace nad poprawą skuteczności zamówień publicznych w realizacji polityk Unii Europejskiej trwają nieustannie. W dokumencie Komisji Europejskiej dotyczącym skutecznych zamówień publicznych dla Europy wskazano na sześć priorytetowych obszarów oraz działań, które powinny być zrealizowane w najbliższym czasie (tabela 3). Oczekuje się, że wdrożenie wymienionych w tabeli 3 działań przekształci zamówienia publiczne w potężny instrument w zestawie narzędzi polityki gospodarczej każdego z państw członkowskich, sprzyjający realizacji założonych celów w ramach przyjętych strategii rozwoju[18].

Zakończenie

Przemiany gospodarcze i społeczne w ostatnich latach wpłynęły na zmianę podejścia do zamówień publicznych, które są przede wszystkim postrzegane jako ważny i skuteczny instrument realizacji strategii rozwoju kraju. Zmiana spojrzenia na rolę zamówień publicznych jest niewątpliwie związana z przeobrażeniem celów polityki państwa wynikających z konieczności sprostania nowym wyzwaniom (degradacja środowiska, komputeryzacja, globalizacja, europeizacja, postęp techniczny). Wdrożenie nowych strategii rozwoju w konsekwencji przekłada się na rozszerzenie zakresu oddziaływania zamówień publicznych, które mogą pełnić nie tylko funkcje ekonomiczne i polityczne, ale także funkcje społeczne, proekologiczne i proinnowacyjne.

Współcześnie system zamówień publicznych należy traktować wielowymiarowo. System ten oddziałuje nie tylko na politykę gospodarczą, ale również na inne obszary polityki państwa. Tradycyjnie zamówieniom publicznym przypisywana była funkcja ekonomiczna przejawiająca się zarówno w stymulowaniu gospodarki, jak i sprzyjająca racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych. Współcześnie system zamówień publicznych przewiduje szereg narzędzi, które dają możliwość podejmowania działań w aspekcie innowacyjnym, ekologicznym czy społecznym w celu stymulacji gospodar-

[18] *Skuteczne zamówienia publiczne dla Europy. Komisja Europejska*, COM (2017) 572 final.

ki w osiąganiu założonych przez politykę państwa celów strategicznych, w tym przede wszystkim wdrażania zasad zrównoważonego rozwoju oraz zasad wspólnego rynku.

Bibliografia

Adamowicz E., Walaszczyk E.: *Funkcje zamówień publicznych w świetle wykorzystania środków unijnych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Warszawa 2012.

Annual Report on European SMEs 2016/2017, European Commission 2017.

Borowiec A.: *Znaczenie i rola zamówień publicznych w polskiej gospodarce*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Białostockiej. Ekonomia i Zarządzanie" 2008, z. 12.

Buying green! A handbook on green public procurement, European Union 2016.

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

Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, Komisja Europejska. KOM (2010) 2020 wersja ostateczna.

Government at a Glance 2017, Paris 2017.

Green Paper. Public Procurement in the European Union: Exploring The Way Forward, COM (96) 583 final, Commission of the European Communities, Bruksela 1996.

Krajowy Plan Działań w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2017–2020, Warszawa 2017.

Preventing Coruption in Public Procurement, OECD 2016.

Public Procurement for Innovation: Good Practicies and Strategies, OECD 2017.

Skuteczne zamówienia publiczne dla Europy, Komisja Europejska, COM (2017) 572 final.

Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz. U. z 2009 nr 157, poz. 1240, art. 162, ust. 4.

Zamówienia publiczne siłą napędową innowacji w MSP i usługach publicznych, Komisja Europejska 2014.

Zielona Księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień, Komisja Europejska, COM (2011) 15 wersja ostateczna.

Zrównoważone zamówienia publiczne. Aspekty społeczne i środowiskowe w procedurze udzielania zamówienia w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, UZP, Warszawa, listopad 2017.

Dr Tomasz Budzyński
Katedra Finansów Publicznych, Wydział Ekonomiczny,
Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej

Dr Mirosław Urbanek
Katedra Polityki Gospodarczej, Wydział Nauk Społecznych,
Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

Centralny zamawiający w jednostkach samorządu terytorialnego

Abstrakt

Celem artykułu jest prezentacja i ocena instytucji centralnego zamawiającego na szczeblu samorządowym. Od 2017 roku ustawa Prawo zamówień publicznych wprowadziła możliwość tworzenia centralnego zamawiającego w jednostkach samorządu terytorialnego. Badania pokazują, iż wdrożenie instytucji centralnego zamawiającego wiąże się z wieloma korzyściami, takimi jak: zwiększenie efektywności ekonomicznej zamówień przez agregację potrzeb zakupowych i możliwość uzyskiwania mniejszych cen, redukcję kosztów transakcyjnych oraz korzyści ze strony organizacyjnej (poprzez standaryzację i uproszczenie). Proces wdrożenia instytucji centralnego zamawiającego znajduje się obecnie na wczesnym etapie i w związku z tym analizą objęto wyłącznie cztery przypadki.

Abstract

The aim of this article is to present and asses institution of centralized purchasing body in the sector of local government. Act of public procurement introduced the opportunity to implement the conception of centralized purchasing body in the sector of local government from 2017. Many analisis show that CBP conception have many advantages, like: increase of economical effectiveness of procurement obtained by aggregated volume of needs and better prices, reduction in transaction costs and benefit from organizational side (standardization and simplicity). The implementation of centralized purchasing body in local government is on the early stage and therefore only four examples has been analysed in this paper.

Wprowadzenie

System zamówień publicznych w Polsce stanowi ważny element dopełniający system finansów publicznych, stanowiąc bogaty, różnorodny i spójny sposób dokonywania wydatków publicznych o charakterze nabywczym (redystrybucyjnym), choć zgodnie

z art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jej zakres podmiotowy nie ogranicza się tylko do jednostek sektora finansów publicznych.

Zatem jednym z kluczowych celów prawidłowo funkcjonującego systemu zamówień publicznych jest wdrożenie właściwych zasad w zakresie dokonywanych wydatków publicznych, co pozostaje w ścisłej korelacji z art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Zgodnie z regulacją ustawową wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

- uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów;
- optymalnego doboru metod i środków, służących osiągnięciu założonych celów.

Ważnym trendem obserwowanym w procesie ewolucyjnych przemian w systemie zamówień publicznych w Polsce jest rozszerzanie zakresu stosowania instytucji centralnego zamawiającego o szczebel jednostek samorządu terytorialnego. Jest to wyraz szeroko rozumianej polityki zakupowej państwa, a jednocześnie przyczynia się do szerszej i pełniejszej realizacji zasad dokonywania wydatków publicznych.

Zasadniczym celem artykułu jest ocena funkcjonowania instytucji centralnego zamawiającego w jednostkach samorządu terytorialnego.

1. Cele wprowadzonych rozwiązań systemowych

Ustawodawca unijny w preambule do obecnej dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych wskazuje na pojawienie się silnej tendencji do agregacji zapotrzebowania przez publicznych nabywców w celu uzyskania ekonomii skali, w tym niższych cen i kosztów transakcyjnych, a także w celu poprawy i profesjonalizacji zarządzania zamówieniami. Służy temu koncentracja zakupów pod względem liczby zamawiających lub ilości i wartości zamówień w czasie[1].

Od strony systemowej realizacji tego celu służy powołanie do życia instytucji centralnej jednostki zakupowej realizującej scentralizowane i pomocnicze działania zakupowe, pełniącej jednocześnie dwie podstawowe role[2]:

- hurtownika poprzez dokonywanie operacji kupna, przechowywania i odsprzedaży;
- pośrednika poprzez udzielanie zamówień, obsługę dynamicznych systemów zakupów i zawieranie na rzecz innych zamawiających umów ramowych.

Z badań przeprowadzonych przez OECD wynika, iż centralizacja zamówień publicznych niesie ze sobą wiele korzyści, do których zaliczono między innymi[3]:

---

[1] Pkt 59 preambuły do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L Nr 94, s. 65 z późn. zm.).

[2] J. Pawelec: *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 203.

[3] Centralised Purchasing Systems in the European Union SIGMA Papers, No. 47, Paris 2011, s. 18–20; http://dx.doi.org/10.1787/5kgkgqv703xw-en.

- efektywność finansową – poprzez uzyskiwanie niższych cen dla zagregowanych, większych zamówień;
- efektywność realizacyjną – poprzez większe możliwości zastosowania zaawansowanych pozacenowych kryteriów oceny ofert i ich egzekwowania w procesie realizacji i użytkowania przedmiotu zamówienia publicznego, w tym aspektów społecznych, środowiskowych, innowacyjnych czy wspierania wykonawców reprezentujących sektor małych i średnich przedsiębiorstw;
- efektywność kosztową – poprzez ponoszenie znacznie niższych kosztów transakcyjnych;
- efektywność proceduralną – poprzez większe wykorzystanie procedur szczególnych, takich jak umowy ramowe i dynamiczny system zakupów;
- efektywność procesową – związaną ze standaryzacją produktów oraz procesów w ramach procedur udzielania zamówień publicznych;
- efektywność administracyjną – poprzez wypracowanie standardów udzielania zamówień o bardziej skomplikowanym charakterze;
- efektywność kadrową – poprzez utworzenie profesjonalnego zespołu osób obsługujących szeroko rozumiane procesy zakupowe przyczyniające się do logarytmicznego podnoszenia wartości kapitału ludzkiego w tego typu organizacjach.

Korzyści z procesu centralizacji zamówień mogą objąć przede wszystkim małych i średnich zamawiających w zakresie nabywania powszechnie dostępnych, standardowych dóbr i usług. A zatem w tym zakresie instytucja centralnego zamawiającego, zgodnie z zaleceniami OECD, jest dedykowana jednostkom samorządu terytorialnego[4].

Niebagatelnym aspektem wdrożenia instytucji centralnego zamawiającego w sektorze samorządowym jest kwestia zwiększania konkurencji na rynku pomiędzy wykonawcami, na co zwraca uwagę ustawodawca krajowy[5]. Ma to szczególne znaczenie w sytuacji funkcjonowania w sektorze samorządowym bardzo wielu zamawiających (liczne jednostki organizacyjne posiadające status samodzielnego zamawiającego), dysponujących stosunkowo niewielkimi środkami finansowymi w celu realizacji swoich potrzeb, które z natury rzeczy są potrzebami o małej skali. Tym samym duży wolumen zamówień publicznych w sektorze samorządowym jest udzielany poza stosowaniem procedur określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych z uwagi na zastosowanie wyłączenia przedmiotowego odnoszącego się do szacunkowej wartości zamówienia (poniżej 30.000 euro). Wdrożenie instytucji centralnego zamawiającego i związana z tym agregacja zapotrzebowań (zamówień) spowoduje w wielu przypadkach takie podwyższenie ich wartości, iż zajdzie konieczność stosowania procedur ustawowych, które bez wątpienia sprzyjają większej otwartości, wzrostowi konkurencyjności i dostępności w ubieganiu się o zamówienie publiczne, realizowanych przede wszystkim poprzez system publikowania ogłoszeń dotyczących prowadzonych postępowań w Biuletynie Zamówień Publicznych, jak i Dzienniku Urzędowym Unii Euro-

[4] Centralised …, s. 57.

[5] Art. 15c ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579).

pejskiej serii S, zarówno tych mających na celu udzielenie zamówienia publicznego, jak i zawarcie umowy ramowej czy ustanowienie dynamicznego systemu zakupów.

Nie należy przy tym zapominać o efektywności kontrolnej prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego czy postępowań z wykorzystaniem procedur specjalnych. Z pewnością przyczyni się do tego, będąca skutkiem agregacji zamówień, mniejsza liczba udzielanych zamówień, większa ich profesjonalizacja oraz rozszerzenie zakresu możliwości kontrolnych poprzez przeniesienie procedowania opartego na regulacjach wewnętrznych na procedowanie oparte o tryby udzielania zamówień publicznych, dopuszczalne na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Natomiast mając na uwadze stosunkowo niewielki zakres koncentracji zamówień publicznych w sektorze samorządowym w ramach całego systemu zamówień publicznych w Polsce, jak i słabo rozwiniętą współpracę międzyjednostkową, mało prawdopodobne jest, na obecnym etapie, ujawnienie się w tym zakresie tendencji niekorzystnych o cechach zaburzeń w odniesieniu do optymalnej gry konkurencyjnej na rynku, odnosząc to także do wykonawców należących do sektora małych i średnich przedsiębiorstw.

2. Istota i zadania centralnego zamawiającego w jednostkach samorządu terytorialnego

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r. zainicjowała procesy tworzenia instytucji centralnego zamawiającego i szerszej agregacji zamówień w sektorze samorządowym w pełnym zakresie[6]. Instytucja centralnego zamawiającego była wcześniej obecna w polskim systemie zamówień publicznych (od 2006 r.), ale ograniczono pole jej działania zasadniczo do administracji rządowej.

Organem uprawnionym w materii powołania do życia centralnego zamawiającego jest organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego, który może w drodze uchwały[7]:

1. wskazać albo powołać podmiot wykonujący zadania centralnego zamawiającego, albo określić sposób powoływania takich podmiotów,
2. określić zakres działania tych podmiotów,
3. oznaczyć zamawiających obowiązanych do nabywania określonych rodzajów zamówień od centralnego zamawiającego, udzielania zamówień na podstawie umowy ramowej zawartej przez centralnego zamawiającego lub objętych dynamicznym systemem zakupów obsługiwanym przez centralnego zamawiającego,
4. określić sposób współdziałania z centralnym zamawiającym

mając na względzie zapewnienie większej efektywności, profesjonalizacji udzielania zamówień oraz zwiększenie konkurencji.

---

[6] Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

[7] Art. 15c ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579).

Pod względem podmiotowym rolę centralnego zamawiającego może pełnić wyłącznie jednostka posiadająca status zamawiającego wynikający z przynależności kręgu do jednostek sektora finansów publicznych, państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej lub podmiotów prawa publicznego, a także ich związków.

Zakres zadań centralnego zamawiającego związany jest z trzema wariantami funkcji, które może pełnić:

1. funkcję hurtownika – nabywania dostaw lub usług z przeznaczeniem dla zamawiających;
2. funkcję pośrednika – udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych, których przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi z przeznaczeniem dla zamawiających;
3. funkcję podmiotu wspomagającego przy wykonywaniu pomocniczych działań zakupowych, do których należą:
   - zapewnienie infrastruktury technicznej umożliwiającej zamawiającemu udzielanie zamówień lub zawieranie umów ramowych;
   - doradztwo dotyczące przeprowadzania lub planowania postępowań o udzielenie zamówienia;
   - przygotowanie postępowań o udzielenie zamówienia i przeprowadzanie ich, w imieniu i na rzecz zamawiającego.

Zakres zadań przypisany centralnemu zamawiającemu należy uznać za szeroki, wielowariantowy oraz w pełni wystarczający, by dyskontować korzyści płynące z powołania do życia tego typu instytucji. W różnoraki sposób można ustalić sposób powiązań i działań pomiędzy centralnym zamawiającym a zamawiającym:

- od pełnego przeniesienia zadań (rola klienta),
- poprzez umiarkowany zakres transferu zadań (rola realizatora zamówień lub umów ramowych),
- aż do częściowego tylko przeniesienia zadań (pomocnicze działania zakupowe).

Prawidłowej realizacji roli centralnego zamawiającego niewątpliwie służy wyłączenie przedmiotowe wskazane w art. 4 pkt 11 ustawy, które dotyczy nabywania dostaw, usług lub robót budowlanych od centralnego zamawiającego lub od wykonawców wybranych przez centralnego zamawiającego.

Ustawodawca określił ponadto w dogodny sposób możliwości wykorzystania przez instytucje zamawiające instrumentu, jakim jest umowa ramowa zawarta przez centralnego zamawiającego, dając mu prawo wyboru jednej (określonej w umowie ramowej) z dwóch opcji – na mocy której zamawiający:

- ponownie przeprowadzą postępowanie konkurencyjne wśród wykonawców objętych tą umową i dokonają wyboru najkorzystniejszej oferty lub
- wskażą, którzy wykonawcy wśród wykonawców objętych tą umową będą realizować składane przez nich zamówienie.

Ponadto ustawodawca (tak unijny, jak i krajowy) narzucił konieczność zastosowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia przeprowadzanych przez centralnego zamawiającego wyłącznie środków komunikacji elektronicznej.

Dobrym rozwiązaniem związanym z implementacją instytucji centralnego zamawiającego w sektorze samorządowym jest wykorzystanie do tego celu rozwiązania w postaci samorządowego centrum usług wspólnych, które może być tworzone na wszystkich szczeblach samorządu terytorialnego w Polsce na podstawie przepisów ustaw ustrojowych, które wprowadziły takie rozwiązanie od 2016 r.[8]

Ideą służącą wprowadzaniu rozwiązań organizacyjno-prawnych w postaci samorządowego centrum usług wspólnych jest zapewnienie przez jednostki samorządu terytorialnego wspólnej obsługi:

- jednostkom organizacyjnym danego podmiotu zaliczanym do sektora finansów publicznych,
- samorządowym instytucjom kultury oraz
- osobom prawnym, utworzonym na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, zaliczanym do sektora finansów publicznych

w zakresie spraw administracyjnych, finansowych i organizacyjnych[9]. Dołączenie do zakresu kompetencji samorządowego centrum usług wspólnych zakresu zadań przewidzianych dla centralnego zamawiającego jest z pewnością komplementarnym i integrującym dla całości gospodarki samorządowej wyjściem niosącym ze sobą efekt swoistej synergii.

3. Ocena funkcjonowania instytucji centralnego zamawiającego na szczeblu samorządowym

W chwili obecnej, z uwagi na stosunkowo krótki okres obowiązania rozwiązań w zakresie tworzenia centralnych zamawiających na szczeblu jednostek samorządu terytorialnego, jak i powoływania samorządowych centrów usług wspólnych, dokonanie bardziej kompleksowej i pełnej oceny funkcjonowania powiązanych ze sobą instytucji nie jest możliwe. Mamy bowiem do czynienia dopiero z początkowym etapem w pewnym cyklu życia tych instytucji, co rzutuje też na zakres prowadzonej analizy ograniczonej do kilku tylko przykładów.

Znaczna część samorządów, przede wszystkim na szczeblu gminnym, utworzyła samorządowe centra usług wspólnych, których najczęściej spotykaniem zadaniem jest zapewnienie obsługi o charakterze administracyjnym, finansowym i organizacyjnym dla podległych im placówek wykonujących zadania z zakresu oświaty (przedszkola, żłobki, szkoły, poradnie psychologiczno-pedagogiczne).

Niewiele z nich zdecydowało się natomiast na przypisanie im także w różnym wymiarze kompetencji i zadań centralnego zamawiającego. W artykule poddano analizie 4 następujące przypadki (jednostki) wykorzystywania funkcji centralnego zamawiającego:

---

[8] Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 1045).

[9] *Prawne aspekty organizacji i funkcjonowania samorządowych centrum usług wspólnych,* red. K. Ziemski, I. Wieczorek, Łódź 2016, s. 39.

1. Samorządowe Centrum Usług Wspólnych w Żninie;
2. Centrum Usług Wspólnych Domów Pomocy Społecznej w Radomiu;
3. Lubelskie Centrum Ekonomiczno-Administracyjne Oświaty w Lublinie;
4. Urząd Miasta Rzeszowa – Wydział Centralnego Zamawiającego.

