Urząd
Zamówień
Publicznych

Kontrola zamówień publicznych

VI KONFERENCJA NAUKOWA
17-18 czerwca 2013 r., Wrocław

Redakcja naukowa:
Tadeusz Kocowski
Jacek Sadowy

KONTROLA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

(monografia naukowa)

VI Konferencja naukowa
17–18 czerwca 2013 r., Wrocław

Redakcja naukowa:
Tadeusz Kocowski
Jacek Sadowy

Wrocław – Warszawa 2013

Kontrola zamówień publicznych

Rada programowa:
Jacek Sadowy – Urząd Zamówień Publicznych
Prof. UE, dr hab. Tadeusz Kocowski – Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu
Prof. dr hab. Marek Bojarski – Uniwersytet Wrocławski
Prof. UŁ, dr hab. Andrzej Borowicz – Uniwersytet Łódzki
Prof. UEK, dr hab. Ryszard Szostak – Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
Dr Elżbieta Adamowicz – Uniwersytet Gdański
Dr Henryk Nowicki – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Recenzenci:
Prof. dr hab. Leon Kieres – Uniwersytet Wrocławski
Dr hab. Marek Łyszczak – Prof. nadzw. UE we Wrocławiu

Skład, łamanie i druk:
CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH
Wydział Wydawnictw i Poligrafii
02-903 Warszawa, ul. Powsińska 69/71
e-mail: wydawnictwa@cuw.gov.pl
www.cuw.gov.pl

Wydawca:
Urząd Zamówień Publicznych
www.uzp.gov.pl

ISBN: 978-83-88686-08-5

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2013 r.

SPIS TREŚCI

Wstęp 5

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE JAKO PRZEDMIOT KONTROLI

Nowe unormowania prawa zamówień publicznych jako potencjalny przedmiot kontroli – *Andrzej Borowicz* 9

Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – *Tadeusz Kocowski* 21

Czy istnieje system kontroli zamówień publicznych? – *Przemysław Szustakiewicz* . . 39

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z tytułu czynów poprzedzających zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego – *Wiesława Miemiec* 49

Czy kontrola może szkodzić? – *Andrzej Panasiuk* 59

Wpływ naruszenia przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych na wynik postępowania jako element kontroli udzielania zamówień publicznych – *Krzysztof Horubski* 65

Odpowiedzialność karna i materialna jako konsekwencje naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych – *Joanna Presz-Król, Agnieszka Adach- Nerwińska* . . 77

Sądowa kontrola częścią systemu prawnej kontroli zamówień publicznych – *Henryk Nowicki* 95

UCZESTNICY ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I ORGANY WŁADZY PUBLICZNEJ W PROCEDURACH KONTROLNYCH

Sądowa kontrola umów koncesyjnych motywowana interesem publicznym – *Agata Mikołajczak-Waligórska, Michał A. Waligórski* 105

Zamówienia publiczne w świetle kontroli NIK – *Marian Cichosz* 119

Kontrola Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako instrument zapobiegania korupcji w administracji publicznej – *Jan Gola* 135

Kontrola udzielania zamówień publicznych w świetle instytucji kontroli i nadzoru w materialnym prawie administracyjnym – *Katarzyna Marak* 143

Kontrola finansowa zamówień publicznych sprawowana przez skarbnika gminy – *Izabela Vogelsinger* 157

Rola wykonawcy jako podmiotu kontrolującego prawidłowość udzielenia zamówienia – *Katarzyna Wińska-Rużewicz* 165

Społeczna kontrola zamówień publicznych – *Piotr Schmidt* 173

PODMIOTY ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Postępowanie odwoławcze przed KIO jako środek korygujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – *Agnieszka Kurowska* 189

Pozycja prawnoustrojowa Krajowej Izby Odwoławczej – *Katarzyna Solecka* 199

Granice kompetencji kontrolnych Regionalnych Izb Obrachunkowych w zakresie zamówień publicznych – *Mateusz Winiarz* 207

O właściwości kontrolnej Regionalnych Izb Obrachunkowych w systemie zamówień publicznych w Polsce – *Marcin Kępa* 221

Umowa jako przedmiot i instrument kontroli w systemie zamówień publicznych – *Zdzisław Gordon* 231

Identyfikowanie ryzyka w zamówieniach publicznych na podstawie obowiązujących regulacji prawnych – *Mirosław Urbanek* 243

Kontrola zarządcza a udzielanie zamówień publicznych – zarys problematyki – *Ambroży Mituś, Maciej Gnela* 259

Sądowa kontrola zamówień publicznych – aspekty praktyczne i prawne – *Małgorzata Kartasiewicz, Jerzy Pieróg* 277

Kontrola pozacenowych kryteriów oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – *Natalia Miłostan* 291

DOŚWIADCZENIA Z PROCESÓW KONTROLNYCH ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Zaufanie i partnerstwo jako alternatywa dla kontroli w projektach publicznych – *Stanisław Gasik* 303

„Najkorzystniejsza ekonomicznie oferta" a rachunek kosztów cyklu życia produktu w systemie zamówień publicznych i w opinii podmiotów zamawiających – *Wacława Starzyńska* 319

Kontrola udzielania zamówień przeprowadzana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – *Emilia Garbala* 335

Uchylanie się przez wykonawcę od zawarcia umowy jako przesłanka wyboru kolejnej oferty w trybie art. 94 ust. 3 Pzp – *Janusz Kaspryszyn* 351

Skutki naruszenia procedury przetargowej przy przetargach fakultatywnych – *Magdalena Wilejczyk* 363

Kontrola przestrzegania prawa konkurencji w zamówieniach publicznych – zagadnienia wybrane – *Aldona Piotrowska* 371

Funkcjonowanie nadzoru inwestorskiego w budowlanych zamówieniach publicznych – *Franciszek Łapecki* 384

Kontrola zamówień publicznych udzielanych w ramach projektów współfinansowanych ze środków unii europejskiej – *Paweł Nowicki* 391

WSTĘP

Istotna rola kontroli procesu udzielania zmówień publicznych jako instrumentu umożliwiającego identyfikację nieprawidłowości w procesie wydatkowania środków publicznych skłoniła organizatorów tradycyjnych już corocznych spotkań środowiska naukowego i praktyków zajmujących się problematyką zamówień publicznych do poświęcenia temu tematowi obrad tegorocznej VI Konferencji Naukowej, która odbyła się 17–18 czerwca 2013 r. we Wrocławiu.

Kontrola zamówień publicznych oraz sprawne działanie organów kontrolnych to czynnik wpływający na prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych i korygujący zjawiska niepożądane. Wykrywanie błędów i świadomość złej praktyki pozwalają na podejmowanie działań naprawczych poprzez wskazywanie dobrych wzorców, poszerzanie wiedzy oraz wpływanie na kierunek zmian w ramach polskiego systemu zamówień publicznych.

Monografia zawiera prace, będące owocem spotkania przedstawicieli świata nauki i praktyków zajmujących się zamówieniami publicznymi zorganizowanego przez Urząd Zamówień Publicznych we współpracy z Uniwersytetem Wrocławskim i Uniwersytetem Ekonomicznym we Wrocławiu. W opracowaniu zaprezentowano różne aspekty zagadnienia kontroli zamówień publicznych, poczynając od analizy regulacji prawnych poprzez instytucje, uczestników zamówień publicznych i organy władzy publicznej w procedurach kontrolnych aż po doświadczenia z procesów kontrolnych zamówień publicznych.

Wyrażamy nadzieje, że publikacja, będąca owocem pogłębionej analizy oraz wymiany poglądów i doświadczeń w zakresie instrumentów kontrolnych, wpływających na prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych, spotka się z zainteresowaniem ze strony zamawiających, wykonawców, organów kontrolnych oraz organów orzekających i będzie stanowić dla nich cenne źródło analiz i spostrzeżeń, ugruntowując prawidłowe wzorce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i wskazując właściwe kierunki kształtowania systemu.

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
JAKO PRZEDMIOT KONTROLI

NOWE UNORMOWANIA PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH JAKO POTENCJALNY PRZEDMIOT KONTROLI

Prof. nadzw. UŁ, dr hab. Andrzej Borowicz
Uniwersytet Łódzki

Dokonując analizy porównawczej zmian wprowadzonych do ustawy Pzp jej ostatnią istotną nowelizacją[1] w stosunku do zmian wprowadzanych do niej poprzednio można zauważyć, iż najnowsze zmiany, aczkolwiek intencjonalnie słuszne lub generowane koniecznością implementacji prawa unijnego, mogą być jednak źródłem ryzyka wystąpienia określonych nieprawidłowości w ich praktycznym stosowaniu. Jednym z najważniejszych instrumentów przeciwdziałania temu ryzyku powinna być natomiast racjonalna, merytoryczna oraz oparta na dobrym rozpoznaniu celów i intencji prawodawcy, kontrola prowadzonych postępowań.

W sytuacji opisanej powyżej, celem niniejszego opracowania jest przedstawienie w oparciu o wybrane istotne przykłady nowych rozwiązań systemowych, tych obszarów i problemów które powinny stać się przedmiotem działań kontrolnych w stanie prawnym obowiązującym po 20.02.2013 roku.

Zgodnie ze swoją specjalnością (procesy inwestycyjno-budowlane) oraz zainteresowaniami badawczymi, jako przykłady nowych rozwiązań, autor przyjął przepisy definicyjne dotyczące zamówień publicznych na roboty budowlane oraz nowe przepisy odnoszące się do kluczowego etapu procedury selekcyjnej (eliminacyjnej) zamówienia publicznego, jakim jest badanie podmiotowe wykonawców prowadzone w trybach pojedynczego i podwójnego rankingowania.

1. NOWE PRZEPISY PZP O CHARAKTERZE DEFINICYJNYM JAKO PRZEDMIOT KONTROLI

Ustawa zmieniająca ustawę Prawo zamówień publicznych[2] wprowadziła między innymi trzy nowe definicje o istotnym znaczeniu dla procesów inwestycyjno-budowlanym. Są to definicje: newralgicznych robót budowlanych, robót budowlanych oraz obiektu budowlanego.

Pod pojęciem *newralgicznych robót budowlanych* (art. 2 pkt 5a Pzp) należy rozumieć roboty budowlane realizowane dla celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają. Tę nowo wyodrębnioną kategorię robót budowlanych prawodawca „wyprowadził" z grupy klasycznych zamówień publicznych przenosząc je do zamówień z zakresu bezpieczeństwa i obronności (art. 131a ust 1 Pzp).

Pod pojęciem *obiektu budowlanego* według nowej definicji należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Nowa definicja obiektu budowlanego niesie za sobą co najmniej trzy konsekwencje o istotnym znaczeniu.

---

[1] Mowa tu o nowelizacji wprowadzonej ustawą z 12.10.2012 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 roku, poz. 1271).

[2] Mowa tu o ustawie z 19.11.2012 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 19.10.2012 roku, poz. 1271).

Pierwsza konsekwencja wynika z oczywistego faktu, iż wzmocnieniu uległ mankament polskiego systemu prawnego polegający na braku jednolitej terminologii w odniesieniu do pojęć o fundamentalnym znaczeniu[3]. Od tej pory bowiem, na skutek implementowania definicji obiektu budowlanego wynikającej z odpowiedniej dyrektywy unijnej[4] będą w procesach inwestycyjno-budowlanych w Polsce obowiązywały dwie różne definicje tego fundamentalnego pojęcia. Pierwsza wynikająca z art. 3 pkt 1 ustawy uPb oraz druga – wynikająca z art. 2 pkt 5d ustawy Pzp. Trudno jest w obecnym okresie przewidzieć wszystkie negatywne konsekwencje tego dualizmu definicyjnego. Wydaje się jednak, iż prawdopodobieństwo ich wystąpienia jest bardzo wysokie – chociażby w kontekście do decyzji administracyjnych o pozwoleniu na budowę.

Drugą konsekwencją nowej definicji obiektu budowlanego wprowadzonej do ustawy Pzp będą trudności interpretacyjne z nią związane. Jest rzeczą prawie pewną, iż pojawią się one, zwłaszcza w początkowym okresie jej obowiązywania. Źródłem wspomnianych trudności będzie ta część omawianej definicji, z której wynika delimitacja pojęcia obiektu budowlanego. Zwerbalizowano ją w następujący sposób: „wynik całości robót budowlanych, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną". O ile jest rzeczą zrozumiałą, iż na przykład droga prowadząca do nikąd, czy też most nie będący elementem ciągu drogowego, będąc obiektami budowlanymi w rozumieniu ustawy uPb nie będą już nimi w rozumieniu ustawy Pzp, gdyż nie będą w stanie samoistnie spełniać jakiejkolwiek funkcji gospodarczej lub technicznej, to w przypadkach mniej jednoznacznych pojawią się z całą pewnością wątpliwości interpretacyjne. W ich szybkim i skutecznym eliminowaniu bardzo pomocna może okazać się, prowadzona świadomie, merytoryczna i opierająca się na jednolitych założeniach, działalność kontrolna.

Trzecią konsekwencją wprowadzenia nowej definicji obiektu budowlanego będzie konieczność nowego podejścia do szacowania wartości zamówień publicznych na roboty budowlane. W poprzednim okresie w odniesieniu do tej czynności był powszechnie stosowany „klucz obiektowy". Stosowanie tego klucza dopuszczały zależności pomiędzy definicją robót budowlanych oraz obiektu budowlanego jakie wynikały z ustawy Prawo budowlane. Definicje te wówczas obowiązywały również na gruncie ustawy Pzp. Przywołana zależność polegała na tym, że robota budowlana była powiązana definicyjnie z obiektem budowlanym na którym była realizowana. Wychodząc z tej zależności, zarówno doktryna jak i praktyka zamówień publicznych stanęły na stanowisku, iż w sytuacji, w której wartości zamówień na roboty budowlane realizowane dla określonego inwestora w danym okresie czasu **na kilku różnych obiektach budowlanych** szacowane będą odrębnie, nie będziemy mieli do czynienia z nagannym podziałem zamówienia publicznego na części, naruszającym art. 32 ust. 2 Pzp. Takie stanowisko wyrażone zostało w sposób szczególnie dobitny w jednym z orzeczeń Głównej Komisji Orzekającej w sprawie dyscypliny finansów publicznych przy Ministerstwie Finansów[5]. A zatem ten swoisty „punkt styczności" pomiędzy zmienioną definicją obiektu budowlanego oraz szacowaniem wartości zamówienia również powinien być przedmiotem wnikliwej kontroli prowadzonej przez podmioty do tego uprawnione.

---

[3] Szerzej na ten temat patrz referat P. Świąteckiego wygłoszony na konferencji „IV Śląskie Forum Inwestycji, Budownictwa i Nieruchomości". Forum Budownictwa Śląskiego, nr 3 z 2012 roku, s. 20.

[4] Mowa tu o dyrektywie 2004/18/WE.

[5] Jest to orzeczenie GKO z 22.10.2001 roku (GKO CCIII DF/GKO/Odw.-144/212/2001). Stwierdzono w nim, że „… zamówienia publicznego moszna dokonać odrębnie na każdy obiekt budowlany, a każda droga powiatowa (o odrębnej numeracji, odrębnym położeniu) jest odrębnym obiektem budowlanym. Zawarcie dwóch odrębnych umów na remonty dwóch odrębnych dróg powiatowych **uznać należy za dwa odrębne zamówienia publiczne, a nie za podzielenie jednego zamówienia na dwie części** (podkr. moje A.B.).

Kolejnym przejawem zmian w przepisach definicyjnych Pzp jest przyjęcie w tej ustawie w ślad za odpowiednią dyrektywą UE, nowej definicji *robót budowlanych*. Fakt ten będzie kolejnym przykładem wieloznaczności definicyjnej w polskim prawie powszechnym. Definicja robót budowlanych wprowadzona do Prawa zamówień publicznych różni się bowiem od definicji tego pojęcia wynikającej z ustawy Prawo budowlane.

Według art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane, pod pojęciem robót budowlanych należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Natomiast pod pojęciem remontu (art. 3 pkt 8 Pb) – wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji. Z przytoczonych definicji czytanych łącznie wynika, iż roboty remontowo-budowlane o charakterze bieżącej konserwacji nie mieszczą się już w kategorii robót budowlanych. Takie rozstrzygnięcie, opierając się na nieprecyzyjnym pojęciu robót remontowo-budowanych o charakterze bieżącej konserwacji, było w przeszłości źródłem sporów. Przykładem takiego sporu może być kontrowersja pomiędzy Urzędem Zamówień Publicznych oraz Generalną Dyrekcją Budowy Dróg i Autostrad na temat tego, czy roboty remontowe związane z konserwacją oznakowania poziomego na drogach należy zaliczyć do kategorii robót budowlanych czy też do grupy zamówień publicznych na usługi.

Nowa definicja robót budowlanych przyjęta w ustawie Pzp, usuwa źródło takich kontrowersji. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku usług, omówiona definicja ma charakter enumeratywny. W akcie wykonawczym do ustawy[6] zawarto mianowicie wykaz świadczeń niepieniężnych, które w systemie zamówień publicznych nazywane będą robotami budowlanymi. Wykaz ten wykorzystuje kody cyfrowe stosowane zarówno w statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej Wspólnoty Europejskiej (NACE) jak i we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV).

2. ZNOWELIZOWANA PROCEDURA SELEKCYJNA (ELIMINACYJNA) ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO JAKO PRZEDMIOT KONTROLI

2.1. Struktura procedury selekcyjnej zamówienia publicznego

Osiem trybów udzielania zamówień publicznych przewidzianych ustawą (art. 10 Pzp) można klasyfikować według pięciu różnych kryteriów. Z punktu widzenia przebiegu procedury selekcyjnej szczególnie istotne znaczenie ma podział tych trybów na tryby pojedynczego rankingowania oraz tryby podwójnego rankingowania.

W trybach pojedynczego rankingowania badanie wykonawców oraz badanie ofert prowadzone jest łącznie, to znaczy w jednym kroku proceduralnym, natomiast w przypadku trybów podwójnego rankingowania badanie wykonawców oraz badanie ofert prowadzone są odrębnie. Do składania ofert w trybach podwójnego rankingowania zostają przy tym zaproszeni jedynie ci wykonawcy, którzy uzyskali najwyższe oceny w badaniu podmiotowym, czyli w badaniu wykonawców.

Trybami pojedynczego rankingowania są: przetarg nieograniczony, negocjacje bez ogłoszenia, zapytanie o cenę oraz licytacja elektroniczna. Tryby podwójnego rankingowania to: przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem oraz dialog konkurencyjny.

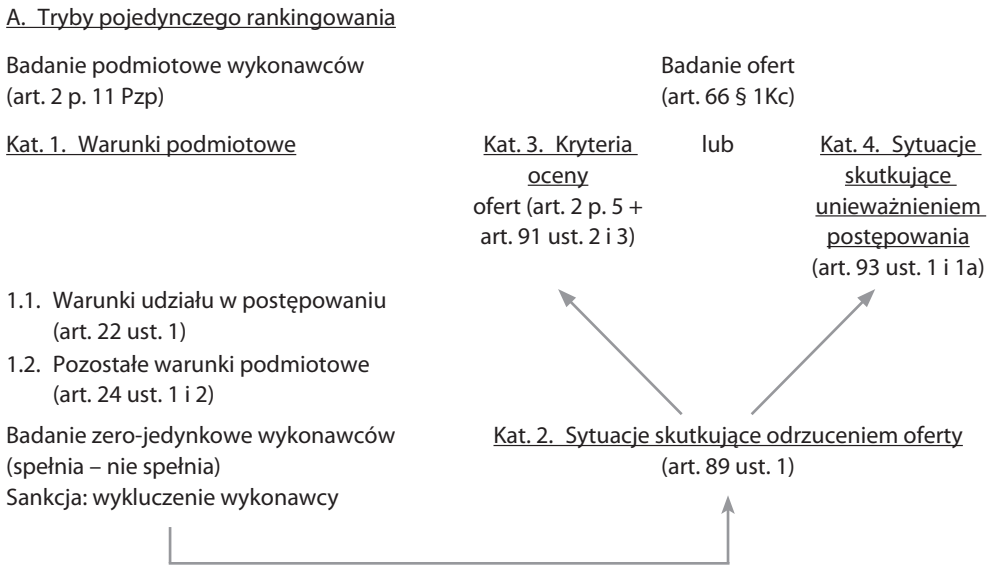
---

[6] Mowa tutaj o rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 3.12.2012 roku w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. z 7.12.2012 roku, poz. 1372).

Ogólny przebieg procedury selekcyjnej w trybach pojedynczego i podwójnego rankingowania ilustruje wykres 1.

Wykres 1

Ogólny przebieg procedury selekcyjnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (przed nowelizacją)



Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z wykresu 1, przed nowelizacją badanie podmiotowe w trybach pojedynczego rankingowania miało charakter badania zero-jedynkowego (spełnia–niespełnia). Celem tego badania w omawianych trybach było ustalenie, czy każdy z wykonawców spełnia, czy też nie spełnia, warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w oparciu o ustawę na poziomie minimalnym (brzegowym), zdefiniowanym również przez zamawiającego w sposób odrębny dla każdego postępowania. Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być przy tym związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4)[7].

W trybach podwójnego rankingu badanie podmiotowe wykonawców było bardziej skomplikowane. Skomplikowany charakter tego badania polegał na tym, iż w jego rezultacie należało ustalić nie tylko to, którzy z wykonawców spełniają warunki udziału w postępowaniu na poziomie brzegowym (minimalnym) a którzy nie, ale również, w jakim stopniu każdy z wykonawców nie wykluczonych z postępowania spełnia warunki wskazane przez zamawiającego. Scenariusz badania podmiotowego w trybach podwójnego rankingowania ujawniony być musiał, ze względu na specyfikę ich procedur, nie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ale już w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania. W ogłoszeniu tym zamawiający miał obowiązek określić nie tylko warunki udziału w postępowaniu stawiane wykonawcom oraz sposób oceny spełnienia każdego z nich, ale dodatkowo prawodawca żądał od zamawiającego określenia gradacji ważności (znaczenia) poszczególnych warunków (patrz np. art. 48 ust. 2 pkt 6).

Dodać należy, iż do składania ofert w trybach podwójnego rankingu zapraszani byli jedynie ci wykonawcy, którzy w wyniku badania podmiotowego uzyskali najwyższe oceny stopnia spełnienia warunków stawianych w danym postępowaniu. Liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert mieszczącą się w przedziale od 5 do 20 wykonawców zamawiający miał obowiązek określić w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania (por. art. 48 ust. 2 pkt 8).

Wykonawcy którzy spełnili stawiane warunki na poziomie minimalnym, jednakże spełniali je w stopniu niższym niż ich najlepsi konkurenci w danym postępowaniu, powinni być „traktowani jak wykluczeni z postępowania" (art. 51 ust. 2).

Jak wynika z powyższej rekapitulacji, schemat przebiegu badania podmiotowego w trybach podwójnego rankingowana był zatem dość skomplikowany, ale zarazem spójny i precyzyjny.

2.2. Badanie podmiotowe wykonawców po nowelizacji

(a) Nowe warunki podmiotowe

Pod pojęciem warunków udziału w postępowaniu rozumie się w literaturze fachowej zapisane w ustawie Pzp warunki, które zamawiający może/musi postawić wykonawcom w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Według legalnej definicji wynikającej z art. 2 pkt 11 Pzp, wykonawca to osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej – czyli inaczej mówiąc, wykonawca to podmiot.

---

[7] Druga cecha poprawnego opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynikająca z przywołanego przepisu jest trudna do zastosowania w praktyce i dlatego dyscyplina przestrzegania tego wymogu jest niska.

Ustawowa lista warunków podmiotowych składa się, jak o tym przypomina wykres 2, z dwóch części.

Pierwsza część katalogu warunków podmiotowych obejmuje tak zwane warunki udziału w postępowaniu. Prawną podstawą tego zbioru warunków podmiotowych jest art. 22 Pzp.

W wyniku nowelizacji ustawy przepis tego artykułu został rozszerzony o nowy ustęp 5 o treści następującej:

Warunki (udziału w postępowaniu) oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może ocenić zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

Pierwsze zdanie przywołanego przepisu ma charakter intencjonalny. Ustawodawca zwraca w nim uwagę na fakt, iż badanie wykonawców według warunków udziału w postępowaniu ma do spełnienia bardzo istotny cel merytoryczny, a zatem że nie powinno być ono traktowane formalistycznie, co do tej pory często miało miejsce. Drugie zdanie omawianego przepisu może już nasuwać szereg wątpliwości. Wynika bowiem z niego, że w odniesieniu do większości zamówień publicznych, zamawiający, poza badaniem wykonawców według warunków udziału w postępowaniu w dotychczasowy sposób, **może** (chociaż nie musi) to badanie pogłębić, oceniając rzetelność, kwalifikacje, efektywność i doświadczenia wykonawcy.

Powyższe pojęcia, nowe w języku prawnym ustawy Pzp, nie uzyskały swoich legalnych definicji. Próbując je skonkretyzować należy zatem sięgnąć do rozporządzeń wykonawczych do Pzp, które weszły w życie w efekcie nowelizacji nowej ustawy. Tak więc § 1 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19.02.2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane[8] stanowi, iż w przypadku gdy zamawiający żąda wykazu robót lub usług zrealizowanych w okresie poprzednim przez wykonawcę, może on dodatkowo żądać wskazania w tym wykazie informacji o robotach, dostawach lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy.

A zatem podstawą oceny wykonawcy z punktu widzenia rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia powinna być lista świadczeń niewykonanych przez niego lub wykonanych nienależycie, tzn. z naruszeniem określonych w zawartych umowach terminów wykonania świadczeń oraz poziomu ich jakości.

Żądanie informacji o robotach, lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie powinno zostać przez zamawiającego wyrażone w ogłoszeniu o zamówieniu, co przewiduje znowelizowany standardowy układ tego dokumentu[9].

---

[8] Dz. U. z 19.02.2013 roku, poz. 231 – dalej zwane „rozporządzeniem o dokumentach".

[9] Por. punkt III.4.1. załącznika 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 28.02.2013 roku zmieniającego rozporządzenie w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczonych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 1.03.2013 roku, poz. 279).

Druga część katalogu warunków podmiotowych (art. 24 ust. 1 i 2) ma odmienny charakter w porównaniu z częścią pierwszą. Warunki, które się na nią składają są bowiem wyłącznie zmiennymi o charakterze zero-jedynkowym i interpretowane łącznie świadczą o zdolności danego wykonawcy do ubiegania się w Polsce o udzielenie mu zamówienia publicznego.

W wyniku nowelizacji ustawy do drugiej części katalogu warunków podmiotowych wprowadzono jedną istotna zmianę oraz dodano jeden nowy warunek.

Istotna zmiana dotyczy treści art. 24 ust. 1 pkt 1. Po nowelizacji przepis ten ma brzmienie następujące: z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, lub zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej, jeżeli szkoda ta lub obowiązek zapłaty kary umownej wynosiły nie mniej niż 5% wartości realizowanego zamówienia i zostały stwierdzone orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Nowym warunkiem który został „dopisany" do drugiej części katalogu warunków podmiotowych jest natomiast przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 o treści następującej: z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z 16.02.2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą iż istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przywołana w treści tego nowego warunku ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 4 pkt 14 definiuje grupę kapitałową jako wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Problemy jakie ujawniły się w pierwszym okresie stosowania omawianego przepisu wynikając miedzy innymi z niechęci liderów grup kapitałowych do ujawniania list przedsiębiorców którzy do nich należą.

Wątpliwości interpretacyjne budzić może również kluczowe dla omawianego warunku pojęcie „zachwianie uczciwej konkurencji". Na kanwie tego pojęcia rodzi się bowiem pytanie o jego relację wobec czynów nieuczciwej konkurencji które zostały precyzyjnie zdefiniowane w ustawie z 16.04.1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[10].

Jak wynika z przeglądu dokonanego w niniejszym punkcie, zmiany wprowadzone do katalogu warunków podmiotowych, interpretowane ilościowo, wydają się nie mieć istotniejszego znaczenia dla przebiegu procedury selekcyjnej na etapie badania podmiotowego. Jest to jednak wniosek mylny. Zmiany te, według autora referatu intencjonalnie słuszne, mogą być jednak trudne do praktycznego stosowania oraz, co gorsza, wprowadzając pewną dozę subiektywizmu do badania podmiotowego, mogą stanowić kanwę dla różnych nieprawidłowości. Kontrola sposobu stosowania tych nowych przepisów wydaje się zatem być szczególnie konieczna.

[10] T.j. Dz. U. Nr 153 z 2003 roku, poz. 1503.

(b) Nowe dokumenty potwierdzające spełnianie warunków podmiotowych

Żeby się przekonać o tym, że nowelizacja ustawy wprowadziła jednak istotne zmiany do badania podmiotowego, należy poddać analizie nowe dokumenty, których prawodawca pozwala żądać zamawiającym od wykonawców na potwierdzenie faktu spełnienia stawianych im warunków.

Pierwsza zmiana w stosunku do poprzedniego stanu prawnego jaki wynikał z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2009 roku[11] polega na tym, iż prawodawca zrezygnował z obowiązującego poprzednio ograniczenia w zakresie dopuszczalności żądania omawianych dokumentów. Ograniczenie, o którym mowa polegało na tym, że zamawiający miał prawo żądać jedynie dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, „których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówienia, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia".

Powyższą zmianę autor niniejszego referatu ocenia jako niewłaściwą, a być może nawet szkodliwą. Niesie ona bowiem za sobą ryzyko naruszania przez zamawiających dyspozycji art. 25 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Przypomnieć należy, iż takie bezrefleksyjne żądania, niekiedy nawet wszystkich dokumentów podmiotowych dopuszczonych aktem wykonawczym do ustawy Pzp, można było zaobserwować między innymi – okresie obowiązywania rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19.05.2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane[12]. W tej sytuacji dyscyplina i racjonalność stosowania nowego rozporządzenia w sprawie dokumentów również powinna stać się przedmiotem wnikliwej kontroli.

Najważniejsza zmiana w zakresie dokumentów podmiotowych jakich Zamawiający może zażądać od wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na roboty budowlane dotyczy **wykazu** robót mającego potwierdzać wiedzę i doświadczenie wykonawcy.

Poniżej prezentujemy przepis dotyczący wykazu wykonanych robót budowlanych w wersji poprzednio obowiązującej oraz w wersji aktualnej. Zestawienie to ułatwi dokonanie analizy porównawczej treści tego przepisu oraz sformułowanie wniosków dotyczących nowych rozwiązań w nim zawartych.

Wersja poprzednia

Zamawiający żąda/może zażądać „wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (…), z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone".

---

[11] Mowa tu o rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2009 roku, w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

[12] Dz. U. Nr 87 z 2006 roku, poz. 605.

Wersja aktualna

Zamawiający może żądać „wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (…), wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy te roboty zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone".

Analiza porównawcza treści omawianego przepisu prowadzi do następujących wniosków:

(a) po nowelizacji, inaczej niż w okresie poprzednim, zamawiający ma prawo żądania wykazu **wszystkich** robót budowlanych zrealizowanych przez wykonawcę w okresie pięciu lat przed terminem składania ofert. W tej sytuacji załączenie do oferty wykazu nie obejmującego wszystkich robót może zatem skutkować wykluczeniem wykonawcy[13];

(b) dowody potwierdzające wykonanie robót w sposób należyty i zgodny z zasadami sztuki budowlanej mogą być żądane jedynie w odniesieniu do **najważniejszych robót** objętych wykazem;

(c) zgodnie z § 1 ust. 4 rozporządzenia o dokumentach, zamawiający ma prawo określić, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, te roboty budowlane, które w danym przypadku uznaje za najważniejsze i których w związku z tym dotyczy obowiązek złożenia dowodu potwierdzającego ich należyte wykonanie;

(d) dowodami, o których mowa w punkcie poprzednim powinny być **poświadczenia**, a w przypadku gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie ich uzyskać – inne dokumenty;

(e) w postępowaniach wszczynanych w okresie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie rozporządzenia o dokumentach, tzn. od 20.02.2013 roku, wykonawca, w miejsce poświadczeń, może przedkładać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych, określone w § 1 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2009 roku.

Podsumowując powyższe wnioski łatwo zauważyć, iż wynika z nich kolejne, istotne aczkolwiek nie łatwe do zagospodarowania, pole działań kontrolnych. Obszar tego pola można wyrazić w pytaniu: czy wybór **najważniejszych robót** z punktu widzenia danego postępowania, faktycznie został dokonany przez zamawiającego w sposób **obiektywny i niedyskryminacyjny?**

2.3. Zmiany w przebiegu badania podmiotowego

2.3.1. Tryby pojedynczego rankingowania

W oparciu o przebieg procedury selekcyjnej w zakresie badania podmiotowego w trybach pojedynczego rankingowania (wykres 1) można stwierdzić, że istota zmian wprowadzanych noweliza-

[13] G. Lang, Zmiany w rozporządzeniu o dokumentach, Zamówienia Publiczne Doradca, nr 3 z 2013 roku.

cją polega na przyznaniu zamawiającemu prawa (nie obowiązku) do swoistej weryfikacji wyników badania wykonawców z punktu widzenia warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 Pzp. Istotą tej weryfikacji, dopuszczonej art. 22 ust. 5 Pzp, jest ocena rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy na podstawie jego „osiągnięć negatywnych" wynikających z informacji o robotach niewykonanych lub wykonanych nienależycie.

Na kanwie tego rozwiązania nasuwa się jednak kilka istotnych wątpliwości. Dają się one wyrazić w formie następujących pytań:

- czy w efekcie stwierdzenia faktu niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszych robót, zamawiający może czy też ma obowiązek wykluczenia wykonawcy, którego to stwierdzenie dotyczy;

- na jaką podstawę prawną powinien powołać się zamawiający dokonując wykluczenia wykonawcy z powodu, o którym mowa w punkcie poprzednim;

- czy zamawiający ma obowiązek określenia poziomu (skali) nieprawidłowości jakich dopuścił się wykonawca, które będą skutkować wykluczeniem. Z jakiej podstawy prawnej ten ewentualny obowiązek wynika.

Pytania te wyznaczają kolejny obszar tematyczny działań kontrolnych w stanie prawnym po 20.02.2013 roku.

2.3.2. Tryby podwójnego rankingowania

W trybach podwójnego rankingowania zmiany wprowadzone w przebiegu procedury selekcyjnej w zakresie badania pierwszego rankingu są związane z jeszcze większym ryzykiem. Ryzyko to polega na zaburzeniu koherentności tej podstawowej dla omawianej grupy trybów procedury. Wspomniane zaburzenie polega na utrudnieniu odpowiedzi na bardzo istotne pytanie, a mianowicie, **w jaki sposób należy zgodnie z ustawą zaprojektować i przeprowadzić badanie wykonawców mające być podstawą pierwszego rankingu.**

W poprzednim stanie prawnym odpowiedź na powyższe pytanie była oczywista. Podstawą rankingu był stopień spełnienia przez poszczególnych wykonawców warunków udziału w postępowaniu (art. 51 ust. 2).

Po nowelizacji przywołany ostatnio przepis stanowi, iż „jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych „w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny".

W odniesieniu do tego nowego przepisu nasuwa się jednak oczywiste pytanie: **rankingować wykonawców obiektywnie i niedyskryminacyjnie – to znaczy jak, w oparciu o jakie przesłanki?**

Postawione pytanie nabiera na ostrości kiedy skonfrontuje się je z treścią ogłoszenia o wszczęciu postępowania w trybach podwójnego rankingowania (por. np. art. 48 ust. 2). W ogłoszeniu tym bowiem zamawiający ma obowiązek, tak jak przed nowelizacją, określić „warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, **a także znaczenia**

tych warunków (podkr. moje – A.B.) – art. 48 ust. 1 pkt. 6, jednakże dodatkowo musi on również zamieścić w tym ogłoszeniu

„opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu" (art. 48 ust. 1 pkt. 8a).

Jak łatwo zauważyć, z treści ogłoszenia wynika, iż na „starą" podstawę rankingowania wykonawców (stopień spełnienia warunków udziału w postępowaniu) prawodawca nałożył podstawę „nową", a mianowicie obiektywny i niedyskryminacyjny sposób rankingowania zaprojektowany przez zamawiającego, dla każdego postępowania odrębnie. Akoherentność takiego rozwiązania nie wymaga dalszych komentarzy, podobnie jak komentarzy takich nie wymaga również konieczność objęcia wnikliwą kontrolą poprawności zaprojektowania i przeprowadzenia przez zamawiających badania podmiotowego w trybach podwójnego rankingowania.

Zakończenie

Jak wynika z analizy przykładów nowych rozwiązań systemowych wprowadzonych do ustawy Pzp, warunkiem poprawności ich stosowania, szczególnie w początkowym okresie, będą m.in. stanowiska wyrażone przez KIO oraz podmioty kontrolujące prawidłowość realizowanych postępowań.

Wśród warunków które powinny spełniać działania kontrolne dla zrealizowania niełatwego celu jakim jest monitorowanie i korygowanie sposobu działania zamawiających w aktualnym stanie prawnym, wymienić należy:

- dobre zrozumienie oraz jednolitą interpretację celów ustawodawcy przez wszystkie (dość liczne przecież) podmioty uprawnione do kontroli poprawności udzielania zamówień publicznych,

- położenie nacisku nie tyle na represyjne, co na korygujące efekty działań kontrolnych oraz

- aschematyczny sposób prowadzenia tych działań, które powinny skupiać się nie tyle na aspektach formalnych, lecz na merytorycznych problemach kontrolowanych postępowań.

Autor niniejszego referatu, będąc realistą, zdaje sobie sprawę z faktu, iż spełnienie wyżej wymienionych warunków w polskich realiach będzie bardzo trudne. Warunki te jednak stanowią kluczowe elementy pożądanego modelu działań kontrolnych na rynku zamówień publicznych do którego, nawet gdyby miał on mieć charakter asymptotyczny, powinniśmy krok po kroku zmierzać.

KONTROLA POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Prof. UWr, dr hab. Tadeusz Kocowski
Uniwersytet Wrocławski

WSTĘP

Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[1], zamówienie publiczne jest umową odpłatną, zawieraną pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Odpłatność umowy eliminuje z jej kręgu umowy nieodpłatne. Z tytułu wykonania usługi, dostawy lub przeprowadzenia określonych robót budowlanych w ramach realizowanego zamówienia publicznego, jego wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie, które wykonawca otrzymuje od zamawiającego. Przepisy ustawy nie wskazują wprost źródeł pochodzenia środków przeznaczanych na wynagrodzenie w ramach realizacji zamówień publicznych. Biorąc wszakże pod uwagę, że do stosowania przepisów ustawy zobowiązane są przede wszystkim jednostki, określane mianem sektora finansów publicznych, będą to niewątpliwie środki publiczne[2], a tym samym mamy tu do czynienia z określoną formą zarządu mieniem publicznym.