Wszystkie 4 jednostki pełniące rolę centralnego zamawiającego zorganizowane były w formie jednostki budżetowej, a więc podstawowej jednostki sektora finansów publicznych. Z jednej strony ustawodawca przewidział możliwość zastosowania dla centralnego zamawiającego w sektorze samorządowym szerokiego zakresu form organizacyjno-prawnych, z drugiej strony analizowane jednostki obsługują przede wszystkim inne jednostki budżetowe, a zatem zaletą jest zachowanie jednorodności formy organizacyjno-prawnej. Dodatkowo ułatwia to prowadzenie gospodarki finansowej w jednostce wykonującej zadania centralnego zamawiającego i jednocześnie rozwiązuje problem wynagrodzenia za czynności przez niego wykonywane. Centralny zamawiający zorganizowany w formie jednostki budżetowej pokrywa bowiem koszty swojego funkcjonowania bezpośrednio w formie wydatków budżetu gminy, przez co nie rodzi to obciążenia finansowego dla jednostek obsługiwanych. Trzy analizowane jednostki pełnią ponadto rolę samorządowego centrum usług wspólnych, stanowiąc odrębne jednostki budżetowe. W dwóch przypadkach powierzenie zadań centralnego zamawiającego odbyło się jednocześnie z powołaniem do życia całej jednostki (Radom, Lublin). Natomiast w przypadku nr 4 (Rzeszów) obowiązki centralnego zamawiającego zostały powierzone Urzędowi Miasta Rzeszowa, którego zadania w tym zakresie realizuje Wydział Centralnego Zamawiającego.

Analizowane jednostki mają różną długość okresu funkcjonowania. Najdłużej funkcjonuje instytucja centralnego zamawiającego w Rzeszowie (od 1 stycznia 2017), krócej w Radomiu (od 1 kwietnia 2017), zaś najkrócej w Żninie i Lublinie (od 1 stycznia 2018).

Istotne różnice zauważalne są także w zakresie kompetencji (zadań) powierzonych centralnemu zamawiającemu. I tak:

- pełny zakres, zgodnie z art. 15c ustawy Prawo zamówień publicznych, występuje w jednostce nr 2 (Radom);
- duży zakres (przygotowywanie i przeprowadzanie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i udzielanie zamówień publicznych na potrzeby jednostek obsługiwanych) występuje w jednostce nr 1 (Żnin);
- umiarkowany zakres, na który składają się:
  a) przygotowywanie i przeprowadzanie postępowań o udzielenie zamówień publicznych,
  b) zawieranie umów ramowych,
  c) pomocnicze działania zakupowe

  występuje w jednostce nr 3 (Lublin);
- mały zakres (dotyczy tylko pomocniczych działań zakupowych polegających na przeprowadzeniu postępowań o udzielenie zamówień w imieniu i na rzecz zamawiających) występuje w jednostce nr 4 (Rzeszów).

Ważnym aspektem istotnego znaczenia centralnego zamawiającego jest agregacja jednostkowych zamówień o podobnym charakterze – jest on realizowany tylko przez 2 jednostki (Żnin i Radom), ponadto prowadzą one również postępowania o zamówienia publiczne o wartości do 30.000 euro. W pozostałych dwóch jednostkach realizowana jest idea prowadzenia postępowań jednostkowych, co wiąże się z zakresem kompetencji centralnego zamawiającego ograniczonym w zasadzie tylko do działań wspomagających.

Kolejny poziom analizy dotyczy liczby i jednorodności zadań jednostek obsługiwanych przez centralnego zamawiającego. Jednostka nr 2 (Radom) obsługuje tylko 4 podmioty, ale o jednorodnym charakterze zadań (domy pomocy społecznej). Jednostka nr 1 (Żnin) obsługuje 13 podmiotów (prawie wszystkie jednostki gminne – realizujące zadania z zakresu oświaty, kultury i sportu). Jednostka nr 3 (Lublin obsługuje 71 podmiotów o jednorodnym charakterze zadań z zakresu oświaty (przedszkola i poradnie psychologiczno-pedagogiczne). Natomiast centralny zamawiający w Rzeszowie obsługą obejmuje wszystkie jednostki miejskie (109 podmiotów) o różnorodnym, przekrojowym charakterze realizowanych zadań.

Warto jeszcze zwrócić uwagę na potencjalne korzyści, które były podstawą do wdrożenia w badanych gminach miejskich instytucji centralnego zamawiającego. Rada Miejska w Żninie w uzasadnieniu do podjętej uchwały podkreśliła dwa specyficzne typy korzyści[10]:

- usprawnienie pracy pracowników administracyjnych jednostek poprzez składanie zapotrzebowania na dany asortyment w określonym terminie, co w konsekwencji wpłynie na zmniejszenie ilości jednopozycyjnych faktur;
- odciążenie pracowników z konieczności poszukiwania dostawcy do jednorazowego zakupu oraz przeniesienie obowiązku dostaw na wykonawcę w przypadku zakupów sukcesywnych.

Natomiast Rada Miasta Rzeszowa skoncentrowała się przede wszystkim na potencjalnych oszczędnościach wygenerowanych przez lepsze wykorzystanie posiadanych zasobów i obniżenie kosztów operacyjnych[11].

Zakończenie

Instytucja centralnego zamawiającego w sektorze samorządowym jest z pewnością trafnym, korzystnym i nowoczesnym rozwiązaniem wpisującym się w europejskie trendy obecne w systemie zamówień publicznych, znajdującym się dopiero na bardzo wczesnym etapie rozwoju. Niski poziom praktycznego wdrożenia tej instytucji

[10] Uchwała nr XXXVIII/465/2017 Rady Miejskiej w Żninie z dnia 1 grudnia 2017 r. w sprawie wskazania centralnego zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów na potrzeby jednostek obsługiwanych.

[11] Uchwała nr XXXII/682/2016 Rady Miasta Rzeszowa z dnia 25 października 2016 r. w sprawie wskazania Urzędu Miasta Rzeszowa jako podmiotu wykonującego zadania centralnego zamawiającego.

tylko po części wynika z krótkiego horyzontu czasowego. Jest to zapewne skutkiem dużej bezwładności i petryfikacji struktur jednostek samorządowych, zaś z drugiej strony przeszkodą dla impetu rozwojowego jest przymus komunikacji elektronicznej dla centralnego zamawiającego. Z chwilą przejścia na elektroniczny system zamówień publicznych to, co dotychczas stanowiło barierę, może okazać się nieocenioną zaletą (koszty infrastrukturalne i operacyjne systemu elektronicznego).

Analizowane w pracy przykłady jednostek wykorzystujących instytucje centralnego zamawiającego pokazują duże możliwości dostosowania jej do potrzeb i wymagań konkretnej jednostki samorządowej – zarówno dla niewielkiej gminy**,** jak i dużego miasta.

Z pewnością część korzyści (przeważnie tych finansowych) była już osiągana poprzez wykorzystanie innego dostępnego już wcześniej rozwiązania – wspólnego udzielania zamówień na potrzeby urzędu gminy i jej jednostek organizacyjnych. Przykładem takich działań może być miasto Lublin, które dokonuje agregacji i prowadzi wspólne postępowania w zakresie zakupu usług zakresu dostaw energii elektrycznej, gazu, ciepłej i zimnej wody, obsługi bankowej, ubezpieczenia majątku oraz usług teleinformatycznych.

Dalszy i szybszy rozwój instytucji centralnego zamawiającego w sektorze samorządowym będzie z pewnością zdeterminowany elektronizacją systemu zamówień publicznych i widocznymi korzyściami w jednostkach stosujących to rozwiązanie. Nie bez znaczenia pozostaje także kwestia rozwoju współpracy pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego (np. z obszaru danego powiatu) wyrażająca się w formie powołania wspólnego centralnego zamawiającego, choć, by to nastąpiło potrzeba woli politycznej, zmian organizacyjnych i wydaje się, że również prawnych.

Bibliografia

Centralised Purchasing Systems in the European Union *SIGMA Papers*, No. 47, OECD 2011, Paris. http://dx.doi.org/10.1787/5kgkgqv703xw-en

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

Marciniak M.: *Wspólne udzielanie zamówień*, „Przetargi Publiczne", grudzień 2017.

Pawelec J.: *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.

Prawne aspekty organizacji i funkcjonowania samorządowych centrum usług wspólnych, red. K. Ziemski, I. Wieczorek, Łódź 2016, s. 39.

Uchwała nr XXXII/682/2016 Rady Miasta Rzeszowa z dnia 25 października 2016 r. w sprawie wskazania Urzędu Miasta Rzeszowa jako podmiotu wykonującego zadania centralnego zamawiającego.

Uchwała nr XXXVIII/465/2017 Rady Miejskiej w Żninie z dnia 1 grudnia 2017 r. w sprawie wskazania centralnego zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów na potrzeby jednostek obsługiwanych.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579).

Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2077).

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016, poz. 1020).

Dr Norbert Gill
Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu

Obszary potencjalnych zagrożeń dla sprawnego wykorzystania zamówień publicznych do realizacji polityki zakupowej państwa

Abstrakt

Niniejszy artykuł jest analizą obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych[1] (dalej jako ustawa lub Pzp), które zdaniem autora „wymagają pogłębionej dyskusji i nowego spojrzenia". W szczególności bowiem „wypunktowano te", które pozwalają na zachowania nietransparentne, a więc potencjalnie niebezpieczne i mogące rodzić w skrajnej formie zachowania korupcyjne.

Ewentualna pogłębiona dyskusja wokół tych kwestii może w nowym planowanym uregulowaniu dotyczącym zamówień publicznych wyeliminować te niedoskonałości, w myśl zasady, że każde nowe prawo winno być lepsze i w pełni implementować fundamenty zasady państwa prawa.

Analiza ustawy Prawo zamówień publicznych będzie polegała na omówieniu instytucji z przywołaniem stosownych przepisów prawa i zilustrowaniu tych instytucji przykładami potencjalnych zagrożeń. Jak to w „życiu bywa", motorem działania zazwyczaj jest motyw osiągnięcia korzyści majątkowej, niemniej nie można wykluczyć także motywów innego rodzaju, które pozostają pochodną pojęcia korzyści (osiągnięcie korzyści osobistej).

Pozostaje wierzyć, że niniejsze opracowanie pomoże podjąć właściwe decyzje w zakresie kształtu przyszłych uregulowań prawnych, które przyczynią się do stworzenia skutecznego systemu a zarazem bezpiecznego wydatkowania pieniędzy publicznych, dodajmy systemu wolnego od zjawisk nietransparentnych, a przynajmniej eliminującego ich nadmierną ilość.

Abstract

This article analyses existing provisions of the Act of 29 January 2004 – Public Procurement Law (i.e. Journal of Laws of 2017, item 1579, as amended), which, according to the author, „requires in-depth discussion and a new perspective". Especially, „those were pointed out", which allow non-transparent, and therefore potentially dangerous, behavior which may lead in its extreme form to corruption. A possible in-depth discussion on these issues may eliminate these imperfections in the planned new regulation on public procurement, according to the principle that each new law should be better and fully implement the foundations of the rule of law.

An analysis of the Public Procurement Law will consist in a description of the institution with reference to relevant legal provisions and illustration of these institutions with examples of potential

[1] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - *Prawo zamówień publicznych*, Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.

threats. Nota bene just like in life „ the motive of action is usually the motive of achieving financial gain, however, it is also impossible to exclude other motives that derive from the notion of benefits (personal gain).
It remains to be believed that this study will help to make the right decisions on the shape of future legal regulations, which will contribute to the creation of an effective system and safe spending of public money, let us add a system which is free of, or at least with a limited number of non-transparent phenomena.

1. Zasady udzielania zamówień publicznych

Ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera w Dziale I Rozdziale 2 regulację dotyczącą zasad udzielania zamówień. Jak w każdym akcie prawnym, który kompleksowo reguluje daną dyscyplinę prawa zdefiniowanie oraz ustalanie rzeczywistej treści normatywnej zasad ma fundamentalny wpływ na dokonanie wykładni i ocenę roli pozostałych przepisów ustawy. Zasady bowiem stanowią „wspólny mianownik", do którego należy sprowadzić inne przepisy w trakcie ich stosowania przy ocenie konkretnych stanów faktycznych.

Zgodnie z art. 7 Pzp podstawową zasadą jest zasada równości i uczciwej konkurencji. Zasada ta obowiązuje od momentu wejścia ustawy w życie oraz była ona obecna we wcześniejszych regulacjach w przedmiocie zamówień publicznych, jakie do tej pory obowiązywały w Polsce. Zasada równości w szczególności polega na równym dostępie do informacji i traktowaniu jedną miarą wszystkich wykonawców. Potencjalne zagrożenia, które mogą mieć miejsce przy implementowaniu tej zasady w praktyce udzielania zamówień, mogą polegać na przekazywaniu przez osoby po stronie zamawiającego dodatkowych informacji pewnym wykonawcom, przy czym są to tego rodzaju informacje, które nie są dostępne dla pozostałych wykonawców. Może to polegać na przekazaniu wiedzy na temat ilości środków, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na zamówienie, przy czym należy zaznaczyć, że informacja na temat wartości szacunkowej lub w/w ilości środków nie musi być przed momentem otwarcia ofert udostępniana wykonawcom. Zgodnie bowiem z treścią protokołu postępowania te właśnie informacje mogą zostać dopiero ujawnione w protokole, np. na publicznej sesji otwarcia ofert. Dlatego też, jeżeli opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w ten sposób, że tylko jeden lub wybrani wykonawcy będą mogli złożyć oferty, które zostaną złożone na wartości takie, aby zamawiający „pozbył się" wszystkiego, co na ten cel przeznaczył. Wynika z tego , że naruszenie zasady równości w tym miejscu może wiązać się z potencjalnymi zmowami osób po stronie zamawiającego a wykonawcami.

Problemu tego w żaden sposób nie rozwiąże wprowadzenie do ustawy na mocy nowelizacji z 22 czerwca 2016 r.[2] art. 13a dotyczącego publikowania planów postępowań o udzielenie zamówień. Kształt art. 13a, skądinąd bardzo potrzebnego, nie został prawidłowo wymodelowany. Jego wadą jest brak wpisania do ustawy obowiązku ak-

[2] Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r. poz. 1020)

tualizacji planów w trakcie roku. Także ustawa, w art. 13a ust. 2, nie nakłada na zamawiającego obowiązku uszczegółowienia planu w taki sposób, aby pełnił on ewentualną rolę narzędzia zapewniającego transparentność zamówień (instytucji antykorupcyjnej). Ust. 2 art. 13a nakazuje, aby ów plan zawierał wskazanie przedmiotu zamówienia wraz z ustaleniem jego rodzaju (dostawa, usługa, robota budowlana), przewidywany tryb udzielenia, orientacyjną wartość i przewidywany termin wszczęcia postępowania w ujęciu kwartalnym lub miesięcznym. Pojęcie „orientacyjna wartość" jest pojęciem absolutnie nieostrym i nie nawiązuje do ustalonych, ustawowych znaczeń, takich jak wartość szacunkowa zamówienia czy ilość środków, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Dlatego też wszyscy potencjalni wykonawcy w oparciu o wskazany plan nie będą mogli konkurować ze sobą w taki sposób, aby ustalając cenę swojej oferty wiedzieli, jaki zakres ryzyka gospodarczego skalkulowali pozostali uczestnicy rynku. Ci z kolei, którzy w sposób nietransparentny taką wiedzę uzyskają od osób po stronie zamawiającego, swoje oferty skalkulują tak, aby pozwoliło im to osiągnąć maksymalne korzyści. Właściwym byłoby znowelizowanie art. 13a w taki sposób, aby z niniejszego planu wszyscy uczestnicy rynku zamówień mogli podjąć informacje na tyle jednoznaczne i precyzyjne, by doprowadziły do tego, że w momencie kalkulowania ceny oferty będą oni ustalać jej treść i wartość w równy sposób, tzn. nie będzie istniał motyw do wchodzenia w zmowę z osobami po stronie zamawiającego. Właściwym także byłoby ustawowe zapisanie obowiązku aktualizacji planu udzielanych zamówień. Brak obowiązku aktualizacji także pozwala na zachowania nietransparentne, gdyż w ten sposób zamawiający będzie mógł limitować wiedzę potencjalnych wykonawców o tym, czy w danym roku jakieś postępowanie o udzielenie zamówienia zostanie wszczęte czy nie. Ryzyko nietransparentności dotyczy w szczególności tzw. dużych zamówień, które wymagają, na etapie składania ofert i późniejszej realizacji, dużych nakładów organizacyjnych i finansowych. Jeżeli zatem ktoś posiada wiedzę niedostępną dla innych, iż zamówienie takie się pojawi, może przed pozostałymi uczestnikami rynku usiłować zawrzeć porozumienie co do źródeł zaopatrzenia czy rynku podwykonawców, na warunkach, które nie będą dostępne dla pozostałych, gdy postępowanie zostanie oficjalnie ogłoszone. Dlatego też w tym obszarze, tj. mechanizmów antykorupcyjnych, tak wydawałoby się niewielka legislacyjna usterka art. 13a, jak brak obowiązku aktualizacji planów, może mieć swoje znaczenie i konsekwencje. Tego samego rodzaju legislacyjną usterką niniejszego artykułu jest także brak obowiązku konkretyzowania „ilości" wszczynanych postępowań, albowiem gdy zamawiający poda tylko rodzaj zamówienia, np. roboty budowlane oraz ich przedmiot, np. roboty modernizacyjne w kopalni, stwierdzenie takie nie ma żadnego waloru informacyjnego na temat tego, jak w przyszłości „będą wyglądały" konkretne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wracając zatem do zasady równości należy nabrać przekonania, że niewłaściwa jej implementacja może pociągnąć za sobą opisane zachowania, sprzeczne z obiektywnie obowiązującym porządkiem prawnym, których podstawą było osiągnięcie korzyści. W tle zatem, jak wynika z przywołanych przykładów, takim zachowaniem może być

zmowa przetargowa, mająca na celu podział zysków, gdzie poszkodowanym będzie dana instytucja publiczna.

Drugą z zasad jest zasada uczciwej konkurencji. Zasada ta tak samo,gdy jest niewłaściwie stosowana, rodzi możliwość zawiązywania potencjalnych zmów i porozumień. Uczciwa konkurencja dotyczy bowiem w szczególności opisywania przedmiotu zamówienia. Bardzo rzadko zamawiający dysponuje personelem, który potrafi samodzielnie przygotować opis przedmiotu zamówieniaw sposób bezstronny, obiektywny, jednoznaczny, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dlatego też ten moment jest „krytyczny", albowiem osoby po stronie zamawiającego właśnie celem sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia poszukują niejednokrotnie kontaktu z wykonawcami, aby to oni przygotowali im gotowy opis. Określenie „moment krytyczny" jest nieprzypadkowe, albowiem w sytuacji, gdy wykonawca sam sporządził opis przedmiotu zamówienia, zrobił to w taki sposób, że opis ten w całości preferuje oferowane przez niego rozwiązanie i zapewnia mu maksymalną korzyść. Natomiast sam fakt zwrócenia się przez osobę po stronie zamawiającego do wykonawcy i wybór właśnie tego „konkretnego" wykonawcy, także nie musi być efektem analizy rzeczywistych usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego, a może być związany z oczekiwaniem korzyści od wykonawcy lub wprost z jej żądaniem. Jeżeli zatem dojdzie do porozumienia lub zmowy pomiędzy osobami po stronie zamawiającego a wykonawcą na etapie opisu przedmiotu zamówienia, osoby te współdziałają ze sobą także na dalszych etapach postępowania i to tak naprawdę wykonawcy następnie odpowiadają na zapytania i decydują o tym, kto złoży ofertę (czy inni poza tym jednym zostaną dopuszczeni do złożenia oferty). Na marginesie zauważyć można, że przyczynkiem do tego rodzaju zachowań, tj. „zlecania" wykonawcom opisywania przedmiotu zamówienia, może być brak fachowej wiedzy po stronie osób z ramienia zamawiającego, brak kompetencji, brak szkoleń lub po prostu na początku chęć zaoszczędzenia czasu lub wysiłku. Jak ukazuje powyższy opis może to przerodzić się w zwyczajne zachowanie korupcyjne mające znamiona zmowy. Remedium na to mogłoby być zlecanie opisu przedmiotu zamówienia biegłym, co jednak nieczęsto się zdarza z uwagi na fakt, że za tego rodzaju usługę należy zapłacić wynagrodzenie, co w instytucjach zamawiających jest niemile widziane i, jak pokazuje doświadczenie, rzadko stosowane.