Wydatkowanie środków określanych mianem publicznych, zawsze stanowiło przedmiot szczególnego zainteresowania, zarówno samych podmiotów ubiegających się o możliwość realizacji owych świadczeń, organów przeznaczonych do kontroli prawidłowości ich wydatkowania, mediów określanych mianem „IV władzy" jak i opinii publicznej. Wydatkowanie ich w ramach zamówień publicznych, dokonywane być powinno z zachowaniem zasad udzielania tych zamówień. Nakazują one by zamawiający przygotowywali i przeprowadzali postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia powinny wykonywać osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Samo zaś zamówienie powinno zostać udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Procedurą umożliwiającą weryfikacje zawartych w przepisach ustawy zasad i wymogów jest niewątpliwie procedura kontrolna. Przeprowadzana może być przez różne podmioty i w różnych stadiach toczącego się postępowania. Ważną więc sprawą jest ustalenie podmiotów podejmujących działania kontrolne, ich celu i skutków jakie w wyniku podjęcia tych działań mogą powstawać. Do rozważenia pozostaje także fakt czy kontrola procesu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłącznie tzw. „czystą kontrolą", ograniczającą się do podejmowania wyłącznie czynności niewładczych.

I. POSTĘPOWANIE O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie jest wyłącznie przejawem autonomii woli stron tej umowy. Zawarcie jej poprzedzone być musi, co do zasady, przeprowadzeniem specyficz-

[1] t.j. Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zm.

[2] Zobacz przepis art. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz. U. 2009 r., Nr 157, poz. 1240, ze zm.

nej, przewidzianej przez przepisy ustawy procedury, zwanej postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Cechą szczególną instytucji zamówień publicznych, określonej przepisami ustawy, jest wprowadzenie rozwiązań polegających na ustanowieniu określonego reżimu zachowania przy zawieraniu wskazanych jej przepisami umów odpłatnych przez wskazane podmioty, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane[3]. Ten reżim przejawia się w określeniu zasad, sposobu oraz trybów postępowania w całym procesie udzielania zamówienia publicznego, poczynając od jego przygotowania, a na realizacji zadania określonego w zawartej umowie kończąc[4].

Wszakże, przepis art. 14 ustawy, stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny[5] jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, co oznaczałoby że postępowanie to ma charakter cywilnoprawny. Pogląd ten aprobowany jest w judykaturze, gdzie wyraźnie stwierdza się, że „wszczęcie procedury, przewidzianej w Prawie zamówień publicznych, prowadzącej do zawarcia umowy uruchamia postępowanie o charakterze cywilnoprawnym"[6]. Wskazuje się, że cała konstrukcja relacji zachodzących w tej procedurze pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami opiera się na zasadach typowych dla prawa cywilnego: na zasadzie równości stron oraz na zasadzie braku przymusu państwowego[7]. W literaturze przedmiotu sprawa ta mimo wszystko wywołuje ciągle pewne kontrowersje i nie brak jest głosów poddających w wątpliwość jednoznacznie cywilnoprawny charakter tego postępowania[8].

Istniejący spór zdaje się nie zmieniać wszakże faktu, że w dużej mierze procedura działań prowadzących do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, określana jest przez przepisy zaliczane do prawa publicznego gospodarczego[9], a normy tego prawa mają przeważnie charakter tzw. norm bezwzględnie obowiązujących. Można wskazać, iż w swej istocie odpowiadają one tej stosunkowo niewielkiej części norm prawa cywilnego, które określane są mianem *ius cogens*. Wszakże, w prawie cywilnym określenie bezwzględnie obowiązujące odnosi się do tych norm tego prawa, których dyspozycje nie mogą być zmieniane ani ograniczane wolą stron, czy odmiennymi obyczajami. W prawie administracyjnym sytuacja ma się nieco inaczej. Mamy tu bowiem do czynienia nie tylko z brakiem wpływu woli stron na dyspozycje norm prawnych, ale także i z tym, że istnieje obowiązek podejmowania zachowań wyznaczonych przez tę normę prawną. Działanie musi być podjęte w takim kształcie i według takich reguł, jakie wytycza norma prawna[10]. Mamy więc tu wyraźne wzmocnienie konieczności podejmowania działania zgodnego z dyspozycją normy.

---

[3] Por. J. Boć (red) *Prawo Administracyjne*, Wrocław 2007, s, 310.

[4] Por. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Warszawa 2012, s. 44 i n, W Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2012, art. 14-89.

[5] Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.

[6] Wyrok Sądu Najwyższego z 27 lutego 2009 r., V CSK 337/08 , Legalis

[7] Por. Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, Kwartalnik PZP 2012, nr 3 (34), s. 40.

[8] Por. J Niczyporuk, *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, (w:) Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych, Sopot 2012, s. 33-42.

[9] Por. 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. 87, A. Panasiuk, *Wybrane aspekty wykładni prawa zamówień publicznych, (*w:) Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju, Doświadczenia polskie i zagraniczne (red: J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek) Kazimierz Dolny 2011, s. 132, J. Sadowy, *Prawo zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 10.

[10] Por. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2005, s. 38.

Nie zmierzając do jednoznacznego rozstrzygnięcia tego toczonego przez przedstawicieli jurysprudencji sporu, można założyć, iż procedura działań prowadzących do udzielenia zamówienia publicznego stanowi, znany w teorii prawa administracyjnego swoisty ciąg[11], następujących po sobie, powiązanych czynności faktycznych i prawnych[12], efektem którego ma być nie tyle skorzystanie z autonomii woli przy wyborze przyszłego partnera umowy, ile wybór tego partnera i zawarcie umowy o realizację zamówienia, z zachowaniem przewidzianych przepisami ustawy rozwiązań i zasad wynikających z konieczności uwzględnienia przez zamawiających troski o interes publiczny. Ta troska o interes publiczny wynikać powinna choćby z przestrzegania zasad gospodarowania środkami publicznymi. Złe gospodarowanie tymi środkami rodzi odpowiedzialność przewidzianą w przepisach ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych[13]. Złym gospodarowaniem tymi środkami jest także nieprzestrzeganie przepisów o zamówieniach publicznych[14].

Czynności składające się na wspomniany ciąg działań obejmują takie działania jak dla przykładu: powołanie komisji przetargowej, opis przedmiotu zamówienia, ustalenie wartości zamówienia, sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, udostępnienie specyfikacji, wyjaśnienie treści specyfikacji na żądanie zamawiającego, wybór trybu udzielenia zamówienia, opis warunków udziału w postępowaniu, zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu, sprawdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie wykonawcy, ustalenie kryteriów oceny ofert, wskazanie terminów związania ofertą, wybór najkorzystniejszej oferty, wniesienie wadium, odrzucenie ofert, zawiadomienie o wyborze oferty, unieważnienie postępowania o udzielenie oferty, dokumentowanie postępowania, poinformowanie zamawiającego o dokonaniu czynności niezgodnej z prawem, wniesienie odwołania, skarga do sądu, zawarcie umowy, odstąpienie od umowy, zabezpieczenie należytego wykonania umowy czy ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.

Działania te, w swej większości, podejmowane są przede wszystkim przez zamawiającego, co nie wyklucza udziału w tym ciągu także czynności podejmowanych przez inne podmioty. Przepisy ustawy nadały, w tym zakresie, określone uprawnienia podmiotom starającym się o uzyskanie zamówienia publicznego. Określone kompetencje w tym zakresie otrzymały także odpowiednie organy administracji rządowej i samorządowej.

Uczestnikami działań podejmowanych w ramach tej procedury są przede wszystkim jednostki określane mianem zamawiającego i wykonawców. Istotą składających się na omawianą procedurę ciągu czynności jest wyłonienie, z pośród wielu wykonawców starających się o uzyskanie zamówienia tego, który obok zamawiającego będzie stroną przyszłej umowy i realizatorem określonego w niej zadania. Sama zaś procedura wyłaniania przyszłego wykonawcy lub wykonawców zadania umownego, określana jest mianem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przygotowaniem procedury, mającej na celu wyłonienie spośród podmiotów ubiegających się

---

[11] Por. A. Chełmoński, Ciąg działań prawnych w gospodarce państwowej jako przedmiot badań. Propozycja metodologiczna, *Acta Universitatis Wratislaviensis*, No 163, Prawo XXXVIII, Wrocław 1972.

[12] Por. D. Szczepański, *Zamówienia publiczne*, Pułtusk 2004, J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004.

[13] Dz.U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114, ze zm.

[14] Por. W. Miemiec, Odpowiedzialność za naruszenie Prawa zamówień publicznych, (w:) A. Borkowski, M. Guziński, K. Horubski, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, W. Miemiec K. Więckowski, *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, Kolonia Limited 2012, s. 211 i n.

o nie wykonawcy zmówienia publicznego, generalnie zajmuje się zamawiający[15]. Zamawiającym, zgodnie z przepisami ustawy, może być zarówno osoba fizyczna, osoba prawna jak i jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która jest zobowiązana do stosowania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych.

Zgodnie z przepisem art. 3 ustawy, jej przepisy stosuje się do udzielania zamówień publicznych, przede wszystkim przez: jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych; państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej; oraz pozostałe jednostki wymienione w jej przepisach, którym ustawa nadaje miano zamawiających i zobowiązuje do stosowania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych. Zamawiający odgrywa w tym procesie niezmiernie istotną rolę, gdyż to właśnie on przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i jest zobowiązany do przestrzegania przepisów ustawy.

Przepisy dozwalają aby zamawiający powierzał przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. W takiej sytuacji podmioty te działają jako pełnomocnicy zamawiającego. Dozwalają one także, aby postępowanie przeprowadzone zostało przez jednego zamawiającego działającego w imieniu wielu podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy. Może to odbyć się w drodze dobrowolnego porozumienia zawartego pomiędzy zainteresowanymi takim przeprowadzeniem zamówienia podmiotami. Może to mieć miejsce, także poprzez administracyjne wyznaczenie zamawiającego (centralny zamawiający wskazany przez Prezesa Rady Ministrów, lub wyznaczony przez odpowiedni organ administracji rządowej lub samorządowej), który działać będzie na rzecz jednostek nadzorowanych lub podległych organowi wydającemu zarządzenie w takiej sprawie[16].

Za przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bezpośrednio odpowiada tzw. kierownik zamawiającego. Jest to osoba fizyczna (np. kierownik urzędu) lub organ osoby prawnej np. zarząd lub rada (w przypadku organu kolegialnego za kierownika jednostki uważa się przewodniczącego tego organu), zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową, uprawniony do zarządzania zamawiającym. O występowaniu w tej roli decydują przepisy odnoszące się do formy prawnej jednostki zobowiązanych do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, przy czym pod uwagę brane są nie tylko przepisy powszechnie obowiązujące, ale również rozwiązania aktów wewnętrznych (np. statutu), a w przypadku podmiotów prawa prywatnego także umowy[17]. Zawarte w ustawie określenie kierownika zamawiającego zastrzega, że przez pojęcie to nie należy rozumieć pełnomocnika (w tym, prokurenta w przypadku przedsiębiorcy), ponieważ, zgodnie z art. 18. ust. 2. ustawy, wykonywanie czynności kierownika zamawiającego może zostać przekazane wyłącznie jego pracownikowi natomiast pełnomocnikiem zamawiającego może być zarówno jego jednostka organizacyjna, jak i osoba trzecia[18].

---

[15] Na temat zorganizowania zamawiających i wykonawców zobacz, T, Kocowski, Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych, a efektywność wykorzystania środków publicznych (w :) Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych, Sopot 2012, s. 5-18.

[16] Por. A. Borkowski, M. Guziński, K. Horubski, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, W. Miemiec K. Więckowski, *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, Kolonia Limited, 2012, s. 61.

[17] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak *Prawo zamówień publicznych,* Warszawa 2012, s. 30–33.

[18] Por, J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz.,* Warszawa 2012, s. 18-19.

Odpowiedzialność za prawidłowe przeprowadzenie postępowania spoczywa na kierowniku zamawiającego. Czynności podejmowane w jego ramach mają na celu przede wszystkim ochronę interesu publicznego[19], a nie jedynie prywatnego interesu podmiotu zobowiązanego do udzielenia zamówienia publicznego – podmiotu zamawiającego. Zabezpieczeniem tego interesu jest prawidłowość podejmowanych w ramach tego postępowania czynności. Ocena ich prawidłowości (przede wszystkim zgodności z obowiązujący prawem czyli legalności) nie jest wszakże możliwa bez przeprowadzenia kontroli, która dokonywana jest przez samego zamawiającego jak i inne podmioty zainteresowane jego prawidłowością i zobowiązane do ochrony interesu publicznego.

II. ISTOTA I CEL KONTROLI

Kontrola jest procesem przynależnym wszystkim dziedzinom aktywności ludzkiej, a wiec także właściwa, wszelkim przejawom działań zorganizowanych, a z takimi mamy miejsce w przypadku procedury udzielania zamówień publicznych. Termin kontrola w języku codziennym oznacza, przede wszystkim, wykonywanie czynności mających na celu „sprawdzanie, czy stan rzeczywisty czegoś zgadza się ze stanem pożądanym, oraz ustalenie ewentualnych odstępstw"[20]. Kontrola jest ostatnim etapem tzw. cyklu zorganizowanego działania, pozwalającym na weryfikację osiągniętych efektów w stosunku do zaplanowanego celu podejmowanych działań. Oznacza to, iż w istocie wszyscy podejmujący jakiekolwiek działania powinni kontrolować je zarówno w trakcie ich wykonywania, jak i po ich zakończeniu, celem oceny osiągniętego rezultatu. Kontrola jest częstym rodzajem działania podejmowanym w zorganizowanych strukturach, pozwalającym na ocenę na ile elementy tej struktury przyczyniają się do powodzenia całości. Oznacza to, iż współcześnie działalność kontrolna przynależna jest w zasadzie wszelkim przejawom działań zorganizowanych, bez względu na to kto jest ich organizatorem[21].

Czynności kontrolne mogą być podejmowane zarówno w ramach tzw. samokontroli (w istocie wykonywane przez podejmującego określone działania), jak i być wykonywane przez inne osoby wywodzące się z tej samej struktury (kontrola wewnętrzna), jak i oczywiście, dokonywana może być przez podmioty pochodzące z zewnątrz (kontrola zewnętrzna). Niewątpliwie, współcześnie rozbudowane struktury i konieczność dokonywania czynności sprawdzających, pozwalających na ocenę uzyskiwanych rezultatów, odnoszone jest przede wszystkim do administracji publicznej. Działania podejmowane przez organy administracji publicznej w ramach wykonywania „tzw. kontroli czystej" to działania faktyczne, nie wpływające bezpośrednio na działania kontrolowanego. Z czysto funkcjonalnego punktu widzenia kontrola polega bowiem wyłącznie na obserwowaniu i rozpoznawaniu określonej działalności lub stanu rzeczy, dokonywaniu oceny ich prawidłowości pod kątem ich zgodności z wstępnymi założeniami i oczekiwanymi rezultatami, stawianiu diagnozy co do przyczyn nieprawidłowości oraz formułowaniu wniosków dotyczących przyszłości.

W literaturze przedmiotu odnoszącej się do kontroli dokonywanej w ramach szeroko rozumianej administracji jak i przez tą administracje w stosunku do podmiotów od niej zależnych, a tym bardziej w stosunku do podmiotów prawnie niezależnych, kontrola określana jest powszechnie

---

[19] W swym wyroku z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/2003, Sąd Najwyższy stwierdził, że „wynika to z celu ustawy o zamówieniach publicznych, eksponującego interes publiczny", Biuletyn Sądu Najwyższego 2004, nr 6, poz. 7.

[20] Por. B. Dunaj (red.), *Popularny słownik języka polskiego*, Warszawa 1999, s. 241.

[21] Por. J. Boć, (red.) Prawo Administracyjne, Kolonia Limited 2000, s. 367.

jako działalność polegająca na badaniu stanu istniejącego, porównywaniu go ze stanem pożądanym lub postulowanym oraz ustalaniu zakresu i przyczyn zauważonych rozbieżności[22]. Istotą działalności kontrolnej jest więc obserwacja i analiza określonych zjawisk oraz przedstawianie wynikających z tych czynności spostrzeżeń, przy czym dokonujący kontroli jest wolny od odpowiedzialności za działalność kontrolowanego[23]. Termin kontrola zaczęto odnosić do zorganizowanego zespołu działań polegających na:

a) zbadaniu istniejącego stanu rzeczy,

b) zestawieniu tego, co istnieje w rzeczywistości z tym co być powinno, tzn. co przewidują odpowiednie wzorce czy normy postępowania, i ustaleniu ewentualnych rozbieżności,

c) wyjaśnieniu przyczyn powstania rozbieżności,

d) sformułowaniu zaleceń pozwalających na uniknięcie podobnych rozbieżności na przyszłość[24].

Podkreślono, iż w procesie tym chodzi o porównanie tego, co jest, z tym co być powinno[25]. Podnoszono z jednej strony, że kontrola to sprawdzenie stanu faktycznego[26], z drugiej zaś, że jest to ogół czynności zmierzających do ustalenia stanu faktycznego rzeczy, połączony z porównaniem stanu istniejącego ze stanem postulowanym[27]. Na gruncie nauki administracji i prawa administracyjnego kontrola wyodrębniona została obok nadzoru, jako jedna z funkcji sprawowanej przez organy administracji publicznej.

Kontrola może być funkcja samoistną, może też być wykonywana razem z funkcją nadzoru. W przypadku gdy realizowana jest jako funkcja samoistna, uprawnienia z tytułu kontroli nie dopuszczają ingerencji organu kontrolującego w działalność kontrolowanego. Ingerencja taka możliwa jest w przypadku nadzoru, którego integralną częścią jest zawsze kontrola. Organy nadzoru lub inne organy stosują określone środki nadzoru[28].

Zasady i tryb przeprowadzania kontroli działalności organów administracji rządowej, urzędów je obsługujących lub stanowiących ich aparat pomocniczy oraz jednostek organizacyjnych podległych tym organom lub przez nie nadzorowanych, oraz wskazanie organów właściwych w sprawach kontroli, doczekało się regulacji ustawowej. Została ona zawarta w przepisach ustawy z dnia 15 lipca 2011 r., o kontroli w administracji rządowej[29]. Zgodnie z jej przepisami przeprowadzenie kontroli ma na celu ocenę działalności jednostki kontrolowanej, dokonaną na podstawie ustalo-

---

22 Por. J. Zimmermann, Prawo …, s. 165.

23 Por. J. Starościak, Prawo administracyjne, Warszawa 1978, s. 349.

24 W Dawidowicz, Zagadnienia ustroju administracji państwowej w Polsce, Warszawa 1970, s. 37

25 Por. J. Lang (w:) Z. Cieślak, J. Jagielski, J. Lang, M. Szubiakowski, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Prawo administracyjne, Warszawa, 2001, s. 321.

26 Por. M. Jaroszyński, M. Zimmermann, W. Brzeziński, Polskie prawo administracyjne, Część ogólna, Warszawa 1956, s. 440.

27 Por. E. Iserzon, Prawo administracyjne, Warszawa 1968, s. 174.

28 Por tekst sentencji uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 października 1994 r., sygn. akt. W. 194 – Dz. U. 1994 r., Nr 113, poz. 551.

29 Dz. U. Nr 185, poz. 1092.

nego stanu faktycznego przy zastosowaniu przyjętych kryteriów kontroli. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, celem kontroli jest również ustalenie ich zakresu, przyczyn i skutków oraz osób za nie odpowiedzialnych, a także sformułowanie zaleceń zmierzających do usunięcia nieprawidłowości. O ile zaś przepisy szczególne nie stanowią inaczej, kontrolę przeprowadza się pod względem legalności, gospodarności, celowości i rzetelności.

Kontrola regulowana przepisami prawa określona została mianem kontroli prawnej. Poddani jej są w różnej formie, zasięgu i intensywności wszyscy w państwie[30]. Charakterystyczne jest i to, że gdy pojęciem kontroli posługuje się prawo, są w nim zamieszczone zwykle normy prawne, które mają zapewnić działalności kontrolnej skuteczność faktyczną[31]. Jawi się więc ona jako niezbędny element funkcjonowania każdej instytucji, gdyż pozwala dotrzeć i ocenić zjawiska niepożądane, które utrudniają osiągnięcie zamierzonych celów[32]. Podkreślano, że niewątpliwie istotą działalności kontrolnej jest obserwacja i analiza określonych zjawisk oraz przedstawianie wynikających z tych czynności spostrzeżeń, a dokonujący kontroli jest wolny od odpowiedzialności za działalność kontrolowanego[33]. Wskazywano także, iż wyniki kontroli (łącznie z zaleceniami kontrolera) stanowią materiał do podejmowania różnego rodzaju decyzji, wskazując na powiązanie funkcji kontroli z funkcją kierowania[34].

W pewnych okresach nauka prawa administracyjnego, łączyła kontrolę z możliwością wydawania w jej trakcie aktów władczych[35]. Współcześnie brak automatycznego łączenia pojęcia kontroli i uprawnień kontrolnych z prawem do władczego wkraczania i wydawania aktów administracyjnych. Stąd w przypadku braku takiego specjalnego upoważnienia kontrolującemu wolno było jedynie sprawdzać, oceniać, formułować i przedstawiać wnioski. Jednakże w przypadku, gdy kontrolujący wyposażony został w środki oddziaływania władczego, to zachodzi prawdopodobieństwo, że mamy tu do czynienia z wykonywaniem nadzoru[36].

Gdy idzie o klasyfikację kontroli jako stosunku prawnego, to niewątpliwie podzielić należy pogląd, iż stosunek kontroli jest stosunkiem materialnoprawnym, którego podstawą są normy prawa publicznego, podmiotami: organ kontrolujący (nadzoru) i podmiot rozpoczynający lub prowadzący działalność gospodarczą, jako kontrolowany, treścią zaś prawa i obowiązki kontrolowanego wraz z odpowiadającymi im kompetencjami organu kontroli (nadzoru)[37]. Choć formalnie nie kwestionuje się faktu, iż działalność kontrolna jest elementem działalności nadzorczej, to wskazuje się równocześnie, że jeżeli akceptowalny jest punkt widzenia stanowiący, że kontrola administracji publicznej może być wykonywana przez podmioty do niej nie należące (np. jednostkę, parlament, czy sądy), to w takiej sytuacji pojęcie kontroli jest szersze od pojęcia nadzoru[38]. Wszakże, podnosi się równocześnie i to, że kontrola jest funkcją łączącą się ze wszystkimi innymi występującymi w administracji funkcjami, jest ich niewątpliwą częścią składową i w tym sensie można o niej

---

30 J. Boć, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited 2001, s. 370.

31 Por. Z. Leoński, *Zarys Prawa administracyjnego*, Warszawa 2000, s. 227.

32 W. Dawidowicz, *Zagadnienia ustroju administracji państwowej w Polsce*, Warszawa 1970, s. 34.

33 Zob. J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1978, s. 349.

34 W. Dawidowicz, *Zagadnienia ustroju administracji*…, s. 34

35 Por. J. Łętowski, *Kontrola administracji*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. III, Warszawa 1978, s. 338.

36 Por. J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*…, s. 375.

37 Por. A. Chełmoński, *Problemy struktury prawnej kontroli w gospodarce państwowej*, PUG 1968, nr 6, s. 208–211.

38 Por. J. Filipek, *Prawo Administracyjne. Instytucje ogólne*, cz. II, Kraków 2001, s. 217.

mówić, jako o funkcji usługowej czy wręcz służebnej w stosunku do wszystkich pozostałych[39]. Zaznacza się wszakże, że na gruncie prawa administracyjnego nadzór nie jest możliwy bez kontroli, bez zbadania zaistniałego stanu faktycznego i porównania go z określonymi standardami (naturalnymi, technicznymi, organizacyjnymi, ekonomicznymi, prawnymi)[40].

Istotą podejmowanych czynności kontrolnych, będzie w dużej mierze, ustalenie czy działania składające się na ciąg, mający na celu udzielenie zamówienia publicznego podejmowane są zgodnie z obowiązującymi przepisami regulującymi procedurę udzielania zamówień publicznych. Kryterium oceny tych czynności będzie więc legalność rozumiana bardzo szeroko, co oznacza iż w kryterium legalności zawierają się także kryteria celowości gospodarności i rzetelności. Pozostaje także do rozważenia, czy niektóre podejmowane działania nie będą mimo wszystko nosić znamion działań nadzorczych.

III. KONTROLA WEWNĘTRZNA

Nie ulega wątpliwości, iż pierwsza faza czynności kontrolnych to czynności podejmowane przez zamawiającego. W tym celu kierownik zamawiającego może powołać komisję przetargową. Może mieć charakter stały lub być powoływana do przygotowania i przeprowadzenia określonych postępowań. Jest ona zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego, powoływanym do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania i oceny ofert. Kierownik zamawiającego może także powierzyć komisji przetargowej dokonanie innych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia. Może ona w szczególności przedstawiać kierownikowi zamawiającego propozycje wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, a także występować z wnioskiem o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Tym samym więc właśnie zamawiający podejmował będzie wiele czynności sprawdzających, celem których będzie zapewnienie prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Będą to, z jednej strony, czynności realizowane w ramach samokontroli, do których zaliczyć można czynności związane choćby w ustaleniem składu komisji przetargowej. Członków komisji przetargowej powołuje i odwołuje kierownik zamawiającego, w składzie co najmniej trzyosobowym. Określa on także organizację, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej, mając na celu zapewnienie sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności oraz przejrzystości jej prac. Jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych. Nie wszyscy mogą być członkami komisji przetargowej, co skutkuje także koniecznością wyłączenia członka pracującej komisji przetargowej, gdyby zaistniały sytuacje uniemożliwiające zasiadanie w jej składzie[41]. Dlatego też osoby wykonujące czyn-

---

[39] Por. J. Homplewicz, *Kontrola administracji*, Kraków 1974, s. 14; S. Jędrzejewski, *Kontrola administracji państwowej*, Toruń 1971, s. 5–6; E. Smoktunowicz, *W sprawie struktury systemu kontroli administracji państwowej w PRL*, Studia Prawno-Ekonomiczne 1975, z. 2.

[40] R. Sowiński, *Wolność i ustawowa swoboda działalności gospodarczej*, Kolonia Limited 2007, s. 580.

[41] Zgodnie z przepisami art. 17 ustawy, osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli:
1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;

ności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, uzasadniającej wyłączenie. Niezachowanie wspomnianych wymogów powoduje określone skutki prawne. Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach uzasadniających wyłączenie, powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania.

Zamawiający zobowiązany jest także do kontroli, czy wykonawcy ubiegający się o zamówienie spełniają przewidziane ustawą warunki, dotyczące:

1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;

2) posiadania wiedzy i doświadczenia;

3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji. Ocena dokonywana jest na podstawie oświadczeń i dokumentów, z tym że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania[42]. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

---

2) pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
4) pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;
5) zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

[42] Zobacz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Dz. U. 2013 poz. 231.

– zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zamawiający, zgodnie z przepisami art. 24 ustawy, wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia jednostki wskazane w tym przepisie, zawiadamiając równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W takim przypadku ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Działania podejmowane w tym przypadku przez zamawiającego, w istocie nie kończą się jedynie na faktycznych czynnościach kontrolnych. W zasadzie stwierdzić można iż mamy tu do czynienia z określoną formą nadzoru prewencyjnego, mającą na celu sprawdzenie czy kandydat na wykonawcę spełnia wszystkie warunki pozytywne i czy przede wszystkim nie zachodzą przesłanki negatywne[43], uniemożliwiające jego uczestnictwo w toczącym się postępowaniu

[43] Zgodnie z przepisem art. 24 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:
1) wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona lub zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej, jeżeli szkoda ta lub obowiązek zapłaty kary umownej wynosiły nie mniej niż 5% wartości realizowanego zamówienia i zostały stwierdzone orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania;
1a) wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy;
2) wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego;
3) wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
4) osoby fizyczne, które prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
5) spółki jawne, których wspólnika prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
6) spółki partnerskie, których partnera lub członka zarządu prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
7) spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko śro-

o udzielenie zamówienia publicznego. O ile takie zachodzą zamawiający dokonuje wykluczenia wykonawcy.

Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przypadku procedury badania ofert, polegającym przede wszystkim na sprawdzeniu czy oferta została złożona przez podmiot niepodlegający wykluczeniu z tego postępowania lub podmiot zaproszony do udziału w postępowaniu. Zamawiający, zgodnie z przepisami art. 89 ustawy odrzuca ofertę, jeżeli:

1) jest niezgodna z ustawą;

---

dowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;

8) osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;
9) podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary;
10) wykonawców będących osobami fizycznymi, które prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769) – przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku;
11) wykonawców będących spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, których odpowiednio wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku.

2. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy:
   1) wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2;
   1) wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2;
   2) nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą;
   3) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
   4) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu;
   5) należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty:

3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;

6) zawiera błędy w obliczeniu ceny;

7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty;

8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Oczywiście dokonując analizy zamawiający może powziąć określone wątpliwości odnośnie zapisów złożonej oferty. W takiej sytuacji zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, z tym że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści, za wyjątkiem poprawienia oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, i innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

IV. KONTROLA ZEWNĘTRZNA- WYKONAWCY, PREZES URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH, NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI, REGIONALNE IZBY OBRACHUNKOWE

Kontrola zewnętrzna procedury udzielania zamówienia publicznego dokonywana jest przede wszystkim przez wykonawców czyli podmioty zainteresowane uzyskaniem zamówienia publicznego, a tym samym ochroną swych interesów prywatnych. Wykonawcy będą kontrolować zgodność z przepisami ustawy procesu udzielana zamówienia, i w ramach obowiązujących przepisów prawa starać się przeciwdziałać podejmowaniu czynności mogących szkodzić ich indywidualnym interesom. Prawidłowość przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia jest bowiem zgodna z indywidualnym interesem wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia.

Takim środkiem kontrolnym zachowania podmiotów gospodarujących mieniem w procesie udzielania zamówień, po rezygnacji przez przepisy ustawy z instytucji protestu, jest uprawnienie do swoistej remonstracji, określany mianem *quasi*– protestu. Przepisy art. 181 ustawy przewidują możliwość by wykonawca lub uczestnik konkursu mógł w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na

które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2. W przypadku uznania zasadności przekazanej informacji zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności. Przepisy ustawy nie nakładają na zamawiających obowiązku ustosunkowania się do przekazanej informacji, co oznacza iż może on pozostawić zaistniały przypadek bez rozpoznania.

Wykonawcom, uczestnikom konkursów, a także innym podmiotom, jeżeli miały lub mają interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz ponieśli lub mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługuje możliwość zastosowania przewidzianych jej przepisami środków ochrony prawnej. Przepisy ustawy zaliczają do tych środków odwołanie i skargę do sądu. Środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej;

Podstawowym środkiem prawnym jakim wykonawca może zastosować w przypadku gdy prowadzona przez niego kontrola procedury udzielania zamówienia publicznego narusza jego interes, jest odwołanie. Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;

2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;

4) odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Skarga do sądu jest więc środkiem prawnym przysługującym zarówno wykonawcy jak i zmawiającemu. Od wyroku sądu lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie nie przysługuje skarga kasacyjna.

Zastosowanie prawem przewidzianych środków ochrony interesów wykonawcy, jest niewątpliwie przejawem kontroli tego procesu dokonywanego z punktu widzenia ochrony interesu indywidualnego podmiotu ubiegającego się o zamówienie. Wykonawca śledząc i analizując toczące się działania w procesie udzielania zamówienia publicznego dochodzi do wniosku, że podjęta czynność jest niezgodna z przepisami ustawy lub że zamawiający zaniechał czynności, do której podjęcia był zobowiązany na podstawie jej przepisów, co istotnie narusza jego interes lub może narazić go na ewentualna szkodę. Dokonane przez wykonawcę działania kontrolne czynności podejmowanych

lub zaniechanych przez zamawiającego, stają się podstawą do poinformowania zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy.

Kontrolę zewnętrzną działalności zamawiającego dokonują także organy zewnętrzne. Kompetencje te posiada przede wszystkim Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, który jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych. Do kompetencji Prezesa Urzędu należy między innymi upowszechnianie zasady etyki zawodowej osób wykonujących zadania w systemie zamówień; oraz czuwanie nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą.

Celem kontroli przeprowadzanej przez Prezesa Urzędu jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy. Kontrolę przeprowadza się w siedzibie Urzędu. Wszczęcie kontroli może poprzedzać postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik.

Prowadząc postępowanie wyjaśniające lub kontrolę, Prezes Urzędu może:

1) żądać od kierownika zamawiającego niezwłocznego przekazania kopii dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego;

2) żądać od kierownika zamawiającego, od pracowników zamawiającego oraz innych podmiotów udzielenia, w terminie przez niego wyznaczonym, pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli;

3) zasięgnąć opinii biegłych, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych.

Żądania kontrolującego są obciążeniem kontrolnym kontrolowanego, czyli obowiązkiem prawnym, który musi on wykonać w związku z przeprowadzaną kontrolą.

Z kontroli sporządza się protokół, który zawiera w szczególności:

1) nazwę (firmę) i adres zamawiającego;

2) datę rozpoczęcia i zakończenia kontroli;

3) imiona i nazwiska kontrolujących;

4) oznaczenie postępowania o udzielenie zamówienia, które było przedmiotem kontroli;

5) informację o stwierdzeniu naruszeń.

Kontrola przeprowadzana jest w formie kontroli doraźnej oraz uprzedniej, które obejmuje zamówienia współfinansowane ze środków Unii Europejskiej.

Prezes Urzędu może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepi-

sów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego lub po jego udzieleniu nie później niż w terminie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Kontrola doraźna kończy się doręczeniem zamawiającemu informacji o wyniku kontroli zawierającej w szczególności: 1) określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli; 2) informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku. Od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu rozpatruje zastrzeżenia w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. W przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń Prezes Urzędu przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Izba w składzie trzyosobowym wyraża, w formie uchwały, opinię w sprawie zastrzeżeń, w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania, a jej opinia jest wiążąca dla Prezesa Urzędu. Prezes Urzędu niezwłocznie zawiadamia kierownika zamawiającego o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń. Doręczenie zamawiającemu informacji o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń, oznacza zakończeniem kontroli.

Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę udzielanych zamówień przed zawarciem umowy (kontrola uprzednia), jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej dla:

1) robót budowlanych – jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro;

2) dostaw lub usług – jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10.000.000 euro.

Wszczęciem kontroli uprzedniej jest doręczenie Prezesowi Urzędu kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej.

Zakończeniem kontroli uprzedniej jest doręczenie zamawiającemu informacji o wyniku kontroli zawierającej w szczególności:

1) określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli;

2) informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku;

3) zalecenia pokontrolne – jeżeli w toku kontroli stwierdzono, że jest zasadne unieważnienie postępowania lub usunięcie stwierdzonych naruszeń.

Do czasu doręczenia informacji o wyniku kontroli nie można zawrzeć umowy. W przypadku wniesienia zastrzeżeń, zakończeniem kontroli jest doręczenie zamawiającemu informacji o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń. Kierownik zamawiającego, na wniosek Prezesa Urzędu, pisemnie informuje o sposobie wykonania zaleceń pokontrolnych.

W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy zarówno w trakcie kontroli uprzedniej jak i doraźnej Prezes Urzędu może:

1) nałożyć karę pieniężną,

2) wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części.

W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy stanowiącego czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych Prezes Urzędu zawiadamia właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

Udzielanie zamówień publicznych poddane jest także działaniom kontrolnym Najwyższej Izby Kontroli[44] oraz regionalnych izb obrachunkowych[45].

Najwyższa Izba Kontroli kontroluje działalność organów administracji rządowej, Narodowego Banku Polskiego, państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostek organizacyjnych. Stąd też przedmiotem kontroli NIK może być miedzy innymi badanie prawidłowości wykonywania kontroli zamówień publicznych przez Prezesa Urzędu. Najwyższa Izba Kontroli może kontrolować działalność organów samorządu terytorialnego, samorządowych osób prawnych i innych samorządowych jednostek organizacyjnych. Może także kontrolować działalność innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców) w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa, w szczególności: wykonują zadania zlecone lub powierzone przez państwo lub samorząd terytorialny; czy wykonują zamówienia publiczne na rzecz państwa lub samorządu terytorialnego.

Kontrolę kończy wystąpienie pokontrolne, które zawiera między innymi: zwięzły opis ustalonego stanu faktycznego i ocenę kontrolowanej działalności, w tym ustalone, na podstawie materiałów dowodowych znajdujących się w aktach kontroli, nieprawidłowości i ich przyczyny, zakres i skutki oraz osoby za nie odpowiedzialne; uwagi i wnioski w sprawie usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości; oraz pouczenie o prawie zgłoszenia zastrzeżeń. Może być w nim także zawarta ocena wskazująca na niezasadność zajmowania stanowiska lub pełnienia funkcji przez osobę odpowiedzialną za stwierdzone nieprawidłowości. W razie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa lub wykroczenia Najwyższa Izba Kontroli zawiadamia organ powołany do ścigania przestępstw lub wykroczeń oraz informuje o tym kierownika jednostki kontrolowanej lub kierownika jednostki nadrzędnej i właściwy organ państwowy lub samorządowy. W razie ujawnienia innych czynów, za które ustawowo przewidziana jest odpowiedzialność, Najwyższa Izba Kontroli zawiadamia o tym właściwe organy.

Kierownik jednostki kontrolowanej jest obowiązany, w terminie określonym w wystąpieniu, nie krótszym niż 14 dni od dnia otrzymania wystąpienia pokontrolnego, a w przypadku wniesienia zastrzeżeń, od dnia otrzymania uchwały o oddaleniu zastrzeżeń w całości lub zmienionego wystąpienia pokontrolnego, poinformować Najwyższą Izbę Kontroli o sposobie wykorzystania uwag i wykonania wniosków sformułowanych w wystąpieniu pokontrolnym oraz o podjętych działaniach lub przyczynach niepodjęcia tych działań.

Regionalne izby obrachunkowe sprawują nadzór nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego w zakresie spraw finansowych określonych oraz dokonują kontroli gospodarki finansowej i zamówień publicznych. RIO kontrolują zamówienia publiczne, na podstawie kryterium zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym.

---

[44] Zobacz przepisy ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli, (t.j. Dz. U. 2012 r, poz. 82).

[45] Zobacz przepisy ustawy z dnia z dnia 7 października 1992 r, o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. Nr 85, poz. 428 ze zm.

Z przeprowadzonej kontroli sporządza się protokół, który podpisują inspektor i kierownik kontrolowanej jednostki oraz skarbnik (główny księgowy) lub ich zastępcy. Kierownik jednostki kontrolowanej lub jego zastępca może odmówić podpisania protokołu, składając w ciągu 3 dni od daty jego otrzymania pisemne wyjaśnienie co do przyczyn tej odmowy. Uprawnienie takie przysługuje również skarbnikowi (głównemu księgowemu) lub jego zastępcy. Na podstawie wyników kontroli izba kieruje do kontrolowanej jednostki wystąpienie pokontrolne, wskazując źródła i przyczyny nieprawidłowości, ich rozmiary, osoby odpowiedzialne oraz wnioski zmierzające do ich usunięcia i usprawnienia badanej działalności. Wystąpienie pokontrolne przekazuje się kontrolowanej jednostce nie później niż w terminie 60 dni od dnia podpisania protokołu kontroli. Kontrolowana jednostka jest obowiązana w terminie 30 dni od dnia doręczenia wystąpienia zawiadomić izbę o wykonaniu wniosków lub o przyczynach ich niewykonania. Do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżenia do kolegium izby.

VI. ZAKOŃCZENIE

Niewątpliwym celem działań kontrolnych wykonywanych przez organy władzy publicznej będzie ustalenie legalności działań zamawiających w procesie zamówień publicznych, co powinno przyczynić się do efektywności wydatkowania środków publicznych. Wpływ na efektywność wydatkowania środków ma także przestrzeganie przez zamawiającego, ale także wykonawców zasad konkurencji uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z formalnego punktu widzenia podmiotem kontrolowanym jest tu przede wszystkim zamawiający, co zresztą wynika z przepisów ustawy. Warto wszakże zaznaczyć, że i zamawiający staje się także w tym procesie podmiotem kontrolującym, w szczególności wykonawców. Odbywa się to trakcie samokontroli toczącego się podstępowania i związane jest z koniecznością podejmowania przez zamawiającego takich czynności, jak choćby: ustalenie wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, ustalenie wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania, ustalenie wykonawców których oferty podlegają odrzuceniu.

Działania kontrolne podejmowane przez podmioty zewnętrzne, powinny uwzględniać okoliczność, iż udzielenie zamówienia publicznego, nie jest prostym oświadczeniem woli o zawarciu lub nie umowy z potencjalnym wykonawcą. Mamy tu bowiem do czynienia z prowadzeniem skomplikowanej procedury, na którą składają się różnorodne (czynności) działania celem których jest efektywne wykorzystanie środków publicznych. Stąd potrzeba kontroli wydatkowania tych środków dokonywana przez podmioty zewnętrzne.

W przypadku organów władzy publicznej występujących jako podmioty kontrolujące w zasadzie mamy do czynienia ze zjawiskiem kontroli, a nie nadzoru. Działania takie, w stosunku do zamawiających mających status przedsiębiorców publicznych podejmować będą ich organy założycielskie, czy organy sprawujące nadzór właścicielski. Najskuteczniejsze bowiem są korekty działań dokonywane w trakcie ich podejmowania, mniej zaś po zakończeniu procesu.

CZY ISTNIEJE SYSTEM KONTROLI ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH?

Dr hab. Przemysław Szustakiewicz
Uczelnia Łazarskiego

Zamówienia publiczne to niezwykle dynamiczna dziedzina prawa. Dynamizm zamówień publicznych spowodowany jest dwoma czynnikami:

- związaniem z prawem europejskim, a zatem zmiany w aktach prawa europejskiego wpływają na ewolucję w polskim prawie zamówień publicznych;
- ciągłymi próbami dostosowania zamówień publicznych do bieżących wymagań politycznych, bowiem jakiekolwiek wątpliwości wokół zamówień, czy nawet jednej inwestycji od razu powodują, że w rządzie lub w parlamencie powstaje projekt zmiany przepisów. Często zmiany wprowadzane są tylko po to, aby osiągnąć efekt medialny bez zastanowienia się nad innymi konsekwencjami nowelizacji. Przykładem może być ubiegłoroczne zamieszanie wokół realizacji autostrad. W ich wyniku opracowano kolejną nowelę procedury zamówieniowej, choć wystarczyło zmienić praktykę w zakresie określenia warunków zamówienia i kryteriów oceny ofert. Choć wskazany czynnik nie jest charakterystyczny tylko dla Polski[1], to jednak nie może spotkać się z aprobatą.

Truizmem jest wskazanie, że zmówienia publiczne są obszarem szeregu działań kontrolnych wielu organów państwa. Jest to oczywiste, że obszar tak dużego styku elementu publicznego, jakim jest wydatkowanie środków budżetowych z elementem prywatnym powinien być przedmiotem uważnej, racjonalnej i systematycznej kontroli. Po prawie dwudziestu latach funkcjonowania w Polsce nowoczesnych rozwiązań prawnych w zakresie zamówień publicznych rodzą się pytania:

- czy istnieje racjonalny i skoordynowany system kontroli zamówień publicznych?
- na ile rozwiązania zawarte w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[2] i innych aktach prawnych statuują rozwiązania, które dają kontrolującym istotne informacje o przeprowadzonych zamówieniach i jednocześnie nie paraliżują działań zamawiających i wykonawców?

Na wstępie należy spróbować określić, czym w sensie teoretycznym jest albo powinien być „system kontroli zamówień publicznych". W języku polskim słowo „system" posiada kilka znaczeń. W sensie ogólnym słowo „system" oznacza „skoordynowany układ elementów, zbiór tworzący pewną całość uwarunkowaną stałym logicznym uporządkowaniem jego części składowych"[3] lub „układ powiązanych ze sobą elementów mających określoną budowę i stanowiący uporządkowaną całość"[4]. Definicje językowe słowa „system" określają go, zatem jako powinien uporządkowany,

---

[1] Por. O. Lissowski, *Zamówienia publiczne w Stanach Zjednoczonych i Unii Europejskiej*, Warszawa 2001. W tej publikacji autor opisując historię zamówień publicznych w Stanach Zjednoczonych zwraca uwagę na to, że również w tym kraju zmiany w zamówieniach publicznych były spowodowane chęciom uzyskania doraźnego efektu, po nagłośnionych w mediach kontrowersjach wokół konkretnych zamówień.

[2] Dz. U z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.

[3] *Słownik języka polskiego*, tom III R-Z, red. H. Szkiłądź, S. Bik, C. Szkiłądź, Warszawa 1978, s. 387

[4] *Uniwersalny słownik języka polskiego*, tom III, red. S. Dubisz, Warszawa 2008, s. 1479

logiczny zbiór co najmniej kilku elementów powiązanych ze sobą i stanowiących pewną całość. Uporządkowanie i stanowienie logicznej całości jest charakterystyczne dla systemu. Podkreślono to w definicji „systemu prawa" zaprezentowanego, jako „uporządkowany zbiór obowiązujących norm prawnych. Uporządkowanie to polega na tym, że system prawa zbiór norm prawnych jest co najmniej hierarchicznie zróżnicowany i spójny wewnętrznie"[5]. Uporządkowanie systemu praw polega przed wszystkim na jego hierarchicznej budowie i braku sprzeczności.

Zamówienia publiczne można definiować w dwojaki sposób poprzez definicję ustawową (formalną) i materialną. Wedle definicji zawartej w art. 2 pkt. 13 Prawa zamówień publicznych zamówienia publiczne to odpłatne umowy zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Definicja formalna kładzie nacisk na aspekt umowny zamówień publicznych. W jej rozumieniu zamówienia publiczne to jedynie umowy charakteryzujące się trzema cechami stanowiącymi ich *essentialia negotia:*

- odpłatnością,
- stronami umowy są tylko podmioty określone w ustawie Prawo zamówień publicznych,
- przedmiotami umowy są dostawy, usługi i roboty budowlane.

Te trzy składniki muszą wystąpić łącznie, a więc „jeżeli chociażby jeden z wyżej wymienionych elementów nie pojawił się w danym stanie faktycznym, np. brak odpłatności umowy, to obowiązek stosowania komentowanej ustawy nie istnieje"[6]. Wadą definicji formalnej jest uznanie za zamówienie publiczne tylko jednego jej elementu – umowy, która następuje na samym końcu skomplikowanej procedury uregulowanie przez Prawo zamówień publicznych. Formalna definicja zamówień publicznych nie oddaje, więc istoty zamówień publicznych.

Dlatego też moim zdaniem przez zamówienia publiczne należy rozumieć – procedurę wedle, której podmioty zobowiązane do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w zakresie zamówień publicznych zmierzają do zawarcia umowy cywilnoprawnej, dotyczącej nabycia towarów lub usług. Wskazanie, że zamówienia publiczne są procedurą oznacza, że jest to pewien zespół czynności podejmowanych przez zobowiązane przez przepisy prawa podmioty. Czynności te są prawnie dokładnie określone i nie mogą być dowolne, chyba, że zezwala na to ustawodawca. Celem tych czynności jest zawarcie umowy cywilnoprawnej, dzięki której podmiot zobowiązany do stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych nabywa towary i usługi. Definicja materialna uwypukla aspekt proceduralny zamówień publicznych. Zanim bowiem dojdzie do zawarcia umowy, w której mowa w art. 2 pkt 13 Prawa zamówień publicznych podmioty uczestniczące w postępowaniu tj. zamawiający i wykonawcy wykonują szereg czynności zmierzających do wybrania oferty, która odpowiada jak najlepiej potrzebom zamawiającego.

Słowo „kontrola" jest znane zarówno językowi powszechnemu, jaki i językowi prawniczemu. Także inne dziedziny nauki takie jak zarządzanie, czy nauki przyrodnicze posługują się tym pojęciem.

Słowo to jest wieloznaczne w języku potocznym oznacza, bowiem zarówno cechę charakteru oznaczającą opanowanie, czyli inaczej tzw. „zimą krew" (samokontrola), ponownie nad jakimiś zjawiskami, czynnościami (kontrola nad swoim życiem, kontrola czyjegoś życia), czy wreszcie weryfi-

---

[5] W. Gromski [w:] *Encyklopedia prawa*, red. U. Kaliny-Prasznic, Warszawa 2008, s. 787

[6] P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 25.

kację jakieś zachowań, czy działań (np. kontrola klasówki przez nauczyciela, czy kontrola zdrowia uczniów szkoły w ramach badań przesiewowych). Wymienione wyżej potoczne rozumienie słowa „kontrola" jest jednym z wielu spotykanych. Zjawiska językowe są dynamiczne, ulęgające ciągłym przemianom, a rozumienie tych samych słów w różnych częściach danego kraju, w różnych środowiskach, czy nawet w odmiennych pokoleniu nie jest takie same.

Nieco inaczej jest w nauce prawa administracyjnego. Pojęcie kontroli jest tutaj dość precyzyjnie zdefiniowane, co wiąże się z tym, iż kontrola stanowi niezwykle ważny element funkcjonowania administracji publicznej. Kontrola jest w prawie administracyjnym funkcjonalnie związana z wykonywaniem działań przez podmioty administracji. Nie można sobie wyobrazić, aby współczesne państwo mogłoby sprawnie działać bez kontroli.

Pojęcie „kontroli" w rozumieniu prawa administracyjnego jest rozumiane w dwojaki sposób:

- system organów władzy publicznej, których zadaniem jest badanie określonych zjawisk związanych z funkcjonowaniem państwa Jest to, więc „całokształt podmiotów (instytucji) kontrolnych (sprawujących funkcje kontroli)[7]. Kontrola w tym pojęciu oznacza organizację podmiotów kontroli. Dotyczy to szczególnie ich ustroju, powiązania z innymi podmiotami władzy publicznej oraz kompetencji. Organizacyjne rozumienie kontroli pozwala określić, jakim podmiotom powierzono wykonywanie zadań kontrolnych, jak są one zorganizowane, jakie jest ich miejsce wśród podmiotów sprawujących władzę oraz jakie są ich zadania;

- „działanie polegające na ustaleniu stanu faktycznego związanego z określonym podmiotem (zbadaniu jego stanu organizacyjnego lub zachowania się), porównanie tego stanu ze stanem postulowanym na podstawie wskazanego przez prawo kryterium"[8]. Kontrola polega zatem na badaniu stanu już istniejącego i porównaniu go ze stanem idealnym zakładanym na podstawie uzasadnionych założeń oraz ustalenie wielkości i przyczyn nieprawidłowości, a następnie ich przekazania uprawnionym podmiotom. Funkcjonalne określenie kontroli wskazuje to, iż kontrola jest pewnym ciągiem czynności, których zadaniem jest określenie istniejącej rzeczywistości w drodze prawnie określonych czynności zwanych postępowaniem kontrolnym. To postępowanie „ma na celu ustalenie stanu faktycznego w zakresie działalności jednostek poddanych kontroli, rzetelne jego udokumentowanie i dokonanie oceny kontrolowanej działalności według określonych kryteriów"[9]. Funkcja organów kontroli polega przede wszystkim na ustaleniu w drodze prawnie określonej procedury rzeczywistego stanu rzeczy i porównaniu go z przyjętym wzorcem.

---

[7] J. Jagielski *Kontrola administracji publicznej* Warszawa 2007 s. 12.

[8] R. Giętkowski [w:] Leksykon prawa administracyjnego, red. E. Bojanowski, K. Żukowski, Warszawa 2009, s. 128. Warto wskazać, że w prawie administracyjnym pojęcie kontroli jest ugruntowane. Podobnie definiują „kontrolę, także inni autorzy, np. zdaniem J. Zimmenemana „kontrola administracji polega na badaniu, czy działania administracji odpowiadają postulowanemu (wymaganemu przez prawo) stanowi rzeczy i na formułowaniu wniosku w wypadku odstępstw od tego stanu rzeczy – J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2012, s. 420, Wedle E. Ury „pojęcie kontroli używane jest najczęściej do określenia funkcji organu, którego zadaniem jest wyłączne sprawdzenie działalności innych organów, czy instytucji oraz ocenieni prawidłowości ich działania", E. Ura Prawo administracyjne, Warszawa 2012, s. 57. Z kolei E. Komorowski definiuje podnosi, że „kontrola polega na obserwowaniu bieżącej działalności jednostki, jej porównaniu ze stanem idealnym wynikającym z przepisów prawa i na tej podstawie formułowanie zaleceń odnośnie dalszej działalności", E. Komorowski [w:] *Prawo administracyjne – część ogólna*, red. M. Chmaj, Warszawa 2003, s. 84.

[9] G. Szpor [w:] *Prawo administracyjne* red. Z. Niewiadomskiego Warszawa 2007 s. 305.

Należy podkreślić, że organizacyjne i funkcjonalne pojęcie kontroli wzajemnie się przenikają. Nie można w prawidłowy sposób opisać zjawiska kontroli bez uwzględnienia jej aspektu organizacyjnego i funkcjonalnego.

Na tle tych rozważań system kontroli zamówień publicznych oznacza uporządkowany i skoordynowany system organów państwowych dokujących oceny, w oparciu przede wszystkim o kryterium zgodności z prawem, działań podmiotów uczestniczących w postępowaniu o zmówienie publiczne. System kontroli zamówień publicznych oznacza zatem zbiór podmiotów, które kontrolują przede wszystkim zamawiających ale także i wykonawców w zakresie w jakim działają oni w oparciu o przepisy prawa powszechnie obowiązujące (w tym przed wszystkim przepisy Prawa zamówień publicznych i wydanych do tej ustawy rozporządzeń) podczas procedury wyboru najlepszej oferty.

System kontroli zamówień publicznych powinien być logiczny, a zatem działalność organów kontroli nie powinna wzajemnie się powielać i być zharmonizowana. Nie dopuszczalna jest sytuacja, w której organy kontroli dublują swoje kompetencje, a co za tym idzie kontrolują te same zagadnienia. Trudno w takiej sytuacji przyjąć, że taki system kontroli jest uporządkowany i logiczny. System kontroli wzajemnie powielającej się i nieskoordynowanej prowadzi w istocie do dwóch negatywnych zjawisk:

- inflacji kontroli, czyli ustalenia kontrolne są traktowane jako błahe, niepotrzebne. Kontrole zbyt częste, dotyczące tych samych zagadnień nie są uznawane za ważne. Podmioty kontrolowane lekceważą wyniki kontroli, ustalenia organów kontroli nie są realizowane, bowiem ich działalność nie jest uznawana za istotną, wnoszącą ważkie elementy do działań kontrolowanego i potrzebną;

- asekuracyjności działań kontrolowanych. Podmioty kontrolowane prowadzą działania nie tak, aby racjonalnie realizować cele do których zostały powołane, ale po to aby nie „narazić się" na zarzuty organów kontroli. W takim wypadku dochodzi do swego rodzaju strajku włoskiego w administracji, bowiem ta podejmuje tak działania, aby trzymać się ściśle procedur. Postępowania prowadzone są powoli i bezrefleksyjnie. Nie podejmuje się żadnych działań nowatorskich, które mogłyby usprawnić funkcjonowanie podmiotu. Dochodzi do sytuacji, w których przestrzeganie procedur staje się celem samym w sobie, a zapomina się o ich istocie jaką jest osiągnięcie wskazanego w przepisach prawa celu np. powołujących dany podmiot.

Badając system kontroli zamówień publicznych należy, zatem odpowiedzieć na pytanie na ile kontrola zamówień publicznych służy ochronie prawidłowości działań uczestników postępowania o zamówienie publiczne. Chodzi tu przede wszystkim o ochronę interesów zamawiającego przed tak niekorzystnymi i niszczącymi instytucje państwowe zjawiskami jak defraudacja i korupcja. Jest to o tyle ważne, że obecnie w Polsce istnieje szereg instytucji kontrolnych, które w ramach swojej działalności dokonują kontroli zamówień publicznych.

System kontroli zamówień publiczny można podzielić na wewnętrzny i zewnętrzny. Wewnętrzny system kontroli zamówień publicznych jest określony w Prawie zamówień publicznych. Mamy tu dwa rodzaje kontroli:

- kontrolę w ramach stosowania środków ochrony prawnej;

- kontrolę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Ten system kontroli jak się wydaje jest uporządkowany i wzajemnie się uzupełnia. Mamy, bowiem tu do czynienia z kontrolą dokonywaną na wniosek wykonawcy i kontrolą urzędową.

Kontrola dokonywana na wniosek wykonawcy jest dokonywana w ramach postępowania odwoławczego. Dokonywaną jest ona wtedy, gdy dotyczy zamówień o dużej wartości oraz gdy w zdaniem wykonawcy w postępowaniach o mniejszej wartości zostały naruszone kluczowe dla prawidłowości postępowania przepisy Prawa zamówień publicznych[10]. Wykonawca, w sytuacji, gdy ma wątpliwości wobec czynności zmawiającego sam wszczyna postępowanie przed organem zewnętrznym, niezaangażowanym w procedurę wyłonienia najlepszej oferty – Krajową Izbą Odwoławczą. Izba dokonuje oceny działań zamawiającego i wydaje w tym zakresie stosowne rozstrzygnięcie oddalając odwołanie, gdy zarzuty są nieusprawiedliwione bądź nakazując dokonanie odpowiednich czynności zmawiającemu[11]. Krajowa Izba Odwoławcza kontroluje działania zamawiającego tylko wtedy, gdy zostało złożone odwołanie, nie może samodzielnie dokonać kontroli zamówienia[12].

---

[10] Przypomnieć należy, że zgodnie z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych odwołanie w przypadku postępowań, których wartość jest równa lub wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (tzw. procedura europejska) odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast wedle treści art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w sytuacji, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych (tzw. procedura p[polska lub uproszczona), odwołanie przysługuje jedynie wobec czterech rodzajów czynności:
– wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
– opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
– wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
– odrzucenia oferty odwołującego.

[11] Zgodnie z art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych Krajowa Izba Odwoławcza jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych uwzględnia odwołanie, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie wedle treści art. 192 ust. 3 Prawa zamówień publicznych uwzględniając odwołanie, Izba może:
1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego; albo
2) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek nieważności umowy:
   a) unieważnić umowę; albo
   b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo
   c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa;
3) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie – stwierdzić naruszenie przepisów ustawy

[12] Podkreślenia wymaga, że niekiedy kontrolę Krajowej Izby Odwoławczej nieprawidłowo nazywa się „kontrolą wzajemną", co mogłoby wskazywać na takie same w zakresie kontroli zamawiającego, jak i wykonawcy. Tymczasem nie ma mowy w tym rodzaju kontroli o żadnej wzajemności, czy równości zamawiającego i wykonawcy. Kontroli dokonuje organ zewnętrzny – Krajowa Izba Odwoławcza. Stroną, która inicjuje kontrolę jest tylko wykonawca. Zamawiający nie żadnych środków kontroli czynności wykonawcy w tym postępowaniu, może on, co prawda złożyć skargę do sądu na orzeczenie Izby, ale przedmiotem kontroli sądu jest orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, a nie czynności wykonawcy.

Uzupełnieniem kontroli wykonywanej przez Izbę w trakcie rozpatrywania odwołania jest kontrola Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Prezes UZP może kontrolować zamówienia niezależnie od ich wartości. Kontrolą Prezesa UZP są, zatem objęte również zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych. Nadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podejmuje kontrolę uprzednią dużych zamówień współfinansowanych ze środków wspólnotowych[13]. System wewnętrznej kontroli zamówień publicznych jest, więc wzajemnie się uzupełniający. Kontrola zamówień jest dokonywana w dwojaki sposób:

- zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych oraz zamówienia o szczególnym znaczeniu dla działania Państwa poddane są kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych;

- zamówienia o wartości równej lub większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych oraz zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych w sytuacji, gdy wykonawca uzna, że naruszane są podstawowe zasady zamówień publicznych są poddane kontroli Krajowej Izby Odwoławczej.

Mamy tu połączenie kontroli z urzędu oraz kontroli na wniosek. Problemem może być koordynacja tego rodzaju kontroli. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie przewidują w tej sprawie specjalnych rozwiązań. W praktyce, zatem koordynacja tych kontroli zależy od postępowania Prezesa UZP, który podejmuje decyzję o kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powinien przeprowadzać kontrolę tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której przedmiotem kontroli będzie to samo zagadnienie, które było już przedmiotem orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

System zewnętrznej kontroli zamówień publicznych jest chaotyczny i nieskoordynowany. Mamy, bowiem co najmniej pięć organów kontroli, które w ramach swojej dzielności kontrolują postępowanie o zamówienie publiczne. Są to Najwyższa Izba Kontroli, regionalne izby obrachunkowe, kontrola skarbowa, kontrola Centralnego Biura Antykorupcyjnego i kontrola w administracji rządowej.

Wedle treści art. 203 ust. 1 Ustawy Zasadniczej NIK dokonuje kontroli działalności organów administracji rządowej, Narodowego Banku Polskiego, państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostek organizacyjnych z punktu widzenia legalności, gospodarności, celowości i rzetelności. Kontrola ta jest obligatoryjna, a więc Izba zawsze ma obowiązek dokonywać działalności tych jednostek. Ustawodawca w art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli[14] wewnątrz tej grupy dokonał jeszcze jednego podziału na:

- podmioty, które Izba kontroluje tylko pod względem finansowo-księgowym, czyli wykonania przez nie budżetu, gospodarki finansowej i gospodarowania powierzonym majątkiem państwowym. Podmioty te same ustalają poziom swoich dochodów i wydatków. Budżet ich nie podlega kontroli Ministra Finansów ani na etapie projektowania, ani na etapie wykonania. Samodzielność tych jednostek w tym zakresie ma służyć ich faktycznej niezależności będącej gwarancją prawidłowego wykonywania przez nie swoich funkcji. W tej grupie są: Trybunał Konstytucyjny, Rzecznik Praw Obywatelskich, rzecznik Praw Dziecka, Krajowe Biuro Wyborcze,

---

[13] Szerzej na temat procedur kontrolnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w P. Szustakiewicz, *Kontrola zamówień publicznych. Zagadnienia praktyczne*. Warszawa 2011, s. 35–46.

[14] Dz. U. z 2012, poz. 82 ze zm.

Sąd Najwyższy, Naczelny Sąd Administracyjny oraz Państwowa Inspekcja Pracy. Izba nie może kontrolować działalności merytorycznej tych podmiotów. Ustawodawca uznał bowiem, że w tym zakresie są one samodzielne i żaden organ w państwie nie może dokonywać oceny ich działań merytorycznych, ponieważ w ten sposób burzono by ład konstytucyjny. Tak, zatem NIK nie może dokonywać np. oceny orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego, ponieważ w ten sposób łamana byłaby zasada niezawisłości sędziowskiej

- podmioty, które Izba może kontrolować tylko w zakresie wykonania przez nie budżetu, gospodarki finansowej i gospodarowania powierzonym majątkiem państwowym, ale w wyjątkowych sytuacjach Sejm może Najwyższej Izbie Kontroli zlecić zbadanie ich działalności merytorycznej. W tej grupie są: Kancelaria Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Kancelaria Sejmu, Kancelarii Senatu, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, Instytut Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu oraz Państwowej Inspekcji Pracy. W wypadku tych podmiotów ustawodawca uznał, iż najwyższy organ kontroli nie może samodzielnie podejmować się kontroli ich działalności merytorycznej, organy te powinny działać samodzielnie, jednak w nadzwyczajnych sytuacjach np., gdy Sejm będzie posiadał niepokojące informacje o ich działalności może zlecić Izbie przeprowadzenie ich kontroli.
- najliczniejszą grupę stanowią te państwowe osoby prawne i podmioty, które NIK może kontrolować zarówno pod względem finansowo- księgowym jak i merytorycznym

Zgodnie z art. 203 ust. 2 Konstytucji Najwyższa Izba Kontroli może kontrolować działalność organów samorządu terytorialnego, komunalnych osób prawnych i innych komunalnych jednostek organizacyjnych z punktu widzenia legalności, gospodarności i rzetelności. Ustawodawca wyłączył tu możliwość badania organów samorządu terytorialnego pod względem celowości wychodząc z założenia, iż to czy dana jednostka samorządowa działa zgodnie z wytyczonym jej podstawowym celem, jakim jest zaspokajanie potrzeb mieszkańców danej części terytorium Polski najlepiej ocenią sami mieszkańcy i nic do tego państwowemu kontrolerowi.

Izba ma także uprawnienie do fakultatywnej kontroli innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców) w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa, w szczególności:

- wykonują zadania zlecone lub powierzone przez państwo lub samorząd terytorialny,
- wykonują zamówienia publiczne na rzecz państwa lub samorządu terytorialnego,
- organizują lub wykonują prace interwencyjne albo roboty publiczne,
- działają z udziałem państwa lub samorządu terytorialnego, korzystają z mienia państwowego lub samorządowego, w tym także ze środków przyznanych na podstawie umów międzynarodowych,
- korzystają z indywidualnie przyznanej pomocy, poręczenia lub gwarancji udzielonych przez państwo, samorząd terytorialny lub podmioty określone w ustawie z dnia 8 maja 1997 r. o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne[15],

[15] t.j. Dz. U. z roku 2003 Nr 174, poz. 1698.

- udzielają lub korzystają z pomocy publicznej podlegającej monitorowaniu w rozumieniu odrębnych przepisów,
- wykonują zadania z zakresu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego,
- wywiązują się z zobowiązań, do których stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa[16], z innych należności budżetowych, gospodarki pozabudżetowej i państwowych funduszy celowych oraz świadczeń pieniężnych na rzecz państwa wynikających ze stosunków cywilnoprawnych.

Jednostki te, wśród których, co należy podkreślić mogą być przedsiębiorstwa w pełni prywatne, NIK kontroluje tylko stosując dwa kryteria: legalności i gospodarności. Kontrola w przypadku tych podmiotów ogranicza się tylko do zadań i zobowiązań, które dana jednostka wykonuje na rzecz państwa. Można, więc powiedzieć, iż najwyższy organ kontroli ma prawo badać działalność tych jednostek, które kooperują z państwem, otrzymują od państwa pomoc lub są temu państwu coś winne. Wyraźnie widać, że ustawodawca założył, iż Izba będzie obecna zawsze tam gdzie są interesy państwowe.

Przedstawiony zakres kontroli pokazuje, iż faktycznie kompetencje kontroli NIK są tak określone, aby kontrola mogła być przeprowadzana zawsze tam, gdzie są wydatkowane publiczne środki. Kontrolerzy badają tu przede wszystkim sposób wydatkowania publicznych pieniędzy, a więc także procedury zamówień publicznych, przy czym dotyczy to przede wszystkim zamawiających, ale także przedmiotem kontroli mogą być również wykonawcy. Ta kwestia zawsze pozostaje na uwadze Izby i stanowi ważny element dokumentów pokontrolnych.

W ustawie z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych[17] w art. 5 ust. 1 zapisano wprost, ze izby kontrolują gospodarkę finansową jednostek samorządu terytorialnego oraz dokonywanie przez te jednostki zamówień publicznych. Kontrola obejmuje, zatem dwa aspekty funkcjonowania samorządu terytorialnego: gospodarkę finansową, a więc przede wszystkim wykonanie budżetu i kontrolę przestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych.

Przepis art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej[18] określa, że jednym z zadań kontroli skarbowej jest badanie celowości i zgodności z prawem gospodarowania środkami publicznymi oraz środkami pochodzącymi z Unii Europejskiej i międzynarodowych instytucji finansowych, z wyłączeniem kontroli celowości wykorzystania środków zaliczanych do dochodów własnych i subwencji ogólnej jednostki samorządu terytorialnego. Kontrola skarbowa ma zatem uprawnienia do kontrolowania działań zamawiającego przy wydatkowaniu środków za pomocą procedur określonych w Prawie zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym[19] czynności kontrolne funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego polegają m.in. na sprawdzaniu procedur podejmowania i realizacji decyzji w przedmiocie udzielania zamówień publicznych. CBA jako służba specjalna otrzymała zatem uprawnienia do kontroli procedur dokonywania zamówień publicznych.

---

[16] t.j. Dz. U. z roku 2005 Nr 8 poz. 60 ze zm.

[17] Dz. U. z 2012, poz. 1113.

[18] Dz. U. z 2011 r., Nr 41, poz. 214 ze zm.

[19] Dz. U. z 2012 r., poz. 621 ze zm.

Organy administracji rządowej na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli administracji rządowej[20] otrzymał uprawnienie do kontroli wszystkich jednostek organizacyjnych administracji rządowej także w zakresie udzielania zamówień publicznych. Ustawa bowiem wskazuje, że jej zakres przedmiotowy obejmuje wszelkie działania związane z wykonywaniem zadań przez administrację państwową.

Z przedstawionych wyżej aktów prawnych wynika, że bardzo różne podmioty mają uprawnienia do kontroli zamówień publicznych. Są to organ kontroli państwowej – NIK, służba specjalna, organy instytucjonalne powołane do działań kontrolnych – regionalne izby obrachunkowe, podmioty powołane do kontroli funkcjonalnej – kontrola organów administracji rządowej, czy organ, w którego kompetencjach znajduje się przede wszystkim działalność w zakresie prawidłowości rozliczeń danin publicznych – kontrola skarbowa.

Podmioty te mają często podobne kompetencje np. kryteria kontroli NIK, CBA i kontroli organów administracji rządowej są takie same. Co gorsza nie ma pomiędzy nimi koordynacji. Nawet organy kontroli podległe Prezesowi Rady Ministrów, takie jak: regionalne izby obrachunkowe, Centralne Biuro Antykorupcyjne i kontrola organów administracji publicznej nie podlegają jednemu ośrodkowi, który by harmonizował poszczególne kontrole. Takiej koordynacji nie może zapewnić Najwyższa Izba Kontroli. Wprawdzie zgodnie z art. 202 ust. 1 Konstytucji Izba nazywana jest naczelnym organem kontroli państwowej, ale z tego przepisu nie jest wywodzone uprawnienie do koordynacji kontroli wszystkich organów administracji publicznej.

Taka sytuacja oznacza, że teoretycznie jedno postępowanie o zamówienie publiczne może być przedmiotem co najmniej siedmiu kontroli. Do tego dochodzi możliwość badania zamówienia w ramach postępowania karnego w sytuacji, gdy przeciwko osobom uczestniczącym w postępowaniu złożono zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Powyższa sytuacja powoduje, że niekorzystne zjawiska takie jak: inflacja kontroli oraz asekuracyjne działania już występują na gruncie zamówień publicznych. Przykładem tego jest sytuacja, której powszechność została ujawniona w 2012 r. na przykładzie inwestycji drogowych. Zjawisko to polegało na nagminnym stosowaniu przez zamawiającym jednego kryterium – ceny, nawet wtedy, gdy zdrowy rozsądek podpowiadał, że takie kryterium jest sprzeczne z zasadami dobrej, racjonalnej gospodarki. Przyczyną takiego działania, moim zdaniem, nie była chęć zaoszczędzenia środków budżetowych, ale obawa przed kontrolą. Cena jako najprostsze kryterium wyboru ofert jest łatwa do zmierzenia i oceny. Kontrolerzy w takich sytuacjach nie dochodzą, czemu ustalono takie, a nie inne kryterium. Trudno jest postawić zarzut, że zamawiający ustalił inne kryterium pod konkretnego wykonawcę, ponieważ był z nim w przysłowiowym „układzie". Tak, więc dla spokoju i wygody ustalono proste oraz łatwe do ocenienia metodami kontrolnymi kryterium. Długotrwałe skutki stosowania tego kryterium dla budżetu państwa będą niestety w niedługiej przyszłości opłakane, bowiem jest oczywistym, że tanie drogi, mosty, czy inne inwestycje są nie najlepszej jakości, a zatem będą wymagały ciągłych napraw. Tak więc chaotyczny system zewnętrznej kontroli zamówień publicznych przekłada się na niepotrzebny wzrost kosztów funkcjonowania Państwa.

Należy zatem przeciwdziałać takiemu zjawisku i zacząć harmonizować kontrole. Rozwiązanie leży przede wszystkim po stronie administracji rządowej, bowiem ta ma najlepsze środki do tego, aby koordynować system organów kontroli. W innym wypadku kolejne zmiany Prawa zamówień publicznych nie przyniosą, wobec obawy zamawiających przed kontrolą, żadnych rezultatów.

---

[20] Dz. U. Nr 85, poz. 1092.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH Z TYTUŁU CZYNÓW POPRZEDZAJĄCYCH ZAWARCIE UMOWY O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Prof. U. Wr., dr hab. Wiesława Miemiec
Uniwersytet Wrocławski

I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

1. Kontrolę administracyjną o szczególnym charakterze w zakresie zamówień publicznych sprawują komisje orzekające w sprawach odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Udzielenie zamówienia i jego realizacja może kreować nie tylko porządkową odpowiedzialność przewidzianą przez przepisy ustawy prawo zamówień publicznych[1], ale również odpowiedzialność uregulowaną w przepisach odrębnej ustawy, a mianowicie ustawy z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.[2] Odpowiedzialność ta ma nie tylko inne podstawy prawne, ale także inny zakres i charakter prawny. W dniu 19 sierpnia 2011 r. ustawa ta została w znacznym stopniu znowelizowana, także w części dotyczącej odpowiedzialności z tytułu czynów, stanowiących naruszenie omawianej dyscypliny, związanych z udzieleniem zamówień publicznych.[3] Nowe uregulowanie nie wprowadziło jednak zmian co do istoty dyscypliny finansów publicznych i związanej z nią odpowiedzialności. Ustawodawca w dalszym ciągu nie sformułował definicji dyscypliny finansów publicznych, zaś w odniesieniu do odpowiedzialności za jej naruszenie wprowadził dodatkowe regulacje dotyczące podmiotów, które ponoszą tę odpowiedzialność jak i samych czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W rezultacie został między innymi rozszerzony zakres podmiotowy oraz przedmiotowy tej odpowiedzialności, także w zakresie będącym przedmiotem rozważań w niniejszym opracowaniu.

2. Charakter prawny odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest dyskusyjny. Nie wnikając w treść poszczególnych stanowisk i formułowaną przy tej okazji argumentację, dla potrzeb niniejszego opracowania przyjmuję, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma charakter administracyjny[4]. O takim charakterze omawianej odpowiedzialności przesądza fakt, iż orzeczenie właściwej komisji orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych ma wszelkie istotne cechy decyzji administracyjnej. Ponadto orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej, jako ostateczne rozstrzygnięcia kończące postępowanie w toku instancji, podlegają zaskarżeniu do sądu administracyjnego (art. 169 u.n.d.f.p.)[5]. Zatem,

---

[1] Art. 199–203 ustawy z 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych, tekst jedn. z 2010 r. Dz. U. Nr 119, poz. 177 ze zm.

[2] Ustawa z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tekst jedn. z 2013 r. Dz. U. 2013 r., poz. 168, dalej jako u.n.d.f.p.

[3] Dz. U. Nr 240, poz. 1429.

[4] P. Kryczko, *Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wprowadzenie*, Kraków 2005, s. 40.

[5] P. Kryczko, *Model odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych,* [w:] A. Kostecki (red.), *Prawo finansowe i nauka prawa finansowego na przełomie wieków: Ogólnopolska Konferencja Katedr Prawa Finansowego, Kraków 21–23 października 1999 r.,* Kraków 2000, s. 37–38.

podobnie jak w postępowaniu administracyjnym, kontrolę legalności sprawują sądy administracyjne. Procedura egzekwowania tej odpowiedzialności, uregulowana w dziale czwartym ustawy, ma niewątpliwie charakter bardzo zbliżony do regulacji zawartych w kodeksie postępowania administracyjnego.

3. Podstawowe przesłanki determinujące możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zostały uregulowane w rozdziale drugim ustawy. Z uwagi na przedmiot rozważań nie będą one przedstawiane, ale nie można pominąć podstawowych zasad. Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba (zakres podmiotowy wyznacza art. 4 u.n.d.f.p.), która popełniła czyn wyczerpujący znamiona przewidziane przepisami art. 17, 17 a i 18c u.n.d.f.p, określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (art. 19 ust. 1 u.d.n.f.p. – zasada określoności czynu). W kolejnym ustępie tego przepisu ustawa wymaga, aby odpowiedzialność za naruszenie omawianej dyscypliny ponosiła wyłącznie osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Do przypisania tej odpowiedzialności nie wystarcza zatem wskazanie formalnego naruszenia przepisów prawa. Wymagane jest udowodnienie zawinienia po stronie sprawcy[6]. Wina stanowi bowiem podmiotową podstawę odpowiedzialności. Nie będzie jednak można przypisać osobie winy, jeżeli naruszenia nie mogła uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie takiego obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych (wystąpią okoliczności wyłączające tę odpowiedzialność art. 27 i 28 u.n.d.f.p). W obecnie obowiązującym stanie prawnym dla powstania odpowiedzialności nie ma znaczenia, czy czyn został popełniony z winy umyślnej, czy nieumyślnej.

4. Zakres podmiotowy omawianej odpowiedzialności został nie tylko rozszerzony, lecz także inaczej ukształtowany. W art. 4 i 4a u.n.d.f.p. przewidziano podmioty, które mogą być pociągnięte do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Specyfika postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ogranicza krąg osób mogących ponieść odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Biorąc pod uwagę treść przepisu art. 17, 17a i 18c u.n.d.f.p., należy przyjąć, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego będzie dochodzona nie tylko wobec osób, które udzieliły zamówienia publicznego, ale również wobec osób, które dokonują czynności w toku przygotowania i przeprowadzenia postępowania, a także po jego udzieleniu.

II. ZAKRES PRZEDMIOTOWY ODPOWIEDZIALNOŚCI

W art. 17, 17a i 18c u.n.d.f.p. ustawa ustala zamknięty katalog czynów związanych z udzielaniem zamówień publicznych, które kreują odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zakres regulacji i typy deliktów przewidziane w wymienionych przepisach, zagrożone karalnością za działania lub zaniechania, wiążą się z szeroko pojętą bezstronnością wyboru najkorzystniejszej oferty. Tak ukształtowany zakres przedmiotowy odpowiedzialności ma służyć nie tylko ochronie podstawowych zasad niedyskryminacji i równości traktowania potencjalnych wykonawców zamówienia, które wiążą się z szeroko pojętą bezstronnością wyboru najkorzystniejszej oferty, ale ma również zabezpieczyć racjonalność i efektywność dokonywanych wydatków z udziałem środków publicznych. Z punktu widzenia ładu finansów publicznych ma to istotne znaczenie. Ustawa zabezpiecza w ten sposób równocześnie obowiązek stosowania i przestrzegania przepisów ustawy

[6] Orzeczenie GKO z dnia 23 listopada 2006 r., DF/GKO-4900-83/103/06/2564, niepubl.

o finansach publicznych i Pzp. Analizując katalog czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych związanych z udzieleniem zamówienia publicznego należy przyjąć, że najczęściej dotyczy to zaniechania lub działania w związku z zaciąganiem zobowiązań, z wydatkowaniem środków publicznych oraz wykonywaniem kontroli zarządczej.

Czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych w badanym zakresie można zatem podzielić na cztery kategorie, będą to czyny:

- poprzedzające zawarcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego (popełnione w toku przygotowania i przeprowadzenia postępowania poprzedzającego udzielenie zamówienia);
- związane z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- popełnione po udzieleniu zamówienia w związku z jego wykonywaniem;
- stanowiące niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych obowiązków w zakresie kontroli zarządczej.

Przedmiotem dalszych rozważań będzie pierwsza grupa czynów.

III. DELIKTY POPRZEDZAJĄCE ZAWARCIE UMOWY O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO (ART. 17 UST. 1 I 1A U.N.D.F.P)

1. W art. 17 ust. 1 pkt 1 u.n.d.f.p. ustawa przewiduje, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zasada przestrzegania uczciwej konkurencji obowiązuje na każdym etapie realizacji zamówienia publicznego. W art. 7 Pzp wymieniono ją w katalogu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Według powołanego przepisu nakazuje ona równe traktowanie wykonawców i przestrzeganie uczciwej konkurencji. Stosownie do orzecznictwa GKO, spośród wszystkich obowiązków zamawiającego odnoszących się do zapewnienia uczciwej konkurencji na etapie przygotowania i prowadzenia postępowania, obowiązek opisania przedmiotu przez zamawiającego został wysunięty przez ustawę w tej grupie deliktów na plan pierwszy[7].

W art. 17 ust. 1 pkt 1 u.n.d.f.p. ustawa wymaga, aby opisanie przedmiotu zamówienia zostało sporządzone w taki sposób, by nie można było utrudnić realizacji tej najważniejszej zasady na etapie przygotowania postępowania, a więc w czasie poprzedzającym zawarcie umowy o udzielenie zamówienia. Tak sformułowana zasada jest przewidziana także w art. 29 ust. 2 Pzp, który zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Ustawa Pzp nie definiuje jednak pojęcia „uczciwa konkurencja". Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje natomiast negatywne sytuacje naruszające uczciwą konkurencję[8]. Według art. 3 ust. 1 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W kolej-

---

[7] Orzeczenie GKO z dnia 20 listopada 2006 r., DF/GKO – 4900-76/94/RN – 38/06/2246, niepubl.

[8] Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.

nym ustępie tego artykułu ustawa formułuje otwarty katalog czynów stanowiących nieuczciwą konkurencję. Można wskazać między innymi na: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe oznaczenie pochodzenia towarów lub usług, nieprawidłowe oznaczenie towarów lub usług, utrudnienie dostępu do rynku, czy naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Taka formuła zasady uczciwej konkurencji daje podstawę do szerokiej oceny legalności udzielonego zamówienia publicznego. Materialne podstawy do oceny spełnienia wymagań prawnych w zakresie uczciwej konkurencji w odniesieniu do przedmiotu zamówienia zawarte są w licznych przepisach Pzp. Opis przedmiotu zamówienia to podstawowa czynność z punktu widzenia prawidłowości przygotowania i prowadzenia postępowania poprzedzającego udzielenie zamówienia. Powstaje zatem zasadnicze pytanie, w jaki sposób należy opisać przedmiot zamówienia, aby nie utrudniło to uczciwej konkurencji. W art. 29 ust. 1 Pzp wyznaczono sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Według tego przepisu, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzanie oferty. Swoboda zamawiającego w zakresie precyzowania wymagań jest jednak ograniczona w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie w nieograniczeniu konkurencji[9]. W kolejnych przepisach zawarto nakaz, aby zamawiający opisywał przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub normy innych państw członkowskich EFTA (art. 30 ust. 1–7 Pzp). Ustawodawca formułuje szczególne wymogi w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Zamawiający, zgodnie z art. 31 ust. 1–4 Pzp, powinien go dokonać za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Istotne jest również, że odpowiedzialność z tytułu omawianego czynu będzie dochodzona nie tylko w przypadku opisania przedmiotu zamówienia, które będzie naruszeniem uczciwej konkurencji, ale także w przypadku potencjalnego zagrożenia omawianej zasady. Ustawa posłużyła się bowiem w treści art. 17 ust. 1 pkt 1 u.n.d.f.p. sformułowaniem „w sposób, który mógłby utrudnić". Należy postawić pytanie, kto ma ustalić i jakimi przesłankami powinien kierować się przy rozstrzyganiu, czy w konkretnym stanie faktycznym występuje potencjalne zagrożenie zasady uczciwej konkurencji. Wydaje się, że w celu dokonania takiego ustalenia na etapie postępowania przed komisją trzeba będzie przeprowadzić postępowanie dowodowe. Gdyby zgromadzone dowody uniemożliwiły rozstrzygnięcie, trzeba skorzystać z opinii biegłego posiadającego specjalistyczną wiedzę w rozstrzyganej sprawie.

Jak wskazuje się w orzecznictwie GKO, z przepisu tego wynika, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych można przypisać nie tylko osobie, która udzieliła zamówienia (podpisała umowę), ale także osobie, która opisała przedmiot zamówienia w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję, a doszło do udzielenia zamówienia publicznego. Odpowiedzialność może więc być przypisana osobie, która niezgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych opisała przedmiot zamówienia, ale nie była osobą udzielającą zamówienia, lub osobie, która jednocześnie niezgodnie z przepisami o zamówieniach opisała przedmiot zamówienia i udzieliła zamówienia[10].

---

[9] W uzasadnieniu orzeczenia GKO z dnia 18 kwietnia 2011 r., DF/4900/17/20/11/ /937, LEX Nr 798188; wskazując na konieczność opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, zakwalifikowano jako naruszenie dyscypliny utrudnienie w zrozumieniu oferty, poprzez posłużenie się terminami niezrozumiałymi i nieobiektywnymi.

[10] Orzeczenie GKO z dnia 11 czerwca 2012 r., BDF1/4900/46/45/12/122, *Biuletyn orzecznictw w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych* 2012 nr 3, s. 48.

W innym orzeczeniu GKO wskazała, że nie każde oznaczenie właściwości zawężające krąg możliwych dostawców będzie stanowiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Wyraźnie wskazała to także KIO w orzeczeniu z dnia 15 grudnia 2010 r. (KIO/UZP 2588/10), stwierdzając, że uprawnieniem zamawiającego jest takie określenie przedmiotu, aby otrzymać produkt odpowiadający jego potrzebom. Wprowadzenie wymogów zawężających grupę wykonawców jest zatem dopuszczalne, jeżeli jest podyktowane obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Skutkiem powyższego stanowiska jest konieczność dokonania przez komisję orzekającą nie tylko oceny, czy doszło do ograniczenia kręgu dostawców, ale również, czy ograniczenie to jest „bezpodstawne", czy realizuje potrzeby istotne z punktu widzenia zamawiającego. Jeżeli ograniczenie jest podyktowane potrzebami mającymi charakter obiektywny, nie dochodzi do naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 i 3 Pzp, nawet jeżeli wymogi eliminują możliwość zrealizowania zamówienia przez niektórych potencjalnych oferentów[11].

2. Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 2 u.n.d.f.p. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości.

Jedną z kluczowych przesłanek uzasadniających konieczność zastosowania przepisów ustawy Pzp stanowi wartość zamówienia. Dlatego ustalenie tej wartości w sposób niezgodny z wymogami przewidzianymi przez ustawę Pzp, w wyniku czego nie zostaną zastosowane jej przepisy lub zostaną zastosowane jej przepisy, ale dotyczące niższej wartości zamówienia, stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że zamawiający jest obowiązany dokonać ustalenia wartości zamówienia na podstawie sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, tj. w szczególności na jej cenę i czas trwania umowy[12].

Aby wskazać, czy z punktu widzenia wartości udzielanego zamówienia publicznego konieczne jest stosowanie ustawy Pzp, niezbędne jest sprawdzenie, czy wartość tego zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartości kwoty 14 000 euro[13]. Zgodnie z art. 32 ust. 1 Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. W orzecznictwie GKO przyjmuje się, że przepis ten stanowi definicję ustawową pojęcia wartości zamówienia. Pojęciu temu w całej ustawie Pzp należy zatem przypisywać takie samo znaczenie[14].

Wyliczenia podstawy wynagrodzenia należy dokonać w sposób określony przez ustawę w art. 32 ust. 1 Pzp, z bezwzględnym dochowaniem w każdym przypadku należytej staranności i podejmowania działań, w wyniku których nie nastąpiłoby zaniżenie wartości zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Zaniżenie wartości zamówienia może bowiem

---

[11] Orzeczenie GKO z dnia 23 kwietnia 2012 r., BDF/4900/12/10/12/210, *Biuletyn orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych* 2012 nr 2, s. 92.

[12] M. Stachowiak, *Komentarz do art. 32*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych komentarz*, Warszawa 2010, s. 210.

[13] Według przygotowanej przez Prezesa UZP propozycji zmiany przepisów ustawy, kwota wartości zamówienia lub konkursu decydująca o obowiązku stosowania procedur określonych w Pzp ma być zwiększona do równowartości w złotych kwoty 20 000 euro, projekt z dnia 6 kwietnia 2013 r. opublikowany na stronie www.portal.uzp.gov.pl.

[14] Orzeczenie GKO z dnia 8 listopada 2012 r., BDF1/4900/88/8812/2400, niepubl.

nastąpić nie tylko przez nieprawidłowe ustalenie podstawy wynagrodzenia, ale również przez podział zamówienia na części. Należy przypomnieć, że ustawa zakazuje dzielenia zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, tj. ustalenia tej wartości poniżej 14 000 euro. Ponieważ progi finansowe są wyrażone w euro, dlatego każdy zamawiający po ustaleniu wartości zamówienia w złotych ma obowiązek przeliczenia tej wartości na euro, według średniego kursu złotego do euro ustalonego przez Prezesa Rady Ministrów[15].

Dla prawidłowego ustalenia wartości zamówienia istotne znaczenie ma również kwestia terminu ustalenia tej wartości. W art. 35 ust. 1 Pzp wprowadzono dwa terminy dla ustalenia wartości zamówienia, w zależności od przedmiotu zamówienia. Ponadto, w sytuacji gdy po ustaleniu wartości zamówienia, ale przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, wystąpi istotna zmiana okoliczności mająca wpływ na tę wartość, zamawiający winien jest dokonać jej zmiany stosując odpowiednio przepisy dla zaktualizowanej wartości zamówienia.

3. Według art. 17 ust. 1 pkt 3 u.n.d.f.p. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi być, zgodnie z powołanym przepisem, związany lub proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jeżeli tak nie jest, ustawa uzależnia penalizację od zaistnienia przynajmniej jednej z dwóch alternatywnie wskazanych przesłanek. Po pierwsze, gdy opis sposobu dokonania oceny nie jest zgodny z przedmiotem zamówienia, po drugie, gdy opis nie jest proporcjonalny do tego przedmiotu. Przy ustalaniu przesłanek ustawa posługuje się bowiem terminem „lub". Taka redakcja omawianego przepisu jest bardzo zbliżona do treści art. 22 ust. 4 Pzp. Różnica między wskazanymi przepisami sprowadza się do tego, że w art. 22 ust. 4 Pzp ustawa wymaga, aby opis sposobu dokonania oceny realizował obydwie przesłanki, to jest był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W tym bowiem przypadku w ustawie zastosowano spójnik „oraz".

Dla powstania odpowiedzialności z tytułu omawianego czynu istotne znaczenie ma wskazanie, jak są ustalone warunki, według których powinien być sporządzony opis sposobu dokonania oceny udziału w postępowaniu. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że warunki udziału w postępowaniu związane są z cechami, jakimi powinien charakteryzować się wykonawca zamówienia. Warunki te sprecyzowano w art. 22 ust. 1 Pzp. Wskazano na konieczność posiadania przez wykonawcę uprawnień, dysponowania wiedzą i doświadczeniem, dysponowania potencjałem technicznym czy też osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wykonawca musi znajdować się w dobrej kondycji finansowej i ekonomicznej. Zamawiający nie ma obowiązku zastosowania wszystkich warunków przewidzianych w powołanym przepisie. Określając te warunki zamawiający musi niewątpliwie odnosić się do przedmiotu i zakresu zamówienia. Powinien zatem ustalić opisując warunki, jakie powinien spełnić przyszły wykonawca zamówienia, jakie cechy wykonawcy są niezbędne do uznania, że będzie on zdolny do wykonania zamówienia i jednocześnie będzie dawał gwarancje wiarygodności[16]. Zamawiający powinien więc, dla potrzeb własnego zamówienia, dokonać konkretyzacji

---

[15] Rozporządzenie Prezesa RM z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczenia wartości zamówień publicznych, Dz. U. Nr 282, poz. 1650.

[16] M. Stachowiak, *Komentarz do art. 22*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień*…, s. 150–161.

omawianych warunków, ale w taki sposób, aby były one związane z przedmiotem zamówienia lub proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Żądania oświadczeń koniecznych dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wszelkich dokumentów, zamawiający powinien sprecyzować w ogłoszeniu o zamówieniu, w SIWZ lub w zaproszeniu do składania ofert. Rodzaje tych oświadczeń i dokumentów oraz ich liczba, zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, są ograniczone tylko do niezbędnych dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia oraz oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Tym samym zamawiający będzie mógł żądać wyłącznie dokumentów dających pełny obraz zdolności, umiejętności, doświadczenia oraz kwalifikacji i potencjału wykonawcy. Na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp, Prezes Rady Ministrów w wydanym rozporządzeniu określił katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz formy w jakich dokumenty te powinny być składane[17].

4. Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 4 und.f.p. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest określenie kryteriów oceny ofert niezgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych. Według art. 91 ust. 2 Pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz terminy wykonania zamówienia. Kryteria wyboru ofert w zasadzie nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w tym przede wszystkim jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej[18]. Ustalenie kryteriów oceny ma podstawowe znaczenie dla wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert tych wykonawców, którzy nie będą podlegali wykluczeniu. W słowniczku do ustawy Pzp ustalono sposób rozumienia najkorzystniejszej oferty (art. 2 pkt 5 Pzp). Najogólniej rzecz ujmując należy przyjąć, że najkorzystniejszą ofertą jest ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia albo oferta z najniższą ceną. Powołane pierwsze zdanie przepisu sugeruje, że w każdym przypadku zamawiający może wybrać jeden ze sposobów wskazanych alternatywnie. Wniosek taki nie jest poprawny. W dalszym bowiem zdaniu tego samego przepisu wskazano, iż w przypadku zamówień publicznych z zakresu działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny lub wyczerpujący, najkorzystniejszą ofertą jest ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Także w przypadku trybu zapytania o cenę lub licytacji elektronicznej zamawiający jest związany sposobem rozumienia tego kryterium wyboru. W tych przypadkach, zgodnie z art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3 Pzp, najkorzystniejszą będzie jednak oferta z najniższą ceną. W pozostałych przypadkach sam zamawiający zadecyduje, który sposób rozumienia najkorzystniejszej oferty, przewidziany w art. 2 pkt 5 Pzp, będzie miał zastosowanie. W literaturze wskazuje się, że zamawiający może przy wyborze najkorzystniejszej oferty posługiwać się jedynie jednoznacznymi i precyzyjnymi kryteriami oceny oferty opisanymi w SIWZ, które następnie, w zależności od zastosowanego trybu, zostaną uszczegółowione w informacji zamieszczonej w ogłoszeniu lub zaproszeniu do negocjacji (np. art. 41 pkt 9, art. 63 ust. 2 pkt 7 Pzp)[19]. Warto również podkreślić, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający powinien brać pod uwagę omówione zasady dokonywania

---

[17] Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich możne żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mają być składane, Dz. U. z 2013 r., poz. 231.

[18] Wyjątkiem od tej zasady, zgodnie z art. 5 ust. 1 Pzp, jest w przypadku zamówień na usługi o charakterze niepriorytetowym możliwość wyboru kryteriów ofert także w oparciu o właściwości wykonawcy.

[19] W. Dzierżanowski, *Komentarz do art. 91*, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień...*, s. 412.

wydatków publicznych ustalone w art. 44 ust. 1–3 u.f.p. W myśl powołanego przepisu wydatki publiczne powinny być ponoszone na cele i w wysokości przewidzianej w ustawie budżetowej, uchwale budżetowej i w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych. Ustawa wymaga, aby były one dokonywane zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków, w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, a także w sposób umożliwiający terminową realizację zadań przy optymalnym doborze metod i środków służących osiągnięciu zamierzonego celu.

5. Art. 17 ust. 1 pkt 5 u.n.d.f.p. przewiduje, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest nieprzekazanie do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o zmianie głoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Publikowanie ogłoszeń o zamówieniach jest nie tylko wypełnieniem obowiązku informacyjnego, ale także instytucją zapewniającą powszechny i równy dostęp do zamówień publicznych. Stosowne regulacje przewidziane w art. 11 ust. 11–12, 12, 12a, 40 i 95 Pzp, stanowiące gwarancję zasady jawności postępowania, nakazują zamawiającemu wypełnienie obowiązków publikacyjnych polegających na zamieszczeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o jego zmianie lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, a także na przekazaniu tych ogłoszeń do Urzędu Publikacji Wspólnot Europejskich w celu publikacji w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich (DzUrzWE). Redakcja omawianego art. 17 ust. 1 pkt 5 u.n.d.f.p. koresponduje z art. 12 Pzp. Z treści tego ostatniego przepisu wynika nie tylko obowiązek zamieszczenia ogłoszenia w BZP oraz obowiązek przekazania go do DzUrzWE, ale także szczególny obowiązek polegający na udokumentowaniu dowodu zamieszenia ogłoszenia w BZP lub dowodu jego publikacji w DzUrzWE. Nie jest jednak penalizowany przez ustawę faktyczny brak publikacji, co może nastąpić np. w wyniku zaniedbań właściwego organu odpowiedzialnego za prowadzenie urzędowych publikatorów.

Obowiązek publikacji ogłoszenia dotyczy nie tylko czynności wszczęcia postępowania w ramach konkretnych trybów udzielania zamówienia, ale także procedur o odpowiedniej wartości szacunkowej zamówienia. Ogłoszenia zamieszcza się w BZP udostępnionym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych w sytuacji, gdy wartość zamówienia lub konkursu nie przekracza kwot określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów, wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp[20]. Publikacji w DzUrzWE dokonuje się natomiast w przypadku, gdy wartość zamówienia lub konkursu jest równa lub przekracza kwoty określone w powołanym wyżej rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów.

Należy zaznaczyć, że naruszenie wskazanych powyżej wymogów jest sankcjonowane dwojako. Kreuje nie tylko odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ale także pociąga za sobą skutek nieważności zawartej umowy, o czym stanowi przepis art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp.

6. Art. 17 ust. 1 pkt 6 u.n.d.f.p. naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezawiadomienie w terminie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia.

---

[20] Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, Dz. U. Nr 282, poz. 1649 ze zm.

Zamawiający udzielający zamówienia publicznego podlega administracyjnej kontroli Prezesa UZP, wyposażonego w kompetencje do podejmowania rozstrzygnięć w indywidualnych sprawach określonych w ustawie. Przepisy Pzp przewidują obowiązek zawiadomienia Prezesa UZP w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania w trybie innym niż podstawowy, z jednoczesnym podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego dla zastosowanego trybu. Obowiązek ten uwarunkowany jest także osiągnięciem lub przekroczeniem kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Dotyczy to obowiązku zawiadomienia Prezesa w przypadku wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia (art. 62 ust. 2 Pzp), zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 2 Pzp), ustanowienia dynamicznego systemu zakupów na okres dłuższy niż 4 lata (art. 102 ust. 3 Pzp) oraz zawarcia na taki sam okres umowy, której przedmiotem są świadczenia ciągłe lub okresowe (art. 67 ust. 2 Pzp). W ostatnim przypadku obowiązek zawiadomienia Prezesa UZP nie będzie miał jednak zastosowania do zawarcia umowy kredytu i pożyczki oraz umowy rachunku bankowego i ubezpieczenia na okres krótszy niż 5 lat. Penalizowane jest nie tylko niezawiadomienie Prezesa UZP o wszczęciu postępowania w przypadku realizacji zamówień publicznych w wymienionych wyżej trybach, ale także niedotrzymanie trzydniowego terminu dla realizacji tego obowiązku.

7. Działanie lub zaniechanie określone w art. 17 ust. 1 u.n.d.f.p. nie stanowi na podstawie art. 17 ust. 1a u.n.d.f.p. naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jeżeli:

a) zostało skorygowane w sposób zapewniający zgodność danej czynności i toku postępowania z przepisami o zamówieniach publicznych;

b) nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego.

Wprowadzenie takiej regulacji oznacza, że ustawa odstępuje od penalizacji naruszeń dyscypliny, wymienionych w art. 17 ust. 1 u.n.d.f.p, które zostały popełnione w trakcie przygotowania i przeprowadzania postępowania, o ile albo zostały następnie skorygowane w taki sposób, iż popełnione wcześniej naruszenie nie będzie miało znaczenia dla prawidłowego udzielenia zamówienia publicznego i dalszego toku realizacji postępowania lub, albo naruszenia te nie zostały wprawdzie skorygowane, ale nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. W ten sposób ustawa wyraźnie odróżnia dwa różne następujące po sobie etapy związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do zakresu penalizacji czynów stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

W przypadku pierwszego etapu składającego się na to postępowanie, tj. przygotowania i przeprowadzenia postępowania, a więc przed udzieleniem zamówienia (przed podpisaniem umowy), ustawa daje możliwość w postaci możliwości eskulpowania się sprawcy naruszeń wymienionych w art. 17 ust. 1 u.n.d.f.p od omawianej odpowiedzialności, gdy nieprawidłowości zostaną skutecznie skorygowane i dalsze etapy realizacji postępowania o zamówienie będą prawidłowe. Nie będzie skutkować odpowiedzialnością za naruszenie omawianej dyscypliny również sytuacja, gdy do udzielenia zamówienia publicznego w ogóle nie dojdzie. W obu tych przypadkach będziemy zatem mieli do czynienia z wyłączeniem odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ustawa nie przewiduje takich możliwości w odniesieniu do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, gdy dojdzie do udzielenia zamówienia publicznego.

Ta nowa inicjatywa ustawodawcza jeszcze nie znalazła zastosowania w orzecznictwie GKO. Należy jednak ocenić pozytywnie możliwość skutecznego skorygowania błędów przed udzieleniem zamówienia. W ten sposób można nie tylko przyspieszyć realizację zamówienia publicznego, ale także uniknąć zbędnych kosztów postępowania, które należałoby wszcząć, gdyby sprawca naruszenia nie miał możliwości eskulpowania się od omawianej odpowiedzialności.

CZY KONTROLA MOŻE SZKODZIĆ?

Prof. U w Białymstoku, dr hab. Andrzej Panasiuk
Uniwersytet Białostocki

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[1]. 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[2]. 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 jako 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, sformułowanie wniosków służących przeciwdziałaniu powstawania nieprawidłowości w przyszłości[3]. 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. By służyć realizacji powyższego zadania, kontrola procedur, musi sama cechować się sprawnością, rozumianą jako celowość, skuteczność i ekonomiczność zarazem. Zdaniem J. Jagielskiego, tak rozumiana kontrola nie zawiera możliwości władczego i wiążącego oddziaływania w stosunku do podmiotów, wobec których jest stosowana. Trudno jest zgodzić się z takim poglądem, w zakresie analizy procedur kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności, jeżeli chodzi o kontrolę uprzednią (ex ante).W ramach, bowiem takiej kontroli dokonuje się obserwacji, analizy, a następnie ustaleń jak jest i jak być powinno, formułując następnie sugestie oraz zalecenia, co do pożądanego stanu w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podnosi się wnioski i postulaty odnośnie naprawy kontrolowanych zachowań w przyszłości, kontrolowanego zamawiającego. Ponieważ jest to kontrola tocząca się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, organ dokonujący kontroli ma możliwość wskazania dalszych zachowań zamawiającego w związku z wszczętym postępowaniem. Jeżeli weryfikacja stanu faktycznego ze stanem

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

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

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

wzorcowym wynikającym z odpowiednich regulacji prawnych, będzie rażąco odbiegała od tego wzorca, konsekwencją kontroli może być zalecenie unieważnienia takiego postępowania.

Niektórzy z autorów trafnie uwypuklają w definicjach znaczenie kontroli jako działania służącego zapewnieniu sprawności postępowania. W takiej sytuacji kontrolą będzie porównanie wyniku działania z jego celem, po to, by dokonać oceny prakseologicznej i w przypadku działania powtarzalnego dać podmiotowi kontrolowanemu wskazówki do przyszłych sprawnych działań. Moim zdaniem kontrolę systemu zamówień, 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 takich jak ustawa o finansach publicznych, prawo zamówień publicznych, czy też szeregu 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 przetargowych. Powyższy pogląd, na pewno nie wyczerpuje wszystkich elementów definicyjnych kontroli systemu zamówień publicznych. W podjętej próbie zdefiniowania kontroli procedur zamówień publicznych prowadzonych przez Prezesa UZP, opowiadam się za rozumieniem kontrolowania jako zbioru czynności polegających na porównaniu stanów faktycznych z zadaniami i na orzekaniu o odchyleniach, przy jednoczesnym aktywnym traktowaniu kontroli[4].

Czy zawsze jednak kontrola prowadzona na gruncie zamówień publicznych, będzie sprawną kontrolą, kontrolą która nie wywiera negatywnego wpływu na funkcjonowanie kontrolowanego podmiotu?

Kontrola nie może i nie powinna wywierać wpływu na tworzenie się w obszarach kontrolowanej działalności, określonych stereotypów. Kontrola również nie może być zjawiskiem, które wpływa na racjonalne stosowanie norm prawnych w praktyce. Kontrola nie może więc wpływać na obiektywną rzeczywistość normatywną oraz nie może tej rzeczywistości zmieniać. Chciałbym teraz przytoczyć parę wybranych przykładów z praktycznych relacji jakie zachodzą pomiędzy kontrolą a stosowaniem prawa przez zamawiających.

W dyskusji toczącej się od dłuższego czasu w środowisku naukowym, dotyczącej umożliwienia sprawniejszego wydatkowania środków finansowych na polską naukę, bardzo często pojawiają się głosy, potrzeby ustalenia jednoznacznych wykładni przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, które by dawały większą pewność uczestnikom procedur zamówień publicznych i jednocześnie chroniły by ich przed zarzutami ze strony podmiotów kontrolujących. Tak więc kontrola, nie może powodować lęku przed podejmowaniem racjonalnych działań przez podmioty kontrolowane. Tak jednak, się nie dzieje, środowisko naukowe związane badaniami naukowymi, zwraca uwagę na konieczność dokonywania jednoznacznych i spójnych systemowo wykładni przepisów prawnych przez kontrolerów[5]. Możemy również spotkać się z pojęciem „prawo mówione", jest to prawo stanowione przez kontrolerów, jako wynik prowadzonej przez nich wykładni. Nie zawsze jednak, wykładnia taka, będzie wykładnią poprawną z punktu widzenia celu danej regulacji praw-

---

[4] A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Warszawa 2008 r., s. 148.

[5] Problem dotyczy sposobu interpretacji art. 4 ust. 3 pkt e ustawy prawo zamówień publicznych. Czy wyłączenie spod reżimu procedur przetargowych należy interpretować dość wąsko czy też należy je interpretować szeroko i wyłączyć spod reżimu ustawy również usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych, których rezultaty służą wyłącznie na potrzeby własne zamawiającego, a nie tylko te których rezultaty stanowią wyłącznie jego własność.

nej jak i potrzeb podmiotu kontrolowanego. Dość powszechnym problemem przy kontrolach zamówień publicznych jest również odmienne rozumienie przez kontrolujących i kontrolowanych dyspozycji art. 32 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, w zakresie zasady zakazującej podziału zamówienia na części.

Jak widać z powyższych rozważań, w procesie stosowania prawa przez podmioty zamawiające, pojawiają się dwa elementy wpływające na ten proces. Po pierwsze rzeczywiste rozumienie przepisów prawa, będące wynikiem procesu dokonanej wykładni oraz rozumienie danej normy prawnej przez kontrolerów przeprowadzających kontrolę danej jednostki. Pojawia się zatem pewnego rodzaju dwoistość sytuacji. Podmiot udzielający zamówienia publicznego musi z jednej strony dbać o jak najbardziej racjonalne i efektywne wydatkowanie środków publicznych, z drugiej zaś strony musi zwracać uwagę na konieczność pełnej legalizacji jego działań względem podmiotu kontrolującego. Który, jeżeli przyjrzymy się dokładniej prowadzonym kontrolom w zakresie zamówień publicznych, koncentruje się jedynie na legalności podejmowanych przez zamawiającego działań, zapominając lub też nie dostrzegając, potrzeby kompleksowej oceny zachodzącego zjawiska. Co prawda podkreśla się w literaturze, fakt iż, kontrola przez ingerencję w tok działań kontrolowanych podmiotów może zakłócić ich funkcjonowanie. Zgodzę się z poglądem, Z. Dobrowolskiego[6], iż należy zapewnić prawidłową organizację działań kontrolnych, która powinna się wyróżniać wysokim stopniem zorganizowania. Tak by, nie spowodować destrukcji, czy też wystąpienia negatywnych efektów u kontrolowanego zamawiającego. Niestety nie w tym obszarze leży problem słabości prowadzonej kontroli zamówień publicznych. Procedura techniczna prowadzonych kontroli przez różne instytucje kontrolne została już dość dobrze opanowana, i nie wywiera już znaczącego wpływu na funkcjonowanie i pracę kontrolowanej jednostki.

Problem tkwi w tym, iż co do zasady, inne cele przyświecają kontrolowanemu podmiotowi, a zupełnie inne podmiotowi kontrolującemu. Podmiot kontrolowany ma przede wszystkim realizować katalog zadań publicznych nań nałożonych przez ustawodawcę, zaś procedura zamówień publicznych stanowi jedynie narzędzie umożliwiające sprawne zrealizowanie tychże zadań, jest więc elementem niejako pośrednim w realizacji określonego celu. W przypadku podmiotu kontrolującego, jego celem jest zweryfikowanie stanu faktycznego z postulowanym. Widzimy więc, że oba podmioty mają zupełnie różne cele oraz zupełnie inne podejście do sposobu realizacji tychże celów. W tym momencie przypominają mi się pomysły z okresu dwudziestolecia międzywojennego, kiedy to w przepisach rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego, mogliśmy odnaleźć swoiste formy kontroli zamówień rządowych owego okresu[7]. Procedury udzielania zamówień rządowych zostały poddane kontroli przez właściwą Izbę Kontroli. Na etapie przesłania wezwania do składania ofert potencjalnym wykonawcom, zamawiający musiał przesłać również przedmiotowe wezwanie Izbie Kontroli. Od tego momentu, przebieg postępowania mogli już śledzić delegaci Kontroli Państwowej wraz z oferentami lub ich upoważnionymi przedstawicielami.

J. Frąckiewicz zauważa, iż aby działanie mogło być sprawne, powinno być racjonalne[8]. Racjonalna powinna być również prowadzona kontrola, nie tylko niezakłócająca funkcjonowania kontrolowa-

---

[6] Z. Dobrowolski, Teoretyczne podstawy kontroli, Zielona Góra 2003 r., s. 20.

[7] Dz. U. Nr 13, poz. 92.

[8] J.L. Frąckiewicz, *Systemy sprawnego działania*, Ossolineum, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk, 1980 r., s. 12.

nej jednostki, ale również i taka która pomaga rozwiązywać pojawiające się problemy, nie wprowadzająca stanu niepewności. Kontrola nie może budować określonych stereotypów działania podmiotów kontrolowanych, lecz musi pomagać rozwiązywać pojawiające się problemy. Jedynie taka kontrola systemu zamówień publicznych będzie kontrolą prowadzoną w sposób racjonalny, czyli będzie sprawną kontrolą.

Wśród czynników sprawnego działania J. Frąckiewicz wymienia również terminowość, rozumianą jako nie przekroczenie ustalonego z góry okresu wykonania określonego działania, jakość, czyli zgodność uzyskanych cech wytworów z cechami zamierzonymi[9]. Uwzględniając chociażby te dwie cechy sprawnej kontroli, terminowość i jakość, należy uznać, że odgrywają one niebagatelną rolę w samym procesie czynności kontrolnych. Terminowość prowadzenia kontroli, w minimalnym stopniu powoduje negatywny wpływ, na procesy gospodarcze zachodzące w kontrolowanej jednostce, w szczególności na efektywność i możliwość zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, co w zmieniających się warunkach ekonomiczno-gospodarczych jest bardzo ważne. Przeciągająca się kontrola, przedłuża stan zawieszenia postępowania, powodując czasami brak możliwości zawarcia umowy. Jakość prowadzonej kontroli, w jak największym stopniu ogranicza negatywne skutki kontroli, oraz w sposób prosty i przejrzysty pomaga zrozumieć kontrolowanemu zamawiającemu, jakie nieprawidłowości popełnił, i co było ich przyczyną.

Warunkiem sprawnej kontroli nie zakłócającej funkcjonowania podmiotu kontrolowanego, jest dobre prawo. Prawo które będzie jasno definiowało zasady postępowania, które nie będzie wzbudzało licznych wątpliwości interpretacyjnych pomiędzy podmiotami procesu kontrolnego. Moim zdaniem, od jakości prawa zależy również jakość prowadzonych kontroli. Niejasne prawo, pełne wątpliwości interpretacyjnych negatywnie wpływa na działania podmiotów je stosujących, nie mówiąc już o postrzeganiu państwa przez zwykłych obywateli. Przyczynia się też do bezczynności samej administracji, zgodnie z zasadą „jak nie wiesz, co robić nie rób nic", jako najlepszy sposób uniknięcia odpowiedzialności za podjęcie niepewnej decyzji. W obecnych czasach legislacja stała się polem walki politycznej, o głosy wyborców, o przetrwanie koalicji rządzącej, czy też o bardziej pragmatyczne cele. Poszczególne regulacje prawne, które zostają uchwalane, mają zwykle krótką żywotność w świecie ustawicznych zmian. W procesie stanowienia prawa, na pierwszym planie jest widziany konkretny przepis prawa, zapomina się z kolei o myśleniu i działaniu w kategorii zasad prawa. Poszczególne regulacje prawne często powstają na skutek doraźnych potrzeb politycznych, często okupionych trudnym kompromisem z koalicjantem. O potrzebie opracowania rozwiązań legislacyjnych najbardziej palących obszarów przypomina się tuż przed wyborami, najczęściej w opracowywanych programach wyborczych. Projektowane rozwiązania są zazwyczaj chaotyczne, bez dokładnej analizy efektów dotychczas obowiązującego prawa, za to bezmyślnie kopiujące rozwiązania z innych krajów.

Na gruncie niezadowolenia różnych grup interesów może dojść do zmiany istniejącego stanu prawnego w pożądanym kierunku. Pożądany kierunek, nie będzie tu oznaczał, pożądany ze względu na interes publiczny całego państwa. Dobre przykłady takiego dość niebezpiecznego lobbingu, dają nam kolejne propozycje zmian przepisów ustawy prawo zamówień publicznych dotyczące takich kwestii, jak wadium, uzupełnianie dokumentów czy też kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ostatnim okresie zauważyłem następującą prawidłowość, że im głośniej w mediach mówi się o zamówieniach publicznych, tym pojawia się duże prawdopodobieństwo kolejnej zmiany

[9] J.L. Frąckiewicz, *op. cit.*, s. 94–98.

ustawy prawo zamówień publicznych. Częste „majstrowanie" przy przepisach dotyczących przetargów publicznych, nie sprzyja stabilności systemu zamówień publicznych, a tym samym jego efektywności i racjonalności. Dobry system zamówień publicznych to taki, w którym w jak najbardziej optymalny sposób zostały zbilansowane oczekiwania jego uczestników, pamiętając jednak, że nadrzędnym celem jest ochrona interesu publicznego, czyli nas wszystkich. Pamiętajmy o tym, tworząc nowe regulacje prawne, tak by patrzeć przez pryzmat zasad ogólnych prawa, a nie partykularnych interesów nielicznych. Biorąc to wszystko pod uwagę, należy jednoznacznie stwierdzić, że niejednoznaczność i nadmiar regulacji powoduje spadek wydajności wraz ze zwiększaniem kosztów. Zatem usprawnienie systemu tworzenia prawa w Polsce będzie miało zasadniczy wpływ na unowocześnienie samego sektora publicznego przy jednoczesnym stworzeniu gruntu dla powstawania administracji menadżerskiej nastawionej na zysk, który będzie źródłem finansowania innowacyjnych projektów i inwestycji będących podstawą rozwoju gospodarczego państwa. Kontrola w takich warunkach, nie powinna utrudniać realizacji zadań publicznych sektora publicznego, lecz aktywnie tą realizację wspierać. Musi dostosować zakres swoich działań do nowej administracji, administracji myślącej prorynkowo w sposób twórczy, a nie jedynie odtwarzającej w sposób bezmyślny przepisy obowiązującego prawa. Tylko tak funkcjonujący sektor publiczny przyczyni się do sprawniejszego funkcjonowania całego państwa. Do niedawna powszechne było podejście, że państwo jest podmiotem roszczącym sobie prawa do monopolu kontroli nad ludźmi, terytorium i zasobami[10]. W świetle ewolucji roli i zadań administracji publicznej w odniesieniu do pojęcia sprawnego państwa, aktualna jest definicja państwa jako formy solidarnego dzielenia się obowiązkami, wypracowana na przełomie XIX i XX wieku przez Emile Durkheima[11]. Państwo jest więc przede wszystkim wspólnotą obywateli. Państwo będzie sprawnym, gdy jednostki zamieszkujące jego terytorium tak będą sądziły. Władza publiczna nie może stworzyć modelu sprawnego państwa, może jedynie jego wyobrażenie. I tak sprawne państwo będzie charakteryzowało skuteczne, ekonomiczne i sprawiedliwe dla społeczeństwa wykonywanie funkcji i zadań. Podstawą sprawności państwa, zgodnie z raportem Polska 2030[12], jest dobra jakość przejrzyście stanowionego prawa, merytoryczne i adekwatne traktowanie obywateli przez instytucje publiczne, szybkość skutecznego działania policji, prokuratury i sądownictwa, informatyzacji usług publicznych, eliminacja biurokracji, itp. We współczesnym państwie brak jest miejsca na utrzymywanie kontroli nad obywatelami, aparat administracyjny zaczyna wspierać działania jednostki w jej rozwoju, kontrola jedynie ma być bezpiecznikiem sprawnego działania[13]. Dlatego też, uważam, że kontrola procedur w systemie zamówień publicznych będzie sprawną kontrolą, to jest taką która nie szkodzi podmiotowi kontrolowanemu, tylko wtedy gdy nie będzie wpływać na kształtowanie się zachowawczych postaw osób udzielających zamówień publicznych. Nie będzie wpływała na twórcze decyzje udzielających zamówienia publiczne. Nie będzie powodowała obaw przed wykorzystaniem instrumentów prawnych opartych na negocjacjach (dialog konkurencyjny, dialog techniczny czy też poza cenowe kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty). Aby tak się działo, po stronie podmiotów kontrolujących również powinno istnieć pełne zrozumienie celów i znaczenia zamówień publicznych dla rozwoju pań-

---

[10] M. Weber, *Law in Economy and Society*, M. Rheinstein (red.) New York Simon and Schuster 1968 r., s. 23 i n.