Z drugiej strony zaznaczyć należy, iż jakikolwiek udział wykonawców przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia nie musi mieć charakteru nielegalnego i nietransparentnego, niemniej fakt ten powinien być w dokumentach postępowania odnotowany. Inni wykonawcy powinni mieć o tym wiedzę, aby móc fakt ten skontrolować i w skrajnych przypadkach żądać wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Prawną implementacją takiej instytucji, która w sposób transparentny umożliwia udział wykonawców w przygotowaniu postępowania jest opisany w art. 31 od lit. a do lit. d dialog techniczny, którego celem jest uzyskanie właśnie wiedzy eksperckiej, którą posiadają wykonawcy, lub uzyskanie doradztwa od nich, lub informacji wysoce specjalistycznej. Dialog taki jednak ma charakter publiczny, poprzedzony jest ogłoszeniem na stronie internetowej zamawiającego, a prowadzenie dialogu winno zapewnić zachowanie

uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań. Dialog taki zatem jest przeciwstawieniem tego, co opisano powyżej, czyli uzyskiwania informacji od wykonawców w sposób nietransparentny poprzez odbieranie od nich gotowych opisów, gdy osoby po stronie zamawiającego i wykonawcy nie tylko tego nie ujawniają tego, co uzyskały od wykonawców, ale starają się utrzymać w ścisłej tajemnicy. Przełamanie tego porozumienia bywa trudne, gdyż osoby te, podobnie jak przy przestępstwie udzielenia korzyści, wzajemnie są zainteresowane, aby zacierać ślady wszelkich wspólnych działań.

Kolejnymi zasadami, które wprowadziła nowelizacja z czerwca 2016 r., są zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Obie te zasady zostały dopisane do art.7 ust. 1 Pzp. Zasady te odczytywane czy to w rozdzieleniu, czy w połączeniu ze sobą, w wysokim stopniu powinny wpływać na stopień praworządności prowadzonych procedur o udzielenie zamówienia publicznego. Są bowiem narzędziem, które może stanowić „papierek lakmusowy", który pomoże ocenić i dostrzec, czy w danym konkretnym postępowaniu nie doszło do jakiegoś porozumienia pomiędzy osobami po stronie zamawiającego i wykonawcą. Owa przejrzystość, o jakiej mowa w zasadzie, to coś więcej niż tylko zasada jawności z art. 8 Pzp. Przejrzystość implementowana jest w ustawie poprzez zobowiązanie zamawiającego do tego, aby uzasadniał swoje decyzje, w szczególności w protokole z postępowania oraz sporządzał dokumentację przetargową w taki sposób, który umożliwi jej weryfikację każdemu zainteresowanemu tak, aby móc odczytać i ocenić motywy, jakimi kierował się zamawiający. Przejrzystość pozwoli zatem dostrzec, czy usprawiedliwione potrzeby zamawiającego ujawnione np. poprzez opis przedmiotu zamówienia, mają szansę być zaspokojone przy poszanowaniu zasady konkurencyjności i równości wykonawców, czy przeciwnie – sposób zaspokajania tych potrzeb jest arbitralny i *de facto* przynosi korzyść „z góry" wskazanym wykonawcom, a nie samemu zamawiającemu.

Zasada proporcjonalności natomiast nakazuje kształtowanie wszystkich instytucji ustawowych w taki sposób, aby przebieg postępowania i treść dokumentacji przetargowej były adekwatne do celu, który spowodował wszczęcie postępowania, a nie były nakierowane na preferowanie wykonawcy, co mogłoby się zdarzyć, jeżeli mamy do czynienia ze zmową przetargową. Owa proporcjonalność powinna wpływać na ustalenie warunków udziału w postępowaniu, które nie mogą być nadmierne w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia. Tak samo powinna ona wpływać na kształtowanie terminów na sporządzenie oferty, terminu udzielenia odpowiedzi na zapytania do SIWZ, równe uwzględnianie wniosków wykonawców, równą ocenę składanych przez nich oświadczeń i wyjaśnień etc., tak, aby wszyscy zainteresowani byli traktowani w sposób równy. Reasumując, przywołane zasady równego traktowania, zachowania zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości, mogą zatem zostać wykorzystane przez instytucje kontroli oraz organy ścigania jako wstępny wzorzec, który umożliwi rozpoznanie, czy w danym postępowaniu mogło dojść do praktyk zabronionych. Należy mieć świadomość, że zasady postępowania rangi ustawowej, jakkolwiek nie zostałyby ukształtowane, nigdy nie będą same z siebie stanowiły skutecznej zapory dla popełniania czynów zabronionych. Niemniej, jak zaznaczono, sposób ich

implementacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi pierwszy krok do oceny pozostałych przepisów ustawy pod kątem pełnienia przez nie roli mechanizmów antykorupcyjnych.

2. Szacowanie wartości przedmiotu zamówienia i podział zamówienia

Kolejną instytucją, którą należy przeanalizować, jest szacowanie wartości zamówienia. Szacowanie to może być dokonane w dwojaki sposób: albo przy zastosowaniu tzw. metody historycznej, albo prognostycznej. Metoda historyczna to nic innego jak odniesienie się do cen i wartości z poprzednio podpisanych umów, udzielanych zamówień na ten sam przedmiot zamówienia. Metoda prognostyczna to badanie rynku i zbieranie ofert od potencjalnych wykonawców. Szacowanie wartości zamówienia jest zatem dla zamawiającego informacją, jaką ilość środków winien zabezpieczyć dla realizacji zamówienia. Szczególnie niebezpieczne pod kątem zachowania zasady uczciwej konkurencji, jak i pozostałych zasad w zamówieniach publicznych, jest zastosowanie metody prognostycznej, gdyż pozwala zamawiającemu przeprowadzić to w taki sposób, że ustalona wartość będzie nieadekwatna do rzeczywistości, co może zostać przeprowadzone w sposób absolutnie celowy i świadomy. Wystarczające bowiem jest zwrócenie się do podmiotów, które w porozumieniu przedstawią oferty zaniżone lub zawyżone. Czym to skutkuje? Przy ofertach zaniżonych ilość środków, jaką zamawiający przeznacza na realizację zamówienia, spowoduje, że na etapie oceny ofert, jeżeli postępowanie miałoby zostać rozstrzygnięte na korzyść wykonawcy, który nie pozostaje w porozumieniu z osobami po stronie zamawiającego, można w łatwy sposób unieważnić postępowanie na postawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przepis ten stanowi, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Z drugiej strony wyszacowanie wartości zamówienia na kwoty nieadekwatne do sytuacji rynkowej, w połączeniu z faktem, że opis przedmiotu zamówienia preferuje z góry wskazanego wykonawcę, pozwala „umówionemu"wykonawcy złożyć ofertę na kwoty zawyżone. W takiej sytuacji możemy mówić o nieusprawiedliwionym zysku, który w części stanowi korzyść majątkową, która z kolei może ulec podziałowi pomiędzy osoby pozostające w zmowie.

Narzędziem, które mogłoby stanowić przeszkodę dla tego rodzaju praktyk, a co najmniej mogłoby stanowić właśnie mechanizm kontroli rzetelności dokonanego szacowania, jest obowiązek załączenia do dokumentacji porównania cen rynkowych, które przy dużej ilości zamówień publikowane są w Internecie. Przy zamówieniach o charakterze wysoce specjalistycznych lub o dużej wartości właściwym byłoby korzystanie z opinii biegłych lub rzeczoznawców. Natomiast w każdym przypadku, zarówno przy zamówieniach małych co do wartości, jak i specjalistycznych o dużej wartości, celowym byłoby wprowadzenie zasady „dwóch par oczu", polegającej na weryfikacji już ustalonych wartości przez inną osobę na podstawie alternatywnych źródeł informacji.

Praktyką „nielegalną" jest szacowanie wartości w taki sposób, że osoby po stronie zamawiającego ustalają z wykonawcą ceny, jakie zaproponują oni w przetargu, dając im do zrozumienia, że opis przedmiotu zamówienia będzie dostępny wyłącznie dla nich. Fakt taki jest karygodny, a uzyskana oferta jest kontrapozycją dla pojęcia najkorzystniejszej oferty, opisanego w art. 2 pkt 5 Pzp. Tego rodzaju przypadki są szczególnie trudne do wykrycia i ukarania, gdyż obie ze stron zainteresowane są utrzymaniem tego w ścisłej tajemnicy. Taki nietransparentny układ może także rodzić konsekwencje tego typu, że zapłatę, jaką wykonawca uzyska za świadczenie, które jest nieekwiwalentne do rzeczywistej wartości, przeznacza na z góry wskazany przez zamawiającego cel, jak np. sfinansowanie osobistych korzyści osób po stronie zamawiającego (wyjazdy *quasi*-konferencyjne etc).

Kolejną instytucją, która jest wyjątkowo czułym barometrem dla oceny działań zamawiającego pod kątem spełnienia zasad postępowania, jest kwestia łączenia i podziału zamówienia. Powyższe zagadnienie reguluje art. 5b pkt 2 Pzp, który stanowi, że zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na odrębne zamówienia w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości. Uzupełnieniem tej regulacji jest art. 32 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy zaniżać wartości zamówienia lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia. Rozwinięciem powyższego jest ust. 4, według którego, jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Z przywołanych przepisów wynika, że zamawiający powinien co do zasady w przypadku udzielania zamówień tego samego rodzaju łączyć ich wartość i na tej podstawie ustalać „ścieżkę" przepisów, według której prowadzić będzie postępowanie. Nieuprawnione dzielenie zamówień może spowodować, że dane jednostkowe zamówienie swoją wartością może spaść poniżej tzw. progu bagatelności opisanego w art. 4 pkt 8 Pzp, czyli poniżej równowartości kwoty 30 000 euro. Tymczasem, gdyby zamawiający prawidłowo zastosował przepisy dotyczące szacowania, a w szczególności art. 32 pkt 2 i 4, sytuacja taka nie miałaby miejsca. Nieuprawniony podział zamówienia to zatem przepustka do ewentualnych działań nietransparentnych i, jak pokazano, nawet do ewentualnego odstąpienia od stosowania przepisów ustawy. Co oczywiste stwarza to możliwość wskazania wykonawcy w trybie bezprzetargowym z pominięciem większości procedur, a tym samym dopuszczenia się zachowań konkurencyjnych. Sprawa jest tym bardziej aktualna, że nowelizacja ustawy Pzp z czerwca 2016 r. dla realizacji celów wspierania małych i średnich przedsiębiorstw promuje kwestię podziału zamówienia, co swoją nominalną postać przyjęło w art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma podać powody niedokonania podziału zamówienia na części. Odróżnić zatem należy podział, który kierowany jest celem ustawy, czyli podział zamówienia dla wspierania drobnej przedsiębiorczości, który to podział winien odwzorowywać uwarunkowania konkretnego „lokalnego rynku", od podziału, który jest tylko „przykryciem" dla preferowania z góry upatrzonych wykonawców. Kwestia podziału zamówienia wprowadzona nowelizacją nie uchyliła jednak

przywołanych powyżej przepisów o szacowaniu wartości zamówienia, a więc ewentualny podział zamówienia winien co do zasady wyglądać w taki sposób, iż umożliwia ona składanie ofert częściowych w ramach postępowań, które prowadzone są według reżimu jednej wspólnej wartości. Tak pojmowana zasada podziału zamówienia przy poszanowaniu nieuchylonych przepisów o szacowaniu wartości zamówienia będzie utrudniała zachowania nietransparentne. Niezwykle istotne jest także sporządzanie umotywowanego, pełnego, uwzględniającego wszystkie istotne okoliczności sprawy, uzasadnienia, o jakim mowa w art. 96 ust. 11 pkt 1 Pzp. Uzasadnienie to jest implementacją zasady proporcjonalności i przejrzystości. To uzasadnienie właśnie dla organów kontroli czy ewentualnie organów ścigania, powinno stanowić punkt odniesienia dla oceny motywów, jakimi kierowały się osoby po stronie zamawiającego, w momencie dokonania podziału zamówienia. Czy zamiarem ich była chęć zadośćuczynienia tylko i wyłącznie temu, co zamierza ustawodawca, czy wprost przeciwnie – cel ten jest odmienny i sprowadza się do chęci uzyskania korzyści, która była mu oferowana lub której żądał. Na marginesie należy zwrócić uwagę także na art. 6a Pzp. Niniejszy przepis również stanowi regulację, która dopuszcza wydzielenie pewnej część zamówienia z ogólnej wartości i przeprowadzenia postępowania na niniejszą część przy zastosowaniu przepisów właściwych dla wartości tej części zamówienia. Przepis ten został przez ustawodawcę stworzony celem możliwości racjonalnego przygotowywania zamówień o dużej wartości, które winno zostać poprzedzone czynnościami przygotowawczymi, np. duża inwestycja budowlana wymaga szeregu drobniejszych robót mających na celu, np. uwolnienie placu budowy, roboty rozbiórkowe etc. Praktyka pokazuje jednak, że przepis ten wykorzystywany jest w zupełnie innych sytuacjach, tj. do tego, aby w szczególności z wartości zamówienia wyłączyć tyle, ile wynosi zamówienie do progu bagatelności z art. 4 pkt 8 Pzp i udzielić go z pominięciem przepisów ustawy. Fakt taki ułatwia w szczególności to, że ustawodawca nie wymaga w treści niniejszego przepisu sporządzenia jakiegokolwiek uzasadnienia, ani nawet ujawnienia motywów, dlaczego zamawiający zastosował podział opisany w tym przepisie – w celu realizacji zasady przejrzystości właściwym byłoby zatem,podobnie jak w art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp, zobowiązać zamawiającego, aby w protokole postępowania sporządził uzasadnienie zastosowania podziału zamówienia z art. 6a Pzp.

3. Osoby odpowiedzialne za realizację zamówień publicznych

Krokiem w dobrym kierunku, implementującym naczelną zasadę finansów publicznych, aby z danych nakładów uzyskać maksymalne efekty, było wprowadzenie drogą nowelizacji z czerwca 2016 r. instytucji zespołu nad realizacją udzielonego zamówienia. Instytucja ta posadowiona została w art. 20a Pzp i z natury dotyczy zamówień o dużej wartości na roboty budowlane lub usługi, tj. takich, których wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 mln euro. Istotne w tej regulacji jest to, że osoby, które wchodzą do niniejszego zespołu w liczbie co najmniej dwóch, na podstawie ust. 3 art. 22a wejdą w skład komisji przetargowej. Oczywistym

jest, że osoby takie powinny posiadać głębokie przygotowanie merytoryczne, szczególne kwalifikacje i uprawnienia, a zatem można domniemywać, że ich udział daje rękojmię prawidłowego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a później wykonania umowy. Instytucja ta jest także implementacją zasady „dwóch par oczu", gdyż przepisy art. 19 i 20 Pzp dotyczące komisji przetargowej nie zawierają żadnych zasad określających, kto winien znaleźć się w składzie komisji przetargowej, ani też wskazujących, że osoby tam zasiadające powinny wyróżniać się szczególną wiedzą, doświadczeniem lub kwalifikacjami. Niemniej właściwym byłoby w takiej sytuacji unikanie wszelkich zachowań, które mogłyby powodować jakiekolwiek sytuacje nietransparentne polegające na takich aktach, jak osobiste spotkania członków komisji z wykonawcami, prowadzenie rozmów telefonicznych, co *nota bene* narusza także zasadę pisemności postępowania. Wysoce pożądanym byłoby, aby osoby będące zaangażowane w proces udzielania zamówień publicznych sporządzały notatki służbowe, w których dokonują utrwalenia przebiegu kluczowych czynności oraz motywacji, jakimi kierowały się podejmując decyzje, które mogłyby mieć lub miały wpływ na wynik postępowania.

Gwarancją transparentności postępowania i realizacją ogólnej zasady przejrzystości byłoby składanie czy to kierownikowi zamawiającego, czy przewodniczącemu komisji, pisemnego oświadczenia o źródłach pozyskania informacji, która stała się podstawą opisu przedmiotu zamówienia, ustalenia brzmienia warunków udziału w postępowaniu, czy stypizowania kryteriów oceny ofert. Optymalnym sposobem podejmowania decyzji w gronie komisji przetargowej byłoby zarządzanie głosowania co do najważniejszych kwestii. Nie wyklucza to jednak oczywiście możliwości podejmowania decyzji wspólnej na zasadzie koncyliacyjnej, niemniej, jak pokazuje doświadczenie życiowe, decyzje „jednogłośne" zazwyczaj zapadają w sprawach prostych, które nie wzbudzają wątpliwości bądź kontrowersji. Głosowanie nad podjęciem decyzji pozwala złożyć osobom, które zostały przegłosowane, tzw. zdanie odrębne, a dokument zawierający tę motywację mógłby okazać się niezwykle cenny przy kontroli legalności pracy komisji przetargowej. Niemniej ważny jest także wyraźny podział zadań każdego z członków komisji przetargowej oraz przypisanie każdemu z nich przez kierownika jednostki indywidualnej odpowiedzialności, która w razie naruszenia zasad postępowania prac komisji winna być bezwzględnie egzekwowana. Jeżeli kierownik zamawiającego uznałby, że któryś z członków komisji winien ulec wyłączeniu pomimo tego, iż nie złożył on samodzielnie oświadczenia w tym przedmiocie, do czego zobowiązuje go art. 17 ust. 2 Pzp. W takim przypadku kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył on czynności w postępowaniu, winna od osoby, o której mowa w art. 17 ust. 2a Pzp, odebrać dodatkowe oświadczenie w przedmiocie okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp. Bardzo ważne jest to, aby przed odebraniem takiego oświadczenia kierownik zamawiającego lub osoba, której powierzył on czynności w postępowaniu, uprzedziła taką osobę składającą oświadczenie o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia (por. art. 17 ust. 2 Pzp).W odniesieniu do kontaktów osób po stronie zamawiającego z wykonawcami należałoby postulować, aby prowadzony był rejestr takowych spotkań, w którym to rejestrze znajdować się powinna informa-

cja o personaliach osób, które się spotkały, celu wizyty, który zdefiniował wykonawca, temacie rozmowy i jej ewentualnych „efektach" wprowadzonych jako element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sprawdzianem tego, czy opisany powyżej mechanizm stanowi skuteczną zaporę niepożądanego wpływu na prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia każdorazowo będzie weryfikacja postawionych warunków udziału w postępowaniu i odebranie od osoby lub członków komisji, które opracowywały treść opisu warunków udziału w postępowaniu, oświadczenia czy dokonały weryfikacji, którzy z wykonawców, są w stanie złożyć oferty i czy krąg ten nie narusza zasad równości i uczciwej konkurencji.

4. Warunki udziału w postępowaniu

Zagadnieniem, które zostało już w części przywołane wcześniej, są tzw. warunki udziału w postępowaniu, których ustalenie powinno być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby stworzyć optymalne warunki do zaistnienia w postępowaniu maksymalnej konkurencji. Ilość składanych ofert w niektórych „przetargach" pokazuje, że zarówno warunki, jak i opis były tak przygotowane, że sprostał im tylko jeden wykonawca, co szczególnie schematycznie wygląda w postępowaniach dzielonych na wiele ofert częściowych, gdzie w każdej z części wpłynęła jedna oferta, oferta ta została przyjęta i z wykonawcą tym podpisano umowę. Nadto, że sytuacja taka, jak doświadczenie życiowe pokazuje, ma często charakter powtarzalny, a zamawiający korzysta dokładnie z tych samych wykonawców w każdym kolejnym postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia.

Problemem, nad którym warto się chwilę zatrzymać, jest kwestia wykorzystania cudzego potencjału celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Na powyższą okoliczność ustawa Pzp zawiera odrębną regulację w art. 22a. Do momentu nowelizacji z czerwca 2016 r. wielokrotnie można było się spotkać z patologiczną sytuacją, która polegała na „handlu" referencjami dla wykazania postawionego warunku doświadczenia, który w obecnej „stylizacji" ustawy nosi nazwę zdolności technicznej lub zawodowej. Dopuszczalne bowiem było wykazanie się cudzym doświadczeniem, pomimo faktu, iż wykonawca ten nie uczestniczył w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca. Dlatego też w komentarzach podnoszono wątpliwości, czy praktyka taka winna być dopuszczalna, albowiem doświadczenie jest znamieniem, które można nabyć poprzez faktyczne dokonywanie czynności. Na powyższą okoliczność Urząd Zamówień Publicznych sporządził opinię prawną[3]. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie była konsekwentna w swoich wyrokach i dopuszczała także i te przypadki, o których wspomniano wcześniej, że podmiot udzielający potencjału nie pełni roli wykonawcy. Problem ten został rozwiązany prawidłowo w nowelizacji z czerwca 2016 r. w art. 22a ust. 4 Pzp, zgodnie z którym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub

[3] Opinia dostępna na stronie internetowej UZP pod adresem: www.uzp.gov.pl

doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W nowym stanie prawnym, który wszedł w życie 28 lipca 2016 r., ustawodawca przewidział nawet możliwość wystąpienia takiego przypadku, że zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, który udzielił potencjału, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia. W takich okolicznościach zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami, lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe, lub sytuację ekonomiczną, która potwierdza spełnienie warunków udziału, które postawione były w postępowaniu w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części. Niniejsze zagadnienie w sposób przyczynowo-skutkowy związane jest także z kwestią rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Zakres dokumentów, jakich można żądać, wynika z rozporządzenia Ministra Rozwoju[4]. Lista zawarta w niniejszym Rozporządzeniu ma charakter *numerus clausus*, niemniej zależy to w całości od zamawiającego, które z niniejszych dokumentów nakaże złożyć wykonawcy jako potwierdzenie składanego przez niego oświadczenia w przypadku postępowań poniżej progu unijnego, a w przypadku postępowania powyżej progu – na potwierdzenie spełniania warunków i niepodlegania wykluczeniu, które składa on w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ). Problem ten jest szczególnie istotny z uwagi na podzielenie przesłanek wykluczenia z postępowania na tzw. obligatoryjne i fakultatywne, o czym mowa w art. 24 ust. 1 i ust. 5 Pzp. Jeżeli zatem zamawiający miałby świadomość, iż wykonawca nie może przedłożyć dokumentu, gdyż np. co do zasady podlega wykluczeniu, mógłby on w przypadku przesłanek fakultatywnych nie wpisać takiej przesłanki do ogłoszenia i SIWZ, w ślad za tym nie zażądać dokumentu opisanego w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, i wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia, zostaje ono w takim przypadku udzielone. Oczywistym jest, że motywem, którym może kierować się w takim przypadku zamawiający, może być wejście w porozumienie z wykonawcą ze szkodą dla bezpieczeństwa skutecznego wydatkowania środków publicznych, u podstaw czego może spoczywać żądanie lub oczekiwanie udzielenia osobie po stronie zamawiającego określonej korzyści. Właściwym zatem byłoby, aby zakres stawianych warunków, typizowanych przesłanek wykluczenia oraz żądanych dokumentów, był formułowany w oderwaniu od sytuacji konkretnych wykonawców, a skierowany na zasadę transparentności i uczciwej konkurencji oraz adekwatność do zamawianego przedmiotu zamówienia.

[4] Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. 2016, poz. 1126).

5. Kryteria oceny ofert

Instytucją, która w najwyższym stopniu pozwala na „sterowanie" postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, może być taki dobór kryteriów oceny ofert, który w sposób naruszający uczciwą konkurencję preferuje określonych wykonawców. Problem jest tym bardziej istotny, że nowelizacja z czerwca 2016 r. w art. 91 wprowadziła zasadę, iż waga kryterium ceny, co do zasady nie powinna przekraczać 60%. Celem, jakim kierował się ustawodawca, były w szczególności względy społeczne, środowiskowe, dominacja jakości kosztem ceny i wspieranie małych i średnich przedsiębiorstw. Cele te mogą być jednak bardzo łatwo udaremnione, jeżeli osoby po stronie zamawiającego dokonają takiej „stylizacji" kryterium, w szczególności kryterium jakości, że koresponduje to i premiuje unikalne specyficzne cechy tego, co może zaoferować z góry wskazany wykonawca i premiuje je. Od strony praktycznej obalenie takiej konstrukcji przez pozostałych wykonawców, których prawa w ten sposób ograniczono a interes naruszono, jest tym bardziej trudne, że stosowanie środków ochrony prawnej w tym przedmiocie związane jest z koniecznością udowodnienia przez wykonawcę składającego odwołanie, że opis zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji. Przeprowadzenie takiego dowodu jest jednak niezwykle trudne, spoczywa całkowicie na odwołującym, a ze strony zamawiającego co do zasady wystarczające jest zwykłe zaprzeczenie temu zarzutowi. W stosowaniu środków ochrony prawnej postępowanie dowodowe prowadzi bowiem ten, który twierdzi, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodowego. Wykonawca zaś nie może posiadać pewnych dowodów, które skutecznie obalą zaprzeczenie zamawiającego. Pewnym remedium na to mogłoby być takie „stylizowanie" kryteriami oceny ofert, aby oderwać je od cech nieistotnych przedmiotu zamówienia, nadto aby były kryteriami w pełni mierzalnymi. W takiej sytuacji w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą to zamawiający musiałby udowodnić, że taka i tylko taka „stylizacja" kryteriami jest wyłącznie proporcjonalna do jego usprawiedliwionych potrzeb. Pewną szansą, która pojawiła się na mocy nowelizacji z czerwca 2016 r., jest wprowadzenie tzw. kryteriów opartych o koszt, które w sposób zobiektywizowany pozwolą lepiej niż dotychczas doprowadzić do wyboru oferty ekonomicznie najkorzystniejszej. Zgodnie bowiem z art. 91 ust. 3b i 3c pkt 1 Pzp zamawiający może jako kryterium oceny ofert wskazać rachunek kosztu życia, który obejmuje koszty, w szczególności poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników, związane z nabyciem, użytkowaniem, utrzymaniem oraz wycofaniem z eksploatacji (recyklingiem) przedmiotu zamówienia nabywanego przez zamawiającego. Kryterium to pozwoli o wiele lepiej niż kryterium ceny zrealizować zasadę maksymalnych efektów z danych nakładów. Nadto uniemożliwi manipulowanie ceną zakupu, która sztucznie obniżona pozwoli uzyskać zamówienie, a poprzez dodatkowe świadczenia, na które godzi się zamawiający pozostający w porozumieniu z wykonawcą, pozwala uzyskać wykonawcy nieusprawiedliwioną korzyść ze szkodą dla interesu publicznego. Opisany powyżej element kosztowy wprowadzony na mocy przywołanej nowelizacji pociągnął za sobą zbudowanie nowej definicji najkorzystniejszej oferty z art. 2 pkt 5 Pzp, albowiem zgodnie z dzisiejszym jej brzmieniem oferta najko-

rzystniejsza to taka, która zawiera najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, albo oferta z najniższą ceną lub kosztem. Niniejsza „stylizacja" definicji oferty najkorzystniejszej pozwala zamawiającemu na takie zbudowanie kształtu postępowania, iż może on ustalić stałą cenę za przedmiot zamówienia, którego się domaga, i jednocześnie nakazać wykonawcom konkurować wyłącznie jakością lub też przy stałej cenie lub koszcie nawet wylosować wykonawcę, który zaoferuje pożądany standard jakości. Tak opisany sposób działania zamawiającego, który do momentu ostatniej nowelizacji Pzp wydawał się niemożliwy do realizacji, obecnie jest prawnie dopuszczalny i może być skutecznym narzędziem przeciwdziałania wejściu w porozumienie, zmowę nakierowanych na uzyskanie korzyści.

6. Tryby udzielania zamówień publicznych

Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia następuje z momentem jego upublicznienia. Zgodnie z art. 10 ust. 1 Pzp w polskiej ustawie zamówieniowej istnieje prymat trybów przetargowych, zgodnie z którym trybami podstawowymi udzielania zamówień są przetarg nieograniczony i ograniczony. Zamówienia można też udzielić w innym trybie, w takim jak: negocjacje z ogłoszeniem (tryb ogłoszeniowy), dialog konkurencyjny (tryb ogłoszeniowy), negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę, partnerstwo innowacyjne (tryb ogłoszeniowy) albo licytacja elektroniczna, przy czym wszystkie tryby oprócz przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, dopuszczone są tylko w przypadkach określonych w ustawie, w przesłankach zastosowania poszczególnych trybów. Przetarg nieograniczony i ograniczony, w zależności od wartości zamówienia, podlegają upublicznieniu poprzez opublikowanie go w oficjalnych publikatorach, tj. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub Biuletynie Zamówień Publicznych. Konieczne jest również opublikowanie ogłoszenia na stronie internetowej i w miejscu publiczne dostępnym w siedzibie zamawiającego. Celem jednak wzmocnienia zasady równości i uczciwej konkurencji czy przejrzystości, właściwym byłoby, żeby zamawiający w przypadku zamówień o charakterze specjalistycznym skorzystał z dodatkowych możliwości poszerzenia konkurencji poprzez np. publikatory branżowe czy też strony internetowe instytucji skupiających wykonawców, do których skierowane jest zamówienie. Przykładowo można by zwrócić uwagę, iż właściwym byłoby publikowanie informacji o przetargu na świadczenie pomocy prawnej na stronach internetowych okręgowych izb radcowskich czy adwokackich, proporcjonalnie do miejsca świadczenia usługi, co jak można domniemywać dla wielu osób wykonujących ten zawód byłoby przyczynkiem do złożenia oferty. Pozostając w tematyce trybów udzielania zamówień należałoby sformułować postulat, aby tryby nieogłoszeniowe były wykorzystywane jako wyjątek od zasady, a każdy z wyjątków jak wiadomo należy stosować zawężająco. Trybem, który w szczególności stanowi ograniczenie zasady konkurencyjności, jest tryb zamówienia z wolnej ręki, który polega na negocjowaniu warunków umowy tylko z jednym wykonawcą. Temat ten jest szcze-

gólnie aktualny w związku z dokonaną nowelizacją ustawy z czerwca 2016 r., która dokonała w kilku miejscach nowej „stylizacji" przesłanek zamówienia z wolnej ręki. Niektóre z nich uległy ograniczeniu, a inne rozszerzeniu co do zakresu zastosowania, co jednak, w oderwaniu od zasady proporcjonalności, może stwarzać dla zamawiającego pokusę ich nieuprawnionego zastosowania, np. zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Porównując niniejszą przesłankę ze stanem prawnym sprzed nowelizacji celem udzielenia zamówienia z wolnej ręki, jak wynika z niniejszego przepisu w obecnym brzmieniu, wystarczy „jedno nieudane" postępowanie w miejsce dotychczasowych dwóch postępowań. Dlatego też zamawiający może usiłować tak skonstruować pierwotne postępowanie, aby nie wpłynęła żadna oferta, a następnie natychmiast udzielić zamówienia z wolnej ręki. Niebezpieczeństwo to jest realne, a obecny stan prawny nawet to prowokuje.

7. Unieważnienie postępowania

Przepisem, dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia, który niewłaściwie zastosowany, wbrew, jak można domniemywać, intencjom ustawodawcy, może doprowadzić do łatwego unieważnienia postępowania, jest art. 93 ust. 1d Pzp. Zważyć należy, że unieważnienie postępowania jest przepisem najdalej idącym, który udaremnia całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Intencją ustawodawcy, który stypizował przesłanki unieważnienia w art. 93 ust. 1 Pzp, było ich ścisłe limitowanie. Nie wolno bowiem unieważnić postępowania w oparciu o jakąkolwiek inną przesłankę niż te ściśle opisane w przepisie. Nadto interpretacja tych przesłanek nie może mieć charakteru rozszerzającego. Dlatego też jako krok w przeciwnym kierunku należy odczytywać art. 93 ust. 1d Pzp, który stanowi, że zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest mniejsza niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu liczba wykonawców, których zamawiający zamierza zaprosić do składania ofert, ofert wstępnych, dialogu konkurencyjnego albo negocjacji. Doświadczenie życiowe uczy, że w postępowaniach tego rodzaju bardzo rzadko zdarza się sytuacja większej liczby wykonawców zainteresowanych zamówieniem niż liczba określona w ogłoszeniu. Dlatego też we wszystkich tych trybach zamawiający uzyskał *de facto* swobodę podejmowania decyzji co do unieważnienia postępowania. Dlatego też unieważnienie postępowania, w którym zgłosili swój udział inni wykonawcy niż ci, których „planował" zamawiający, staje się faktem już na wczesnych etapach jego trwania, co może wpływać na sterowanie zasadą uczciwej konkurencji w taki sposób, iż zostaje ona

arbitralnie, decyzją zamawiającego, zaburzona. Na szczęście przepis ten nie dotyczy trybu przetargu nieograniczonego, który jest trybem najczęściej stosowanym i który może zostać unieważniony wyłącznie w oparciu o zamknięty katalog przesłanek z art. 93 ust. 1 Pzp.

8. Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego

Na etapie wykonania zamówienia instytucją, która w najwyższym stopniu mogłaby zostać wykorzystana dla zachowań o charakterze korupcjogennym, jest kwestia zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Nowelizacja ustawy z czerwca 2016 r. znacznie poszerzyła zakres możliwości, jakie posiada obecnie zamawiający, aby zmiany te mogły zostać dokonane w sposób zgodny z prawem. Niemniej zawsze trzeba pamiętać, że owe zmiany powinny być ocenione przez filtr zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Nowelizacja z czerwca 2016 r. dokonała daleko idących zmian przepisów w tym zakresie. W art. 144 ust. 1 Pzp w punktach od 1 do 6 wymienia się przesłanki dopuszczalności zmian umowy. Warto nadmienić, że konstrukcja owych przesłanek opiera się na założeniu, że co do zasady wolno dokonywać tych zmian, które w przepisie tym zostały ujęte, natomiast w pozostałym zakresie wolno dokonywać tylko takich zmian, które mają charakter zmian tzw. nieistotnych. W stosunku do poprzedniego stanu prawnego jako pozytyw należy odczytać fakt, że ustawodawca w niniejszym art. 144 ust. 1e zdefiniował wzorzec, kiedy zmianę uznaje się za istotną. Ma ona taki charakter, jeżeli:

1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;
2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
   a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści,
   b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,
   c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,
   d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4.

W pozostałym zakresie, aby zmiana była dopuszczalna musi zostać przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, przy czym najważniejsze jest to, że ustawodawca wymaga, aby ewentualne zmiany zostały sformułowane w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy i charakter

oraz warunki wprowadzenia zmian. Oczywistym jest, że z uwagi na fakt, że istnieje możliwość doprowadzenia do zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, to zmiana jego wysokości na przyszłość, aby nie można było postawić zarzutu zmowy, winna zostać oparta o wyraźne klauzule waloryzacyjne, które jednoznacznie (matematycznie) pokazują algorytm zmiany wynagrodzenia. Niedopuszczalne jest pozostawienie stronom swobody kształtowania wynagrodzenia. Wynagrodzenie, jako podstawowe świadczenie zamawiającego wobec wykonawcy, nie może być uznaniowe, gdyż jest to prosta droga do zachowań mogących prowokować wejście w porozumienie.

Przesłanką, której brakowało w art. 144 Pzp w poprzednim stanie prawnym sprzed 28 lipca 2016 r., była możliwość opisana w ust. 1 pkt 6. Dotyczy ona takiego stanu, że zamawiający może dokonać „podmiany pewnych zakresów", które straciły dla niego aktualność na te, które są mu potrzebne dla należytego wykonania zamówienia. Przepis ten stanowi, że dopuszczalne jest dokonanie zmiany, jeżeli łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (próg zamówienia unijnego) i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub zamówień albo w przypadku zamówień na roboty budowlane – jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie. Przepis ten jest niezwykle postępowy, jak pokazuje doświadczenie życiowe potrzebny, aczkolwiek jego niewłaściwe wykonanie może rodzić wejście w nieuprawnione porozumienie pomiędzy osobami po stronie zamawiającego i wykonawcą. Jest to niebezpieczne w szczególności co do kwestii wejścia do umowy określonego zakresu, który nie był wyceniany na etapie składania oferty. Dlatego też zamawiający i wykonawca muszą co do tego negocjować, mając stosunkowo dużą swobodę w podejmowaniu decyzji. Może to rodzić zagrożenia zachowań nietransparentnych.

Nadmienić należy, że zgodnie z art. 140 ust. 3 Pzp umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ z uwzględnieniem art. 144 Pzp, a zasada ta została poszerzona w art. 144 ust. 1b Pzp, który stanowi, że w przypadku zmian do umowy dotyczących zmian istotnych oraz tzw. zmian 10 i 15%, zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej. Jeżeli umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu okoliczności innych niż zmiana świadczenia wykonawcy, dopuszczalną wartość zmiany umowy, w przypadku umów tzw. 10 i 15%, ustala się w oparciu o wartość zamówienia określoną pierwotnie, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień. Zważyć dodatkowo należy, że postanowienia umowne zmienione z naruszeniem zasad opisanych powyżej podlegają unieważnieniu, a na miejsce unieważnionych postanowień umowy lub umowy ramowej wchodzą postanowienia umowne w pierwotnym brzmieniu.

9. Realizacja zamówień publicznych

Etap realizacji zamówienia pociąga za sobą także konieczność szczególnej troski o należyte realizowanie zawartych umów. Fakt ten jest w szczególnie doniosły w momencie, gdy zamawiający dokonuje odbioru zakontraktowanych udzielonym zamówieniem robót, usług czy dostaw. Niedopuszczalne jest bowiem odebranie zamówienia, które nie posiada cech, nie spełnia wymogów, parametrów ściśle tych, które pierwotnie zostały opisane w dokumentacji przetargowej, następnie w nieodrzuconej ofercie wykonawcy, a w końcu w umowie. Stwierdzenie tego faktu może sugerować, że pomiędzy osobami po stronie zamawiającego a wykonawcą doszło do porozumienia, gdyż w przeciwnym przypadku taka sytuacja nie mogła mieć absolutnie miejsca. Za mechanizm zapewniający zasadę przejrzystości należy uznać zgodę na asystowanie przy odbiorach tych wykonawców, którzy przegrali postępowanie, szczególnie w sytuacji, jeżeli ich zdaniem oferta wykonawcy mogła zawierać jakiekolwiek niejasności lub wieloznaczności, które jej nie dyskwalifikowały, ale nie dały się usunąć na etapie przed udzieleniem zamówienia. Zważyć należy, że pełen dostęp do informacji na temat wykonanych robót, usług czy dostaw objęty jest szeroko pojętą zasadą jawności i zgodnie z orzecznictwem sądów administracyjnych wszelkie protokoły dostawy, reklamacje stwierdzonych usterek i napraw podlegają udostępnieniu na podstawie przepisów o dostępie do informacji publicznej.