[11] Patrz. J. Szacki, Durkheim, Warszawa 1964., Wyd. Wiedza Powszechna s. 251 i n., P. Fabiś, *Emile Durkheim jako teoretyk kultury*, Poznań 2008 r., Wyd. Poznańskie, s. 176.

[12] *Sprawne Państwo – raport Polska 2030*. *Wyzwania rozwojowe*, Zespół Doradców Strategicznych Premiera RP, Warszawa, czerwiec 2009 r.

[13] Administracja staje się administracją globalną, dzięki nieograniczonej swobodzie kapitału. Stało się tak między innymi ze względu na rozpowszechnianie w globalnym świecie zasad *Traktatu Rzymskiego* (1957), min. zasady niedyskryminacji, traktowania narodowego czy swobodnego przepływu.

stwa. System zamówień publicznych składa się z norm, które regulują nam procedury udzielania zamówień publicznych. Zarówno procedury wyboru wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę jak i procedury zmierzające do wyłonienia wykonawcy, który najlepiej będzie świadczył nam daną usługę publiczną. Charakterystycznym elementem przedmiotowych norm, jest to, że co do zasady wiążą w swoich działaniach podmioty sektora publicznego, są więc związane z tym sektorem co do genezy i realizacji, co nie stanowi jednak zasady bezwzględnej. W szeregu sytuacji, dopuszczona jest możliwość stosowania tychże norm przez podmioty w żaden sposób nie będące podmiotami publicznymi, a delimitacja konieczności stosowania wybranych norm prawnych wynika nie z charakteru prawnego tegoż podmiotu, co z celu realizacji konkretnego zamówienia, bądź zależności formalnoprawnych od sektora publicznego[14]

[14] Patrz szerzej A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu. Klasyczne zamówienia publiczne. Partnerstwo publiczno-prywatne*, Public Procurement Legal Publisher, Warszawa 2013 r., s. 18 i n. Dotyczy to sytuacji dotyczących zamawiających sektorowych będących podmiotami prywatnymi – art. 3 ust .1 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych, zamawiających będących zamawiającymi z art. 3 ust. 1 pkt 5 tejże ustawy.

WPŁYW NARUSZENIA PRZEPISÓW USTAWY – PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH NA WYNIK POSTĘPOWANIA JAKO ELEMENT KONTROLI UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

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

WPROWADZENIE

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych[1] Krajowa Izba Odwoławcza[2] uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które **miało wpływ** lub **może mieć istotny wpływ na wynik postępowania** o udzielenie zamówienia. Wskazany wymóg ustawowy stanowi obok istnienia po stronie wnoszącego odwołanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz potwierdzenia zasadności podnoszonych zarzutów warunek uwzględnienia odwołania[3]. Tak więc nawet w sytuacji potwierdzenia zarzutów podnoszonych przez wykonawcę w odwołaniu, a tym samym uznania niezgodności z prawem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie zostanie stwierdzony wpływ lub możliwość wpływu naruszeń przepisów ustawy Pzp na wynik postępowania odwołanie nie zostanie uwzględnione[4]. Spełnienie tego warunku, podlegające weryfikacji Izby w każdym postępowaniu odwoławczym, w którym odwołanie podlega merytorycznej ocenie stanowi istotne zagadnienie kontroli udzielania zamówień publicznych sprawowanej przez ten organ. Nie ulega wątpliwości, że przedstawiany wymóg powinien być interpretowany i stosowany zgodnie z założeniami dwóch naczelnych zasad procedur odwoławczych w sprawach udzielania zamówień publicznych, a więc zasad efektywnej ochrony interesu podmiotów ubiegających się o zamówienie oraz szybkości postępowania[5]. Zasady te zostały wyrażone w przepisach art. 1 ust. 3 dyrektyw 89/665/EWG[6] oraz 92/13/WE[7] harmonizu-

---

[1] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zm.; dalej w skrócie Pzp.

[2] Dalej w skrócie KIO lub Izba.

[3] Zob. skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na wyrok KIO z dnia 31 października 2012 r., KIO 2115/12. KIO 2129/12; dostępna na www.uzp.gov.pl (dostęp w dniu 25.04.2012 r.).

[4] Zob. wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2011 r., KIO 2594/11, KIO 2602/11, dostępny na www.uzp.gov.pl (dostęp 25.04.2013 r.); dalej jako wyrok w sprawie KIO 2594/11, KIO 2602/11.

[5] Zob. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Kraków 2006, s. 765–766.

[6] Dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 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. U. WE z 1989 r., L 395/33, ze zm.; dalej jako dyrektywa 89/665/EWG lub w ramach określenia dyrektywy odwoławcze.

[7] Dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, Dz. U. WE z 1992 r., L 76/14, ze zm.; dalej jako dyrektywa 92/13/EWG lub w ramach określenia dyrektywy odwoławcze. Treść dyrektyw 89/665/EWG oraz 92/13/EWG została w znacznej mierze ujednolicona poprzez dyrektywę 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia

jących porządki prawne państw członkowskich w zakresie środków ochrony prawnej interesów wykonawców oraz innych podmiotów w uzyskiwaniu zamówień. Przepisy te stanowią o obowiązku państw członkowskich zapewniania dostępności procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. Przytoczone unormowania wyrażają zamiar prawodawcy unijnego doprowadzenia do ustanowienia w porządkach prawnych państw członkowskich szerokiego dostępu do środków prawnych w celu ochrony interesów związanych z ubieganiem się o zamówienia publiczne[8]. Wobec tego powstaje problem takiej interpretacji i stosowania przez KIO wymogu wpływu (możliwości wpływu) naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp na wynik postępowania, aby nie ograniczyć skuteczności wskazanej zasady unijnego prawa zamówień publicznych.

POJĘCIE WYNIKU POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Poniższe ustalenia będą służyły ukazaniu dominującej obecnie koncepcji interpretacji ustawowego określenia „wynik postępowania". W rozważaniach zawartych w kolejnych partiach niniejszego opracowania będzie natomiast poruszana kwestia odmiennej wykładni wskazanego sformułowania dokonywanej na gruncie zasady efektywnej ochrony prawnej interesów wykonawców w procedurach odwoławczych.

Na wstępie należy podkreślić, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji legalnej pojęcia „wynik postępowania", choć operuje nim kilka przepisów ustawowych. Do przesłanki wpływu (możliwości wpływu) na wynik postępowania odnosi się nie tylko przepis art. 192 ust. 2 Pzp, ale także art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 146 ust. 6, art. 161 ust. 4 oraz art. 165 ust. 1 tej ustawy. Złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania stanowi podstawę wykluczenia takiego uczestnika z postępowania niezależnie od jego etapu (art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp). Zaistnienie sytuacji, w której zamawiający naruszył w przepisy ustawy Pzp, w inny sposób niż wskazany w art. 146 ust. 1 Pzp, jeśli naruszenie to miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania daje Prezesowi UZP możliwość wystąpienia z powództwem do sądu powszechnego o unieważnienie umowy. W końcu stan rzeczy, w którym istnieje uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik stanowi podstawę do wszczęcia przez Prezesa UZP kontroli doraźnej (art. 165 ust. 1 Pzp). Natomiast kontrola ta może być poprzedzona postępowaniem wyjaśniającym, mającym na celu ustalenie, czy takie przypuszczenie jest zasadne. Zgodnie z utrwalonymi zasadami interpretacji treści aktów prawnych temu samemu wyrażeniu używanemu w tekście ustawy należy nadawać takie samo znaczenie, chyba że co innego wynika z kontekstu w jakim zostało użyte[9]. Wobec tego znaczenie analizowanego sformułowania we wskazanych powyżej przepisach powinno być co do zasady tożsame.

---

11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, Dz. U. UE z 2007 r., L 335/31; dalej jako dyrektywa 2007/66/WE. Dyrektywa 2007/66/WE w znacznej mierze ujednoliciła teksty obu wcześniejszych dyrektyw odwoławczych.

[8] H.-J. Prieß, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*, Kolonia 2005, s. 357–358.

[9] Zob. A. Korybski, A. Pieniążek, Zarys prawa dla ekonomistów, Lublin 1996, s. 121.

Zarówno w doktrynie,[10] jak i w orzecznictwie[11] za wyraz wpływu naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego na wynik postępowania uważa się sytuację, w której jego bezprawne zachowanie prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego uczestnika postępowania, niż miałoby to miejsce w sytuacji gdyby do naruszenia nie doszło. Sytuacją taką byłoby również bezpodstawne unieważnienie postępowania zamiast zakończenia go wyborem oferty najkorzystniejszej. Wynik (rezultat) postępowania odnoszony jest więc do samego wyboru oferty najkorzystniejszej jako czynności kończącej pewną sekwencję działań zamawiającego w postępowaniu, która ma miejsce po terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na te działania składają się ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu wraz z ustaleniem czy nie podlegają oni wykluczeniu w oparciu o przepis art. 24 Pzp, badanie ważności i treściowej zgodności ze specyfikacją złożonych przez nich ofert (art. 89 Pzp), a w końcu porównanie ofert, które nie podlegały odrzuceniu w wyniku ich zbadania w celu ustalenia, która z nich jest najkorzystniejsza w świetle z góry założonych kryteriów oceny ofert (art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp). W takim ujęciu wynikiem postępowania jest wskazanie na wykonawcę (wykonawców), którego oferta zostaje uznana za najkorzystniejszą. Wobec tego kolejne czynności zamawiającego lub oferenta, który złożył najkorzystniejszą ofertę, czy też inne późniejsze sytuacje nie mają wpływu ustalenie jaki jest wynik postępowania[12].

WPŁYW ORAZ MOŻLIWOŚĆ ISTOTNEGO WPŁYWU NARUSZENIA PRZEPISÓW USTAWY PZP NA WYNIK POSTĘPOWANIA A OCHRONA PRAWNA INTERESU W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA

W przyjętej powyżej koncepcji wpływ na wynik postępowania utożsamiono z sytuacją, w której gdyby do danego naruszenia prawa zamówień nie doszło wynik postępowania (w znaczeniu – wybór najkorzystniejszej oferty) byłby odmienny. W wyroku KIO z dnia 8 listopada 2011 r., KIO 2287/11 i 2339/11[13] stwierdzono, że „poprzez wynik postępowania, w kontekście art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, należy rozumieć możliwość uznania danej oferty za najkorzystniejszą. Wszakże celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy, którego bezpośrednim następstwem jest wybór oferty najkorzystniejszej, stanowiący jednocześnie wynik tego postępowania."[14] Od razu jednak trzeba zauważyć, że ustawodawca w art. 192 ust. 2 Pzp posłu-

---

[10] G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 697; P. Wierzbicki, Nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, Prawo Zamówień Publicznych 2005, nr 2, s 6.

[11] Zob. wyrok SO w Częstochowie z dnia 9 grudnia 2008 r. w sprawie sygn. akt VI Ca 693/08 (przedstawiony w M. Stręciwilk (red.), *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych. Zeszyt nr 4,* Warszawa 2009, s. 65–66); wyrok KIO z dnia 31 marca 2009 w sprawie sygn. akt: KIO/UZP 319/09, KIO/UZP 320/09, KIO/UZP 321/09; dostępny na stronie www.uzp.gov.pl (dostęp 25.04.2013 r.).

[12] Zob. wyrok KIO z 22 lutego 2008 r., KIO/UZP 100/08; wyrok KIO z dnia 31 marca 2008 r., KIO/UZP 233/08 dostępne na stronie www.uzp.gov.pl (dostęp 25.04.2013 r.).

[13] Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2011 r., KIO 2287/11 i 2339/11; dostępny na stronie www.uzp.gov.pl (dostęp 25.04.2013 r.).

[14] G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, *op. cit.,* s. 697. Przesłanką wpływu naruszenia przepisów ustawy Pzp na wynik postępowania operuje także art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 168, ze zm.; dalej w skrócie jako u.n.d.f.p.). Zgodnie z art. 17 ust. 1c u.n.d.f.p. w kategoriach naruszenia dyscypliny finansów publicznych ujmuje się także wszelkie naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych, poza wyraź-

guje się także sformułowaniem o możliwości istotnego wpływu na wynik postępowania. Dochodzi więc do wyróżnienia dwóch sytuacji, decydujących o możliwości uwzględnienia odwołania – **wpływu naruszenia na wynik postępowania** oraz **możliwości istotnego wpływu na wynik postępowania**, a tym samym do powstania konieczności wskazania kryterium ich odróżnienia. Kryterium tym byłby moment (etap) postępowania, na którym dochodziłoby do wniesienia odwołania. Upraszczając, ze względu na odmienne w szczegółach konstrukcje poszczególnych trybów udzielania zamówień, można przyjąć, że momentem tym jest otwarcie ofert w postępowaniu. Od tego bowiem momentu wiadomo jakie podmioty zmierzają bezpośrednio do uzyskania zamówienia, dysponując, poprzez fakt złożenia oferty, potencjalną choćby szansą na jego udzielenie. W sytuacji wcześniejszego wnoszenia odwołań, w szczególności na treść ogłoszenia lub specyfikacji brak jeszcze oferty, a więc oświadczenia woli wykonawcy, które mogłoby zostać przyjęte przez zamawiającego w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej. Na tym etapie postępowania możemy mówić wyłącznie o możliwości wpływu naruszenia przepisów ustawy Pzp na wynik postępowania, gdyż nie istnieje jeszcze podstawa dla dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie ulega wątpliwości, że sprzeczność treści specyfikacji lub ogłoszenia z ustawą Pzp może w konsekwencji wyłączyć lub ograniczyć szansę na uzyskanie zamówienia podmiotu nim zainteresowanego, który np. nie jest stanie zaoferować żądanego przez zamawiającego, niezgodnie z zasadą ochrony konkurencji, przedmiotu, sposobu czy technologii wykonania zamówienia. Niemniej jednak także wiele innych czynników determinuje tę potencjalną szansę, w szczególności ilość uczestników postępowania konkurujących o zamówienie na etapie po otwarciu ofert oraz treść (korzystność) ich propozycji ofertowych. Wobec tego można sformułować wniosek, że na tym etapie postępowania (przed otwarciem ofert) wystąpienie możliwości wpływu na wynik postępowania należałoby utożsamić z samym naruszeniem przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego. Nie sposób bowiem oceniać jaki ostatecznie wpływ na wynik postępowania (wybór oferty najkorzystniejszej) może mieć konkretne naruszenie, skoro nawet w przypadku jego wyeliminowania w drodze odwołania wnoszący je ma nadal jedynie potencjalną szansę na uzyskanie zamówienia, determinowaną szeregiem innych czynników, w szczególności skalą konkurencji w postępowaniu. Przyjęciu takiego założenia towarzyszy jednak wątpliwość związana z wymogiem ustawowym, aby możliwość wpływu na wynik postępowania była istotna. Wymóg ten należy z pewnością utożsamić z sytuacją, w której określone naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, w szczególności w postaci zapisów specyfikacji lub ogłoszenia zamykają lub co najmniej mogą

---

nie wskazanymi w poprzedzających ustępach tego przepisu, jeżeli miały one wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. W związku z tym interpretacja tak sformułowanego warunku odpowiedzialności jest przedmiotem orzecznictwa komisji orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a tym samym sprawowanej przez te ograny kontroli udzielania zamówień publicznych. Odwołując się do tego orzecznictwa warto wskazać na orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 11 maja 2006 r., DF/GKO/Odw.-99/131/2005/75 (Lex Omega 287905). Stwierdzono w nim, że dla przypisania obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 4 pkt 1 u.n.d.f.p. należy ustalić następujące okoliczności: 1) czy udzielono zamówienia publicznego; 2) czy w toku postępowania w sprawie zamówienia publicznego naruszono konkretny przepis lub przepisy o zamówieniach publicznych. „W przypadku stwierdzenia powyższego, konieczne jest zbadanie czy w konkretnym przypadku nienaruszenie przepisów o zamówieniach publicznych doprowadziłoby do innego wyniku postępowania." W tym samym orzeczeniu komisja orzekająca wskazała na sekwencję działań służących stwierdzeniu – czy doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania. W związku z tym konieczne jest: 1) ustalenie na podstawie materiału dowodowego, czy w danej sprawie udzielono zamówienia publicznego; 2) skonfrontowanie działania zamawiającego z dyspozycjami norm prawnych, celem identyfikacji naruszonych przepisu lub przepisów o zamówieniach publicznych; dokonanie oceny, czy prawidłowe działania zamawiającego, to jest stosowanie się do dyspozycji odnośnych przepisów skutkowałoby innym wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

zamykać odwołującemu się drogę do skutecznego ubiegania się o zamówienie. Jedynie w sytuacjach, w których naruszenia ustawy Pzp nie mogłyby zostać uznane za mogące ograniczyć w jakiś sposób szanse zainteresowanego w ubieganiu się o zamówienie na kolejnych etapach postępowania istniałaby podstawa do uznania, że nie zachodzi możliwość istotnego wpływu na wynik postępowania. Mogłoby to dotyczyć jedynie drobnych uchybień zamawiającego, których wystąpienie nie niosłoby za sobą zagrożenia naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz ochrony konkurencji.

W kontekście wskazanego powyżej sposobu rozumienia określenia „wynik postępowania" inaczej należałoby rozumieć wymóg wpływu na ten wynik odnoszony do etapu postępowania po otwarciu ofert. Skoro wynikiem postępowania jest wybór oferty najkorzystniejszej, to tylko takie odwołania, których uwzględnienie może doprowadzić do wyboru oferty odwołującego się mogą być uznane za możliwe do uwzględnienia. Przy założeniu, że dla przyjęcia określonego wyniku postępowania nie mają znaczenia okoliczności następujące po wyborze oferty najkorzystniejszej należy sformułować stanowisko o braku możliwości uwzględnienia odwołania, nie prowadzącego do wyboru oferty odwołującego, zamiast oferty wybranej przez zamawiającego lub w wyniku nakazania przez Izbę unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania przez zamawiającego (zob. art. 192 ust 3 pkt 1 Pzp). Pogląd ten winien być poddany ocenie w świetle zasady efektywności ochrony prawnej interesów podmiotów, które mają lub miały interes w uzyskaniu zamówienia.

Na przesłankę wpływu na wynik postępowania, w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp, należy także spojrzeć jako na element wyznaczający pole ochrony interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Inaczej mówiąc skoro wpływ ten warunkuje możliwość uwzględnienia odwołania obok istnienia po stronie wnoszącego odwołanie interesu w uzyskaniu zamówienia to wzajemny stosunek tych wymogów ustawowych wyznacza rzeczywiste możliwości korzystania z ochrony prawnej przez wykonawców i inne osoby. Tak więc nie tylko istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia, zasadność podnoszonych przez niego zarzutów, ale w końcu także wpływ dokonanego przez zamawiającego naruszenia przepisów ustawy na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu warunkują możliwość uwzględnienia odwołania. W szczególności dotyczy to, jak już wskazywano, etapu postępowania o udzielenie zamówienia po otwarciu ofert, gdyż na etapie wcześniejszym należałoby w zasadzie utożsamić sam fakt naruszenia przepisów ustawy Pzp z możliwością wpływu na wynik postępowania. Dla prowadzenia dalszych rozważań w zakresie przedstawianego problemu należałoby dokonać krótkiej charakterystyki przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia. Interes ten powinien być utożsamiany z szansą na uzyskanie zamówienia, w szczególności będącą pochodną udziału podmiotu w postępowaniu na danym jego etapie. Punktem wyjścia dla przyjęcia istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia po otwarciu ofert jest fakt uczestnictwa wykonawcy na tym etapie postępowania, wyrażający się w złożeniu oferty. Interes w uzyskaniu zamówienia stanowi niewątpliwie przesłankę o charakterze materialnoprawnym, będącą wstępnym warunkiem merytorycznego rozpoznania sprawy.[15] Oznacza to, że nie powinno się ustalać wystąpienia tej przesłanki w następstwie potwierdzenia, bądź zaprzeczenia zasadności zawartych w odwołaniu zarzutów. Inaczej mówiąc brak uwzględnienia zarzutów odwołania nie oznacza braku interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie wnoszącego ten środek ochrony prawnej. Ustawodawca w art. 192 ust. 2 Pzp ustanawiając wymóg wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania, czyni z niego odrębną od istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia przesłankę uwzględnienia odwołania. Stąd też należy przyjąć, że brak takiego wpływu, który w świetle powyżej przyjętej koncepcji

[15] K. Horubski, *Interes w uzyskaniu zamówienia*, Kwartalnik Prawa Publicznego 1-2/2010, s. 167–168.

rozumienia wyniku postępowania, mógłby być stwierdzony już na podstawie samego brzmienia zarzutów sformułowanych w odwołaniu także nie jest równoznaczny z brakiem interesu w uzyskaniu zamówienia. Wobec tego zachodzą podstawy do dokonania takiej wykładni wzajemnego stosunku przepisów art. 179 ust. 1 Pzp oraz art. 192 ust. 2 Pzp, w ramach której istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia podlega ochronie prawnej tylko i wyłącznie wtedy, gdy interes ten jest równoważny oczywistej szansie na wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej[16]. Inaczej mówiąc **szerzej rozumiany interes w uzyskaniu zamówienia nie podlega skutecznej ochronie prawnej**. Wnioskowanie takie prowadzi do pewnego dysonansu pomiędzy wyrażanym w poglądach doktryny[17], a także w pewnym stopniu w orzecznictwie[18] założeniem o poszerzaniu sfery ochrony interesów podmiotów związanych z udzielaniem zamówień publicznych w wyniku kolejnych zmian ustawowych[19], a dominującą interpretacją treści art. 192 ust. 2 Pzp. Skoro tak to powstaje pytanie o prawidłowość dotychczasowej restrykcyjnej wykładni przesłanki wpływu na wynik postępowania wobec niewątpliwie szerszego treściowo zakresu pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. W tym miejscu warto bowiem zwrócić uwagę na fakt, że w wyniku nowelizacji Pzp z 2009 r. zmieniono treść przepisu art. 179 ust. 1 Pzp zastępując przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia wymogiem interesu w uzyskaniu zamówienia. W związku z tym legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej przyznano wykonawcom, uczestnikom konkursów, a także innym podmiotom, jeżeli mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W założeniach projektu nowelizacji Pzp z 2009 r. stwierdzono, że „fakt posiadania przez odwołującego interesu (a nie jak dotychczas interesu prawnego) do wniesienia odwołania oraz poniesienie szkody będą podlegały ustaleniu w toku postępowania wywołanego wniesieniem odwołania lub skargi (…) w celu ustalenia istnienia przesłanki dopuszczalności rozpoznania tych środków. W przypadku niewykazania przez odwołującego ww. przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania będzie ono podlegało oddaleniu. Różnica pomiędzy interesem prawnym, a obecnie proponowanym interesem sprowadza się do tego, iż „interes prawny" musi wynikać z obowiązujących przepisów prawa materialnego w ten sposób, iż muszą one go przyznawać odwołującemu, natomiast interes może mieć również charakter faktyczny"[20]. Nie tylko jednak to

---

[16] Możliwa jest jeszcze wykładnia zgodnie, z którą art. 192 ust. 2 Pzp konkretyzuje przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, w ten sposób, że wyklucza istnienie tego interesu, w przypadku w którym brak jest wpływu naruszenia na wynik postępowania (wybór oferty najkorzystniejszej).

[17] Zob. J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 743–744.

[18] Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 14 czerwca 2005 r., II Ca 176/05 (przedstawiony w: A. Elżanowska, M. Śledziewska, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2006, s. 338–339). W wyroku tym stwierdzono, że „środki ochrony prawnej przysługują (...)wszystkim osobom, których interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Interes prawny stanowi zatem materialnoprawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej. Pojęcie „interes prawny" którym posługuje się ustawodawca w Pzp nie zostało w tej ustawie zdefiniowane i zatem należy je rozumieć w sposób określany w prawie cywilnym. W prawie cywilnym pojęcie to rozumiane jest szeroko, jako interes majątkowy, jak i niemajątkowy. Nie jest też konieczne doznanie uszczerbku w jednej z tych sfer, a wystarczy jego samo zagrożenie. Zatem błędne jest utożsamianie (...) interesu prawnego wyłącznie z interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Ograniczenie podmiotowe do osób legitymujących się interesem prawnym w uzyskaniu takiego zamówienia jest (...) nieuzasadnione".

[19] Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 223, poz. 1778; dalej jako nowelizacja Pzp z 2009 r.

[20] Zob. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw wraz z projektami aktów wykonawczych – druk sejmowy nr 2310 z dnia 31 sierpnia 2009 r. (dostępny na stronie http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf, s. 23.

stanowisko przemawia za wolą ustawodawcy rozszerzenia zakresu ochrony interesów związanych z ubieganiem się o zamówienie. Do wniosków takich może także prowadzić fakt rozszerzenia kompetencji orzeczniczych Izby o możliwość unieważnienia umowy, także w przypadkach gdy zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki (art. 146 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 2 lit a Pzp). W wyroku z dnia 27 stycznia 2011 r., KIO 82/11[21] Izba uznała, że interes w uzyskaniu zamówienia, a tym samym legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje przedsiębiorcy konkurującemu z wykonawcą, któremu udzielono zamówienia z wolnej ręki na modernizację i przebudowę autobusów szynowych. KIO wskazała, że „odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia udzielonego przez Zamawiającego innemu wykonawcy, gdyż jest producentem szynobusów, zainteresowanym uzyskaniem zamówień dotyczących tego typu pojazdów – zarówno w zakresie dostawy nowych jak i świadczenia usług modernizacyjnych". Natomiast udzielenie tego zamówienia przez zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki innemu podmiotowi „mogło spowodować powstanie po stronie odwołującego szkody z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, o którego uzyskanie mógłby się realnie ubiegać'. Izba udzieliła ochrony prawnej podmiotowi, który nie uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie mógł tym samym wykazać, że miało miejsce naruszenie przepisów ustawy wpływające na wynik postępowania w przedstawionym powyżej rozumieniu. Stwierdzenie w tym przypadku, że wynik postępowania byłyby inny, gdyby nie naruszenie przepisów ustawy Pzp w postaci niezgodnego z nią wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki byłoby czysto hipotetyczne. Odwołanie zostało uwzględnione, co prowadzi do wniosku o utożsamieniu naruszenia przepisów ustawy Pzp z wystąpieniem możliwości istotnego wpływu tego naruszenia na wynik postępowania, choć środek ten wniesiono już po przeprowadzeniu postępowania. Ochronie w tym przypadku podlegał więc interes gospodarczy przedsiębiorcy konkurującego z podmiotem, któremu udzielono zamówienia, a nie interes wyrażający się w wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej lub choćby w ochronie jego szans na dalsze ubieganie się o zamówienie w konkretnym postępowaniu. Z kolei w wyroku Izby z dnia 31 października 2012 r., KIO 2115/12, KIO 2129/12[22] uwzględniono odwołanie złożonego przez trzeciego w kolejności oferenta, którego zarzuty zostały skierowane przeciwko wykonawcy sklasyfikowanemu na drugim miejscu. W wyroku tym zwrócono m.in. uwagę na fakt, że brak uwzględnienia odwołania wobec oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu w rankingu ofert mógłby doprowadzić następnie do sytuacji, w której w razie uchylania się przez wykonawcę składającego najkorzystniejszą ofertę od zawarcia umowy lub też w sytuacji, gdy nie wniósłby wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy zamawiający mógłby wybrać ofertę wykonawcy sklasyfikowanego na drugim miejscu w rankingu pomimo, że podlegałaby ona odrzuceniu[23] (zob. art. 94 ust. 3 Pzp).

Także wśród przedstawicieli doktryny pojawiły się, i to nawet jeszcze przed wejściem w życie przepisów nowelizacji Pzp z 2009 r., poglądy o szerszym polu ochrony interesu w uzyskaniu zamówienia, niż tylko ochrona oczywistej szansy na uzyskanie zamówienia na etapie po otwarciu ofert. *R. Szostak* wskazał, że omawianą postać interesu należy postrzegać nie tylko w kategoriach „potencjalnego uszczuplenia szans na otrzymanie zamówienia, lecz także wszelkich

---

[21] Wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2011 r., KIO 82/11; dostępny na stronie www.uzp.gov.pl (dostęp 25.04.2013 r.).

[22] Wyrok KIO z dnia 31 października 2012 r., KIO 2115/12, KIO 2129/12; dostępny na www.uzp.gov.pl (dostęp 25.04.2013 r.); dalej jako wyrok KIO 2115/12, KIO 2129/12.

[23] Na wyrok ten skargę (zob. przypis nr 9) wniósł Prezes UZP zarzucając sprzeczność prezentowanego przez Izbę stanowiska z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Skarga Prezesa UZP została uwzględniona w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., V Ca 3270/12 (niepubl.).

utrudnień zagrażających prawidłowemu uczestnictwu w przetargu. Jednocześnie nie musi to być wyłącznie interes majątkowy związany z umową docelową. Dodatkowo mogą pojawić się też uszczerbki o innym charakterze, w postaci zbędnie straconego czasu, doznanego rozczarowania i zawodu, czy uszczuplenia prestiżu na rynku lokalnym"[24]. W grę wchodziłaby więc ochrona przed uszczerbkiem polegającym na naruszeniu dobrego imienia (renomy) podmiotu ubiegającego się o zamówienie w przypadku jego wykluczenia z postępowania z racji niespełnienia przesłanek zdolności podmiotowej do wykonania zamówienia (art. 22 Pzp) lub wiarygodności (art. 24 Pzp), co może także skutkować ograniczeniem szans na skuteczne ubieganie się o zamówienia w innych postępowaniach (zob. art. 24 ust. 1 pkt 1–1a Pzp). Zdaniem *I. Skubiszak-Kalinowskiej* należy dopuścić szerokie rozumienie pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia, obejmujące także sytuacje, w których dochodzi do bezprawnego odrzucenia oferty, bez względu na to czy oferta ta w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania uzyskałaby pozycję umożliwiającą uzyskanie zamówienia[25].

Przyjęcie poglądu o szerokim rozumieniu przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia, uzasadnionym także w świetle, wynikającej z dyrektyw odwoławczych, zasady efektywnej ochrony prawnej interesów związanych z zamówieniem publicznym prowadzi do wniosku o konieczności rewizji stanowisk interpretacyjnych w zakresie wymogu wpływu na wynik postępowania. Wykładnia dotychczasowa prowadzić może bowiem do rzeczywistego ograniczenia pola ochrony interesów związanych z ubieganiem się o zamówienia, wbrew założeniu o rozszerzaniu spektrum tej ochrony i jej skuteczności. Jak przykład takiej sytuacji można wskazać wyrok Izby w sprawie KIO 2594/11, KIO 2602/11. W stanie rzeczy objętym tym rozstrzygnięciem dwóch wykonawców złożyło odwołania wobec czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako następstwa odrzucenia ofert obu tych wykonawców. Doszło więc do połączenia rozpoznawania spraw, wynikających z odwołań wniesionych przez dwóch uczestników tego samego postępowania o udzielenie zamówienia (zob. art. 189 ust. 1 ustawy Pzp). Izba uznała zasadność zarzutów obu odwołań w zakresie braku podstaw do odrzucenia ofert wykonawców. Konsekwencją tego było stwierdzenie o konieczności nakazania unieważnienia decyzji zamawiającego w zakresie unieważnienia postępowania. Jednak podnosząc fakt, że oferta jednego z odwołujących dzięki korzystności propozycji cenowej powinna zostać, w podjętym przez zamawiającego na nowo postępowaniu, uznana za najkorzystniejszą, Izba stwierdził brak wpływu na wynik postępowania odwołania wniesionego przez wykonawcę drugiego w kolejności pod względem cenowym. Izba dokonała takich wnioskowań, wskazując jednocześnie, że „nie orzekano o nakazaniu wyboru oferty tego wykonawcy, pomimo takiego żądania, z uwagi że wybór oferty jest pochodną dodatkowo innych okoliczności, które nie są objęte postępowaniem odwoławczym. Powyższe pozostawiono zatem zamawiającemu. W konsekwencji, odpadła podstawa unieważnienia postępowania (okoliczność, że w postępowaniu nie złożono żadnej nie podlegającej odrzuceniu oferty)." Izba uznając zasadność zarzutów „droższego" z odwołujących odmówiła jednak przyznania mu ochrony prawnej (oddaliła jego odwołanie) na podstawie porównania cen obu ofert, dokonując w praktyce hipotetycznej ich oceny. Odwołania nie uwzględniono, choć w samej treści wyroku wskazano, że przyszły (ewentualny) wybór oferty w tym postępowaniu może być wypadkową różnych innych okoliczności, nie objętych postępowaniem odwoławczym. Odnosząc się do tych wywodów należy sprzeciwić ograniczaniu zakresu ochrony interesu wyko-

---

[24] R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 118–119.

[25] I. Skubiszak-Kalinowska, *Jak należy rozumieć interes prawny w postępowaniu przetargowym*, Gazeta Prawna, 26.03.2009 r. (artykuł dostępny na stronie http://biznes.gazetaprawna.pl; dostęp 25.04.2013 r.).

nawcy w postępowaniu przy pomocy tak restrykcyjnej wykładni przesłanki wpływu naruszenia na wynik postępowania i to w sytuacji, w której konieczna będzie ponowna ocena ofert, a uwzględnienie odwołania służyłoby zagwarantowaniu uczestnictwa odwołującego w tej ocenie.

Przedstawione ustalenia prowadzą do stwierdzenia, że dotychczasowe rozumienie wyniku (rezultatu) postępowania należy ocenić jako niewystarczające dla zapewnienia efektywnej ochrony szeroko rozumianego interesu w uzyskaniu zamówienia, w tym w zakresie potencjalnej szansy na jego uzyskanie. Ograniczanie pojęcia wyniku postępowania tylko do wskazania oferty najkorzystniejszej prowadziłoby bowiem do uwzględniania wyłącznie tych środków ochrony prawnej, które na etapie przed zawarciem umowy finalnej zmierzają do stwierdzenia, iż to inna oferta winna być uznana za najkorzystniejszą. Przy takiej wykładni sformułowania ustawowego „wynik postępowania" ochronie prawnej podlegałaby właściwie tylko tzw. oczywista szansa na uzyskanie zamówienia, a rzekome rozszerzenie zakresu ochrony prawnej interesów związanych z ubieganiem się o zamówienie należałoby umieścić w sferze deklaracji ustawodawcy towarzyszących nowelizacji Pzp z 2009 r., lecz przekreślonych treścią unormowań szczegółowych.

W związku z tym należy zaproponować odmienne od dotychczas przyjmowanego rozumienie pojęcia wyniku (rezultatu) postępowania na gruncie art. 192 ust. 2 Pzp. W kategoriach wyniku postępowania należałoby postrzegać ustalenia zamawiającego, dokonywane w szczególności po otwarciu ofert, w przedmiocie statusu wykonawcy w postępowaniu (wykluczenie z postępowania), ważności (skuteczności) złożonej przez niego oferty (badanie oferty i jej odrzucenie), a także w zakresie porównania jego oferty z ofertami innych wykonawców w oparciu o kryteria oceny ofert (wybór oferty najkorzystniejszej). Decyzje zamawiającego odnoszące się do wskazanych kwestii pozostają w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej. Bezprawne czynności lub zaniechania zamawiającego w takim zakresie mogą bowiem skutkować także wypaczeniem wąsko rozumianego wyniku postępowania, a więc w płaszczyźnie wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji dla wyeliminowania sytuacji, w której wymóg wpływu na wynik postępowania istotnie ogranicza pole rzeczywistej ochrony interesu w uzyskaniu zamówienia należałoby przyjąć, że wynik ten powinien obejmować całość rankingu ofert (ich klasyfikację), a także te spośród decyzji zamawiającego, które bezpośrednio wpłynęły na brak ujęcia w tym rankingu ofert pozostałych wykonawców. Dla osiągnięcia tego samego celu można by także uznać, że podobnie jak to ma miejsce w odniesieniu do etapu postępowania przed otwarciem ofert, w zasadzie samo naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego jest równoznaczne z zaistnieniem wpływu na wynik postępowania.

Warto w tym miejscu odwołać się także do poglądów niemieckiej doktryny prawa zamówień publicznych na ochronę prawną interesów wykonawców na etapie po otwarciu ofert. Zdaniem *H.-J. Prießa* na tym etapie postępowania powinna być respektowana **zasada ochrony potencjalnej szansy na uzyskanie zamówienia**, wynikającej z samego faktu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu[26]. Stanowisko to znajduje uzasadnienie w istotnej wadzie odniesienia do „oczywistej" szansy na uzyskanie zamówienia, wyrażającej się w brak pewności, że w każdym przypadku wybór oferty najkorzystniejszej będzie skutkował udzieleniem zamówienia temu podmiotowi, który ją złożył. Do tego poglądu wyraźnie nawiązano w wyroku KIO 2115/12, KIO 2129/12. Potencjalna szansa na uzyskanie zamówienia dotyczyłaby więc każdego podmiotu, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z niego oraz złożył skuteczną prawnie (ważną) ofertę.

---

[26] Zob. H.-J. Prieß, *Handbuch des europäischen Vergaberechts, op. cit.*, s. 356–357.