Kolejną instytucją na etapie realizacji zamówienia jest kwestia dochodzenia zastrzeżonych kar umownych. Problem jest tym bardziej istotny, iż w dokumentach przetargowych zamawiający niejednokrotnie zastrzegają nieproporcjonalnie wysokie kary umowne, które w przypadku konieczności ich nałożenia, dochodzą do wartości wynagrodzenia wartości lub je przekraczają. Powyższy problem związany jest po części z tym, że umowy o udzielenie zamówienia mają co do zasady charakter adhezyjny i zamawiający, pomimo zapytań wykonawców o zmianę wysokości zastrzeżonych kar na niższe, w przypadku ich rażącej wysokości, nie wyrażają na to zgody. Jeżeli zatem już dojdzie do naliczenia kary umownej poprzez wystawienie wykonawcy noty obciążeniowej zgodnie z zasadą dyscypliny finansów publicznych aktualizuje się obowiązek ich dochodzenia. Wtedy też celem obrony przed skutkami tak ukształtowanych kar wykonawcy odwołują się do art. 484 kc, zgodnie z którym przysługuje im prawo do miarkowania kary umownej, jeżeli zobowiązanie (zamówienie) w znacznej części zostało wykonane, lub jeżeli kara jest rażąco wygórowana. Podstawą żądania miarkowania kary, oprócz art. 484 kc, jest art. 139 ust. 1 Pzp, zgodnie z treścią którego do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W tym momencie jednak następuje bardzo niebezpieczny moment polegający na konieczności negocjowania ewentualnego obniżenia kary umownej. Może to prowokować wejście w porozumienie celem osiągnięcia korzyści lub jej żądania przez osoby pozostające po stronie zamawiającego. Dlatego też należałoby postulować, by mechanizm z art. 484 kc w przypadku umów zawartych w wyniku udzielonego zamówienia publicznego miał wyłącznie charakter sądowej korekty w wysokości zobowiązania, które możliwe jest

tylko w postępowaniu sądowym o zasądzenie lub ewentualnie w postępowaniu o zawezwanie do próby ugodowej, którą to ugodę winien zatwierdzić sąd.

Podsumowanie

Wszystkie opisane powyżej przypadki, co oczywiste nie są skończoną listą wszystkich możliwych sytuacji, które mogą prowokować zachowania o charakterze nietransparentnym, takie jak wejście w zmowę. Powyżej zaprezentowano także niedoskonałości legislacyjne oraz w niektórych miejscach zaproponowano pożądany kierunek dalszych zmian, które implementowałyby w szerszym zakresie zasady równości, uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości. Doświadczenie życiowe pokazuje, że nawet pomimo dobrego prawa, zachowania nietransparentne i tak będą się pojawiać. Ciężar ich ograniczania zależny jest od skutecznej kontroli ścigania oraz karania tego typu czynów. W odniesieniu do zamówień publicznych ostrze działań antykorupcyjnych powinno być nakierowane na uczynienie tych czynów nieopłacalnymi.

Bibliografia:

Bielikow-Kucharska M.: *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, Warszawa 2016.

Gawrońska-Baran A.: *Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne*, Warszawa 2014.

Gill N.: *Polityka antykorupcyjna w prawie zamówień publicznych*, Poznań 2016.

Gill N.: *Zamówienia publiczne. Aspekty praktyczne w komentarzach*, Poznań 2015.

Granecki P.: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2016.

Kowalski A. (wybór): *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych w latach 2009–2017*, Warszawa 2017.

Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie, red. J. Sadowy, Warszawa 2011.

Materna G.: *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Warszawa, 2016.

Mazurek G., Zaręba S.: *Ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wrocław 2016.

Dr Marcin Smaga
Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Polityki Gospodarczej

Apolonia Winiarz
Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Polityki Gospodarczej

Wykorzystanie kryteriów oceny ofert w polityce zakupowej państwa. Perspektywa zamówień udzielanych w państwach UE

Abstrakt

Nie istnieje jednolita europejska praktyka stosowania kryteriów oceny ofert. W niektórych państwach członkowskich dominuje model oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Są też takie państwa członkowskie, w których powszechnie stosuje się cenę jako jedyne kryterium. W przypadku modeli wielokryteriowych pojawia się konieczność ustalenia siły wpływu poszczególnych kryteriów na wybór oferty najkorzystniejszej. Jest to proces wyjątkowo skomplikowany. Łączy się z nim niebezpieczeństwo wyboru oferty, która nie będzie realizowała w sposób optymalny potrzeb zamawiającego. Tym bardziej, że przed systemem zamówień publicznych stawia się coraz to nowe cele i pojawia się oczekiwanie, że cele te będą realizowane między innymi przez stosowanie odpowiednich kryteriów oceny ofert. Uwzględnianie celów systemowych może prowadzić do wyboru oferty nieoptymalnej z punktu widzenia zasad gospodarowania środkami publicznymi. Aby taki wybór był legalny niezbędne jest wpisanie osiągnięcia celów systemu zamówień publicznych do norm ustalających zadania poszczególnych zamawiających.

Abstract

There is no uniform European practice of applying contract award criteria. The most economically advantageous tender dominates in some Member States. In others EU countries price is commonly used as a sole criterion. In the case of multicriteria models, there is a need to determine the impact of each and individual criterion on selection of the most advantageous tender. This is an extremely complicated process. It is connected with risk of selection of the tender that will not optimally meet the needs of the contracting authority. All the more so because new public goals are being set up before the public procurement system and there is an expectation they will be met, among others, by applying appropriate contract award criteria. The consideration of systemic goals may lead to selection of less optimal tender in terms of public funds management rules. In order for this selection to be legal, it is necessary to incorporate the achievement of the goals of public procurement system into the rules determining the tasks of individual contracting authorities.

Kryteria oceny ofert

Zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[1], najkorzystniejszą ofertą jest ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo oferta z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt.

Katalog kryteriów jest w zasadzie otwarty. W art. 91 ust. 2 Pzp wymienia się przykładowo, że kryteriami tymi mogą być:

1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 Pzp, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
4) aspekty innowacyjne;
5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Cena jest w zasadzie obligatoryjnym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Przepis art. 91 ust. 2a Pzp stanowi, że niektórzy zamawiający (jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych oraz inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej) mają prawo zastosować kryterium ceny, jako jedyne kryterium ocen ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe, odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia

Chociaż zamawiający może określić własny katalog kryteriów oceny ofert, kryteria te nie mogą być dowolne i uznaniowe, ani też dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody, skutkującej arbitralnym wyborem oferty. Swoboda zamawiającego w zakresie doboru kryteriów, jak i ich określenia, jest ograniczona koniecznością zapewnienia, aby kryteria te odnosiły się do przedmiotu zamówienia oraz były zgodne z zasadą, w myśl której przygotowuje się i przeprowadza postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców[2]. Sposób

[1] Tekst jedn. Dz. U. z 2017r., poz. 1579 ze zm. – dalej Pzp.

[2] I. Rzepkowska: *Nieprawidłowości w stosowaniu kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *Dyscyplina finansów publicznych. Narzędzie prawidłowej gospodarki*

oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert[3].

Zgodnie z art. 91 ust. 3 Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Poza wiarygodnością ekonomiczną, techniczną lub finansową wykonawcy ubiegającego się o zamówienie przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogą być brane pod uwagę także inne kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy, np.: doświadczenie, posiadanie znajomości określonej branży, posiadanie odpowiednich uprawnień[4].

Zamawiający ma obowiązek wymienić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszystkie kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty oraz opisać, w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy zastosowaniu tych kryteriów[5].

Regulacja prawnopozytywna pokazuje tylko rozwiązania przyjęte przez ustawodawcę. Interesującą kwestią jest to, jaka jest natura kryteriów, z jakich powodów ustawodawca wprowadza ograniczenia w ich stosowaniu i jak ograniczenia te wpływają na dokonywane przez zamawiających wybory.

Zamówienia publiczne a realizacje polityk i strategii

Powszechnie wskazuje się, że zamówienia publiczne mogą oddziaływać na realizację różnych strategii[6] i polityk. Mogą, do pewnego stopnia, kształtować rzeczywistość

---

sektora publicznego, red. M. Smaga, M. Winiarz, Kraków 2013, s. 256.

[3] I. Rzepkowska: *Określenie kryteriów oceny ofert niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych – czynem naruszenia dyscypliny finansów publicznych*, [w:] *Dyscyplina finansów publicznych. Doktryna, orzecznictwo, praktyka*, red. M. Smaga, M. Winiarz, Warszawa 2015, s. 442.

[4] I. Rzepkowska: *Określenie…*, s. 451. Na nieracjonalność tego wyłączenia i na wynikającą z tego odrębność systemu zamówień publicznych w UE i USA wskazuje G. Spagnolo: *Public Procurement as a Policy Tool*, [w:] *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Sztokholm 2012, s. 30 i n.

[5] Na temat wpływu niejawności kryteriów na treść oferty najkorzystniejszej por. m.in. P. Kuśmierczyk: *Wpływ braku przejrzystości reguł aukcji scoringowych na wynik przetargów*, [w:] *Ekonomia. Mikroekonomia i Ekonomia Instytucjonalna*, red. M. Piotrowska, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego, nr 139, Wrocław 2010, s. 98–120.

[6] W motywie 2 preambuły do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18 WE (Dz. U. U. E. L 94/65 – dalej dyrektywa klasyczna) wskazuje się, że „zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii „Europa 2020" zawartej w komunikacie Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanym „Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu". W Strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju wskazuje się, że „kluczowym elementem jest ukierunkowanie zakupów publicznych na innowacyjne i zrównoważone usługi, dostawy oraz roboty budowlane, dostarczane instytucjom publicznym. W tym modelu administracja publiczna będzie klientem kreującym rynek innowacyjnych dóbr z odpowiednim wyprzedzeniem. W tym celu przeprowadzone zostaną zmiany w funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych,

społeczno-ekonomiczną, w zakresie takich elementów, jak zatrudnienie, konkurencja, sytuacja różnych grup społecznych, stan środowiska, spójność społeczno-gospodarcza, praworządność, zwalczanie korupcji. Strategia Europa 2020 wskazuje, że należy „w pełni wykorzystać strategię tworzenia popytu np. poprzez zamówienia publiczne". Wydaje się, że owo tworzenie sterowanego popytu przede wszystkim związane jest ze strumieniem środków przekazywanych przez Unię Europejską oraz państwa członkowskie na realizację przyjętych w strategiach kluczowych zadań[7].

Uwzględnianie pozaekonomicznych kryteriów w zamówieniach publicznych rodzi kontrowersje, ale już nie tyle w odniesieniu do ich dopuszczalności, co raczej tego, w jakim stopniu mają wpływać na wybór oferty najkorzystniejszej. W literaturze wskazuje się nawet, że dochodzi do „politycznej instrumentalizacji zamówień publicznych"[8]. Pojawiają się również poglądy, zgodnie z którymi zamówienia publiczne mogą być narzędziem „redystrybucji bogactwa" – przy ich pomocy można kierować fundusze publiczne do pewnych kategorii podmiotów gospodarczych. Swoboda rządów w wykorzystywaniu zamówień publicznych jako narzędzia polityki społecznej i gospodarczej w ostatnich latach w dużym stopniu jest ograniczana. Wynika to przede wszystkim ze zobowiązań międzynarodowych, mających na celu usunięcie barier wolnego handlu, również na rynkach publicznych, w ramach Porozumienie w sprawie zamówień publicznych Światowej Organizacji Handlu (GPA) oraz z ograniczeń prawnych obowiązujących na obszarze Unii Europejskiej. Nie zmienia to faktu, że zamówienia były często, a czasami wciąż są, wykorzystywane przez rządy jako narzędzie wdrażania różnych polityk[9].

Analiza kolejnych dyrektyw regulujących zamówienia publiczne prowadzi do wniosku, że trend instrumentalizacji zamówień publicznych być może się odwraca. Przed uchwaleniem aktualnie obowiązujących dyrektyw pojawiły się liczne głosy, w tym Komisji Europejskiej, które ostrzegały, że zamówienia publiczne mają już swoje własne cele. Wprowadzanie celów dodatkowych może okazać się nazbyt kosztowne, a istnieją inne instrumenty, którymi cele szczegółowe można osiągać (podatki, dota-

---

poprzez wypracowanie zintegrowanej polityki zakupowej państwa. Jej jądrem powinno być wdrożenie partnerskich zamówień publicznych, tworzących popyt na innowacyjne produkty i usługi oraz odpowiedzialność społeczną i ochronę środowiska. Państwo jako klient powinno jasno określać swoje potrzeby, pozostając w stałym dialogu innowacyjnym z przedstawicielami środowiska naukowego i biznesowego, którzy jako wykonawcy proponują rozwiązanie technologiczne danego wyzwania. Klient ma zatem możliwość wpływu na prowadzone badania i finansuje jedynie te, które dają szanse na prawdziwie przełomową technologię. W ten sposób państwo tworzy popyt na innowacje (także przełomowe), których jest potencjalnym odbiorcą." *Strategia na rzecz odpowiedzialnego rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.)*, Warszawa 2017, s. 81.

[7] Por. A. Wójtowicz-Dawid:, *Prawo zamówień publicznych jako narzędzie interwencjonizmu gospodarczego,* „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy" 2014, nr 4, s. 317.

[8] Por. O. Lissowski: *Efektywność zamówień publicznych*, „Studia Ekonomiczne" 2013, nr 168, *Efektywność zarządzania organizacjami publicznymi i jej pomiar*, s. 179 i cyt. tam lit.

[9] Por. P. Bolton: *Government procurement as a policy tool in South Africa*, „Journal of Public Procurement" 2006, nr 3, s. 194–195 i cyt. tam lit.

cje)[10]. Dlatego też w aktualnie obowiązującej dyrektywie klasycznej dosyć duży nacisk położono na efektywne wykorzystanie środków publicznych[11]. Oczywiście, może to być wrażenie złudne, ponieważ efektywność jest chyba jednym z najbardziej nieoznaczonych i pojemnych pojęć[12].

Jeżeli jednak przyjąć, że efektywne wykorzystanie środków publicznych ma przede wszystkim odniesienie do efektywności ekonomicznej, konieczne jest przedstawienie kilku podstawowych kwestii wynikających z samej natury zamówienia publicznego. Wydaje się, że kwestią podstawową jest odróżnienie celu systemu zamówień publicznych od celu konkretnego zamówienia[13]. W tym kontekście można przyjąć, że cele polityczne są celami systemu zamówień publicznych, ale można też mówić o dwóch „naturalnych" celach zamówienia publicznego polegających na uzyskaniu dobrej relacji jakości do ceny i osiągnięcia efektywnej alokacji[14].

Zasada racjonalnego gospodarowania

Zamówienie publiczne, jako umowa odpłatna, jest zwykłą transakcją wymienną. Celem każdej strony tej wymiany jest osiągnięcie optimum, stanu równowagi. Stan taki jest osiągany jako efekt wyboru ekonomicznego, czyli podjęcia decyzji o zaspokojeniu nieograniczonych, w zasadzie, potrzeb przez ograniczony zasób dóbr. Oczywiście, nie każdy wybór ekonomiczny będzie mógł być uznany za optymalny. Za optymalny uzna się tylko taki, który jest zgodny z jedną z dwóch zasad racjonalnego działania (gospodarowania). W przypadku pojedynczej wymiany chodzić będzie albo o uzyskanie najbardziej satysfakcjonującej korzyści (użyteczności) na skutek wykorzystania dostępnego zasobu dóbr, albo o uzyskanie korzyści o określonych uprzednio cechach

---

[10] Por. G. Spagnolo: *Public Procurement*…, s. 25.

[11] Na bardzo ciekawy problem identyfikacji celów systemu zamówień publicznych w kontekście regulacji unijnej zwraca uwagę S. Arrowsmith w *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform,* [w:] *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, s. 84 i n. Wskazuje on, że dyrektywy nie mogą ustanawiać żadnych celów zamówień publicznych, które nie mieściłyby się w ustrojowych celach Unii Europejskiej. Dlatego też nie należy interpretować dyrektyw w taki sposób, że tworzą one jakiś zamknięty katalog celów systemu albo też, że cele systemu wskazane w dyrektywach są najistotniejsze. Jedyne co można powiedzieć, to tyle, że dyrektywy regulują tylko to, co mieści się w zadaniach Unii. Zatem cele tam wskazane są najistotniejsze z punktu widzenia wspólnego rynku i w oparciu o zapisy dyrektyw nie jest możliwe formułowanie żadnych ocen w zakresie tego, co jest najbardziej istotnym celem zamówień publicznych. Ta część regulacji należy wyłącznie do ustawodawcy krajowego, którego jedynym obowiązkiem jest uwzględnienie celów unijnych, jednak bez przypisania im prymatu.

[12] Szerzej na ten temat por. m.in. w monografii M. Winiarz: *Efektywność finansów publicznych a efektywne zamówienia publiczne*; S. Bobowski, J. Gola: *Pomiar efektywności rynku zamówień publicznych – przyczynek teoretyczny do badań ekonomicznych*, „Ekonomia" 2017, nr 2, s. 12.

[13] Szerzej na ten temat S. Arrowsmith w: *Understanding the purpose*…, passim.

[14] Por. G. Spagnolo, *Public Procurement*…, s. 25.

przy minimalizacji ponoszonych nakładów (kosztów)[15]. Warunkiem dokonania racjonalnego wyboru jest określoność i spójność preferencji podmiotu dokonującego wyboru. Wymaga się, aby podmiot ten potrafił wskazać swoje potrzeby, znał dobra, które potrzeby te zaspokajają, i potrafił dokonać wyboru zgodnego ze swoim systemem preferencji, w celu maksymalizacji stopnia zadowolenia[16]. Obie reguły racjonalnego gospodarowania, przynajmniej w ujęciu modelowym, prowadzą do tego samego efektu[17]. W rzeczywistości wybór optymalny nie jest prosty. Niektórzy twierdzą, że w ogóle nie jest możliwy. Praktycznie niemożliwe do spełnienia są warunki dokonania tego wyboru. Dla przykładu bardzo trudno jest zdobyć właściwe i pełne informacje, a analiza nawet tych zdobytych jest często utrudniona[18].

W przypadku pierwszej zasady racjonalnego działania szczególny nacisk musi być położony na wspomnianą spójność preferencji podmiotu dokonującego wyboru. Musi on nie tylko znać cechy wszystkich dóbr, które potencjalnie są w stanie zaspokoić jego potrzebę w mniejszym lub większym stopniu, ale musi być w stanie swoje preferencje wielowymiarowo wartościować. Musi potrafić odpowiedzieć na pytanie, w jaki sposób nasilenie jednej cechy przy zmiennym nasileniu innych cech, wpływa na uznanie dobra za przynoszące najbardziej satysfakcjonującą korzyść. W zamówieniach publicznych sprowadza się to do ustalenia, jakie cechy dla zamawiającego są istotne i z jaką siłą winny wpływać na wybór najkorzystniejszej oferty. Chodzi zatem o ustalenie tzw. wag poszczególnych kryteriów oceny ofert. Problem polega na tym, że nie istnieją żadne reguły, które zamawiającego mogłyby wspomóc w ustalaniu siły, z jaką poszczególne kryteria powinny wpływać na wybór oferty najkorzystniejszej. Zatem praktycznie każdemu modelowi wielokryteriowemu wyboru najkorzystniejszej oferty można postawić zarzut, że jest nierealny w tym sensie, że nie odzwierciedla rzeczywistych preferencji zamawiającego[19]. Przy uwzględnieniu polskiej regulacji zamówień publicznych (art. 91 ust. 2a Pzp) można nawet powiedzieć, o czym będzie jeszcze mowa niżej, że z woli ustawodawcy model ten nie ma żadnego związku z potrzebami jakiegokolwiek zamawiającego i jest w całości sztuczny.

Dużo łatwiejsze wydaje się być zastosowanie drugiej zasady racjonalnego działania[20]. Wymaga ona bowiem tylko tego, żeby zamawiający wiedział, jakie cechy zama-

---

15 L. Rudnicki: *Zachowanie konsumentów na rynku*, Warszawa 2000, s. 33.

16 Por. K. Chojnacka: *Racjonalność decyzji* w *teorii ekonomii-kilka refleksji dotyczących wyboru*, „Studia Ekonomiczne" 2014, nr 180, cz. 1, s. 36 i cyt. tam literatura.

17 W doktrynie prawa finansowego dwie zasady racjonalnego gospodarowania są niekiedy nazywane racjonalizacją kosztów i racjonalizacją wyborów. W przypadku pierwsze racjonalizacji chodzi obadania pozostałych do dyspozycji środków, w przypadku drugiej, o badanie efektywności wykonywania zadań. Por. M. Gazda: *O procesie racjonalizacji wydatków publicznych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2016, nr 1, s. 173–174 i cyt. tam lit.

18 T. Władyka, M. Smaga: *Gospodarowanie*, [w:] *Instytucje gospodarki rynkowej*, red. T. Władyka, M. Smaga, Warszawa 2015, s. 74–75.

19 Por. O. Lissowski: *Efektywność zamówień*…, s. 178.

20 Por. O. Lissowski, *Efektywność zamówień*…, s. 176.

wianego dobra są dla niego istotne. Nie ma potrzeby ustalania wzajemnej relacji tych cech ani tego, z jaką siłą cechy te powinny wpływać na wybór najkorzystniejszej oferty. Oczywiście, zamawiający może dać wyraz swoim oczekiwaniom co do nasilenia niektórych cech (np. określając moc zamawianego samochodu jako minimalną), ale wskazanie takie w większości przypadków nie przełoży się na osiągnięcie większego nasilenia cechy. Skoro bowiem zamawiający wskazuje cechę na minimalnym satysfakcjonującym poziomie i wybiera minimalizując koszt (czyli cenę), jest oczywiste, że druga strona transakcji zapewni większe nasilenie cechy tylko wówczas, gdy nie będzie się to łączyło z większymi dla niej kosztami.

Kryteria oceny ofert a zadania zamawiającego

Skoro w przypadku obydwu zasad racjonalnego działania ma znaczenie zestaw cech, które decydują o optymalności wyboru, trzeba zadać pytanie o źródło tych cech, ich katalog i charakter. Najogólniej rzecz ujmując, cechy brane pod uwagę przez dokonującego wyboru ekonomicznego wypływają z jego potrzeb. Skoro bowiem dobro w procesie konsumpcji ma zaspakajać potrzeby konsumenta, jest rzeczą oczywistą, że stanowiące kryteria wyboru cechy dobra odpowiadają treści potrzeb konsumenta. Treść potrzeby jest natomiast funkcją jej źródła i charakteru. Pominąwszy potrzeby fizjologiczne, można stwierdzić, że w przypadku przeciętnego konsumenta przede wszystkich chodzić będzie o tzw. preferencje indywidualne czy subiektywne przekonanie dokonującego wyboru[21]. W przypadku zamawiającego publicznego (tzw. klasycznego) wydaje się, że ze względu na jego specyficzny charakter (zamawiający publiczny jest przecież bytem idealnym, nie odczuwającym niczego) potrzeba będzie pozostawała w ścisłym związku z nałożonymi przez prawo zadaniami. Potrzebą zamawiającego będzie brak nie tyle odczuwany (psychicznie lub fizycznie), co brak będący sytuacją obiektywną. Będzie to stan, który uniemożliwia realizację nałożonego przez prawo zadania[22]. Wskazuje na to wprost art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych[23], który nakazuje ponosić wydatki celowo, oszczędnie i efektywnie[24]. Zasada celowości zakłada przede wszystkim wydatkowanie środków publicznych zgodnie z celami funkcjonowania podmiotu wydatkującego, czyli dla wykonywania zadań[25].

---

[21] T. Władyka, M. Smaga, *Gospodarowanie*…, s. 67–68.

[22] Por. A. Panasiuk, A. Rybak: *Zasada VfM w polskim systemie zamówień publicznych*, „Studia Prawnicze i Administracyjne" 2017, nr 19 (1), s. 27.

[23] Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 1870.

[24] Oczywiście w kontekście celowości i oszczędności przepis art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych wskazuje na dokonywanie wydatków z zachowaniem zasad: zyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, czyli do zasad racjonalnego gospodarowania.

[25] Por. M. Bitner: *Komentarz do art. 44*, [w:] *Ustawa o finansach publicznych, Ustawa o odpowiedzial-*

Cechy zamawianego dobra, które przy przyjęciu pierwszej zasady racjonalnego działania przekształcają się w znacznej części w kryteria udzielenia zamówienia, są pochodną zadań zamawiającego. Przyjęte kryteria oceny ofert mogą więc być odzwierciedleniem ważnych społecznie i ekonomicznie mierników[26]. Oczywiście, chodzić będzie przede wszystkim o wyróżnione wyżej polityczne cele systemu zamówień publicznych. Nie oznacza to, że każde kryterium udzielenie zamówienia ma swój prosty odpowiednik w normie zadaniowej (np. termin wykonania zamówienia wynika raczej z postulatu szybkości działania administracji interpretowanego przez pryzmat zasady terminowości realizacji zadań wynikającej z art. 44 ust. 3 pkt 2 ustawy o finansach publicznych niż z konkretnej normy zadaniowej). Część kryteriów realizować będzie zatem cele wskazane w art. 44 ust. 3 pkt 2 ustawy o finansach publicznych i będą to cele „naturalne" zamówienia, a część kryteriów będzie realizowała cele systemu zamówień publicznych (cele polityczne).

Zadania (cele polityczne) podmiotu wydatkującego (zamawiającego) nie powinny w ogóle być regulowane przez przepisy o zamówieniach publicznych. Zadania zamawiającego klasycznego, stanowiącego część administracji publicznej, to wyłączna domena prawa administracyjnego ustrojowego. To przedmiot regulacji norm wartościujących i norm organizacyjnych, które wyznaczają zakres działania, zadania i kompetencje[27]. Nawet jeżeli jest tak, że większa grupa zamawiających realizuje podobne cele, nie jest to jeszcze podstawa do regulowania tych celów przez przepisy o zamówieniach publicznych. Jedynym celem przepisów o zamówieniach publicznych powinno być tworzenie procedury, która umożliwi dokonywanie zakupów, przy pomocy których zamawiający mogą zrealizować swoje zadania.

Rzeczywistość regulacyjna jest inna. W polskiej ustawie, ze względu na historycznie ukształtowaną powściągliwość ustawodawcy do opisywania swoich celów w rozbudowanych preambułach, nie jest to specjalnie widoczne. Ideologia zamówień publicznych (cele polityczne systemu zamówień publicznych) jest raczej domeną wypowiedzi polityków niż norm prawnych. Inaczej jest w dyrektywie, która w tym zakresie znacznie różni się od projektu przedstawionego przez Komisję. W dyrektywie wskazuje się, że skoro Strategia Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych, konieczna jest zmiana przepisów dotyczących zamówień publicznych „(…), aby zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych[28], oraz aby umożliwić zamawia-

---

ności za naruszenie finansów publicznych, red. W. Misiąg, Warszawa 2017, s. 174.

[26] Por. A. Wójtowicz-Dawid: *Prawo zamówień publicznych*…, s. 319 i cyt. tam lit.

[27] Por. J. Filipek: *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne część I*, Kraków 2003, s. 60, 68.

[28] Konieczność zwiększenia uczestnictwa MŚP w rynku zamówień publicznych jest wywodzona z wyników badań prowadzonych na zlecenie Komisji Europejskiej, z których wynika, że sektor ten

jącym lepsze wykorzystanie zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych"[29]. Wydaje się, że z deklaracji ustawodawcy unijnego wynika, pomijając omawianą wyżej efektywność wydatków publicznych, że zamawiający mają dążyć do osiągnięcia inteligentnego, trwałego rozwoju gospodarczego, przeciwdziałać wyłączeniu społecznemu, ułatwić udział w zamówieniach małych i średnich przedsiębiorców oraz wspierać wspólne cele społeczne. Taki katalog zadań rodzi dwa pytania – czy każdy zamawiający ma zadania te realizować i które zadania wybrać w przypadku ich kolizji[30]. Wydaje się, że to czy w ogóle i w jakim stopniu zadania wynikające z regulacji

zapewnia niewspółmiernie wysoki poziom PKB, a jego udział w rynku zamówień publicznych jest niewielki. Problem Komisji polega jednak na tym, że brak jest jakichkolwiek wiarygodnych danych dotyczących zamówień w poszczególnych krajach członkowskich, w szczególności w zakresie zamówień o wartości poniżej progów unijnych. Brak jest też wiarygodnych danych, jaki jest faktyczny udział MŚP w realizacji zamówień publicznych przy uwzględnienia faktycznego podwykonawstwa tych przedsiębiorców. W raporcie z badań wielokrotnie podkreśla się, że przedstawione wyniki obarczone są bardzo dużym błędem (por. PwC, ICF GHK, Ecorys SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU, 2014, s. 28–40). W oparciu o te daleko wątpliwe dane rządy kilku państw członkowskich, w tym Polski, jako aksjomat stawiają tezę o jakichś olbrzymich barierach dostępu MŚP do zamówień publicznych. Skoro bariera taka jest już zidentyfikowana (mimo że nie wiadomo czy istnieje), pojawia się konieczność jej likwidacji. Przyjmuje się różne rozwiązania w tym zakresie. Poza UE istnieje praktyka wydzielania zamówień publicznych dostępnych tylko dla tego sektora. Takie narzędzia stosowane są w USA, Indiach, RPA. W Unii Europejskiej jest to niemożliwe ze względu na zasadę niedyskryminacji. Dlatego też w miejsce zamówień zastrzeżonych dla MŚP stosuje się np. podział zamówienia na części. Zdaniem Komisji narzędziem wspierania MŚP jest też odejście od ceny jako jedynego kryterium. Twierdzi się, że zastosowanie mechanizmu oferty najkorzystniejszej ekonomicznie prowadzi do promowania MŚP, ponieważ powoduje to większą częstotliwość składania ofert. MŚP mają składać oferty i wygrywać postępowania, ponieważ są bardziej innowacyjne niż duże firmy, co daje im przewagę przy zastosowaniu modelu wielokryteriowego. Nie są one w stanie konkurować ceną ze względu na wyższe koszty krańcowe. W literaturze podnosi się jednak, że pogląd taki opiera się tylko na nieudowodnionych przypuszczeniach. A istnieją badania np. szwedzkie, które pokazują, że odejście od ceny jako jedynego kryterium zmniejsza prawdopodobieństwo uzyskania zamówienia przez MŚP. Por. J. Stak, *Evaluating quality or lowest price: consequences for small and medium-sized enterprises in public procurement*, „The Journal of Technology Transfer" 2017, nr 42, s. 1144, 1160. Generalnie jest to problem znacznie szerszy. Zauważa się w literaturze, że debata na temat celów i efektywności zamówień publicznych jest prowadzona bez jakichkolwiek obiektywnych danych. Por. G. Spagnolo: *Public Procurement*…, s. 28–29.

[29] Motyw 2 preambuły dyrektywy klasycznej.

[30] Najbardziej oczywisty przykład kolizji celów (zadań) zamawiającego jest widoczny w samej preambule dyrektywy. Z jednej bowiem strony ustawodawca unijny uznaje za pewną wartość agregację zamówień celem uzyskania efektów skali, czyli niższych cen, a z drugiej nakazuje dezagregację zamówień, aby ułatwić dostęp do zamówień małych i średnich przedsiębiorców. Co ciekawe, ustawodawca unijny w tym przypadku zdaje się dawać pierwszeństwo jednak efektywności wydatków publicznych. Szerzej na temat konfliktów celów zamówień publicznych por. P.R. Schapper, J.N. Veiga Malta, D.L. Gilbert: *An analytical framework for the management and reform of public procurement*, "Journal of Public Procurement" 2006, nr 1, s. 1–26.

zamówieniowej będą realizowane przez konkretnego zamawiającego, zawsze zależeć będzie od wyżej wskazanych norm zadaniowych lub ustrojowych[31]. Aby jakikolwiek zamawiający mógł np. wspierać grupy zagrożone wykluczeniem, musi wsparcie to mieć w swoich zadaniach, mających za podstawę prawną zupełnie inne normy, niż wynikające z Prawa zamówień publicznych. Jeżeli nie da się wskazać normy, która nakazuje wsparcie, stosowanie narzędzi takiego wsparcia skutkujące nieefektywnością wydatków publicznych (np. dokonywanie zakupów po wyższych cenach) będzie działaniem niecelowym i nieoszczędnym[32].

Kryteria oceny ofert a wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie

Jeżeli natomiast popatrzeć na kryteria oceny ofert od strony bardziej technicznej, trzeba wskazać, że nacisk na efektywność wydatkowania środków publicznych w dyrektywie przejawia się w koncepcji oferty ekonomicznie najkorzystniejszej. Dyrektywa klasyczna, w motywie 89, wskazuje, że „wszystkie zwycięskie oferty powinny być ostatecznie wybierane zgodnie z tym, co poszczególne instytucje zamawiające uznają za rozwiązanie najkorzystniejsze ekonomicznie spośród zaoferowanych. Ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie powinno się oceniać na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny, co zawsze powinno obejmować element cenowy lub kosztowy. Należy również sprecyzować, że taką ocenę oferty najkorzystniejszej ekonomicznie można też przeprowadzić na podstawie ceny i efektywności kosztowej lub wyłącznie na podstawie efektywności kosztowej. Ponadto należy przypomnieć, że instytucje zamawiające mają swobodę ustalania odpowiednich standardów jakości przy użyciu specyfikacji technicznych lub warunków realizacji zamówienia. Aby zachęcić do tego, by w zamówieniach publicznych większą uwagę zwracano na jakość, państwa członkowskie powinny mieć prawo – gdy uznają to za stosowne – zabronić stosowania wyłącznie ceny lub wyłącznie kosztu do celów oceny oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, bądź też ograniczyć stosowanie tych czynników".

Jakkolwiek pojęcie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie zdaje się nawiązywać do poczynionych wyżej ustaleń, na pierwszy rzut oka dziwi uproszczenie rzeczywistości polegające na uznaniu, że korzyść ekonomiczna jest wyłącznie efektem jakości i ceny[33]. Uproszczenie to albo musi zakładać, że pod pojęciem „jakość" należy rozu-

[31] Kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty mogą być nawet takie wartości jak zdrowie ludzkie czy sprawiedliwy handel w ramach tzw. społecznego rachunku kosztów cyklu życia. Por. szerzej na ten temat M. Matczak: *Społeczne koszty udzielania zamówień publicznych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne" 2017, t. CIV, s. 83–100.

[32] Na zróżnicowanie tych celów w zamówieniach niemieckich wskazują A. H. Glas, M. Schaupp, M. Essig: *An organizational perspective on the implementation of strategic goals in public procurement*, "Journal of Public Procurement" 2017, nr 4, s. 572–605.

[33] Szerzej na temat sposobu rozumienia i modeli wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie oraz rozumienia jakości w relacji do ceny por. A. Panasiuk, A. Rybak: *Zasada VfM…*, s. 28 i n., T. Michalczyk: *Prawne aspekty Best Value Procurement (BVP)*, „Zamawiający. Zamówienia Publiczne

mieć wszelkie możliwe cechy przedmiotu zamówienia oprócz ceny, albo jest po prostu nieprawdziwe. Dyrektywa przyjmuje oczywiście pierwszą koncepcję. Dalej, dziwi przekonanie, że możliwe jest określenie przez państwo członkowskie, w jakim procencie cena może wpływać na wybór najkorzystniejszej oferty. Jeszcze raz trzeba przypomnieć – nie istnieją żadne badania ani nawet modele, które pokazywałyby, że pierwsza zasada racjonalnego działania prowadzi do efektów bardziej optymalnych niż druga. Nie istnieją też żadne dane pozwalające na przyjęcie, że normatywnie określona maksymalna siła wpływu ceny na wybór oferty najkorzystniejszej, prowadzi do wyboru bardziej optymalnego w sensie ekonomicznym. Wprowadzając takie ograniczenia państwo deformuje w istocie wybór ekonomiczny i usiłuje doprowadzić zamawiających do działań oczywiście nieracjonalnych, wymuszających wybór oferty o cechach nieistotnych dla zamawiającego. W literaturze wskazuje się nawet, że interwencjonizm państwa przejawiający się w tworzeniu i stosowaniu reguł prawa zamówień publicznych wymusza na podmiotach chcących uzyskać zamówienie, oferowanie produktów, które poza jednostkami sektora finansów publicznych nie znajdują nabywcy ze względu na wysoką cenę kształtowaną zakresem zamówienia, zbyt dużą innowacyjność w stosunku do potrzeb, wysokie koszty utrzymania[34].

Wątpliwości wywołane jednostronnym spojrzeniem na ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie potęguje jeszcze jedno przemilczenie. Wydaje się, że ustawodawca tak unijny, jak i polski, zapomina o niepewności jako immanentnej cesze relacji jakości do ceny w zamówieniach publicznych. Niepewność jest skutkiem oczywistej okoliczności – zamawiany przedmiot nie istnieje w chwili udzielenia zamówienia. Tak jest w przypadku wszystkich usług i robót budowlanych oraz wielkiej części dostaw. Jeżeli przedmiot zamówienia nie istnieje w chwili udzielania zamówienia, to w relacji cena/jakość pojawia się element dodatkowy. Jakości bowiem, jako czegoś sprawdzalnego i potwierdzalnego[35] jak cena (przynajmniej w pewnym uproszczeniu), też nie ma. Jest wyłącznie oświadczenie wykonawcy co do jakości przyszłego przedmiotu zamówienia. Jeżeli zatem jakość nie istnieje, a wybór ma być dokonywany w oparciu o to kry-

w Praktyce" 2016, nr 17, s. 9–12.

[34] Por. A. Wójtowicz-Dawid: *Prawo zamówień publicznych*…, s. 321.

[35] W rzeczywistości nawet opisanie jakości (w sensie ścisłym, a nie używanym przez dyrektywę) bardzo wielu przedmiotów zamówienia nie jest możliwe. W literaturze podaje się przykłady usługi doradztwa informatycznego lub zarządzania, w przypadku których o jakości świadczenia decydują tak niemożliwe do zweryfikowania cechy jak kreatywność konsultanta. Podobny problem istnieje również w przypadku tak oczywistych zdawałoby się cech przedmiotów zamówienia, jak łatwość obsługi oprogramowania lub smak jedzenia w usługach gastronomicznych. Na temat modeli wyboru oferty najkorzystniejszej jakościowo w przypadku dóbr, których jakość w chwili wyboru jest nieweryfikowalna por. G. L. Albano, B. Cesi, A. Iozzi: *Public procurement with unverifiable quality: The case for discriminatory competitive procedures*, „Journal of Public Economics" 2017, nr 145, s. 14–26 i cyt. tam lit.; A. Staniszewska, R. Marczewska-Kuźma, A. Mazur: *Weryfikacja jakości przedmiotu zamówienia*, [w:] *Innowacje w zarządzaniu i inżynierii produkcji*, red. R. Knosala, Opole 2013, s. 1013–1023.

terium, pojawia się ryzyko nieosiągnięcia zakładanego poziomu jakości[36]. Jeżeli jakość nie zostanie osiągnięta, trzeba uznać, że wybrano ofertę, która była najkorzystniejsza ekonomicznie tylko na poziomie oświadczeń, w rzeczywistości wybrano ofertę nienajkorzystniejszą. Wybór był nieefektywny.