WPŁYW NARUSZENIA PRZEPISÓW USTAWY PZP NA WYNIK POSTĘPOWANIA JAKO PRZESŁANKA KONTROLI DORAŹNEJ ORAZ UNIEWAŻNIENIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA

Jak już wskazywano powyżej ustawa Pzp przesłanką wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania posługuje się także w odniesieniu do innych zagadnień z zakresu kontroli udzielania zamówień publicznych. Art. 165 tej ustawy stanowi, że Prezes UZP może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Z tym unormowaniem związana jest, przewidziana w art. 161 ust. 4 ustawy Pzp, możliwość poprzedzenia kontroli postępowaniem wyjaśniającym, mającym na celu ustalenie, czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Z kolei art. 146 ust 6 ustawy Pzp stanowi o legitymacji Prezesa UZP do wnoszenia powództw do sądu powszechnego w celu unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Reguła interpretacyjna tekstów normatywnych nakazująca nadawać tym samym wyrażeniom w obszarze danego aktu prawnego tożsame znaczenie, chyba że istnieją wyraźne przesłanki do różnicowania tego znaczenia, przemawiałaby za przyjęciem tożsamości rozumienia analizowanej przesłanki na gruncie wskazywanych przepisów ustawy. Oznaczałoby to akceptację zaprezentowanej powyżej szerszej koncepcji wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania. Do tego wniosku może prowadzić też wykładnia literalna art. 161 ust. 4 i 165 ust. 1, które operują jedynie bardziej ogólnym wymogiem możliwości wpływu na wynik postępowania. Choć art. 146 ust. 6 ustawy Pzp odnosi się zarówno do możliwości wpływu, jak i samego wpływu na wynik postępowania to w świetle intencji ustawodawcy, które można odczytywać z uzasadnienia projektu nowelizacji Pzp z 2009 r. wynika zamiar sankcjonowania w ten sposób nie tylko naruszeń przepisów tego rodzaju, że w razie ich niewystąpienia wynik postępowania pewnością byłby inny. W treści uzasadnienia podkreślono, że wskazany przepis ma umożliwiać także doprowadzenie do „unieważnienia umowy w przypadku braku możliwości formalnego dowodowo wykazania (…) wpływu naruszenia przepisów (…) na wynik postępowania”[27]. Unormowania o kontroli doraźnej i unieważnieniu umowy pozostają ze sobą w związku funkcjonalnym. Kontrola doraźna, przeprowadzana na podstawie przypuszczenia o możliwości naruszenia przez zamawiającego przepisów w postępowaniu, które miało wpływ na jego wynik, może doprowadzić do wystąpienia przez Prezesa UZP do sądu powszechnego o unieważnienie umowy w całości lub w części (art. 168 pkt 3), także w sytuacji objętej art. 146 ust. 6 ustawy Pzp[28]. Przepisy o podstawach wszczęcia kontroli doraźnej lub unieważnienia umowy odnoszą się więc nie tylko do naruszeń ustawy pozostających w oczywistym związku z wynikiem postępowania postrzeganego w wąskim ujęciu jako wybór oferty najkorzystniejszej. Ich zakresem zastosowania należy objąć także sprzeczne z przepisami ustawy zachowania zamawiającego, które mogły mieć potencjalnie wpływ na tak rozumiany wynik, lecz nie ma możliwości wykazania tego bez wątpliwości. Stąd też w poglądach doktryny prawa zamówień publicznych podkreśla się, że naruszeniami, uzasadniającymi podejmowanie działań przewidzianych w powyżej wskazanych przepisach będą nie tylko wady postępowania związane z oceną ofert (ustalaniem ich klasyfikacji, rankingu), ale także okoliczności takie jak zbyt

[27] Zob. uzasadnienie z przypisu nr 20, s. 18.

[28] P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* Warszawa 2012, s. 698.

restrykcyjny w proporcji do przedmiotu zamówienia opis warunków udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia sprzeczny z zasadą ochrony konkurencji, czy wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert[29]. Oznacza to możliwość przeprowadzenia kontroli doraźnej oraz wnoszenia przez Prezesa UZP powództw o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia także w sytuacjach, w których wskazane naruszenia nie wpłynęły na wynik postępowania rozumiany w kategoriach wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż nie doprowadziły do wyeliminowania lub ograniczenia szans uczestników postępowania w ubieganiu się o zamówienie. Chodzi więc o wady postępowania mogące tylko potencjalnie (hipotetycznie) wpływać na jego wynik. Może to dotyczyć przykładowo sytuacji, w której opisano przedmiot z naruszeniem zasady ochrony konkurencji, lecz nie było to podnoszone przez uczestników postępowania jako naruszenie ograniczające ich szanse na uzyskanie zamówienia. Ustalenia powyższe prowadzą do wniosku o potrzebie przyjęcia szerszego ujęcia wyniku postępowania także na gruncie przedstawianych w tej części rozważań unormowań ustawy Pzp.

PODSUMOWANIE

Reasumując powyższe rozważania należałoby stwierdzić konieczność pewnej rewizji utrwalonego rozumienia wymogu wpływu naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności w odniesieniu do odwołań wnoszonych po terminie otwarcia ofert. Wskazany warunek uwzględniania odwołań nie może być stosowany w sposób ograniczający założenie o udzielaniu ochrony prawnej różnorakim interesom związanym z ubieganiem się o zamówienia. Nie powinno się sprowadzać go do roli instrumentu gwarantowania ochrony jedynie oczywistej szansy na uznanie oferty za najkorzystniejszą. Oddalenie odwołania z powołaniem się na brak spełnienia wymogu wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania powinno być stosowane szczególnie ostrożnie w sytuacjach, w których potwierdzenie znajdują zarzuty sformułowane w środku odwoławczym. Ich podniesienie może bowiem służyć ochronie innych postaci interesu związanego z ubieganiem się o zamówienie, niż tylko oczywistej szansy na wybór oferty własnej oferty jako najkorzystniejszej. Wobec faktu, że także z katalogu możliwych rozstrzygnięć odwołań przez KIO, zawartego w art. 192 ust. 3 ustawy Pzp, w szczególności z możliwości orzekania o unieważnieniu umowy, wyraźnie wynika możliwość udzielania ochrony prawnej różnym interesem uczestników rynku zamówień publicznych, w tym nawet interesom gospodarczym (konkurencyjnym) przedsiębiorców, którzy mogliby uczestniczyć w postępowaniu, gdyby odbyło się w trybie konkurencyjnym, zasadne jest nadawanie szerszego znaczenia pojęciu wyniku postępowania. Oznacza to możliwość obejmowania jego ramami całości rankingu (klasyfikacji) ofert wraz z uprzednimi decyzjami zamawiającego co do ewentualnych wykluczeń wykonawców, czy też odrzucania ich ofert. Należy także przyjąć pogląd o tożsamości znaczeniowej przesłanki wpływu naruszenia na wynik postępowania na gruncie pozostałych przepisów ustawy Pzp, które się nim posługują.

[29] J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, op. cit.*, s. 683.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA I MATERIALNA JAKO KONSEKWENCJE NARUSZENIA USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Joanna Presz-Król
radca prawny w Kancelarii Prawnej PIERÓG & Partnerzy
Agnieszka Adach-Nerwińska
prawnik w Kancelarii Prawnej PIERÓG & Partnerzy,
doktorant WPiA UW

WSTĘP

Kontrola zamówień publicznych to weryfikacja prawidłowości udzielenia zamówień publicznych dokonywana przez odpowiednie organy, wyposażone przez ustawodawcę w narzędzia do podejmowania odpowiednich działań. Działania te mają na celu zweryfikowanie poprawności czynności dokonywanych w trakcie udzielania zamówienia publicznego przez osoby prowadzące postępowanie, a także bezpośrednio przez jednostki zamawiające.

Nie ulega przy tym wątpliwości, iż jednym z obszarów szczególnie narażonym na działania przestępne, a zwłaszcza korupcyjne, są właśnie zamówienia publiczne. Dlatego też, kontrola postępowań prowadzonych w oparciu m.in. o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp", ma szczególe znaczenie dla wykrywania – ale również zapobiegania – działaniom sprzecznym z przepisami prawa. Stwierdzone w tracie kontroli naruszenia ustawy Pzp mogą prowadzić do pociągnięcia do odpowiedzialności finansowej instytucje zamawiające. Ponadto, na skutek ustalonych naruszeń, również osoby wykonujące czynności w zakresie procedury udzielenia zamówień publicznych lub reprezentujące instytucje zamawiające, a w niektórych przypadkach także wykonawców, mogą ponieść konsekwencje materialne bądź karne.

Następstwa prawne dokonania niezgodnej z przepisami prawa czynności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zostały uregulowane nie tylko w ustawie Pzp, ale także w szeregu innych obowiązujących obecnie aktów prawnych o randze ustawy. Najistotniejszą podstawę prawną regulującą niewłaściwe prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp stanowią dodatkowo przepisy:

1) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej: „KC",

2) ustawy stawa z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 roku, Nr 168), dalej: „UONDFP",

3) ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej: „KK",

4) ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 1998 roku, Nr 21, poz. 94 ze zm.), dalej: „KP",

5) ustawa z dnia 15 września 2000 roku – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2000 r., Nr 94, poz. 1037 ze zm.), dalej: „KSH".

W związku z szeroko omówionymi już w piśmiennictwie i doktrynie zasadami odpowiedzialności uregulowanymi w ustawie Pzp, UONDFP czy KC w poniższym opracowaniu analizie poddane zostały trzy ostatnie z wymienionych aktów prawnych, które cieszą się znacznie mniejszym zainteresowaniem przedstawicieli doktryny, a które bezpośrednio lub pośrednio odnoszą się do zamówień publicznych.

I. KONSEKWENCJE NIEPRAWIDŁOWEGO PROWADZENIA POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W ŚWIETLE PRZEPISÓW KK

Konsekwencją niezgodnego z przepisami ustawy Pzp prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może być odpowiedzialność karna, wynikająca z przede wszystkim z przepisów KK, ale również z przepisów ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (t.j. Dz. U. z 2012 r., Nr 768 z późn. zm.), dalej zwana „UOPZ". Pociągnięte do odpowiedzialności karnej mogą być zarówno osoby reprezentujące zamawiających, jak i wykonawców. Głównie są to jednak osoby wykonujące czynności w trakcie procedury udzielenia zamówienia publicznego, m.in. ustanowieni pełnomocnicy zamawiających czy wskazani aktem wewnętrznym pracownicy, ale także członkowie kolegialnego organu zarządzającego zamawiającego – jako osoby sprawujące ogólny nadzór nad działalnością instytucji zamawiającej oraz odpowiedzialnych za prawidłowe gospodarowanie jej majątkiem. Przestępstwa, których wypełnienie wiązać się będzie z odpowiedzialnością karną to m. in. sprzedajność i przekupstwo (art. 228 i 229 KK), płatna protekcja (art. 230 i art. 230a KK), przekroczenie lub niedopełnienie obowiązków służbowych przez funkcjonariuszy publicznych (art. 231 KK), podrabianie dokumentów, poświadczanie nieprawdy, jak i ukrywanie i niszczenie dokumentów – odnoszące się w głównej mierze do wykonawców, którzy w celu pozyskania zamówienia publicznego niejednokrotnie dopuszczają się nielegalnych działań dla osiągnięcia korzyści majątkowych (art. 270, art. 271, art. 276 KK), oraz oszustwo kapitałowe (art. 297), nadużycie zaufania (art. 296 KK), a także utrudnienie przetargu publicznego (art. 305 KK). Na tym tle na analizę zasługują dwa ostatnie, bowiem w swych znamionach odnoszą się do instytucji zamawiających i ich innych podmiotów zobowiązanych do przestrzegania procedury przetargowej.

I.1. UDAREMNIANIE PRZETARGU

Pierwszą podstawą prawną odpowiedzialności karnej jest art. 305 KK, zgodnie z którym *„§ 1. Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej**, udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny** albo **wchodzi w porozumienie** z inną osobą działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2. Tej samej karze podlega, kto w związku z publicznym przetargiem **rozpowszechnia informacje lub przemilcza istotne okoliczności** mające znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu albo wchodzi w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. § 3. Jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego".*

Należy przy tym podkreślić, że przestępstwo z art. 305 KK dotyczy wyłącznie działania na szkodę organizatora przetargu lub podmiotu, na którego rzecz został on zorganizowany, nie obejmuje

natomiast sytuacji[1], gdy wyrządzona została szkoda wyłącznie wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

Warto również zaznaczyć, iż zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2012 r. (V KK 402/11) *„zawarte w art. 305 § 1 k.k. wyrażenie „działając na szkodę" jest znamieniem skutku przestępstwa. Skutkiem tym nie musi być realna szkoda majątkowa, do której dochodzi w rezultacie rozstrzygnięcia przetargu, lecz już samo wywołanie zagrożenia dla prawnie chronionych interesów majątkowych właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany"*. Ze wskazanego orzeczenia wynika, iż warunkiem dokonania omawianego przestępstwa nie jest spowodowanie szkody majątkowej *(definicja szkody została omówiona w rozdziale II),* lecz podejmowanie zachowań mogących taką szkodę spowodować. Z powyższego wynika również, iż działanie sprawcy musi być zrealizowane umyślnie. Czyn określony w art. 305 § 1 KK musi być podjęty w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Inaczej niż czyn określony w art. 305 § 2 KK, w przypadku którego działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej nie stanowi znamienia przestępstwa[2]. Udaremnianie bądź utrudnianie przetargu oraz rozpowszechnianie czy też zatajanie informacji, może być popełniane zarówno przez członków komisji przetargowych, jak i przez osoby biorące udział w postępowaniu w charakterze wykonawców[3]. W tym miejscu warto doprecyzować – cytując doktrynę – iż *„przestępstwo z* § 1 *może popełnić każdy (przestępstwo powszechne). Natomiast przestępstwo z* § 2 *również może popełnić każdy, ale dotyczy to tylko rozpowszechniania nieprawdziwych informacji w związku z publicznym przetargiem i wejścia w porozumienie z inną osobą. W wypadku odmiany polegającej na przemilczeniu istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu mamy do czynienia z przestępstwem indywidualnym właściwym. Dopuścić się go może tylko osoba, na której ciążył szczególny prawny obowiązek ujawnienia informacji (*art. 2 *k.k.) „.*[4] Dodatkowo, konieczne jest przytoczenie tezy orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2012 r. (V KK 402/11), zgodnie z którą *„W sferze zamówień publicznych sprawującymi funkcję publiczną są te osoby, które na podstawie ustawy wykonują uprawnienia i obowiązki w procedurach wiodących do udzielenia zamówienia. Wywierają one, a przynajmniej mogą wywierać, wpływ na przebieg postępowania i na wybór wykonawcy zamówienia. Biegły uczestniczący w pracach komisji przetargowej w procedurze zamówienia publicznego jest zatem osobą pełniącą funkcję publiczną w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. [..] Ustawodawca nie uzależnia statusu osoby pełniącej funkcję publiczną od wyposażenia jej w kompetencję do wydawania decyzji w sferze działalności publicznej. Nie ma takiego zawężającego kryterium w treści art. 115 § 19 k.k. Jak wynika z jego brzmienia in fine, pełni funkcję publiczną także osoba, która w działalności publicznej wykonuje uprawnienia i obowiązki określone w ustawie"*. W konsekwencji, sprawcą zachowań opisanych w art. 305 KK może być każda osoba fizyczna, nie wyłączając ani właściciela mienia objętego przetargiem (np. wchodzącego w porozumienie z uczestnikiem przetargu, aby uzyskać jak najwyższą, nieuzasadnioną cenę), ani też podmiotu, na rzecz którego przetarg jest przeprowadzany.

Odpowiedzialność za przestępstwa opisane w art. 305 § 1 lub § KK mogą ponosić również jednostki zamawiające. Podstawą odpowiedzialności za ww. czyny zabronione jest art. 16 ust. 1 pkt 1 UOPZ.

---

[1] Jaroch W., *Przestępstwa w systemie zamówień publicznych*, Prokuratura i Prawo 2004/4/93,

[2] Zoll A. (red.), Barczak-Oplustil A., Bogdan G., Ćwiąkalski Z., Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., Majewski J., Raglewski J., Rodzynkiewicz M., Szewczyk M., Wróbel W. Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz. do art. 278–363 k.k., wyd. Zakamycze, 2006

[3] Zoll A. (red.), Barczak-Oplustil A., Bogdan G., Ćwiąkalski Z., Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., Majewski J., Raglewski J., Rodzynkiewicz M., Szewczyk M., Wróbel W. Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k., wyd. Zakamycze, 2006.

[4] Mozgawa M. (red.), Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisz P., Kulik M., Kodeks karny. Komentarz., wyd. V Lex 2013.

Jednostka zamawiająca będzie ponosić odpowiedzialność na zasadach określonych w UOPZ, jeżeli działa w jednej z następujących form: osoba prawna, jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną (z wyłączeniem Skarbu Państwa), spółka handlowa z udziałem Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek, spółka kapitałowa w organizacji, podmiot w stanie likwidacji oraz przedsiębiorca niebędący osobą fizyczną, a także zagraniczna jednostka organizacyjna. Warto przy tym podkreślić, iż szczególnymi konsekwencjami uznania – przez sąd powszechny – odpowiedzialność jednostki zamawiającej może być:

– kara pieniężna w wysokości od 1.000 do 5.000.000 zł, nie wyższą jednak niż 3% przychodu osiągniętego w roku obrotowym, w którym popełniono czyn zabroniony będący podstawą odpowiedzialności instytucji zamawiającej;

– przepadek przedmiotów pochodzących – chociażby pośrednio – z czynu zabronionego lub które służyły lub były przeznaczone do popełnienia czynu zabronionego, a także przepadek korzyści majątkowej pochodzącej chociażby pośrednio z czynu zabronionego bądź równowartości przedmiotów lub korzyści majątkowej pochodzących chociażby pośrednio z czynu zabronionego;

– zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;

– zakaz korzystania z dotacji, subwencji lub innych form wsparcia finansowego środkami publicznymi, a także zakaz dostępu do środków pochodzące z funduszy strukturalnych, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Rybackiego i środków na realizację Wspólnej Polityki Rolnej.

Nie ulega przy tym wątpliwości fakt, iż obecnie, gdy jednym ze źródeł finansowania zamówień publicznych są środki pochodzące z Unii Europejskiej, szczególnie dotkliwy dla jednostek zamawiających jest zakaz otrzymania różnego rodzaju dotacji.

Wracając do analizy zacytowanego wcześniej art. 305 KK podnieść należy, że odpowiedzialność karna przewidziana w tym przepisie może wynikać z: (i) udaremnienia przetargu, (ii) utrudnienia przetargu, (iii) wejścia w porozumienie z inną osobą, (iv) rozpowszechniania informacji mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu, (v) przemilczenia istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu.

Dokonując analizy poszczególnych definicji użytych w art. 305 KK należy podnieść, iż za „udaremnianie" uznaje się wszelkie zachowania sprawcze, które doprowadzają do uniemożliwienia odbycia lub kontynuacji postępowania przetargowego, niezależnie od tego w jakiej fazie ono się znajduje. Należy tu podkreślić, iż zachowanie sprawcy musi być bezprawne. Nie będzie zatem karalnym udaremnianiem przetargu zachowanie, co prawda uniemożliwiające przetarg, lecz podjęte legalnie, w ramach wykonywania obowiązków lub praw."Udaremnianie" przetargu może być podjęte przede wszystkim w formie działania. Nie jest wszak wykluczone popełnienie go także w formie zaniechania, np. gdy zobowiązany podmiot nie dopełnił swoich obowiązków, od wykonania których uzależnione jest zgodnie z przepisami ustawy Pzp przeprowadzenie postępowania.[5]

[5] Przemysław Szustakiewicz, Ustawa o zamówieniach publicznych a przestępstwo utrudniania przetargu, Prokuratura i Prawo 2004/2/86.

Z kolei „utrudnianie" polega na podejmowaniu czynności niekorzystnie wpływających na przebieg i wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.[6] Tytułem przykładu można podać namawianie potencjalnych wykonawców, aby nie składali ofert w postępowaniu, czy też nie przystępowali do aukcji elektronicznej.

Natomiast „wejście w porozumienie z innymi osobami" to porozumienie co najmniej dwóch osób, którego przedmiotem jest wspólne i szkodliwe działanie przeciwko stronom przetargu publicznego (czyli zarówno wykonawcy, jak i zamawiającego) podjęte w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Wydaje się, iż podmiotami wchodzącymi w porozumienie nie muszą być uczestnicy przetargu publicznego.

Druga postać analizowanego przestępstwa (art. 305 § 2 KK), czyli rozpowszechnianie informacji lub przemilczenie istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, to działania podejmowane zarówno w sposób nieoficjalny (tj. poza procedurą przetargową), jak i oficjalny (np. podczas zebrania wykonawców, o którym mowa w art. 38 ust. 3 ustawy Pzp bądź podczas wizji lokalnych, które nie są kwalifikowane jako ww. zebrania). Dodatkowo należy zauważyć, iż obie czynności (rozpowszechnianie i zatajanie informacji) dotyczą istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do takich informacji należy zaliczyć z pewnością wysokość oferowanych cen czy wysokość kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację zamówienia. Nie będzie miała takiego charakteru informacja, która nie miałaby praktycznego znaczenia dla decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Przekazywane informacje są podawane potencjalnym wykonawcom zainteresowanym wzięciem udziału w przetargu, w celu ich odwiedzenia od złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu bądź oferty. Za takie informacje należy traktować wszelkie wiadomości, niezależnie od formy, dotyczące okoliczności związanych z przetargiem. Nie ma przy tym znaczenia, czy rozpowszechniane wiadomości są prawdziwe.[7]

Natomiast, przemilczenie to *„zaniechanie podania osobom zainteresowanym przetargiem informacji z nim związanych. Należy dodać, że relewantne są jedynie informacje dotyczące okoliczności istotnych dla przebiegu i wyniku przetargu (tj. zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu)".*[8] Można zatem uznać, iż przemilczenie informacji zachodzi wówczas, kiedy sprawca ma obowiązek ich ujawnienia, jednak nie czyni tego. Wydaje się, iż za przemilczenie można uznać np. przekazanie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wybranym wykonawcom i jednoczesne celowe zaniechanie umieszczenia modyfikacji na stronie internetowej zamawiającego.

Zarówno w § 1, jak i w § 2 art. 305 KK ustawodawca posłużył się sformułowaniem „przetarg publiczny". Kodeks karny nie definiuje tego pojęcia. Określenie to pojawia się natomiast w wielu aktach prawnych regulujących w szczególności problematykę zbywania mienia podmiotów państwowych oraz zawierania z takimi podmiotami umów przez podmioty niepubliczne. Jednakże, na potrzeby niniejszej analizy, zagadnienie to zostanie omówione tylko w odniesieniu do ustawy Pzp. W związku z czym wskazać należy, iż pierwszy etap procedury przetargowej (tj. szacowanie wartości zamówienia i przygotowywanie dokumentów związanych z przetargiem) nie oznacza, że wszczęto postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli np. po sporządzeniu specyfikacji istotnych

---

6 Marek Andrzej, Kodeks karny. Komentarz, wyd. V Lex 2010.

7 Mozgawa M. (red.), Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisz P., Kulik M., Kodeks karny. Komentarz., wyd. V Lex 2013.

8 Marek Andrzej, Kodeks karny. Komentarz, wyd. V Lex 2010.

warunków zamówienia – z jakichkolwiek względów – jednostka zamawiająca nie rozpocznie procedury zamówieniowej (tj. nie ogłosi przetargu) to nie jest związana przepisami ustawy pzp. W takim przypadku nie można mówić o przetargu publicznym, o którym mowa w art. 305 KK. Zatem wszelkie działania zmierzające do utrudnienia lub uniemożliwienia przetargu, wejście w porozumienie z inną osobą czy rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji, albo zatajenie istotnych okoliczności mające znaczenie dla zawarcia umowy – pojęte przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – nie są obarczone sankcjami określonym w komentowanym przepisie. Tytułem przykładu wskazuję, iż przygotowanie przez pracownika jednostki zamawiającego treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby wybrany wykonawca posiadał realne szanse na zdobycie zamówienie – przy rezygnacji przez zamawiającego z ogłoszenia przetargu – nie będzie spełniało znamion czynu zabronionego dokonanego przez tego pracownika. Dopiero zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie i na stronie internetowej zamawiającego[9] powoduje, iż wypełniając znamiona czynu z art. 305 § 1 i 2 KK można zostać pociągniętym do odpowiedzialności karnej. Odnosząc się to tego samego przykładu – jako przestępstwo może być zakwalifikowane sformułowane specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby doszło do unieważnienia przetargu, a wykonawca został wybrany w trybie niekonkurencyjnym – co umożliwia wybranie tego, który wszedł w porozumienie ze sprawcą, działając na szkodę instytucji organizującej przetarg. Ponadto, działania sprawcy mogą polegać na takim sformułowaniu ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby np. przemilczeć istotne dla wykonawców informacje lub podać informacje nieprawdziwe, a które wpływają na treść złożonej oferty (a w konsekwencji na treść zobowiązania umownego).

Do największej liczby zdarzeń wyczerpujących znamiona czynu z art. 305 KK dochodzi jednak podczas badania i oceny ofert. Osoba zajmująca się prowadzeniem postępowania może bowiem udaremnić przetarg poprzez niezgodne z przepisami ustawy Pzp unieważnienie postępowania. Zamiarem takiej osoby może być bowiem doprowadzenie do sytuacji, aby zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Innym przykładem jest wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza wbrew przepisom ustawy Pzp oferty, czy wręcz oferty, która podlega odrzuceniu.

I.2. NADUŻYCIE ZAUFANIA ZAMAWIAJĄCEGO

Istotą określonego w art. 296 KK przestępstwa, noszącego nazwę „nadużycie zaufania", jest *„naruszenie przez sprawcę obowiązku wierności podmiotowi, który powierzył swoje interesy majątkowe jemu do prowadzenia, wyrządzając tym interesom szkodę"*[10].

Zgodnie z art. 296 KK *„§ 1. Kto, będąc obowiązany na podstawie przepisu* ustawy*, decyzji właściwego organu lub umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, przez* ***nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku****, wyrządza jej znaczną szkodę majątkową, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5; § 1a. Jeżeli sprawca, o którym mowa w § 1, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, sprowadza bezpośrednie niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3; § 2. Jeżeli sprawca przestępstwa określonego w § 1 lub 1a działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, podlega karze pozbawienia wolno-*

[9] Dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego – art. 40 ust. 1 ustawy Pzp.

[10] O. Górniok (red.), *Prawo karne gospodarcze*, wyd. CH BECK 2003.

ści od 6 miesięcy do lat 8; § 3. Jeżeli sprawca przestępstwa określonego w § 1 lub 2 wyrządza szkodę majątkową w wielkich rozmiarach, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10; § 4. Jeżeli sprawca przestępstwa określonego w § 1 lub 3 działa nieumyślnie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3; § 4a. Jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, ściganie przestępstwa określonego w § 1a następuje na wniosek pokrzywdzonego; § 5. Nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie naprawił w całości wyrządzoną szkodę".

Nadużycie zaufania jest przestępstwem indywidualnym[11]. Oznacza to, iż sprawcą może być jedynie osoba zobowiązana do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej[12]. Tym samym, przedmiotem ochrony omawianych przepisów są interesy majątkowe zamawiającego, niezależnie od formy prowadzonej przez niego działalności. Zajmowanie się cudzymi sprawami majątkowymi lub gospodarczymi oznacza obowiązek ich prowadzenia, dbania o interesy mocodawcy oraz podejmowanie lub uczestniczenie w podejmowaniu decyzji dotyczących tego majątku. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 27 kwietnia 2001 roku, sygn. akt I KZP 7/01 podniósł, że *„za osobę zajmującą się cudzymi sprawami majątkowymi można uznać tylko tego, kogo obowiązki nie ograniczają się do ochrony mienia przed utratą lub uszczerbkiem, lecz polegają także na wykorzystywaniu tego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, aby zostało ono powiększone lub wzrosła jego wartość"*. Ponadto, zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt II AKa 145/11 *„W pojęciu „zajmowania się" nie mieszczą się czynności ściśle wykonawcze ani wykonanie ściśle oznaczonych i precyzyjnych poleceń lub wykonywanie obowiązków tylko w zakresie dbałości, aby stan mienia nie uległ pogorszeniu"*. Z powyżej wskazanych orzeczeń wynika, iż podmiotem omawianego przestępstwa nie może być zatem pracownik, którego umocowanie na podstawie samej umowy o pracę ogranicza się do czynności wykonawczych[13]. Zwrócić jednak należy uwagę, że okoliczność ta nie dotyczy osób, które poza umową o pracę posiadają inne szczególne upoważnienie do przeprowadzania czynności w zakresie udzielenia zamówienia publicznego, o czym poniżej.

Podstawą prawną wskazanego powyżej obowiązku są m.in. przepisy KSH – obowiązek członków zarządu spółki kapitałowej do zajmowania się sprawami majątkowymi spółki. Dotyczy to również członków rady nadzorczej spółki, gdy wynika to jednoznacznie z dokumentów korporacyjnych spółki[14] *(o czym szerzej w rozdziale III)*. Obowiązek zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi może wynikać z umowy ustanawiającej taki obowiązek jednorazowo (np. na podstawie pełnomocnictwa do przygotowania i przeprowadzenia postępowania), jak i w szerszym zakresie (np. prokura w spółce kapitałowej, zarząd cudzym majątkiem itp.).

Co istotne, omawiany czyn można popełnić zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie działania wbrew nałożonemu na osobę obowiązkowi. Ponadto, w ujęciu art. 296 § 1 KK przestępstwo nadużycia zaufania ma charakter skutkowy, gdyż warunkiem jego dokonania jest wyrządzenie szkody majątkowej podmiotowi, w którego imieniu lub na którego rzecz sprawca zobowiązany był działać (tj. na rzecz zamawiającego).

Wyrządzenie szkody musi nastąpić przez nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków. Warto przy tym zdefiniować, iż *„[..]"nadużycie uprawnienia" polega na zachowaniu bądź przekraczającym je, bądź nawet pozostającym w ich ramach, lecz podjętym niezgodnie z celem, dla którego*

---

[11] Tak: Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 1 sierpnia 2012 r., sygn. akt II AKa 165/12.

[12] Marek A., Kodeks karny. Komentarz., wyd. LEX, 2010.

[13] Marek A., Kodeks karny. Komentarz., wyd. LEX, 2010.

[14] Tak: wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 23 czerwca 2010 r., sygn. akt II AKa 224/06.

uprawnienia zostały sprawcy nadane. [..]. „Niedopełnienie obowiązków" polega albo na całkowitej bierności w sytuacji, kiedy konieczne było podjęcie działania, albo na podjęciu działań niewystarczających dla prawidłowego wywiązania się z obowiązków"[15]. Podobno definicję „niedopełnienia obowiązków" podaje Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt II AKa 145/11, tj. *„Przez niedopełnienie obowiązków należy rozumieć niewypełnienie czynności, do których sprawca był zobowiązany. Może ono polegać na całkowitym zaniechaniu czynności, które powinny być zrealizowane, na częściowym wypełnieniu ich lub wypełnieniu w sposób nienależyty albo niestaranny, jak również na ich wykonaniu niezgodnie z ich treścią".*

Pojęcie szkody majątkowej obejmuje zarówno rzeczywisty uszczerbek w majątku (*damnum emergens*) polegający na zmniejszeniu aktywów (tj. ubytkach lub stratach w majątku) albo zwiększeniu pasywów (obciążeniu majątku długami), jak i udaremnienie przez sprawcę osiągnięcia korzyści (*lucrum cessans*). Z kolei użyte w tym przepisie określenie „wyrządza szkodę" wymaga ustalenia związku przyczynowego między działaniem lub zaniechaniem sprawcy a powstałą szkodą. Biorąc pod uwagę, że w sferze gospodarczej na powstanie szkody majątkowej składa się zwykle wiele czynników, za wypełniający wymagania odpowiedzialności karnej trzeba uznać istotny (relewantny) wpływ zachowania sprawcy na ten skutek[16]. Warte podkreślania jest przy tym, iż koniecznym warunkiem odpowiedzialności za przestępstwo, o którym mowa w 296 § 1 KK jest znaczna wartość wyrządzonej szkody majątkowej (tj. przekraczająca dwustukrotność najniższego miesięcznego wynagrodzenia – art. 115 § 5 i 7 KK[17]).

„Uwzględniając realia praktyczne, trzeba jednak stwierdzić, że w działalności gospodarczej działania na szkodę mogą się rozkładać w czasie, w poszczególnych zachowaniach przekraczających uprawnienia lub naruszających zasady gospodarowania, co w wypadku istnienia zamiaru bezpośredniego lub chociażby ewentualnego może uzasadniać odpowiedzialność za przestępstwo ciągłe, jeżeli „suma" tych działań osiąga wielkość szkody „znacznej" (art. 296 w zw. z art. 12 KK)"[18].

Za podsumowanie powyższego może posłużyć teza wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 5 września 2012 r., sygn. akt II AKa 155/12 zgodnie z którą *„zachowanie się sprawcy czynu zabronionego z art. 296 k.k. wyznaczają trzy elementy: formalna szczególna powinność określonego zachowania się sprawcy na rzecz pokrzywdzonego, nadużycie przez sprawcę swoich uprawnień lub niedopełnienie przez niego obowiązków oraz powstanie szkody u pokrzywdzonego jako wynik realizacji przez sprawcę znamion czynnościowych. Wszystkie te elementy muszą wystąpić łącznie a pomiędzy nimi powinien istnieć związek przyczynowo-skutkowy".*

II. KONSEKWENCJE NIEPRAWIDŁOWEGO PROWADZENIA POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO ZGODNIE Z PRZEPISAMI KP

Kolejną podstawą prawną sankcjonującą naruszenie przepisów ustawy Pzp stanowią przepisy KP, które przewidują możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności majątkowej pracownika, który

---

[15] Mozgawa M. (red.), Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisz P., Kulik M., Kodeks karny. Komentarz., wyd. V Lex 2013.

[16] Tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2000 r., sygn. akt V KKN 557/99.

[17] Tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2010 r., sygn. akt V CSK 310/09, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2005 r., sygn. akt III KK 339/04.

[18] Marek A., Kodeks karny. Komentarz., wyd. LEX, 2010.

dopuścił się naruszenia procedury przetargowej – w sytuacji gdy po stronie pracodawcy (tj. zamawiającego) powstałaby z tego tytułu szkoda majątkowa[19]. Konieczne jest przy tym podkreślenie, iż jako szkodę traktuje się również konieczność zaspokojenia roszczeń podmiotów trzecich (art. 120 § 1 KP) wynikających np. z nieprawidłowości w unieważnieniu postępowania i konieczności zwrotu kosztów przygotowania oferty (art. 93 ust. 4 ustawy Pzp).

Przepisy KP przewidują trzy postacie odpowiedzialności materialnej pracownika po pierwsze: za szkodę wyrządzoną z winy nieumyślnej (art. 114–119 KP), po drugie: za szkodę wyrządzoną z winy umyślnej (art. 122 KP), po trzecie: za szkodę powstałą wskutek niewyliczenia się pracownika z mienia powierzonego z obowiązkiem zwrotu lub do wyliczenia się (art. 124 i 125 KP). W zakresie odpowiedzialności pracowniczej wynikającej z powierzonych obowiązków w ramach procedury przetargowej najistotniejsze znaczenie mają dwie pierwsze postacie odpowiedzialności.

Rozpoczynając analizę pierwszej z nich należy zacytować art. 114 KP, zgodnie z którym *„pracownik, który wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych ze swej winy wyrządził pracodawcy szkodę, ponosi odpowiedzialność materialną według zasad określonych w przepisach niniejszego rozdziału"*. Wydaje się, że niewykonanie czynności powodujących wyrządzenie szkody, może być np. zaniechanie wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą (art. 85 ust. 2 ustawy Pzp), gdy żaden z wykonawców nie dokonał tego samodzielnie, co w konsekwencji powoduje, iż żaden z wykonawców nie jest związany ofertą i konieczne jest unieważnienie postępowania. W takim przypadku należałoby rozważyć czy szkodą byłby np. koszt związany z koniecznością ponownego przeprowadzenia postępowania. Z kolei nienależyte wykonanie obowiązków wiązałoby się we wskazanym przykładzie z wezwaniem wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, jednakże skierowanie wezwań na niewłaściwe adresy wykonawców, co dawałoby taki sam efekt, jak w przykładzie pierwszym.

Istotne jest, iż pracownik ponosi odpowiedzialność za szkodę w granicach rzeczywistej straty poniesionej przez pracodawcę i tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego wynikła szkoda (art. 115 KP). Dokładnie pojęcie rzeczywistej straty nie zostało zdefiniowane przez przepisy KP. Przyjmuje się jednak, że „rzeczywista szkoda" oznacza faktyczne zmniejszenie majątku pracodawcy, która nie obejmuje spodziewanych korzyści. Szkoda rzeczywista to różnica między aktualnym stanem majątkowym pracodawcy a tym, jaki posiadałby, gdyby nie doszło do wyrządzenia szkody.

Warto przy tym zauważyć, że na mocy art. 117 § 1 KP *„pracownik nie ponosi odpowiedzialności za szkodę w takim zakresie, w jakim pracodawca lub inna osoba przyczyniły się do jej powstania albo zwiększenia"*. Jeżeli na przykład pracownik naraża pracodawcę na szkodę majątkową – poprzez celowe doprowadzenie do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta jest droższa, od tej która powinna być uznana za najkorzystniejszą – korzystając z wadliwego nadzoru (np. naczelnika działu zamówień publicznych, który powinien zatwierdzić działanie podwładnego) – to ponosi on pełną odpowiedzialność, a pracownik nadzorujący, jeżeli w ogóle zawinił (a *de facto* nie dochował swoich obowiązków nadzorczych), ponosi odpowiedzialność ograniczoną. Taki podział odpowiedzialności będzie rodzajem *„[..] odpowiedzialności solidarnej nieprawidłowej dwóch sprawców szkody odpowiadających na różnych podstawach. Wyrównanie szkody przez jednego z nich zwalnia drugiego sprawcę od obowiązku zapłaty odszkodowania na rzecz pracodawcy w takim zakresie, w jakim wyrównał szkodę pierwszy sprawca"*[20].

---

[19] Zgodnie z tezą wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 lipca 2011 r., sygn. akt II PK 22/11 „Wykazanie przez pracodawcę poniesionej szkody jest bezwzględnie konieczne do wytoczenia powództwa z art. 114 KP".

[20] Jaśkowski K., Maniewska E., Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. 98.21.94), wyd. LEX/el., 2013.

Zgodnie z art. 119 KP *„odszkodowanie ustala się w wysokości wyrządzonej szkody, jednak nie może ono przewyższać kwoty trzymiesięcznego wynagrodzenia przysługującego pracownikowi w dniu wyrządzenia szkody"*. Wskazana norma prawna określa maksymalną wysokość rzeczywistej straty pracodawcy, do wyrównania której może być zobowiązany pracownik wyrządzający szkodę z winy nieumyślnej. Wysokość rzeczywistej straty ustala się według cen rzeczy z daty ustalania odszkodowania, chyba że szczególne okoliczności wymagają przyjęcia za podstawę cen istniejących w innej chwili. *„Trzymiesięczne wynagrodzenie pracownika oblicza się według zasad obowiązujących przy ustalaniu ekwiwalentu pieniężnego za urlop, bez uwzględnienia zmian w warunkach wynagradzania lub wysokości składników wynagrodzenia wprowadzonych po dniu wyrządzenia szkody. Wynagrodzenie to nie ulega pomniejszeniu, przy ustalaniu wysokości odszkodowania, o dokonywane z niego odliczenia i potrącenia"*.[21] W przypadku, jeśli strata jest mniejsza niż trzymiesięczne wynagrodzenie pracownika, jej wysokość decyduje o rozmiarze odpowiedzialności pracownika. Natomiast, jeżeli szkoda przewyższa górną granicę, pracownik zapłaci wynagrodzenie w wysokości trzymiesięcznej pensji.