W tym kontekście za próbę powrotu do oczywistej i bezdyskusyjnej racjonalności w sensie ekonomicznym należy uznać te wszystkie działania zamawiających, które w istocie deprecjonują zabiegi regulacyjne zmierzające do stworzenia normatywnej koncepcji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Wspólnym mianownikiem tych wszystkich działań jest formalne dostosowanie się do koncepcji ustawodawcy w sposób, który w najmniejszym możliwym zakresie wpłynie na zaburzenie wyboru optymalnego w sensie ekonomicznym. Po pierwsze jest to ucieczka przed modelem wielokryteriowym. Działanie takie jest ze wszech miar słuszne, ponieważ jest realizacją drugiej zasady racjonalnego działania. Skoro zasada pierwsza jest praktycznie niemożliwa do realizacji, ponieważ określenie obiektywnych wag kryteriów jest bardzo trudne, należy skorzystać z rozwiązań prostszych a gwarantujących ten sam cel. W tym kontekście z uznaniem należy przyjąć, dokonaną na ostatnim etapie prac nad projektem ustawy, zmianę art. 91 ust. 2a Pzp, która nastąpiła w 2016 r. Należy przypomnieć, że w poprzednim stanie prawnym cena jako jedyne kryterium była efektem obiektywnych, niedookreślonych ustawowo cech przedmiotu zamówienia[37]. Obecnie jest to efekt działania zamawiającego, który, w zgodzie z zasadą racjonalnego działania, opisuje wszystkie istotne dla niego cechy przedmiotu zamówienia, co powoduje, że optymalnym jest wybór łączący się z najmniejszym możliwym kosztem dla zamawiającego. Drugim kierunkiem ratowania racjonalności ekonomicznej, wbrew nieracjonalności ustawodawcy, jest pozorne wprowadzanie kryteriów dodatkowych. Zamawiający wprawdzie kryteria te wprowadzają, ale albo nadają im możliwie małe wagi, albo je „spłaszczają". „Spłaszczenie" polega na takim opisaniu kryterium, że jego maksymalizacja jest nieopłacalna[38] albo też maksymalizacja jest możliwa do osiągnięcia przez każdy podmiot działający na rynku. Praktyka ta wydaje się być widoczna w danych statystycznych publikowanych w Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w roku 2016. Wskazuje

---

[36] Por. J. Szymański: *Pozacenowe kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty a nowelizacja prawa zamówień publicznych*, [w:] A. Kopiński, P. Kowalik: *Zarządzanie finansami firm – teoria i praktyka*. Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu 2015, nr 412, s. 311 i n.

[37] Do 28 lipca 2016r. przepis art. 91 ust. 2a Pzp, kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

[38] Najczęściej spłaszczenie tego typu występuje w przypadku okresu gwarancji. Stosunkowo często zdarza się, że zamawiający wskazują, że zaoferowanie gwarancji dłuższej niż uznawana za racjonalną nie będzie miało odzwierciedlenia w większej ilości punktów w ramach tego kryterium.

się w nim, że w postępowaniach o wartościach poniżej progów unijnych, w roku 2016 cenę jako jedyne kryterium oceny ofert zastosowano w 9% postępowań (w roku 2015 – w 12%; w 2014 – w 84%; w latach wcześniejszych odsetek ten kształtował się na poziomie powyżej 90%)[39]. A dodatkowo, że wzrosły wagi kryteriów. O ile przed nowelizacją średnio wagi większości dodatkowych kryteriów wahały się w granicach 10% – 20%, o tyle po nowelizacji średnia waga kryteriów dodatkowych zawierała się w przedziale 20% – 30%. Tyle tylko, że w przypadku postępowań o wartościach poniżej progów unijnych, w których wpłynęło minimum dwie oferty, odsetek postępowań, w których zamawiający dokonali wyboru najtańszej oferty w roku 2016 wyniósł 83,20%. Nie jest jasne, jaka jest metodologia wyliczenia tego wskaźnika, ale jeżeli przyjąć, że oznacza on, że w 16,80% postępowań krajowych zamawiający nie wybrał oferty z najniższą ceną, to wynikać to mogło albo z tego, że oferta z najniższą ceną była odrzucona (lub wykonawca, który ją złożył został wykluczony), albo że wybrana została oferta z ceną wyższą niż najniższa. W konsekwencji, mimo tak dużych wzrostów wskaźników ilości postępowań z wieloma kryteriami oraz wzrostu poziomu wag, inne niż cena, kryteria wpłynęły na wybór najkorzystniejszej oferty w nie więcej niż 16,80% zamówień krajowych, w których wpłynęły co najmniej dwie oferty[40].

Racjonalność takich działań zamawiających wynika z dwóch powodów. Po pierwsze, takie praktyki zmierzają do eliminacji nieracjonalnych maksymalnych poziomów innych niż cena cech – kryteriów oceny ofert. Z drugiej strony najlepiej zabezpieczają zamawiającego przed ryzykiem nieosiągnięcia przez przedmiot zamówienia cech deklarowanych w ofercie. Wskazać bowiem trzeba, że nie tylko jakość jest cechą niepewną. W zasadzie wszystkie kryteria poza ceną (również koszt cyklu życia) odnoszą się do przyszłości, a na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty są tylko oświadczeniem wykonawcy. Wprawdzie cena też takim oświadczeniem jest, ale jej zmiana po podpisaniu umowy bez zgody zamawiającego jest względnie trudna. Skoro zatem zamawiający ceny może być względnie pewien, a pozostałe cechy przyszłego przedmiotu zamówienia są tylko przyrzeczeniem wykonawcy, za racjonalne należy uznać minimalizowanie ryzyka ich nieosiągnięcia w rzeczywistości. Oczywiście, zastosowanie ceny jako jedynego kryterium wcale nie powoduje, że ryzyko nieosiągnięcia przez przedmiot zamówienia cech pożądanych przez zamawiającego jest mniejsze, ale przynajmniej wyboru najkorzystniejszej oferty nie dokonywano w oparciu o tę ryzykowną cechę. Wydaje się zatem, że niechęć zamawiających do modelu wielokryteriowego wcale nie musi być patologią systemu, ale po prostu jest zachowaniem racjonalnym.

---

[39] Natomiast w przypadku postępowań o wartościach powyżej progów unijnych, na podstawie ogłoszeń opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, wynika, że w roku 2016 kryterium ceny jako jedyne zostało zastosowane w 14% postępowań (w roku 2015 – 11%; w 2014 – w 75% a w 2013 – w 85% postępowań).

[40] Por. Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w roku 2016, s. 43, 46.

Stosowanie kryteriów oceny ofert w państwach członkowskich UE

W tym kontekście jest rzeczą ciekawą, jak zachowują się zamawiający publiczni z innych niż Polska państw członkowskich Unii Europejskiej.

W celu ustalenia praktyki stosowania kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzono badanie ogłoszeń o zamówieniu opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Oczywiście należy zdać sobie sprawę z tego, że ogłoszenia są przygotowywane przez samych zamawiających i stosunkowo często występują w nich rozmaite błędy, w tym w szczególności zamawiający wskazuje, że wybiera ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, ale w istocie kryterium jest cena. Poniższa analiza jest bardzo pobieżna w tym sensie, że nie daje obrazu kryteriów stosowanych w UE. Pokazuje wyłącznie, czy zamawiający zadeklarował wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie czy najtańszej. Oczywiście należy też mieć na względzie i to, że dyrektywa klasyczna z roku 2004 była stosowana znacznie dłużej niż dyrektywa aktualnie obowiązująca i przynajmniej w przypadku niektórych krajów możliwe jest, że trendy zachowań zamawiających zmienią się. Analizie poddano ogłoszenia o zamówieniach, publikowane przez zamawiających, pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, w okresie od 01.01.2004 r. do 30.03.2018 r. (data publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej), w których wskazano, że procedurą, według której udziela się zamówień publicznych jest procedura otwarta. Liczbę ogłoszeń pochodzących z poszczególnych krajów obrazuje tabela 1.

Tab. 1. Ogłoszenia o zamówieniu wg krajów i kryterium oceny ofert

		Postępowania z kryterium:			Razem	Odsetek postępowań z kryterium:	
		najniższa cena	oferta najbardziej korzystna ekonomicznie	inne		najniższa cena	oferta najbardziej korzystna ekonomicznie
Austria	2004	2016	2500	54	4570	44,11%	54,70%
	2014	366	1807	7	2180	16,79%	82,89%
Belgia	2004	1637	2869	269	4775	34,28%	60,08%
	2014	242	448	34	724	33,43%	61,88%
Bułgaria	2004	3989	3406	0	7395	53,94%	46,06%
	2014	3817	2627	194	6638	57,50%	39,58%
Chorwacja	2004	4089	374	0	4463	91,62%	8,38%
	2014	425	1003	37	1465	29,01%	68,46%
Cypr	2004	206	80	0	286	72,03%	27,97%
	2014	227	94	26	347	65,42%	27,09%
Czechy	2004	3608	1193	4025	8826	40,88%	13,52%
	2014	1216	835	30	2081	58,43%	40,12%

cd. tab. 1

Dania	2004	325	683	83	1091	29,79%	62,60%
	2014	192	330	144	666	28,83%	49,55%
Estonia	2004	1253	406	0	1659	75,53%	24,47%
	2014	114	59	1	174	65,52%	33,91%
Finlandia	2004	700	944	1543	3187	21,96%	29,62%
	2014	355	513	707	1575	22,54%	32,57%
Francja	2004	218	18224	366	18808	1,16%	96,89%
	2014	110	10342	410	10862	1,01%	95,21%
Grecja	2004	1382	375	76	1833	75,40%	20,46%
	2014	155	52	3	210	73,81%	24,76%
Hiszpania	2004	2175	16138	2737	21050	10,33%	76,67%
	2014	981	5969	637	7587	12,93%	78,67%
Holandia	2004	219	1142	400	1761	12,44%	64,85%
	2014	305	1766	151	2222	13,73%	79,48%
Irlandia	2004	194	1211	2	1407	13,79%	86,07%
	2014	15	627	41	683	2,20%	91,80%
Litwa	2004	370	83	114	567	65,26%	14,64%
	2014	32	11	26	69	46,38%	15,94%
Luksemburg	2004	382	271	347	1000	38,20%	27,10%
	2014	97	136	0	233	41,63%	58,37%
Łotwa	2004		1	1	2	0,00%	50,00%
	2014	28	11	2	41	68,29%	26,83%
Malta	2004	782	59	0	841	92,98%	7,02%
	2014	58	11	5	74	78,38%	14,86%
Niemcy	2004	14243	11822	757	26822	53,10%	44,08%
	2014	9026	5339	1943	16308	55,35%	32,74%
Polska	2004	19828	27144	279	47251	41,96%	57,45%
	2014	2961	14911	1292	19164	15,45%	77,81%
Portugalia	2004	1412	954	921	3287	42,96%	29,02%
	2014	1071	1576	18	2665	40,19%	59,14%
Rumunia	2004	7844	953	0	8797	89,17%	10,83%
	2014	4		0	4	100,00%	0,00%
Słowacja	2004	1887	328	0	2215	85,19%	14,81%
	2014	1568	183	12	1763	88,94%	10,38%
Słowenia	2004	1953	695	54	2702	72,28%	25,72%
	2014	1319	706	105	2130	61,92%	33,15%

cd. tab. 1

Szwecja	2004	1611	1466	8341	11418	14,11%	12,84%
	2014	866	4119	221	5206	16,63%	79,12%
Węgry	2004	540	312	31	883	61,16%	35,33%
	2014	270	714	214	1198	22,54%	59,60%
Wielka Brytania	2004	238	6392	2553	9183	2,59%	69,61%
	2014	126	3899	678	4703	2,68%	82,90%
Włochy	2004	4288	12411	800	17499	24,50%	70,92%
	2014	81	186	57	324	25,00%	57,41%
UE	2004	75752	109567	23484	208803	36,28%	52,47%
	2014	27664	61143	7264	96071	28,80%	63,64%

Źródło: opracowanie własne na podstawie informacji uzyskanych z SIMAP.

Z powyższych danych można wyprowadzić kilka wniosków. Po pierwsze, niezależnie od zapisów dyrektywy nie istnieje jeden europejski model zamówień publicznych. Istnieją kraje (Francja, Wielka Brytania), w których stosuje się model oferty najbardziej korzystnej ekonomicznie. Istnieją też kraje, w których za najbardziej efektywne uznaje się postępowania prowadzone w oparciu o kryterium ceny. Po drugie, jeżeli oceniać skutki promocji modelu oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w skali całej Unii, nie są one szczególnie spektakularne. Nastąpiło zmniejszenie odsetka postępowań z ceną jako kryterium o mniej niż 8%. Szczególnie duży wpływ nowej regulacji na system zamówień publicznych obserwowalny jest w krajach takich jak Austria, Chorwacja, Polska i Węgry. Dosyć ciekawe są dane z Niemiec, Grecji i Włoch. Wynika z nich, że dyrektywa praktycznie nie wpłynęła na zmianę podejścia do kryteriów oceny ofert. A są też kraje, w których wprowadzenie nowych dyrektyw spowodowało większą popularność ceny jako kryterium oceny ofert (Czechy).

Podsumowanie

Powyższe rozważania pokazują, że nie istnieje jeden europejski model zamówień publicznych. I nie wydaje się, żeby istniał jakikolwiek powód, aby taki system wprowadzać. Usuwanie mniej lub bardziej rzeczywistych barier transgranicznych zamówień nie musi wcale prowadzić do identycznych rozwiązań. Co istotne, przywołana wyżej literatura pokazuje, że w Europie od kilku już lat toczy się dyskusja sprowadzająca się w istocie do odpowiedzi na pytanie, jakie są granice odporności systemu zamówień publicznych na nieracjonalne pomysły regulatorów w zakresie celów, które zamówienia mają realizować. Okazuje się też, że nie istnieją żadne istotne dane statystyczne, które pokazywałyby, że owe polityczne cele państw realizowane w ramach tzw. polityk zakupowych rzeczywiście są osiągane. Bardzo charakterystycznym w tym zakresie jest głos prof. Spagnolo, który zarzucał Komisji Europejskiej inwestowanie potężnych

środków w badania ewaluacyjne prowadzone przez komercyjne firmy, z których ma wynikać tylko to, co Komisja chce usłyszeć, a nie w niezależne badania statystyczne, które są w stanie pokazać rzeczywiste skutki regulacji[41]. Istnieje niebezpieczeństwo, że rzeczywiste skutki tzw. zakupowych polityk państw są mniej niż mierne. To również sygnał dla dyskusji w Polsce, prowadzonej ze swoistym zachłyśnięciem się zamówieniami publicznymi jako narzędziem, które doprowadzi gospodarkę polską do innowacyjnego i społecznego rozwoju, polepszającego sytuację małych i średnich przedsiębiorstw (które na chwilę obecną prawdopodobnie uczestniczą w 90% zamówień publicznych) na niespotykaną nawet w Unii Europejskiej skalę. A za kilka lat, kiedy gospodarka, jak zawsze przez ostatnie dwa wieki, wejdzie w stan spowolnienia, znowu okaże się, że jedynym wyznacznikiem polityki zakupowej państwa powinna być oszczędność wydatkowania środków publicznych. I wcale nie będzie to gospodarka bardziej innowacyjna, a na pewno borykająca się z większymi problemami budżetowymi. Osiągnięcie innego modelu, niż respektującego zasadę minimalizacji kosztów przy sprecyzowanych potrzebach, nie jest możliwe.

Bibliografia

Albano G.L., Cesi B., Iozzi A.: *Public procurement with unverifiable quality: The case for discriminatory competitive procedures*, „Journal of Public Economics" 2017, nr 145.

Arrowsmith S.: *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform*, [w:] *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Sztokholm 2012.

Bitner M.: *Komentarz do art. 44*, [w:] *Ustawa o finansach publicznych, Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie finansów publicznych*, red. W. Misiąg, Warszawa 2017.

Bobowski S., Gola J.: *Pomiar efektywności rynku zamówień publicznych – przyczynek teoretyczny do badań ekonomicznych*, „Ekonomia" 2017, nr 2.

Bolton P.: *Government procurement as a policy tool in South Africa*, „Journal of Public Procurement" 2006, nr 3.

Chojnacka K.: *Racjonalność decyzji* w *teorii ekonomii – kilka refleksji dotyczących wyboru*, „Studia Ekonomiczne" 2014, nr 180, cz. 1.

Filipek J.: *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne część I*, Kraków 2003.

Gazda M.: *O procesie racjonalizacji wydatków publicznych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2016, nr 1.

Glas H., Schaupp M., Essig M.: *An organizational perspective on the implementation of strategic goals in public procurement*, "Journal of Public Procurement" 2017, nr 4.

Instytucje gospodarki rynkowej, red. T. Władyka, M. Smaga, Warszawa 2015.

Kuśmierczyk P.: *Wpływ braku przejrzystości reguł aukcji scoringowych na wynik przetargów*, [w:] *Ekonomia. Mikroekonomia i Ekonomia Instytucjonalna*, red. M. Piotrowska, Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego, nr 139, Wrocław 2010.

Lissowski O.: *Efektywność zamówień publicznych*, „Studia Ekonomiczne" 2013, nr 168, *Efektywność zarządzania organizacjami publicznymi i jej pomiar*.

[41] G. Spagnolo, *Public Procurement*…, s. 29.

Matczak M.: *Społeczne koszty udzielania zamówień publicznych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne", 2017, t. CIV.

Michalczyk T.: *Prawne aspekty Best Value Procurement (BVP)*, „Zamawiający. Zamówienia Publiczne w Praktyce" 2016, nr 17.

Panasiuk A., Rybak A.: *Zasada VfM w polskim systemie zamówień publicznych*, „Studia Prawnicze i Administracyjne" 2017, nr 19 (1).

PwC, ICF GHK, Ecorys SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU, 2014.

Rudnicki L.: *Zachowanie konsumentów na rynku*, Warszawa 2000.

Rzepkowska I.: *Nieprawidłowości w stosowaniu kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *Dyscyplina finansów publicznych. Narzędzie prawidłowej gospodarki sektora publicznego*, red. M. Smaga, M. Winiarz, Kraków 2013.

Rzepkowska I., *Określenie kryteriów oceny ofert niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych – czynem naruszenia dyscypliny finansów publicznych*, [w:] *Dyscyplina finansów publicznych. Doktryna, orzecznictwo, praktyka*, red. M. Smaga, M. Winiarz, Warszawa 2015.

Schapper P.R., Veiga J.N., Malta, Gilbert D.L.: *An analytical framework for the management and reform of public procurement*, „Journal of Public Procurement" 2006, nr 1.

Spagnolo G.: *Public Procurement as a Policy Tool*, [w:] *The Cost of Different Goals of Public Procurement*, Sztokholm 2012.

Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w roku 2016, Warszawa 2017.

Stak J.: *Evaluating quality or lowest price: consequences for small and medium-sized enterprises in public procurement*, „The Journal of Technology Transfer" 2017, nr 42.

Staniszewska A., Marczewska-Kuźma R., Mazur A.: *Weryfikacja jakości przedmiotu zamówienia*, [w:] *Innowacje w zarządzaniu i inżynierii produkcji*, red. R. Knosala, Opole 2013.

Strategia na rzecz odpowiedzialnego rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.), Warszawa 2017.

Szymański J.: *Pozacenowe kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty a nowelizacja prawa zamówień publicznych*, [w:] A. Kopiński, P. Kowalik, *Zarządzanie finansami firm – teoria i praktyka*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu" nr 412.

Wójtowicz-Dawid A.: *Prawo zamówień publicznych jako narzędzie interwencjonizmu gospodarczego*, „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy" 2014, nr 4.

Jan Staniłko
Dyrektor Departamentu Innowacji, Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii

Polityka zakupowa państwa

Abstrakt

Artykuł prezentuje tematykę polityki zakupowej z naciskiem na jej uwarunkowania przede wszystkim gospodarcze, a także filozofię leżącą u podstaw oceny zasadności jej wprowadzenia do polskiego systemu zamówień publicznych. W artykule wskazano też kierunkowo zasady prowadzenia polityki zakupowej Państwa.

Abstract

The paper presents the subject of purchasing policy with an emphasis on its determinants, above all economic, as well as the philosophy underlying the assessment of the legitimacy of its introduction to the Polish public procurement system. The paper also indicates the principles of conducting the purchasing policy of the State.

Wprowadzenie

Każde państwo, w sposób świadomy lub nieświadomy, prowadzi politykę zakupową. Wieloelementowość zagadnienia wyraża się we wszelkich decyzjach z zakresu zakupów publicznych, realizowanych nie tylko na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych[1]. W skład polityki zakupowej wchodzą m.in.: wielkie inwestycje infrastrukturalne, drobne zakupy niezbędne dla codziennego funkcjonowania instytucji publicznych, jak również narzędzia, cele i procedury przetargowe, instytucje nadzoru oraz przyzwyczajenia kształtujące praktykę i ład instytucjonalny. System zamówień publicznych jest ważnym narzędziem, jakim dysponuje państwo do realizacji usług publicznych.

Przepisy zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych obejmują szereg szczegółowych zasad dotyczących m.in. procedur przetargowych, specyfikacji technicznych, czy też przygotowywania, składania i przyjmowania ofert. Regulują także sposób oceny ofert i udzielania zamówień, udostępniania informacji i publikacji po udzieleniu zamówienia, a także zasady dotyczące systemu odwoławczego. Zasadniczo, większość systemów zamówień publicznych państw należących do OECD ma na celu pro-

[1] Ustawa *Prawo zamówień publicznych*, Dz. U. z 2017 r., poz. 1579.

mowanie konkurencji po stronie wykonawców oraz realizację zasady *value for money* po stronie zamawiających, czyli optymalizacji zakupów publicznych. Konkurencja po stronie wykonawców zapewniana jest poprzez równość dostępu do rynku zamówień, dostęp do informacji o zamówieniach oraz niskie koszty wejścia na rynek zamówień publicznych.

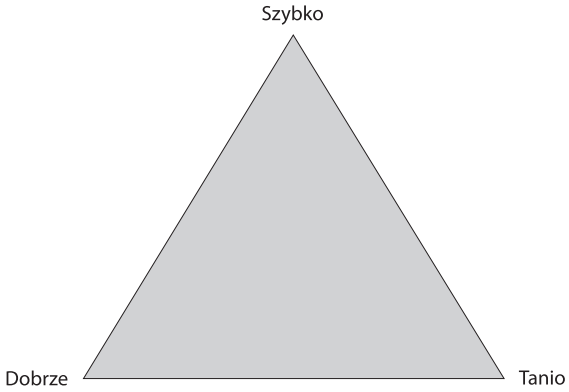
Polityka zakupowa, podobnie jak wiele innych polityk (np. przemysłowa), może kształtować się w sposób inercyjny i spontaniczny albo przedstawiać się w wersji ustrukturyzowanej i skoordynowanej. W pierwszym przypadku występuje ryzyko dryfu i braku zdolności koordynowania polityki gospodarczej państwa. W tym modelu koszt koordynacji systemu zamówień publicznych jest wysoki, a systemowy brak zachęt do tworzenia grup zakupowych i współpracy po stronie zamawiających, pozwalając na osiągania efektów skali, uniemożliwia generowanie oszczędności przez sektor publiczny. Niestety takie podejście leży u podstaw obecnego systemu zamówień publicznych w Polsce. W drugim przypadku zasadnicze znaczenie ma spójny, wiążący dokument kierunkowy, określający najważniejsze cele i zasady prowadzenia polityki zakupowej. Stanowi on zarówno „miękkie" wytyczne i meta-zasady, jak i program planowanych zmian i reform w systemie dla realizacji celów strategicznych.

Takie podejście do polityki zakupowej państwa jest niezbędne, ponieważ biorąc pod uwagę wpływ zamówień publicznych na polską gospodarkę, pozwala to na realizację idei tzw. „*przedsiębiorczego państwa*". Model ten, zgodnie ze Strategią na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju[2], należy zacząć wdrażać w Polsce. Dopiero dzięki rozpoczęciu prowadzenia ustrukturyzowanej i skoordynowanej polityki zakupowej, system polskich zamówień publicznych stanie się kompletny. Polski sektor publiczny musi posiadać narzędzia do kreowania wysokiej jakości popytu w krajowej gospodarce. W efekcie, niezbędne jest wprowadzenie do systemu zamówień publicznych, obok obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych (*hard law*), także dokumentu na poziomie strategicznym (*soft law*), jakim jest polityka zakupowa państwa.

Logika polityki zakupowej

Proces zakupowy z perspektywy całego systemu sprowadza się do trylematu decyzyjnego, gdzie najczęściej nie jest możliwe zrealizowanie wszystkich trzech celów jednocześnie. Sytuację tę określa się mianem tzw. „*trójkąta niemożliwości*" (rys. 1). Dostępne cele procesu zakupowego można określić jako: szybko, tanio i dobrze. Spośród nich możliwe jest wybranie co najwyżej dwóch. Wynika to z ograniczonej ilości zasobów, presji czasowej oraz zdolności instytucjonalnej. Uwarunkowania gospodarcze Polski, mające w głównej mierze przyczynę w wydatkowaniu dużej liczby środków pochodzących z funduszy unijnych, spowodowały, że polski model zamówień publicznych sprowadza się do działania „szybkiego i taniego" w krótkiej perspektywie czasowej.

[2] *Strategia na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju*, Ministerstwo Rozwoju, Warszawa 2017.



Rys. 1. Trójkąt niemożliwości

Paradygmat zakupowy – „trójkąt niemożliwości"

Ocena procesu zakupowego pod względem „taniości" czy też najniższej ceny, uzależniona jest od przyjęcia perspektywy czasowej i uwzględnienia kosztu cyklu życia produktu. W diagnozie zostało wskazane, że pomimo wielu reform Prawa zamówień publicznych, kryterium najniższej ceny w praktyce wciąż jest kluczowe. Paradoksalnie, zamawiający koncentrujący się na osiąganiu najniższej możliwej ceny w momencie podpisania umowy z wykonawcą po zakończeniu postępowania przetargowego, wcale nie muszą generować oszczędności zakupowych dla organizacji w dłuższej perspektywie czasowej. Natomiast zamówienie, które w momencie zawierania umowy może być droższe i oferowany produkt może być wyższej jakości, z perspektywy cyklu życia produktu pozwoli uniknąć kosztów napraw, serwisowania i okaże się tańszym rozwiązaniem. Oczywiście, nadrzędną zasadą wydatkowania środków publicznych jest zasada efektywności i realizacja *value for money.* Decydujące jest jednak przyjęcie dłużej perspektywy w ocenie „taniości" zamówienia, zwłaszcza uwzględniając cały cykl życia produktu.

Warto zaznaczyć, że odejście od zasady wyboru najtańszego oferowanego produktu na etapie rozpoczęcia realizacji zamówienia publicznego nie musi skutkować trwałym podniesieniem kosztów zamówień publicznych. W efekcie, mimo że produkt jest droższy na etapie zakupu, to często koszty jego użytkowania rekompensują ten wydatek w cyklu życia produktu. W tym zakresie istotne jest podejmowanie decyzji zakupowych na podstawie np. całkowitego kosztu posiadania (*total cost of ownership*).

Problem z rozumieniem „najniższej ceny" jest silnie związany z naciskiem na szybką realizację zamówień i sprawność procedury przetargowej. Jeżeli przyjmujemy, że szybkość przeprowadzania postępowań i procedur odwoławczych, tak aby jak najszybciej zawrzeć umowę z wykonawcą, jest istotna z punktu widzenia sprawności wydatkowania środków UE, nie można równocześnie wymagać od zamawiających należytego przygotowania zamówień, przeprowadzenia dialogu technicznego czy też

odpowiedniego planowania zakupów oraz budowania grup zakupowych. Natomiast dobre przygotowanie zamówienia czy też przeprowadzenie rozeznania rynkowego, pomimo że może być czasochłonne, w efekcie powoduje, że zamawiający dokona zakupu lepszej jakości produktu, realizującego jego potrzeby.

Nacisk na dokonywanie szybko tanich zakupów wpływa na jakość zamawianych produktów. Zamawiający z powodu braku czasu lub środków nie mają możliwości zamawiania produktów dostosowanych do ich potrzeb. Celem zakupowym powinna być maksymalizacja wymogów funkcjonalnych przy minimalizacji kosztów w cyklu życia.

Podstawowym wnioskiem płynącym z już kilkunastoletniego okresu wydatkowania środków UE w Polsce jest to, że sposób ich wydatkowania („szybko i tanio" w krótkiej perspektywie czasowej) znacząco utrudnia, a często uniemożliwia realizację długofalowych celów rozwojowych polskiej gospodarki, takich jak poprawa produktywności czy innowacyjności. Stoimy więc obliczu wyzwania, którym jest zmiana tego paradygmatu w skali całej gospodarki.

Zagadnienie to zostało zdiagnozowane w Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju. Aby uniknąć pułapki średniego dochodu oraz przeciętnego produktu, polska gospodarka musi odejść od paradygmatu najniższej ceny i zacząć inwestować w rozwiązania o charakterze innowacyjnym. Przejście do paradygmatu oparcia gospodarki na wiedzy wymusza zmianę narzędzi dystrybucji środków publicznych. Ciężko oczekiwać poprawy produktywności i innowacyjności gospodarki kupując najtańsze możliwe rozwiązania, przy równoczesnym braku polityki technologicznej dla poszczególnych sektorów gospodarki. Jednocześnie dynamika gospodarcza Polski wymaga utrzymania sprawności całego procesu. Zatem, należy przyjąć paradygmat „tanio" w dłuższej perspektywie czasowej oraz „dobrze".

Cele polityki zakupowej państwa

Polityka zakupowa państwa ma charakter kierunkowy oraz wyznacza najważniejsze zasady prowadzenia zakupów w sektorze publicznym. Ze względu na rolę sektora zamówień publicznych w skali kraju należy zacząć postrzegać procesy zakupowe jako narzędzie do realizacji innych celów niż tylko zaopatrywanie sektora publicznego w niezbędne produkty i usługi. Zamówienia publiczne mogą być zatem także traktowane jako narzędzie do realizacji strategii przemysłowej, cyfryzacji, wdrażania innowacyjnych technologii w gospodarce, obniżenia zasobochłonności czy też zmniejszenia oddziaływania na otoczenie. Tym samym poprzez zamawianie produktów, usług lub robót budowlanych, które są mniej uciążliwe dla środowiska, możliwa jest realizacja koncepcji niskoemisyjnej gospodarki o obiegu zamkniętym. Dodatkowo, polityka w zakresie udzielania zamówień publicznych powinna zacząć być postrzegana jako narzędzie do pobudzania krajowej ukierunkowanej produkcji i wzrostu jakościowego konsumpcji publicznej. Tym samym polityka zakupowa stanie się *de facto* elementem polityki rozwojowej kraju.

Polityka zakupowa państwa jako dokument strategiczny będzie określać cele i zasady oraz wizję docelową systemu. Polityka ta będzie realizowana przez narzędzia stanowiące ogólne wytyczne co do kierunków zmian, zbiór koniecznych reform do ich przeprowadzenia oraz listę szczegółowych projektów pozwalających poprawić sterowność i koordynację systemu zamówień publicznych.

Pod pojęciem celu głównego rozumiemy docelową zmianę modelu organizacji systemu zamówień publicznych, której osiągnięcie będzie rezultatem wdrożenia polityki zakupowej państwa. Mając na uwadze konieczność wprowadzenia koordynowanego modelu zakupowego oraz przygotowanie krajowej gospodarki na koniec perspektywy finansowej Unii Europejskiej w latach 2014–2020, cel główny został sformułowany jako: *„Optymalizacja zakupów publicznych poprzez nadanie im sterowności i ukierunkowanie na innowacje oraz zrównoważone produkty i usługi"*.

Ogólne brzmienie celu głównego jest działaniem zamierzonym. Pomostem między nim a konkretnymi narzędziami wdrażającymi politykę zakupową państwa będą cele szczegółowe. Każde z zadań realizowanych przez podmiot objęty polityką zakupową państwa przyczyniać się będzie do osiągania jednego z poniższych celów szczegółowych:

1. Cel jakościowy – rozumiany jako maksymalizacja wymogów funkcjonalnych zamawianych produktów przy minimalizacji kosztów w cyklu życia produktu,
2. Cel sprawnościowy – poprawa sprawności procesu zakupowego poprzez jego cyfryzację, bodźce dla rozwiązań innowacyjnych oraz wycenę kosztów w cyklu życia produktu,
3. Cel rozwojowy – realizacja celów społecznych państwa, w tym tworzenie miejsc pracy wysokiej jakości z pełnym zabezpieczeniem społecznym, oraz zmiana modelu prowadzenia polityki rozwoju poprzez integrację polityki zakupowej z celami gospodarczymi.

Zasady polityki zakupowej państwa

Polityka zakupowa państwa musi stanowić dokument o wysokim stopniu przydatności praktycznej. Będzie on możliwie elastyczny, jednocześnie dając przewidywalność uczestnikom rynku. Z tego powodu niezbędne jest stworzenie szeregu zasad, których realizacja stanowić będzie fundament polityki zakupowej państwa. Z jednej strony stanowią one wytyczne kierunkowe dla podmiotów realizujących politykę zakupową państwa, z drugiej zaś precyzują stojącą za nią aksjologię. Do zasad polityki zakupowej państwa zalicza się następujące zagadnienia:

1. **Zasada państwa jako wymagającego klienta** – sektor publiczny jako podmiot kreujący popyt na wysokiej jakości produkty, usługi lub roboty budowlane.
2. **Zasada preferencji dla rozwiązań innowacyjnych i ekologicznych** – planując i przygotowując zamówienia, zamawiający preferują produkty innowacyjne i ekologiczne, zmniejszające oddziaływanie na otoczenie.

3. **Zasada preferencji dla rozwiązań lokalnych i oferowanych przez MŚP** – sektor publiczny wybierający rozwiązania oferowane przez MŚP i wpływające korzystnie na gospodarkę regionu.
4. **Zasada spójności z celami rozwojowymi** – zamawiający traktują zamówienia publiczne jako narzędzie do realizacji polityk rozwojowych państwa w tym Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju.
5. **Zasada cyfryzacji procesu zamówień publicznych** – zamawiający korzysta z narzędzi cyfrowych na każdym z etapów zamówienia publicznego.
6. **Zasada profesjonalizmu zamawiających** – zamawiający jako podmiot potrafi zdefiniować potrzebę zakupową, zdefiniować kryteria, wybrać odpowiedni tryb przetargowy, zarządzać ryzykami oraz korzystać z narzędzi cyfrowych.
7. **Zasada społecznej i gospodarczej odpowiedzialności zamawiających** – sektor publiczny nie nadużywa pozycji przetargowej wobec wykonawców i jest świadomy wpływu zamówień publicznych na gospodarkę.
8. **Zasada grupowania zakupów** – preferencja dla tworzenia grup zakupowych przez zamawiających w celu uzyskania efektów skali i oszczędności.
9. **Zasada unikania uzależnienia od jednego dostawcy –** zamawiający tak planują zamówienia, aby uniknąć wieloletniego uzależnienia się od jednego dostawy, zwłaszcza technologicznego. Z tego powodu preferowane są rozwiązania zapewniające interoperacyjność i standaryzację .

System zamówień publicznych w Polsce w ostatnich latach stanął przed poważnymi wyzwaniami. Wyzwania te są pochodną przynależności naszego kraju do Unii Europejskiej. Jakkolwiek są to wyzwania trudne, to jednak w przypadku sprostania im, system zamówień publicznych w naszym kraju osiągnie nową, wyższą jakość. Wyzwaniami tymi są: konieczność opracowania nowej ustawy, która w sposób bardziej efektywny niż ustawa aktualna zaimplementuje do polskiego prawa krajowego rozstrzygnięcia wynikające z aktualnych dyrektyw UE, oraz konieczność kompleksowej cyfryzacji systemu.

Środowiska zajmujące się naukowo i zawodowo systemem zamówień wyrażają szereg obaw oraz oczekiwań wobec zapowiadanych zmian. Recenzowana monografia tym obawom i oczekiwaniom w znacznym stopniu wychodzi naprzeciw. W sposób istotny i kompetentny odpowiada ona zatem na wyraźnie wyartykułowane zapotrzebowanie społeczne.

Recenzowana monografia ma trzy istotne walory. Są nimi: adekwatność wyodrębnionych w niej bloków tematycznych do aktualnych problemów i wyzwań, interdyscyplinarny sposób ujęcia problematyki zamówień publicznych w pełni zgodny z jej charakterem oraz wysoki poziom naukowy zamieszonych w monografii tekstów poszczególnych Autorów. W efekcie osoby zainteresowane aktualnymi problemami zamówień publicznych otrzymają w recenzowanym opracowaniu aktualne, interdyscyplinarne kompendium wiedzy o szczególnych walorach poznawczych, informacyjnych i aplikacyjnych. Kompendium to w pełni zasługuje na upowszechnienie go w formie publikacji książkowej.

Prof. nadzw. UŁ, dr hab. Andrzej Borowicz

* * *

Recenzowana publikacja podejmuje niezwykle istotną i aktualną problematykę potrzeb i kierunków zmian w Prawie zamówień publicznych w okresie opracowywania przepisów nowej ustawy o zamówieniach publicznych. Zawiera opracowania dotyczące problematyki celów i zasad prawa zamówień publicznych, ich efektywności i innowacyjności, zagadnień wsparcia sektora małych i średnich przedsiębiorców, a w zakończeniu zagadnienia związane z polityką zakupową państwa. Stanowi ona niezwykle interesujące i udane połączenie głosów przedstawicieli doktryny i praktyki zamówień publicznych, ujawniających z jednej strony słabości obowiązującego prawodawstwa, z drugiej zaś wskazujących na rozwiązania, które powinny znaleźć swe miejsce w przyszłej regulacji problematyki zamówień publicznych. Stanowić więc powinna niezwykle ciekawą, inspirującą i konieczną lekturę zarówno dla teoretyków, jak i być może przede wszystkim praktyków, borykających się z koniecznością codziennego stosowania Prawa zamówień publicznych.

Prof. nadzw. UWr, dr hab. Tadeusz Kocowski

ISBN: 83-88686-63-4

Warszawa 2018