Jeżeli jednak pracownik umyślnie wyrządził szkodę, jest obowiązany do jej naprawienia w pełnej wysokości (art. 122 KP). Obowiązek naprawienia szkody w pełnej wysokości oznacza ponoszenie przez pracownika odpowiedzialności za straty, które pracodawca poniósł oraz – odmiennie niż w przypadku odpowiedzialności materialnej pracownika za szkodę wyrządzoną z winy nieumyślnej – także korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono (art. 361 § 2 KC w zw. z art. 300 KP). Umyślne wyrządzenie szkody zachodzi wówczas, gdy pracownik działał z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym. Pierwsze pojęcie oznacza, iż pracownik chciał wyrządzić szkodę. Przykładem umyślnego wyrządzenia szkody z zamiarem bezpośrednim jest celowy wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, a która dodatkowo jest droższa niż oferta, która faktycznie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Z kolei działanie z zamiarem ewentualnym to podejmowanie czynności – nie mających na celu wyrządzenie szkody pracodawcy – przy posiadaniu świadomości, że możliwe jest powstanie szkody i godzenie się na to. Tytułem przykładu można podać zaniechanie wezwania do wyjaśnień wykonawcy, powodujące wykluczenie go z postępowania. Przewidzianym skutkiem w tym przypadku może być wniesienie odwołania przez wykonawcę do Krajowej Izby Odwoławczej, a w przypadku uwzględnienia odwołania – szkodą będą poniesione koszty postępowania odwoławczego.

Powyższe znalazło potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia z dnia 9 marca 2010 r., sygn. akt I PK 195/09, zgodnie z którym *„Pojęcie winy w prawie pracy jest zbliżone do rozumienia tego pojęcia w prawie karnym. Wina nieumyślna pracownika występuje wtedy, gdy ma on możliwość przewidywania, że jego bezprawne zachowanie wyrządzi szkodę, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że szkoda nie nastąpi (niedbalstwo), bądź wówczas, gdy pracownik nie przewiduje możliwości powstania szkody, choć w okolicznościach sprawy mógł i powinien przewidzieć jej powstanie (lekkomyślność). Wina umyślna natomiast istnieje wówczas, gdy sprawca chce wyrządzić szkodę w mieniu pracodawcy i celowo do tego zmierza (zamiar bezpośredni) lub gdy mając świadomość szkodliwych skutków swego działania i przewidując ich nastąpienie, godzi się na nie, choć nie zmierza bezpośrednio do wyrządzenia szkody (zamiar ewentualny). Umyślne wyrządzenie szkody ma zatem miejsce wtedy, gdy pracownik objął następstwa swego działania zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym. W związku z tym umyślne niedopełnienie obowiązku nie musi być uznane za równoznaczne z umyślnym wyrządzeniem szkody, zwłaszcza jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że wyrządzenie szkody nie było objęte zamiarem sprawcy"*.

[21] Jaśkowski K., Maniewska E., Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. 98.21.94), wyd. LEX/el., 2013.

Mając na uwadze, że praktyką jest podejmowanie decyzji kolegialnych w ramach postępowania przetargowego (wynika to chociażby z trzyosobowego składu komisji przetargowej – art. 21 ust. 2 ustawy Pzp) – warto zauważyć, iż w razie wyrządzenia szkody w sposób nieumyślny – przez kilku pracowników każdy z nich ponosi odpowiedzialność za część szkody stosownie do przyczynienia się do niej i stopnia winy. Jeżeli nie jest możliwe ustalenie stopnia winy i przyczynienia się poszczególnych pracowników do powstania szkody, odpowiadają oni w częściach równych (art. 118 KP). Jeżeli natomiast szkodę, w sposób umyślny, spowodowało kilku pracowników lub pracownik wraz z inną osobą – odpowiedzialność ich jest solidarna za wspólnie wyrządzoną szkodę. Przy czym, jeżeli jeden sprawca ponosi odpowiedzialność w pełnej wysokości (tj. na podstawie art. 122 KP), a inny pracownik w ramach winy nieumyślnej w ograniczonym zakresie (tj. na podstawie art. 119 KP), to naprawienie szkody przez któregokolwiek z nich zwalnia wobec pracodawcy pozostałych dłużników[22]. Podstawą do przyjęcia tej solidarnej odpowiedzialności jest odpowiednio stosowany art. 441 KC[23]. Zgodnie ze wskazanym przepisem prawa *„§ 1 Jeżeli kilka osób ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym, ich odpowiedzialność jest solidarna. § 2. Jeżeli szkoda była wynikiem działania lub zaniechania kilku osób, ten, kto szkodę naprawił, może żądać od pozostałych zwrotu odpowiedniej części zależnie od okoliczności, a zwłaszcza od winy danej osoby oraz od stopnia, w jakim przyczyniła się do powstania szkody § 3. Ten, kto naprawił szkodę, za którą jest odpowiedzialny mimo braku winy, ma zwrotne roszczenie do sprawcy, jeżeli szkoda powstała z winy sprawcy"*. Z uwagi na fakt, iż instytucja solidarnej odpowiedzialności cieszy się szerokim zainteresowanie doktryny i jest przedmiotem setek publikacji, w tym miejscu przypomnieć wystarczy tylko, iż instytucja ta charakteryzuje się tym, iż wierzyciel może żądać spełnienia całości lub części jednego świadczenia, a po stronie długu występuje kilku dłużników (tj. pracowników), a także tym, iż wierzyciel (tj. zamawiający) może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. Z takiej struktury solidarności dłużników wynika wzmocniona pozycja wierzyciela, którego roszczenie w pewien sposób zabezpiecza odpowiedzialność majątkowa, ponoszona przez kilka podmiotów.

III. KONSEKWENCJE NIEPRAWIDŁOWEGO PROWADZENIA POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO ZGODNIE Z PRZEPISAMI KSH

Członkowie organów spółek, które są zobowiązane do stosowania ustawy Pzp powinni mieć również na uwadze, iż mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności na podstawie przepisów KSH w sytuacji gdy ich działanie lub zaniechanie w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spowodują szkodę w interesach spółki (zamawiającego).

III.1. ODPOWIEDZIALNOŚĆ WEWNĘTRZNA

Zgodnie z art. 293 KSH *„członek zarządu, rady nadzorczej, komisji rewizyjnej oraz likwidatorzy odpowiadają wobec spółki z za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki, chyba że nie ponoszą winy"*. Przepisy KSH odpowiedzialność członków organów spółki akcyjnej regulują w sposób tożsamy w art. 483 KSH.

---

[22] Baran K.W. (red.), Ćwiertniak B.M., Driczinski S., Góral Z., Kosut A., Perdeus W., Piątkowski J., Skąpski M., Tomaszewska M., Włodarczyk M., Wyka T.

[23] Jaśkowski K., Maniewska E. Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz.U.98.21.94)., Kodeks pracy. Komentarz, wyd. WKP, 2012.

Przepisy te statuują zatem odpowiedzialność wewnętrzną, tj. odpowiedzialność członka organu wobec spółki. Ta forma odpowiedzialności jest formą podstawową, gdyż z uwagi na ogólną zasadę winy organu wyrażoną w art. 416 KC za szkodę wyrządzoną osobie trzeciej przez organ spółki odpowiada, co do zasady, spółka. Jeżeli zatem szkoda wynika z działalności spółki poszkodowany przez działanie organu dochodzi odpowiedniego odszkodowania od spółki, a nie bezpośrednio od członków organu działającego w jej imieniu. Natomiast z chwilą naprawienia szkody spółka ma roszczenie regresowe do członków organu, których zawinione działanie było przyczyną powstania szkody.

Odpowiedzialność określona w analizowanych przepisach obejmuje członków wszystkich organów statutowych spółki, za wyjątkiem walnego zgromadzenia, a także likwidatorów. Niewątpliwie z uwagi na podział obowiązków pomiędzy organami najczęściej do tej odpowiedzialności pociągani są członkowie zarządu jako organu kierującego działalnością spółki. Z uwagi na funkcje kierownika zamawiającego jaką pełni zarząd członkowie tego organu także, co do zasady, są odpowiedzialni za czynności lub zaniechania w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Aby można było mówić o odpowiedzialności członka organu wobec spółki należy wykazać łączne istnienie następujących przesłanek: a) wystąpienie szkody w majątku spółki, b) związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniem i szkodą, c) działanie lub zaniechanie sprzeczne z prawem lub postanowieniami umowy spółki, d) wina członka organu.

Przepisy KSH nie definiują pojęcia szkody oraz nie miarkują jej wysokości. Nie modyfikują także ogólnych reguł ustalania związku przyczynowego pomiędzy szkodą a działaniem członka organu. W tym zakresie mają w pełni zastosowanie regulacje KC, który w art. 361 § 2 stanowi, iż naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Tym samym na podstawie art. 293 i 483 KSH spółka jest uprawniona do żądania odszkodowania w pełnej wysokości (z zastrzeżeniem uwag poniżej).

Konieczną przesłanką powstania odpowiedzialności odszkodowawczej jest także wykazanie, że zaistniała szkoda jest normalnym następstwem kwestionowanego, bezprawnego działania członka organu. *„Brak związku przyczynowego powoduje, że nawet zakwalifikowanie określonego zachowania jako bezprawnego i zawinionego oraz ustalenie faktu poniesienia szkody nie może prowadzić do uznania odpowiedzialności za szkodę"*.[24]

Istotne jest także wykazanie, że działanie lub zaniechanie członka organu jest bezprawne – czyli niezgodne z prawem lub umową spółki. Przykładowo działaniem sprzecznym z prawem w rozumieniu KSH będzie każde naruszenie przepisów ustawy Pzp, np. udzielenie zamówienia bez stosowania ustawy Pzp lub w trybie niekonkurencyjnym pomimo braku wystąpienia określonych prawem przesłanek.

Natomiast działaniem niezgodnym z umową spółki w kontekście zamówień publicznych będzie np. zawarcie przez zarząd umowy w sprawie zamówienia publicznego bez zgody rady nadzorczej lub walnego zgromadzenia, jeżeli statut spółki z uwagi na wartość zamówienia wymaga uzyskania takiej zgody. W tym miejscu zasygnalizować należy, iż z uwagi na specyfikę postępowań

[24] Wyrok SN z dnia 11 marca 2009 r., sygn. akt ; publikacja LEX/el., 2013.

konkurencyjnych prowadzonych na podstawie ustawy Pzp, w szczególności ze względu na enumeratywnie wymienione przesłanki unieważnienia postępowania, o zgodę korporacyjną zarząd powinien wystąpić jeszcze przed wszczęciem postępowania oraz z ostrożności także po wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed zawarciem umowy.

Analizując kwestie bezprawności działania członków organów wskazać należy, że zgodnie z par 2 art. 293 i 483 KSH *„członkowie organu są obowiązani przy wykonywaniu swoich obowiązków dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru swojej działalności"*. Na gruncie tego przepisu pojawiło się pytanie czy już samo naruszenie obowiązku należytej staranności w działaniu może stanowić o bezprawności czynu i prowadzić do odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 293 i 483 KSH. W tym zakresie wypowiedział się Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 6 lutego 2006 r. sygn. akt: V CSK 128/05 stwierdził iż *„ (…) nie można podzielić stanowiska, że działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki jest już samo uchybienie (...) obowiązkowi staranności wynikającej z zawodowego charakteru działalności członka oznaczonych organów lub likwidatora spółki. (...) Ustalenie bezprawności w rozumieniu art. 293 k.s.h. nie może ograniczać się jedynie do ogólnikowego stwierdzenia, że działanie lub zaniechanie było sprzeczne z prawem lub umową spółki, lecz powinno wskazywać – z przytoczeniem konkretnych przepisów prawa lub postanowień umowy – na czym polegała sprzeczność zachowania członka organu spółki z oznaczonym przepisem prawa lub postanowieniem umowy"*. Na tożsamym stanowisku stanęli także komentatorzy prawa podkreślając, iż precyzyjne wskazanie naruszonego przepisu jest istotną przesłanką odpowiedzialności.[25] Tym samym do pociągnięcia do odpowiedzialności nie wystarczy wykazanie, iż członkowie organu nie dochowali należytej staranności w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jeżeli nie doszło w wyniku tych zaniechań do naruszenia konkretnych przepisów ustawy Pzp. Wydaje się również wątpliwie w świetle ww. poglądów, iż wystarczającą podstawą odpowiedzialności może być naruszenie art. 7 ustawy Pzp (naruszenie zasad uczciwej konkurencji), jeżeli członkowi organu nie można przypisać naruszenia żadnego przepisu prawa nakładającego na niego skonkretyzowany obowiązek.

Ostatnią przesłanką ww. odpowiedzialności jest możliwość przypisania członkom organów winy w trakcie podejmowanych działań. Ponieważ przepisy KSH i KC nie definiują pojęcia winy – w tym zakresie należy odwołać się do orzecznictwa i poglądów doktryny. Tak jak już wspomniano w niniejszym opracowaniu cywilistyka rozróżnia dwie postacie winy: winę umyślną i winę nieumyślną. *„W wypadku winy umyślnej sprawca chce wyrządzić drugiemu szkodę (dolus directus) lub co najmniej świadomie godzi się na powstanie takiego skutku (dolus eventualis). W wypadku winy nieumyślnej – sprowadzonej do postaci niedbalstwa – szkoda jest wynikiem niedołożenia przez sprawcę należytej staranności".*[26] Omawiane przepisy KSH nie wymagają kwalifikowanej formy winy. Tym samym stwierdzenie winy nieumyślnej po stronie członka organu jest wystarczające do pociągnięcia go do odpowiedzialności. Istotne przy tym jest, iż ww. przepisy ustanawiają domniemanie winy i przerzucają ciężar dowodu w zakresie winy na członka organu. W przypadku poniesienia przez spółkę szkody przez niezgodne z przepisami postępowanie członka organu spółka zobowiązana jest jedynie wykazać wysokość szkody oraz udowodnić, iż działanie było sprzeczne z prawem lub umową. Natomiast członek organu w celu uwolnienia się od odpowiedzialności jest zobowiązany udowodnić brak winy po swojej stronie. Uwolnienie się od odpowiedzialności bywa niezwy-

---

[25] Tak również: J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Wyd. 2, Warszawa 2012 wyd. Legalis/el., 2013.

[26] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. T. 1, Wyd. 6, Warszawa 2011; Legalis/2013.

kle trudne w przypadku członków zarządu, ponieważ KSH poprzez ustanowienie domniemania kompetencji zarządu do prowadzenia spraw spółki w sposób niezwykle szeroki zakreśla ich obszar odpowiedzialności.

Omawiając odpowiedzialność członków organów należy dodatkowo wskazać, iż zgodnie z art. 294 (485) KSH *„jeżeli szkodę wyrządziło kilka osób wspólnie, odpowiadają za szkodę solidarnie"*. Spółka może zatem, w zależności od własnego wyboru, dochodzić roszczeń od jednego, kilku lub wszystkich członków organu. Powinna jednak przy tym wykazać, iż osoby te wspólnie wyrządziły szkodę – co z uwagi na obowiązek działania wszystkich członków organu w sposób kolegialny nie wydaje się trudne. Wspólna odpowiedzialność nie uniemożliwia zindywidualizowanej odpowiedzialności w zależności od różnych postaci winy oraz prawa do roszczeń regresowych pomiędzy członkami organu. Stąd też zasadne jest przyjęcie, nawet przy uwzględnieniu faktu, iż do działań zgodnie z przepisami prawa powołany jest cały organ (np. jest kierownikiem zamawiającego), iż członkowie organu mogą się uwolnić od odpowiedzialności jeżeli wykażą, że tylko jeden z członków organu był odpowiedzialny za wyrządzenie szkody. Formalnie podział obowiązków i sfer działalności spółki, a w konsekwencji także odpowiedzialności za dane działania powinien być dokonany odpowiednią uchwałą zarządu, która wyznaczy członka lub członków zarządu odpowiedzialnych np. za proces dokonywania zakupów przez spółkę. Należy mieć jednakże na uwadze, iż w orzecznictwie pojawia się także pogląd przeciwny. Przykładowo Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 5 listopada 1998 r., sygn. akt: I ACa 322/98, stwierdził, iż *„nie ma podstaw do przyjęcia, że powierzenie nadzoru jednemu członkowi zarządu nad działalnością biura powinno zwalniać z tak opisanej odpowiedzialności pozostałych"*. Podobnie Sąd Najwyższy, który stwierdził w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. sygn. akt: III CSK 46/10, że *„odpowiedzialności członka zarządu nie uchyla umowa łącząca członków zarządu co do sposobu kierowania sprawami spółki, w szczególności ustalony umownie podział czynności. Tego rodzaju umowa ma znaczenie tylko wewnątrzorganizacyjne"*.

III.2. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZEWNĘTRZNA

Podstawą ponoszenia odpowiedzialności przez członka organu wobec osób trzecich jest w przypadku spółek z ograniczoną odpowiedzialnością art. 300 KSH, natomiast w przypadku spółek akcyjnych art. 490 KSH. Przepisy te de facto modyfikują zasadę subsydiarnej odpowiedzialności spółki za działania członków organu, wyrażoną w art. 416 KC, który stanowi, iż osoba prawna jest obowiązana do naprawienia szkody wyrządzonej z winy jej organu. Zgodnie z ww. przepisami regulacje KSH *„nie naruszają praw akcjonariuszy oraz innych osób do dochodzenia naprawienia szkody na zasadach ogólnych"*. Z taką sytuacją mamy do czynienia jeżeli czyn członka organu wyrządza szkodę tak spółce, jak i bezpośrednio negatywnie wpłynie na majątek akcjonariusza lub osoby trzeciej[27]. Wówczas osoba poszkodowana będzie mogła na podstawie przepisów KC w zw. z art. 300 lub 490 KSH dochodzić naprawienia szkody bezpośrednio od członka organu odpowiedzialnego za działanie powodujące szkodę. Przykładowo na gruncie procedury zamówieniowej do takiej sytuacji dojdzie gdy wykonawca zostanie wprowadzony w błąd przez członka organu co do wymagań zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oczywiście w takiej sytuacji poszkodowany jest zobowiązany wykazać istnienie przesłanek odpowiedzialności określonych w przepisach KC, w szczególności w art. 415 KC.

[27] Por. wyrok SN z dnia 25 kwietnia 2012 r. sygn. akt II CSK 410/11.

III.3. MOŻLIWOŚĆ UCHYLENIA SIĘ OD ODPOWIEDZIALNOŚCI

Poza wykazaniem braku winy po stronie członka organu okolicznością, która może pozwolić członkowi organu uchylić się od odpowiedzialności wobec spółki jest udzielenie mu absolutorium z wykonywania przez niego obowiązków w danym roku obrotowym przez walne zgromadzenie spółki. Przyjmuje się, iż jest to swojego rodzaju pokwitowanie prawidłowości i legalności działań członka organu oraz zwolnienie z długu w rozumieniu art. 508 KC[28]. Czynność ta ma zatem niebagatelne znaczenie dla członka organu, który zostaje formalnie zwolniony z ewentualnej odpowiedzialności wobec spółki. Zaznaczyć przy tym należy, iż zwolnienie z odpowiedzialności nie jest totalne. Pewne ograniczenia powyższej zasady zawierają same przepisy KSH (np. art. 487 KSH). Ponadto z przyczyn obiektywnych absolutorium nie może zwolnić z odpowiedzialności w takim zakresie, w który działalność członka organu wyrządzająca spółce szkodę nie była znana akcjonariuszom obecnym na walnym zgromadzeniu w chwili podejmowania uchwały o udzieleniu absolutorium. Tym samym pokwitowanie nie obejmuje automatycznie faktów utajnionych przed członka organu. W tym zakresie udzielenie absolutorium nie uniemożliwia spółce dochodzenia od członka organu odszkodowania z tytułu zawinionego przez niego działania lub zaniechania, jeżeli zaszły pozostałe przesłanki określone w powyżej omówionych art. 293 i 483 KSH. Członkowie organu powinni zatem zadbać aby akcjonariusze przed zwyczajnym walnym zgromadzeniem mieli pełną wiedzę o prowadzonych w spółce postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Omawiając możliwości uchylenia się członków organów od odpowiedzialności na podstawie przepisów KSH w związku z naruszeniem przepisów ustawy Pzp należy zastanowić się czy powierzenie zadań z zakresu przygotowania i przeprowadzenia procedury przetargowej może być argumentem uchylającym odpowiedzialność członka organu. W tym zakresie należy odwołać się do przepisu art. 429 KC, który stanowi, że *"kto powierza wykonanie czynności drugiemu, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną przez sprawcę przy wykonywaniu powierzonej mu czynności, chyba że nie ponosi winy w wyborze albo że wykonanie czynności powierzył osobie, przedsiębiorstwu lub zakładowi, które w zakresie swej działalności zawodowej trudnią się wykonywaniem takich czynności"*. Oznacza to, iż dla zwolnienia się z odpowiedzialności powierzający czynności powinien wykazać, że dochował szczególnej staranności przy wyborze wykonawcy lub – co bezpieczniejsze – powinien powierzyć wykonanie zadania podmiotowi profesjonalnie zajmującymi się tego rodzaju czynnościami np. firmie konsultingowej lub kancelarii prawnej, która zawodowo świadczy usługę „pełnomocnika zamawiającego".

Nadmienić należy, iż odmienna sytuacja występuje w przypadku nadzorowania czynności innych osób np. członków komisji przetargowej. *„Kto na własny rachunek powierza wykonanie czynności osobie, która przy wykonywaniu tej czynności podlega jego kierownictwu i ma obowiązek stosować się do jego wskazówek, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną z winy tej osoby przy wykonywaniu powierzonej jej czynności na zasadach ryzyka"* (art. 430 KC). Członek organu nie zwolni się zatem z odpowiedzialności wykazując, iż przekazał wykonywanie pewnych czynności w postępowaniu pracownikom spółki, którymi zarządza i których pracę nadzoruje. Z taką sytuacją mamy do czynienia co do zasady zawsze w przypadku członków zarządu spółki, którym podlegają pracownicy spółki. Nie można także zwolnić się od odpowiedzialności powołując się na fakt, iż rola członka organu była marginalna, czy wręcz pełnił rolę „figuranta". Tak wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 stycznia 2011 r. sygn. akt II UK 174/10, w którym wskazał, że *„Świadome i dobrowolne oddanie faktycznego zarządza-*

[28] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. T. 4, Wyd. 2, Warszawa 2009.

nia spółką osobie spoza zarządu nie zwalnia członka zarządu ani od jego obowiązków wynikających z pełnienia funkcji w tym organie, ani od odpowiedzialności za ich niedopełnienie".

Ostatnią z okoliczności pozwalających członkom organu uwolnić się od ponoszenia odpowiedzialności na podstawie art. 293 i 483 KSH jest upływ czasu. Zgodnie z art. 297 KSH i art. 488 KSH „r*oszczenie o naprawienie szkody przedawnia się z upływem trzech lat od dnia, w którym spółka dowiedziała się o szkodzie i o osobie obowiązanej do jej naprawienia. Jednakże w każdym przypadku roszczenie przedawnia się z upływem dziesięciu lat – w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz pięciu lat w przypadku spółki akcyjnej – od dnia, w którym nastąpiło zdarzenie wyrządzające szkodę".*

Termin przedawnienia zaczyna biec od chwili gdy spółka dowie się o sprawcy czynu powodującego szkodę. Za ten moment zgodnie z poglądami doktryny prawa uznaje się chwilę, w której wiadomość o sprawcy szkody dotarła do choćby jednego członka zarządu. Jeżeli zarząd jest odpowiedzialny za szkodę, uważa się, że spółka powzięła wiadomość, gdy posiada ją choćby jeden członek komisji rewizyjnej lub rady nadzorczej, ewentualnie pełnomocnik walnego zgromadzenia.[29]

Przepisy te dotyczą jedynie roszczeń przysługujących spółce i są regulacjami szczególnymi w stosunku do art. 118 i 442 KC[30]. Przepisy KSH nie regulują natomiast kwestii obliczania terminów przedawnienia oraz zagadnień związanych z przerwaniem i zawieszeniem biegu tych terminów. W tym zakresie należy odwołać się na podstawie art. 2 KSH do odpowiednich przepisów KC.

Niezależnie od powyższego, w przypadku odpowiedzialności członków organu ponoszonej na zasadach ogólnych w zw. z art. 300 i 490 KSH będą miały zastosowanie przesłanki wyłączające tą odpowiedzialność określone w przepisach KC np. siła wyższa, niepoczytalność. Z uwagi na rozmiar i założenia niniejszego opracowania, które nie obejmuje analizy odpowiedzialności na podstawie przepisów KC, nie będą one omawiane.

III.4. KOLIZJA NORM W PRZYPADKU CZŁONKÓW ZARZĄDU

Nie bez wpływu na zakres odpowiedzialności członków zarządu jest dodatkowy, poza stosunkiem wynikającym z powołania, stosunek prawny łączący członka zarządu ze spółką. Najczęściej członkowie zarządu są zatrudniani przez spółkę w ramach stosunku pracy lub jest zawierana z nimi umowa cywilno-prawna na świadczenie usług zarządzania zwana kontraktem menadżerskim.

Zawarcie umowy cywilnoprawnej daje spółce dodatkową podstawę dochodzenia roszczeń – *ex contractu*. Z drugiej strony kontrakty menadżerskie mogą w sposób szczególny regulować zasady odpowiedzialności wobec spółki np. ograniczać ją kwotowo. W przypadku zawarcia umowy modyfikującej zasady odpowiedzialności pojawia się więc pytanie czy spółka będzie miała skuteczne prawo domagać się zwrotu pełnego odszkodowania w sytuacji, gdy zajdą przesłanki wskazane w analizowanych przepisach KSH. Tak kwestia budzi szereg wątpliwości. Jednakże w ocenie autorów umowne ograniczenie odpowiedzialności w tej sytuacji jest możliwe i skuteczne wobec spółki. Podkreślenia wymaga, iż modyfikacja odpowiedzialności ma znaczenie jedynie wewnątrzorganizacyjne nie jest skuteczna wobec osób trzecich tj. wierzycieli spółki. Nie można również

---

[29] A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz.* Wyd. 5, Warszawa 2009.

[30] Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 października 2008 r. sygn. akt:V ACa 329/08, Legalis/2013.

umownie modyfikować zapisów bezwzględnie obowiązującego prawa (np. w zakresie prawa karnego) lub wyłączyć odpowiedzialności z tytułu bezprawnego czynu dokonanego z winy umyślnej.

Równie złożonym zagadnieniem jest kolizja norm KP i KSH z uwagi na różne zasady ponoszenia odpowiedzialności ustanowione w tych kodeksach. W tym zakresie wypowiedział się jednak Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 25 maja 2000 r. sygn. akt: I PKN 655/99 stanął na stanowisku, iż „p*oniesienie konsekwencji przewidzianych w Kodeksie handlowym przez pracowników zatrudnionych w spółce handlowej i pełniących jednocześnie funkcje w jej zarządzie za działania naruszające interesy spółki nie wyklucza ich odpowiedzialności za te same zachowania na podstawie przepisów Kodeksu pracy*". W doktrynie podnoszone są także głosy, iż w pewnych wypadkach możliwe jest rozdzielenie obu zakresów odpowiedzialności. Z taką sytuacją mielibyśmy miejsce np. *„gdy naruszenie obowiązków miałoby charakter naruszenia takich obowiązków, które w bezpośredni sposób wynikają z umowy o pracę i ich wykonanie opiera się jedynie na spełnianiu obowiązków pracowniczych"*.[31]

IV. PODSUMOWANIE

Podsumowując, osoby podejmujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny liczyć się z odpowiedzialnością uregulowaną w szeregu przepisach prawa. W niniejszym opracowaniu zwróciłyśmy uwagę na przepisy prawa, o których rzadko wspomina się w kontekście kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz konsekwencji z tytułu naruszenia przepisów ustawy Pzp. Nierzadko jednak odpowiedzialność płynąca z omówionych powyżej przepisów jest bardziej dotkliwa niż ta określona w przepisach ustawy Pzp lub UONDFP.

Istotne przy tym jest, iż poniesienie odpowiedzialności na podstawie UONDFP lub ustawy Pzp nie wyłącza odpowiedzialności na podstawie powyżej omówionych przepisów. Podobnie, w sytuacji gdy szkoda powstała wskutek zdarzenia, które jednocześnie wypełnia przesłanki kilku ww. przepisów będziemy mieli do czynienia ze zbiegiem przepisów (podstaw odpowiedzialności), a nie ich wzajemnym wyłączeniem. Stwarza to możliwość uprawnionemu pociągania do odpowiedzialności sprawców szkody na wybranej, korzystnej dla siebie podstawie prawnej. Podkreślenia wymaga także fakt, iż nawet w przypadku pociągnięcia osoby dokonującej szkody do odpowiedzialności karnej poprzez zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa, złożenie wniosku o ściganie lub ewentualnie wniesienie subsydiarnego aktu oskarżenia, poszkodowany może w procesie karnym lub niezależnie od niego w postępowaniu cywilnym dochodzić odszkodowania z tytułu szkody wyrządzonej przez czyn przestępny.

[31] Wysokość odszkodowania za szkodę wyrządzoną spółce kapitałowej przez członka zarządu dr Sebastian Koczur MoP/2005/8.

SĄDOWA KONTROLA CZĘŚCIĄ SYSTEMU PRAWNEJ KONTROLI ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Dr Henryk Nowicki[1]

Zagadnienia wprowadzające

Wprowadzenie do polskiego systemu prawa regulacji z zakresu zamówień publicznych, będących jedną z form prawnych działań administracji publicznej, wskazał na potrzebę poddania tej problematyki kontroli. Pierwszy akt prawny w tym zakresie, którym był dekret w przedmiocie utworzenia Urzędu Rozdzielczego[2], wprowadzając centralizację zamówień, zobowiązywał wszystkie organy rządowe kierowania swoich zamówień do tegoż Urzędu. Powołanemu w 1919 roku Głównemu Urzędowi Zaopatrywania Armii[3] powierzono nie tylko rozdzielanie zamówień na potrzeby armii, lecz również nadzorowanie wykonywania tych zamówień. Ustawa z roku 1933[4] wprowadzając obowiązki związane z udzielaniem zamówień na dostawy i roboty dla Skarbu Państwa oraz samorządu terytorialnego jednocześnie zobowiązywała Radę Ministrów[5] oraz poszczególnych ministrów[6] do wydania przepisów określających warunki wykonywania i odbioru tych zamówień.

Tworząc prawne regulacje dotyczące zamówień publicznych wprowadzano równolegle akty prawne powołujące organy kontrolujące wydatkowanie środków publicznych poprzez udzielane zamówienia. Z tym jednak zastrzeżeniem, że ilość organów do tego powołanych była w stosunku do obecnej regulacji, stosunkowo skromna. Jednym z pierwszych aktów prawnych w tym zakresie był dekret o Najwyższej Izbie Kontroli Państwa[7], który określał kompetencje NIKP jako organu powołanego do stałej oraz wszechstronnej kontroli dochodów i wydatków państwowych, prawidłowości administrowania majątkiem państwa, gospodarki instytucji, zakładów fundacji i funduszy, jednostki samorządu powiatowego oraz większe miasta. Wykonując kontrolę NIKP kierował się, między innymi, przestrzeganiem gospodarności i uczciwości, najlepszym gospodarowaniem i celowością przy dokonywaniu wydatków przez podmioty poddane kontroli[8]. Podobnie został ukształtowany zakres podmiotów poddanych kontroli powołanej w 1921 roku Najwyższej Izby Kontroli[9]. Kontrolą NIK objęto, między innymi, badanie umów oraz wszelkich zobowiązań, robót i dostaw pod względem legalności, celowości i gospodarności.

---

[1] Wydział Prawa i Administracji Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Rada Zamówień Publicznych.

[2] Dekret z dnia 7 grudnia 1918 r. w przedmiocie utworzenia Urzędu Rozdzielczego w celu centralizacji zamówień rządowych (Dz. U. nr 19, poz. 55).

[3] Ustawa z dnia 11 kwietnia 1919 r. o utworzeniu Głównego Urzędu Zaopatrywania Armii (Dz. U. nr 32, poz. 265).

[4] Ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz. U. nr 19, poz. 127).

[5] Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz. U. nr 13, poz. 92).

[6] Zob. np. Zarządzenie Ministra Przemysłu i Handlu w porozumieniu z Ministrem Skarbu z dnia 15 lipca 1938 r. w sprawie przepisów szczegółowych o dostawach i robotach dla podległych Ministrowi Przemysłu i Handlu działów administracji państwowej (Mon. Pol. nr 168, poz. 308).

[7] Dekret o Najwyższej Izbie Kontroli Państwa z dnia 7 lutego 1919 r. (Dz. U. nr 14, poz. 183).

[8] Art. 11 i art. 12 Dekretu jak wyżej.

[9] Ustawa z dnia 3 czerwca 1921 r. o Kontroli Państwowej (Dz. U. nr 51, poz. 314).

Kontrola realizowana obecnie przez Najwyższą Izbę Kontroli[10] jest najszerszą pod względem zakresu podmiotowego jak i kryteriów, z uwzględnieniem których kontrola ta jest wykonywana. Ową kontrolę nazywaną kontrolą państwową zaliczamy do niezwisłej lub też zewnętrznej. Wartym zauważenia są określone ustawą procedury kontroli wraz z możliwością złożenia, przez kierownika jednostki kontrolowanej, umotywowanych zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, których rozpatrzenie kończy postępowanie. Najwyższa Izba Kontroli, w związku z prowadzonymi kontrolami, może współdziałać z innymi organami kontroli powołanymi przez państwo[11]. W przypadku wystąpienia uzasadnionego podejrzenia o popełnieniu przestępstwa, wykroczenia lub ujawnienia innych czynów stanowiących ustawowo przewidzianą odpowiedzialność, NIK zobowiązany jest do zawiadomienia właściwych organów państwowych lub samorządowych[12].

Ustawą z 1992 roku[13] nowelizującą prawo budżetowe do zasad gospodarki budżetowej wprowadzono przepisy dotyczące składania zamówień i dokonywania wydatków na dostawy towarów, wykonywanie usług i robót budowlano-montażowych. Wprowadzona w roku 1994 ustawa o zamówieniach publicznych[14] zawierała regulacje dotyczące kontroli zamówień publicznych[15]. Ustawodawca wskazał na dwie podstawowe płaszczyzny kontroli, pierwszą kontrolę „instytucjonalną" realizowaną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz drugą „podmiotową" przysługującą uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego[16]. Przy czym uprawniony do kontroli postępowań zostali zarówno zamawiający jak i wykonawcy. Ustawa nie wskazywała wprost Prezesa UZP jako organu kontroli, jednak liczne jego zadania dotyczyły *de facto* działań bezpośrednio kontrolnych[17] lub pośrednio kontrolnych poprzez np. przyjmowanie odwołań[18] i wyznaczanie arbitrów do składu orzekającego[19]. Kontrolę realizowaną w powyższym zakresie należy uznać za kontrolę wewnątrzadministracyjną, ponieważ organy kontrolujące były organami administracji publicznej niezależnie od przepisów proceduralnych mających zastosowanie do prowadzonej kontroli[20]. O publicznym charakterze tej kontroli świadczy również fakt, że dotyczyła ona robót budowalnych, dostaw lub usług opłacanych ze środków publicznych[21]. Na publicznoprawny charakter tej regulacji wskazywał również zakres podmiotów zobowiązanych do stosowania jej przepisów z zakresie udzielanych zamówień publicznych[22].

Wprowadzenie regulacji prawnych dotyczących zamówień publicznych zaowocowało również przyznaniem uprawnień kontrolnych tych postępowań innym organom kontroli. Uprawnienia w zakresie

---

[10] Art. 202 i nast. Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. nr 78, poz. 483 z zm.) oraz ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 82 z późn. zm.).

[11] Art. 12 ustawy o NIK.

[12] Art. 63 ustawy o NIK.

[13] Ustawa z dnia 1 sierpnia 1992 r. o zmianie ustawy – Prawo budżetowe (Dz. U. nr 64, poz. 322).

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

[15] Zob. H. Nowicki, Kontrola zamówień publicznych, Prokurator nr 4/2004 s. 23 i nast.

[16] Art. 79 ust 1 ustawy z 1994 r.

[17] Zob. H. Nowicki, jak wyżej s.

[18] Art. 86 ust. 2 ustawy z 1994 r.

[19] Art. 88, art. 89 ust. 3 oraz ust. 4 ustawy z 1994 r.

[20] Ustawa w art. 87 wskazywała, że do postępowania odwoławczego stosowało się przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym, jeżeli ustawa nie stanowiła inaczej. Obecnie reguluje to art. 185 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 2010 nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

[21] Art. 2 pkt 4 ustawy z 1994 r.

[22] Art. 4 ustawy z 1994 r.

kontroli zamówień publicznych zostały przyznane, jak zaznaczyłem powyżej powoływanej w nowym kształcie Najwyższej Izbie Kontroli[23]. Do kontroli zamówień publicznych realizowanych przez samorząd terytorialny zostały upoważnione również regionalne izby obrachunkowe[24]. Zamówienia publiczne zostały objęte kontrolą w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych[25], jak również kontroli Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów[26]. W kolejnych latach zamówienia publiczne poddano kontroli skarbowej[27]. W związku z faktem wydatkowania poprzez system zamówień publicznych środków pochodzących z Unii Europejskiej[28] organami kontrolującymi są organy uczestniczące w systemie rozdysponowania tych środków. W grupie organów kontrolujących zamówienia publiczne możemy również wymienić, między innymi, również takie organy jak: prokuraturę[29], policję (w tym CBŚ[30], CBA[31], ABW[32]. Kontrolę prowadzoną przez te organy możemy, z systemowego punktu widzenia, zaliczyć do kontroli zewnętrznej gdyż organy te funkcjonują poza systemem zamówień publicznych. Wyjątkiem są organy kontrolujące środki pochodzące z UE, z tym jednak zastrzeżeniem, że ich uprawnienia kontrolne wynikają z wydatkowania określonych środków, nie zaś tylko z faktu realizacji zamówień publicznych. Także dzisiaj możemy mówić o rozbudowanym, moim zdaniem nadmiernie rozbudowanym, systemie organów kontrolujących zamówienia publiczne.

Poszerzające się zadania w reformowanej współcześnie administracji[33] i wynikający z tego procesu wzrost zadań, w tym zadań związanych z udzielaniem zamówień publicznych, musi powodować powoływanie organów kontrolujących te obszary aktywności administracji. W związku z powyższym należy się w sposób szczególny odwoływać do wymagań w zakresie budowy i funkcjonowania tworzącego się prawnego systemu kontroli zamówień publicznych[34], wypracowanych przez teorię prawa administracyjnego[35]. Głównym warunkiem budowy i funkcjonowania tego systemu powinna

---

[23] Art. 2 ust 3 pkt 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tekst pierwotny Dz. U. z 1995 r. nr 13, poz. 59).

[24] Art. 93 ustawy o zamówieniach publicznych znowelizowano art. 1 ust. 1, art. 13 i art. 21, ust. 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst pierwotny Dz. U. nr 85, poz. 428).

[25] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. nr 157, poz. 1240 z późn. zm.) oraz ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 168).

[26] Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) oraz ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 z późn. zm.).

[27] Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (t.j. Dz. U. z 2011 r. nr 41, poz. 214 z późn. zm.).

[28] Na temat prawa UE w zakresie zamówień publicznych zob. H. Nowicki, P. Nowicki, Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej, Warszawa 2011, s. 9 i nast.

[29] Ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (tj. Dz. U, z 2011 r. nr 270, poz. 1599 z późn. zm.).

[30] Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tj. Dz. U. z 2011 r. nr 287, poz. 1687 z późn. zm.).

[31] Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 621 z późn. zm.).

[32] Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t.j. Dz. U. z 2010 r. nr 29, poz. 154 z późn. zm.).

[33] T. Rabska: Budowanie nowej administracji publicznej, w: Administracja publiczna w państwie prawa. Księga Jubileuszowa dla Profesora Jana Jendroski, Wrocław 1999, s. 309 i nast.

[34] Zob. H. Nowicki, Kontrola realizowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jako element sytemu kontroli zamówień publicznych (w:) Prawo a gospodarka, Toruń 2012 s. 55 i nast.

[35] Na temat systemu kontroli administracji publicznej zob.: J. Jagielski, Kontrola administracji publicznej, Warszawa 2007; wcześniejsze: St. Jędrzejewski, Kontrola administracji, WSZiB wyd. TERRA, Poznań 2000; St. Jędrzejewski, H. Nowicki, Kontrola administracji publicznej, Wydawnictwo Comer Toruń 1995; J. Lang:

być jego spójność rozumiana jako współdziałanie organów kontroli tworzących ten system. Istotną jest również współpraca organów kontroli z organami odpowiedzialnymi i gwarantującymi właściwe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych. Prawidłowo ukształtowany system kontroli musi również gwarantować procedury odwoławcze od wyników kontroli. Zgodnie z dyspozycją dyrektywy 89/665/EWG, uczestnikom zamówień publicznych należy zagwarantować prawo odwołania się od decyzji zamawiającego oraz możliwość zaskarżania rozstrzygnięć organu odwoławczego do niezależnego sądu lub innego organu uznanego za sąd[36] w rozumieniu przepisów Traktatu[37]. Przepisy dyrektywy jednoznacznie wskazują, że fundamentalne znaczenie dla prawidłowości realizowanych procedur zamówień publicznych ma kontrola sądowa.

Kontrola sądowa w systemie zamówień publicznych

Obok kontroli wewnątrzadministracyjnej ustawa z 1994 roku wprowadzała, do zamówień publicznych, kontrolę sądową, którą mógł zainicjować Prezes występując do sądu o stwierdzenie nieważności zmian postanowień zawartej umowy oraz wprowadzaniu nowych postanowień do umowy, niekorzystnych dla zamawiającego, jeżeli przy ich uwzględnieniu należałoby zmienić treść oferty, na podstawie której dokonano wyboru oferenta[38]. Ustawodawca przyznał dostawcom oraz wykonawcom uprawnienie do poddania kontroli sądowej sporu, powstałego z zamawiających, związanego z wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego[39]. W obu wskazanych przypadkach sądem właściwym był sąd powszechny, chociaż prawodawca wskazując na uprawnienie Prezesa użył ogólnego określenia „do sądu". Tworząc centralny organ administracji państwowej, właściwy w sprawach zamówień publicznych, którym stał się Prezes Urzędu Zamówień Publicznych[40], prawodawca wskazując na jego zadania[41] przesądził o podległości jego działań również procedurom właściwym administracji[42], tym samym działania te poddane zostały kognicji sądów administracyjnych w zakresie ich właściwości[43]. Kolejne nowelizacje ustawy z 1994 roku

Kontrola administracji publicznej. Warszawa 1999; J. Łetowski, J. Szreniawski: Kontrola administracji (w:) System prawa administracyjnego, tom III; W. Lang: Struktura kontroli prawnej organów państwowych Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Studium analityczne z zakresu ogólnej teorii kontroli prawnej, Kraków 1963; J. S. Langrod: Kontrola administracji, Warszawa Kraków 1929;

[36] Art. 2 ust. 9 Dyrektywy Rady 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 (89/665/EWG) (Dz.U.UE.L.1989.395.33 z zm.).

[37] Art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. 2004 r. nr 90, poz. 864/2 z zm.),

[38] Art. 76 ust. 3 ustawy z 1994 r.

[39] Art. 78 ust. 3 ustawy z 1994 r.

[40] Na bezprzedmiotowość dyskusji na temat charakteru prawnego (nie administracyjnoprawnych) działań Prezesa Urzędu wskazał A. Panasiuk, Ustawa o zamówieniach publicznych. Komentarz, Poznań 2001, s. 63.

[41] Przykładem może być art. 9 ust. pkt 1, który do zadań Prezesa zaliczył zatwierdzanie wyboru trybu udzielania zamówienia publicznego innego niż przetarg nieograniczony, zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 kwietnia 1999 r. zatwierdzenie to należy uznać za akt administracyjny – decyzję.

[42] Podstawowym aktem prawnym w tym zakresie jest ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (obecny tekst jednolity zawiera Dz. U. z 2013 r. poz. 267).

[43] Obecnie ustrój sądów administracyjnych oraz postępowanie przed tymi sądami określają: ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz. U. 153, poz. 1269 z późn. zm.) oraz ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 270 z późn. zm.).

jak regulacje zawarte w ustawie z 2004 roku Prawo zamówień publicznych[44] utrzymywały (w niektórych okresach poszerzały) zakres działań Prezesa Urzędu w formie aktów administracyjnych[45]. Tym samym działania Prezesa w formie aktów administracyjnych zwiększały potencjalnie zakres kontroli sądów administracyjnych wobec tych działań.

Za istotę sądowej kontroli zamówień należy uznać kontrolę procesu udzielania zamówień realizowaną przez uczestników oraz uprawnione do tego organy. Jest to zgodne z rozwiązaniami systemowy również w polskim systemie kontroli, gdzie podstawową rolę ochrony praw podmiotowych obywateli powinna gwarantować sądowa kontrola działań administracji publicznej[46]. W obecnym systemie prawnej kontroli zamówień publicznych należy odejść od eksponowania sądowej kontroli jako kontroli powołanej głównie dla ochrony interesu indywidualnego. Państwo praworządne powinno być oparte na systemie kontroli sądowej, której zadaniem jest zarówno ochrona interesu indywidualnego jak i interesu publicznego[47]. Jedną z głównych podstaw wprowadzenia regulacji z zakresu zamówień publicznych była i jest, moim zdaniem, ochrona interesu publicznego przy wydatkowaniu środków publicznych. Dlatego też system sądowej kontroli, w szczególności kontroli zamówień publicznych, jako kontroli niezawisłej musi gwarantować zarówno ochronę interesów indywidualnych wykonawców jak i ochronę interesu zamawiającego rozumianego szerzej jako ochronę interesu publicznego.

Analizując sądową kontrolę zamówień publicznych i jej zakres należy określić pojęcie prawa zamówień publicznych[48], które to pojęcie podlega ewolucji w związku ze zmieniającym się stanem prawnym[49]. Pod tym pojęciem należy rozumieć regulacje prawne zawierające i określające procedury postępowania, których celem jest zawarcie umów odpłatnych, zawieranych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w zakresie dostaw, usług i robót budowlanych. Wskazując na procedury postępowania obejmuję tym pojęciem zarówno tryby prowadzące do zawarcia umów jak i podmioty w tym uczestniczące, łącznie z właściwymi organami zobowiązanymi lub uprawnionymi do udziału w tych procedurach. Nie prowadząc zbędnej, moim zdaniem, dyskusji na temat przynależności tych regulacji prawnych czy to do prawa publicznego czy też prawa prywatnego pozwolę sobie tylko na kilka uwag z tym związanych. Sprawą przesądzającą i zasadniczą jest fakt przynależności procedur udzielania zamówień publicznych do spraw z zakresu administracji publicznej, co przesądza o przynależności tych procedur do prawa publicznego. Sam fakt zawierania

---

[44] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst pierwotny Dz. U. nr 76, poz. 344).

[45] Zob. H. Nowicki, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych – zakres zadań i prawne formy ich realizacji (w:) Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania, Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusza Ochendowskiego, Toruń 2005, s. 387 i nast.

[46] Używając określenia „obywatel" uwzględniam również inne podmioty o sytuacji prawnej zbliżonej do obywatel, na takie widzenie sądowej kontroli administracji zwracał uwagę, już 1924 roku, J. Jaworski, Nauka prawa administracyjnego, Warszawa 1924, s. 5 oraz J. S. Langrod, Kontrola administracji, Warszawa-Kraków 1929, 1. 15 i nast.

[47] Z. Niewiadomski pisząc o administracji publicznej wskazuje, że jej istotą jest „działalność na rzecz dobra wspólnego czy też interesu publicznego" (w:) System Prawa Administracyjnego, (red.) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Instytucje prawa administracyjnego tom 1, Z. Duniewska, R. Hauser, M. Jaśkowska, M. Matczak, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, C. H. Beck, PAN, 2010, s. 59.

[48] Próby określenia pojęcia prawa zamówień publicznych dokonałem w: Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji (w:) XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń – Warszawa 2009 s. 87 i nast.

[49] Nowego zdefiniowania do aktualnego stanu prawnego dokonałem w Publikacji Urzędu Zamówień Publicznych, Praw zamówień publicznych, Warszawa 2013 (w druku).

umów i posiłkowego wykorzystywania kodeksu cywilnego nie przesądza jeszcze o przynależności tej regulacji do prawa cywilnego. Co nie zmienia możliwości rozstrzygania sporów związanych z realizacją zawartej umową na gruncie prywatnoprawnym. Warto, w tym miejscu, odwołać się do zdefiniowanych w doktrynie prawa administracyjnego prawnych form działania administracji z umową włącznie. Prowadząc dyskusję na temat miejsca prawa zamówień publicznych w naszym systemie prawa warto również odwołać się do właściwych regulacji prawnych Unii Europejskiej i innych państw UE, które to regulacje zaliczają zamówienia publiczne do prawa publicznego.

Z tego też punktu widzenia należy rozważyć pytanie: właściwości jakich sądów powinny być poddane procedury związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego? Przyjęty obecnie system sądowej kontroli budzi uzasadnione wątpliwości z powodu poddania części zamówień publicznych właściwości sądów powszechnych, jak ma to miejsce w przypadku skargi do sądu powszechnego zgodnie z przepisami Pzp. Natomiast w przypadku koncesji na roboty budowlane lub usługi[50], które to koncesje są zamówieniem publicznym, sądem właściwym jest sąd administracyjny.

Funkcjonujący obecnie system kontroli zamówień publicznych nie zawsze jest przystosowany do potrzeb i zadań funkcjonującego systemu zamówień publicznych. Analiza funkcjonowania systemu kontroli zamówień publicznych pozwala na sformułowanie wstępnych tez wskazujących na potrzebę jego modyfikacji, zmierzającej do:

1. ujednolicenia procedur sądowych w zamówieniach publicznych,
2. powszechnej dostępności do kontroli sądowej,
3. zdecydowanego poddania kontroli sądowej rozstrzygnięć KIO,
4. uproszczenia procedur odwoławczych poprzez bezpośrednie poddanie kontroli sądowej naruszeń prawa w zamówieniach publicznych.

Ad. 1. Przyjęcie sądowej kontroli realizowanej przez sądy administracyjne. Zgodnie z ustawą Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[51], na zasadach obecnie przyjętych dla koncesji na roboty budowlane lub usługi. Takie rozwiązanie w sposób oczywisty wpłynie na zakres orzekania przez sądy administracyjne oraz samo postępowanie sądowe regulowane zupełnie innymi przepisami w stosunku do obecnej regulacji.

Ad. 2. Powszechną dostępność zagwarantuje przyjęcie jako podstawy wpisu określonego przepisami ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, w miejsce dzisiaj obowiązującego wpisu stosunkowego. Można mieć wątpliwości czy istniejące w polskim systemie zamówień publicznych procedury odwoławcze i skarga do sądu są wystarczającymi i gwarantującymi ochronę wykonawców zgodnie przepisami Dyrektywa nr 89/665/EWG[52]. Niezbędnym

---

[50] Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. nr 19, poz. 101 z późn. zm.).

[51] Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 270 z późn. zm.).

[52] Art. 1 ust. 1 i 3 oraz art. 2 ust. 9 Dyrektywy Rady 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 (89/665/EWG) (Dz.U.UE.L.1989.395.33 z zm.).

jest również zagwarantowanie powszechnego odstępu do drogi sądowej poprzez zdecydowane obniżenie kosztów wpisu sądowego w odniesieniu skarg składanych do sadów powszechnych. Obecnie obowiązujące w tym zakresie regulacje budzą wątpliwość co do ich zgodności z postanowienia Traktatu oraz przepisami Konstytucji RP w świetle zasady dostępności do sądu.

Ad. 3. Rozwiązaniem połowicznym jest zmiana przepisów dotyczących wysokości wpisu od skarg wnoszonych do sądów okręgowych. Wysokość wpisu nie może być ograniczeniem prawa do sądu. Dyspozycja art. 34 ust. 1 i ust. ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych[53], określa, że od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej pobiera się opłatę stałą w wysokości pięciokrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga. W przypadku skargi dotyczącej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjętych po otwarciu ofert, pobiera się opłatę stosunkową w wysokości 5% wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5.000.000 złotych.

Ad. 4. Uproszczeniem procedur kontrolnych byłaby likwidacja Krajowej Izby Odwoławczej i przyjęcie, w miejsce istniejących środków ochrony prawnej, prawa do wniesienia skargi do sądu administracyjnego (zgodnie z obecną regulacją przyjęta w ustawie o koncesji na roboty budowlane lub usługi). Niezależnie od tego, czy zlikwidujemy KIO, niezmiennym jest fakt potrzeby pogłębionej analizy charakteru prawnego Krajowej Izby Odwoławczej. Należy również rozważyć przyjęty system kontroli sądowej zamówień publicznych, realizowanej przez sądy powszechne oraz sądy administracyjne w stosunku do postępowań koncesyjnych na usługi lub roboty budowlane. Rozważając charakter prawny Krajowej Izby Odwoławczej analizy wymaga forma orzekania jaką jest obecnie możliwość wydawania wyroków (szczególnie w świetle art. 174 Konstytucji).

Zagwarantowanie zmian w systemie kontroli zamówień publicznych, szczególnie w świetle sądowej kontroli, jest niezbędne z trzech podstawowych powodów: po pierwsze – adekwatności systemu organów kontroli i stosowanych procedur kontroli do specyfiki zamówień publicznych, w tym do celów którym zamówienia publiczne powinny służyć; po drugie – takie ukształtowanie systemu organów kontrolujących zamówienia publicznych aby realizowane kontrole prowadziły do eliminowania zjawisk niezgodnych z prawem, zwłaszcza skutecznego zwalczania korupcji w związku z udzielanymi zamówieniami publicznymi; po trzecie – postępowania o udzielanie zamówień publicznych należą do zadań administracyjnych i podlegają kontroli administracyjnej a tym samym powinny być poddane kontroli sądów administracyjnych. Wprowadzenie zmian w systemie sądowej kontroli zamówień publicznych nie wpłyną na zmianę uprawnień z tym związanych Prezesa UZP, w tym udziału w postępowaniu oraz wnoszenia skargi kasacyjnej do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Innego uregulowania wymagałyby jednak procedury kontrolne Prezesa, szczególnie w zakresie rozpatrywania umotywowanych zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli.

[53] Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz. U. z 2010 r. nr 90, poz. 594 z późń. zm.).

UCZESTNICY ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I ORGANY WŁADZY PUBLICZNEJ W PROCEDURACH KONTROLNYCH

SĄDOWA KONTROLA UMÓW KONCESYJNYCH MOTYWOWANA INTERESEM PUBLICZNYM

mgr Agata Mikołajczak-Waligórska, radca prawny
Regionalna Izba Obrachunkowa w Poznaniu
prof. dr hab. Michał A. Waligórski
Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
– Wydział Prawa i Administracji

1. UWAGI WSTĘPNE

Sprawę koncesji, uregulowanej ustawą z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. nr 19, poz. 101 ze zm. – dalej: u.k.b.), wobec szerokiej definicji sprawy sądowo-administracyjnej w rozumieniu art. 1 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 270 – dalej: p.p.s.a.), można zasadnie uznać za sprawę administracyjną. W doktrynie, wskazując na istotną odrębność regulacji umowy koncesyjnej w stosunku do zasad p.p.s.a., jednocześnie podkreśla się fakt, że mieści się ona w odesłaniu zawartym w przepisie art. 3 § 3 p.p.s.a., zgodnie z którym sądy administracyjne orzekają również w sprawach, w których przepisy ustaw szczególnych przewidują sądową kontrolę i stosują środki określone w tych przepisach[1]. Sądowa kontrola działalności administracji publicznej sprawowana jest pod względem zgodności z prawem, jeżeli ustawy nie stanowią inaczej (art. 1 § 2 p.p.s.a.). Sąd jest związany podstawami i granicami skargi (art. 30 ust. 1 u.k.b.). Oznacza to w szczególności, że skarga wniesiona w trybie art. 27 u.k.b. będzie rozpatrzona wyłączenie co do zarzutów i wniosków, zawartych w skardze, natomiast dostrzeżone przez sąd inne naruszenie przepisów przez koncesjodawcę, mające wpływ na wynik postępowania, a nie wskazane przez skarżącego, nie będzie mogło być uwzględnione. Sąd nie może bowiem orzekać co do zarzutów i wniosków, które nie były w niej zawarte, a rozpoznanie skargi w szerszym zakresie, nawet w razie ujawnienia podstaw faktycznych lub prawnych, stanowi naruszenie prawa. Najdalej idącym skutkiem uwzględnienia przez sąd wniesionej skargi jest unieważnienie umowy koncesji, które może nastąpić w przypadkach określonych w ust. 3 art. 30 u.k.b. Jeżeli w toku postępowania naruszono przepisy ustawy, co miało wpływ na wynik postępowania, nie stanowiło jednak na tyle rażących uchybień, aby zastosować sankcję unieważnienia umowy, sąd może uchylić czynności podjęte przez koncesjodawcę (art. 30 ust. 2 u.k.b.). Odpowiednio do tego sąd będzie brał pod uwagę interes publiczny wyrażając zgodę na zawarcie umowy koncesji (art. 29 ust. 2 u.k.b.), ważny interes publiczny odstępując od uchylenia czynności koncesjodawcy (art. 30 ust. 7 u.k.b.) jak też odstępując od unieważnienia umowy koncesyjnej (art. 30 ust. 5 u.k.b.). Z kolei interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy koncesyjnej może być, w szczególnej sytuacji, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje, uznany przez sąd za ważny interes publiczny (art. 30 ust. 6 u.k.b.). Nadto w podejmowaniu rozstrzygnięć sąd powinien kierować się, wynikającym z zasady konieczności, nadrzędnym interesem publicznym jako kategorią dobra wspólnego, z uwzględnieniem zasady sprawiedliwości, niedyskryminacji i proporcjonalności. Ustawa koncesyjna, regulując sądową kontrolę umów koncesyjnych w kontekście interesu publicznego, nie zdefiniowała jednakże ani samego pojęcia interesu publicznego ani pojęcia interesu gospodarczego, co rodzi

[1] J. Drachal, J. Jagielski, P. Gołaszewski w: R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Komentarz, Warszawa 2011, art. 1, Nb. 40, s. 24,

szereg wątpliwości interpretacyjnych w zakresie wykładni poszczególnych przesłanek wyrażania zgody na zawarcie umowy bądź odstąpienia od jej unieważnienia.

2. ZAKRES POJĘCIA INTERESU PUBLICZNEGO

Pojęcie interesu publicznego jest terminem szerokim i nieokreślonym, co sprawia problemy interpretacyjne jako że należy go oceniać każdorazowo w zależności od sytuacji. W szczególności niemożliwe jest wskazanie uniwersalnej definicji tego pojęcia, odpowiadającej każdej możliwej sytuacji występującej w praktyce. W literaturze wskazuje się, że zakres pojęcia interesu publicznego może być różny na gruncie różnych regulacji prawnych, co uniemożliwia stworzenie abstrakcyjnej definicji, implikując konieczność uściślania terminu interesu publicznego każdorazowo na potrzeby określonej sytuacji, z uwzględnieniem obowiązujących w danym stosunku regulacji prawnych. Co do samego pojęcia „interesu publicznego" istnieje wiele kontekstów, w jakich to pojęcie może być analizowane i rozpatrywane. W szczególności należy wskazać na wyrażane w literaturze prawa publicznego poglądy kwalifikujące interes publiczny jako interes faktyczny, interes narodowy, interes społeczny, interes państwowy, interes prawny, dobro wspólne, interes polityczny itp. Wskazując na trudności w jego zdefiniowaniu akcentuje się to, że nie można mu nadać generalnego znaczenia opisowego, bowiem jego treść zdeterminowana jest zmieniającym się kontekstem społecznym[2]. W literaturze prawniczej powszechnie przyjmuje się, że pojęcie „interes publiczny" jest pojęciem nieostrym, a zawarty w normie prawnej zwrot odsyłający do interesu publicznego jest zwrotem (pojęciem) nieostrym, zawierającym klauzulę generalną[3]. Choć jest to pojęcie nieostre (niedookreślone), precyzyjnie wyznacza ono pole dopuszczalnej działalności administracji publicznej, a przedtem jeszcze – pole dopuszczalnej ingerencji ustawodawczej w stosunki społeczne i gospodarcze, w prywatne życie jednostki itp. W jednym ze swych orzeczeń NSA stwierdził, że uprawnienie organu administracji do pewnej swobody w zakresie oceny, iż treść wyrażenia nieostrego można odnieść do stanu faktycznego sprawy, nie oznacza dowolności oceny, lecz wymaga wyczerpujących ustaleń faktycznych i zgodnych z intencją ustawodawcy wniosków. W konkretnej sytuacji zależy zatem od organu, czy zechce pewien stan faktyczny podciągnąć pod to ogólnikowe określenie przepisów. Zgodnie z uchwałą TK z 12 marca 1997 r.[4] za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Pojęcie „interesu publicznego" jest klauzulą generalną, którą posługują się różne akty prawne, np. odwołując się do niej jako podstawy prawnej ochrony konsumentów, wskazując jako przedmiot ochrony regulacji prawnych lub stanowiąc o nadrzędnym interesie publicznym. Kryterium interesu publicznego może przesądzać o stosowaniu danej ustawy w ogóle lub o wyłączeniu stosowania jej przepisów. W pierwszym przypadku warto wskazać ustawę z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), gdzie kryterium interesu publicznego stanowi o stosowaniu tej ustawy w ogóle. Ustawa ta określa zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców

---

[2] A. Modliński, *Pojęcie interesu publicznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1932, s. 13.

[3] A. Borkowski, *Interes publiczny jako determinant działań władzy publicznej i klauzula generalna w publicznym prawie gospodarczym* (w:) *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, L. Kieres (red.), Wrocław 2010, s. 9–18.

[4] W 8/96, OTK 1997, nr 1, poz. 15.

i konsumentów (art. 1 ust. 1) nie wskazując *expressis verbis* zakresu pojęciowego interesu publicznego. Jednakże interes publiczny przeważa nad zasadą uczciwej konkurencji oraz zasadą uzasadnionych interesów przedsiębiorców jedynie w nadzwyczajnych okolicznościach. Stąd też w każdej sprawie, jako niejednolite i niestałe, powinno być ono ustalone i skonkretyzowane przez organ stosujący prawo antymonopolowe. W drugim przypadku można wskazać ustawę koncesyjną, której przepisów nie stosuje się m. in. w przypadku zawierania umowy na usługi jeżeli wymaga tego interes publiczny (art. 4 pkt 7 u.k.b.). Ustawa koncesyjna nie definiując „interesu publicznego", wskazuje jedynie przykładowo, że może być on związany z zagrożeniem ciągłości realizowania zadania będącego przedmiotem koncesji na usługi, którego wystąpienia koncesjodawca – dochowując należytej staranności – nie mógł przewidzieć. Nadzwyczajny charakter wyłączenia stosowania ustawy, w przypadku gdy wymaga tego interes publiczny, przejawia się w sformułowaniu nakazu wszczęcie postępowania o zawarcie umowy koncesji. Zawarcie umowy koncesji bez stosowania konkurencyjnego trybu wyłonienia koncesjonariusza powinno być wyjątkiem, stąd też ograniczony jest także czasowy zakres obowiązywania umowy zawartej w tym trybie, gdyż nie może ona obowiązywać dłużej niż do dnia zakończenia tego postępowania (art. 4 ust. 2 u.k.b.). Wyrażenie przez sąd zgody na zawarcie umowy koncesji motywowane interesem publicznym powinno zatem być interpretowane z uwzględnieniem poglądów doktryny i orzecznictwa.

2.1. Nadrzędny interes publiczny

Znaczenie interesu publicznego, wskutek procesów europeizacji, zaczyna wykraczać poza wewnętrzny porządek prawny państwa. Pojawia się w związku z tym nowa kategoria interesu publicznego, określanego jako nadrzędny interes publiczny. Służy ona przedstawieniu wzajemnych relacji UE i jej państw członkowskich. Ta kategoria dobra publicznego zakreśla granice wykładni interesu publicznego państwa członkowskiego i powoduje, że jego pojęcie kształtuje się także w toku orzecznictwa ETS[5]. Pojęcie nadrzędnego interesu publicznego należy do kategorii klauzul generalnych, które nie zostały w sposób jednoznaczny zdefiniowane. Pojęcie „nadrzędnego interesu publicznego" zostało ukształtowane przez ETS w jego orzecznictwie dotyczącym art. 43 i 49 Traktatu UE i może ono podlegać dalszej ewolucji. Pojęcie to, zgodnie z wykładnią ETS obejmuje co najmniej następujące elementy: porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne i zdrowie publiczne, w rozumieniu art. 46 i 55 Traktatu, utrzymanie porządku społecznego, cele polityki społecznej, ochronę usługobiorców, ochronę konsumentów, ochronę pracowników, w tym zabezpieczenie społeczne pracowników, dobrostan zwierząt, utrzymanie równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego, zapobieganie nadużyciom finansowym, zapobieganie nieuczciwej konkurencji, ochronę środowiska naturalnego i miejskiego, w tym zagospodarowanie przestrzenne miast i wsi, ochronę wierzycieli, zabezpieczenie rzetelnego wymiaru sprawiedliwości, bezpieczeństwo drogowe, ochronę praw własności intelektualnej, cele polityki kulturalnej, w tym zabezpieczenie swobody wyrażania różnych poglądów, w szczególności społecznych, kulturowych, religijnych i filozoficznych wartości społeczeństwa, potrzebę zapewnienia edukacji na wysokim poziomie, utrzymanie zróżnicowania prasy oraz propagowanie języka narodowego, ochronę narodowego dziedzictwa historycznego i artystycznego, oraz politykę weterynaryjną. W sposób ogólny czym jest nadrzędny interes publiczny wyjaśnia słowniczek do ustawy

[5] M. Jaśkowska, *Pojęcie interesu publicznego i jego funkcje w prawie administracyjnym* (w:) *Teoria instytucji prawa administracyjnego. Księga pamiątkowa Profesora Jerzego Stefana Langroda,* J. Niczyporuk (red.), Paryż 2011, s. 294.

z 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium RP (Dz. U. Nr 47, poz. 278 ze zm.) definiując go jako „wartość podlegającą ochronie, w szczególności porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne, zdrowie publiczne, utrzymanie równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego, ochrona konsumentów, usługobiorców i pracowników, uczciwość w transakcjach handlowych, zwalczanie nadużyć, ochrona środowiska naturalnego i miejskiego, zdrowie zwierząt, własność intelektualna, cele polityki społecznej i kulturalnej oraz ochrona narodowego dziedzictwa historycznego i artystycznego" (art. 2 pkt 7). Takie też rozumienie „nadrzędnego interesu publicznego" przyjęła znowelizowana ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm) w swoim słowniczku (art. 5 pkt 7). Katalog owych „wartości" objętych ochroną prawną ma charakter otwarty a ich wyliczenie ma charakter przykładowy. Są to głównie przesłanki o charakterze materialnoprawnym, odnoszące się do określonych stanów faktycznych, aczkolwiek mogą mieć również inny charakter i dotyczyć np. czasokresu ich ochrony lub zasięgu terytorialnego. Z pewnością w tak pojętym nadrzędnym interesie publicznym będą mieściły się zarówno względy interesu publicznego, interesu społecznego czy też interesu gospodarczego. Chodzi jednak o to, aby nie był to „zwykły" interes publiczny, lecz interes nadrzędny. Zatem, moim zdaniem, nie każdy rodzaj interesu publicznego, a zwłaszcza o charakterze gospodarczym lub społecznym, jest wystarczająco ważny, aby był uważany za interes nadrzędny. Stąd też ustawodawca powinien w miarę możności ściśle określić, jakie cele chce realizować w konkretnym przypadku i jakim wartościom chronionym nadać rangę nadrzędną. W szczególności dotyczy to interesu gospodarczego czy społecznego, który może być uznany za interes nadrzędny tylko w sytuacji gdy jest on ważny dla państwa (kraju). Dokonując interpretacji pojęcia interesu publicznego SN stwierdził, że w państwie prawa nie ma miejsca dla sztywnego przyjmowania nadrzędności interesu ogólnego nad indywidualnym. W każdym przypadku organ administracji powinien wskazać, o jaki konkretny interes chodzi i podkreślić, że jest on na tyle ważny, że wymaga ograniczenia uprawnień indywidualnych[6]. Z uwagi na priorytetowe znaczenie w UE ochrony środowiska naturalnego ustawodawca przyjął względy nadrzędnego interesu publicznego dla ochrony obszarów Natura 2000 postanawiając w przepisie art. 34 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (t.j. Dz. U. z 2009 r. Nr 151, poz. 1220 ze zm. – dalej: u.o.p.), że jeżeli przemawiają za tym konieczne wymogi nadrzędnego interesu publicznego, w tym wymogi o charakterze społecznym lub gospodarczym, i wobec braku rozwiązań alternatywnych[7] właściwy organ może zezwolić[8] na realizację planu lub działań, mogących znacząco negatywnie oddziaływać na cele ochrony obszaru Natura 2000, a w przypadku, gdy znaczące negatywne oddziaływanie dotyczy siedlisk i gatunków priorytetowych, zezwolenie może zostać wydane wyłącznie w celu: 1) ochrony zdrowia i życia ludzi; 2) zapewnienia bezpieczeństwa powszechnego; 3) uzyskania korzystnych następstw o pierwszorzędnym znaczeniu dla środowiska przyrodniczego; 4) wynikającym z koniecznych wymogów nadrzędnego interesu publicznego, po uzyskaniu

---

[6] Wyrok SN z 18.11.1993 r. (III ARN 49/93, OSN 1994, nr 9, poz. 181).

[7] Do rozwiązań alternatywnych zaliczyć można alternatywną lokalizację (np. szlaku komunikacyjnego), odmienną skalę bądź konstrukcję planu lub przedsięwzięcia. W wypadku braku rozwiązań alternatywnych lub w przypadku dostępności tylko rozwiązań powodujących jeszcze bardziej negatywne skutki w stosunku do zadań ochronnych, kompetentne władze obowiązane są podjąć dalsze działania, polegające na zbadaniu istnienia imperatywnych powodów wynikających z nadrzędnego interesu publicznego, przemawiających za realizacją planu lub przedsięwzięcia, włącznie z tymi, które mają charakter społeczny lub gospodarczy.

[8] Zdaniem WSA w Warszawie, wyrażonym w wyroku z 23.11.2006 r. (IV SA/Wa 1570/06, LEX nr 348257), przywołany przepis należy interpretować zawężająco. Określenie „może" oznacza, iż ustawodawca tylko w wyjątkowych przypadkach, takich jak nadrzędny interes publiczny i wobec braku innych możliwości, pozwala na odstępstwo od ustanowionego zakazu.

opinii Komisji Europejskiej (art. 34 ust. 2 u.o.p.). Kluczowe do stosowania tego przepisu ustawy jest zatem przyniesienie korzyści dla interesu publicznego, przeważające w stosunku do korzyści wynikających z innych sposobów realizacji tego przedsięwzięcia. Należy też zwrócić uwagę na pojęcie konieczności, definiowane w dyrektywie usługowej jako wymóg, który musi być uzasadniony nadrzędnym interesem publicznym a także względy niedyskryminacji i proporcjonalności. Wprowadzenie pojęcia „nadrzędnego interesu publicznego" do systemu prawa polskiego w zakresie ochrony dóbr przyrody oraz podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, zostało dokonane bez uwzględnienia dość rygorystycznej wykładni tego pojęcia w prawie UE i orzecznictwie ETS, które wymaga aby był to interes nadrzędny, a więc „najważniejszy", „najistotniejszy", „kluczowy" czy „decydujący" i miał charakter długoterminowy. Znane prawu polskiemu, mające swój zapis w Konstytucji RP i ugruntowane w legislacji i orzecznictwie pojęcie „ważnego interesu publicznego" służące ograniczaniu wolności gospodarczej, czy też pojecie „zwykłego" interesu publicznego, „interesu gospodarczego państwa" lub „interesu społecznego", zostało uznane przez ustawodawcę – jak dotychczas – za niewystarczające dla ograniczania wykonywania działalności gospodarczej w Polsce. Zastępowanie we wskazanych sytuacjach tych pojęć pojęciem nadrzędnego interesu publicznego należy ocenić krytycznie. Natomiast zastosowanie klauzuli nadrzędności interesu dla ochrony dóbr przyrody na obszarze Natura 2000 należy uznać za właściwe, bowiem ma miejsce jedynie w przypadku braku rozwiązań alternatywnych i przy istnieniu imperatywnych powodów wynikających z nadrzędności interesu publicznego.

2.2. Ważny interes publiczny

Z punktu widzenia przepisów konstytucyjnych, mogących być podstawą rozstrzygnięcia przez sąd w sprawie gospodarczej, należy szczególną uwagę zwrócić na przepis art. 20 Konstytucji RP, ustanawiający konstytucyjną wolność działalności gospodarczej, oraz art. 22 Konstytucji RP, dopuszczający ograniczenie tej wolności tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny aczkolwiek przepisy te nie precyzują bliżej w czym wyraża się wolność działalności gospodarczej, ani nie wyjaśniają, jak należy rozumieć ograniczenie takiej wolności (chodzi o stosunek między takimi określeniami, jak: ograniczenie działalności gospodarczej i warunki, od których spełnienia zależy prowadzenie takiej działalności). Konstytucja jako ustawa zasadnicza uzależnia dopuszczalność ograniczeń działalności gospodarczej nie tylko od wydania odpowiedniej ustawy, ale również od tego, aby za danym ograniczeniem przemawiał ważny interes publiczny: jest to pojęcie, które ze względu na swą nieokreśloność nie nadaje się do ustawowego zdefiniowania. Należy zauważyć, iż w art. 22 Konstytucji RP mowa jest o „ważnym" interesie publicznym. W Konstytucji RP jako uznane za ważny interes publiczny zostały uznane bezpieczeństwo i porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowie i moralność publiczna (art. 31 ust. 3). Takie też wartości zostały przyjęte w późniejszych regulacjach ustawowych. Zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości pojęcie „porządek publiczny" obejmuje ochronę przed rzeczywistym lub wystarczająco poważnym zagrożeniem jednego z podstawowych interesów publicznych i może dotyczyć szczególnie kwestii związanych z godnością ludzką, ochroną nieletnich i dorosłych wymagających opieki oraz dobrostanem zwierząt. Podobnie pojęcie bezpieczeństwa publicznego obejmuje kwestie ochrony publicznej. Takie sformułowanie oczywiście nie wyjaśnia samego pojęcia (treści) interesu publicznego. Zarówno pojęcie „interesu publicznego", jak i „ważnego interesu publicznego" stanowią zwrot niedookreślony (klauzulę generalną). Niemniej jednak zamieszczenie w art. 22 przymiotnika „ważny", należy traktować jako wskazówkę interpretacyjną przemawiającą na korzyść wolności gospodarczej, zatem zawężającą zakres przypadków, w których dopuszczalne – jako zgodne z Konstytucją – jest ograniczenie tej wolności. Pojęcie „interes publiczny" może być rozumiane szeroko

jako aksjologiczna podstawa konstrukcji norm prawa administracyjnego. Ze względu na charakter prawny zasad konstytucyjnych, które kształtują proces stanowienia prawa administracyjnego, tak rozumiany interes publiczny przejawia się w postulacie prawnego uregulowania sytuacji prawnych obywateli wobec administracji publicznej w sposób zapewniający harmonijne uzgodnienie interesu publicznego i interesu indywidualnego przez ujęcie ich jako interesów prawnych oraz określenie procedur służących ich identyfikowaniu i rozstrzyganiu ewentualnych sytuacji konfliktowych. Ograniczenie ważnym interesem publicznym podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej należy traktować jako wyjątek od zasady wolności gospodarczej. Stąd też tego rodzaju wyjątki powinny być wyraźnie wyartykułowane w ustawach. Muszą też być rozumiane ściśle, a nie w sposób rozszerzający. Nie można zatem ich istnienia dorozumiewać czy domniemywać, bądź przyjmować np. w drodze analogii[9]. Jak słusznie zauważył TK w uzasadnieniu jednego ze swych orzeczeń, „wprowadzenie ograniczeń w swobodzie działalności gospodarczej ustawą nie oznacza jeszcze zgodności takiej regulacji z art. 22 Konstytucji. Ustanawiając ustawową formę ograniczeń przepis ten zakłada dopuszczalność jedynie wymagań minimalnych. Takie ograniczenie musi być zatem na tyle merytorycznie uzasadnione, by w konflikcie z zasadą swobodnej działalności gospodarczej rachunek aksjologiczny przeważył na korzyść ograniczenia"[10]. Utrzymując umowę koncesyjną w mocy z uwagi na ważny interes publiczny sąd administracyjny powinien wziąć pod uwagę ustalenia doktryny i orzecznictwa odnoszące się do bezpośredniego stosowaniem przepisów konstytucji w sprawach gospodarczych.

2.3. Interes społeczny i gospodarczy

Obok pojęcia interesu publicznego, niekiedy w przepisach prawnych występuje pojęcie interesu społecznego czy interesu gospodarczego. Wymogi o charakterze społecznym lub gospodarczym mogą też mieścić się w pojęciu nadrzędnego interesu publicznego. Takie rozwiązanie przyjął ustawodawca w zakresie ochrony obszarów Natura 2000 (art. 34 ust. 1 u.o.p.). Planowanie lub podejmowanie działań w tych obszarach wymaga uzyskania zezwolenia, które – zgodnie z dyrektywą usługową – jako służące nadrzędnemu interesowi publicznemu może być poprzedzone zastosowaniem testu ekonomicznego, uzależniającego udzielenie zezwolenia od udowodnienia istnienia potrzeby ekonomicznej, oceny potencjalnych lub bieżących skutków ekonomicznych działalności lub oceny stosowności działalności w odniesieniu do celów planowania ekonomicznego. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na to, że nadrzędny interes publiczny, związany z rozwojem ekonomicznym regionu oraz wzrostem zatrudnienia nie jest najwyraźniej atrybutem wyłącznie planów i przedsięwzięć podejmowanych w sferze publicznej i może zostać przez Komisję Europejską stwierdzony także w przypadku, gdy promotorem jest podmiot prywatny. Warunkiem niezbędnym jest jednak zawsze, aby korzyści z niego płynące miały faktycznie charakter ogólnospołeczny. Wówczas nawet zwykły interes gospodarczy przedsiębiorcy może być uznany za nadrzędny interes publiczny.

Należy zatem postawić pytanie, czy obecnie zakres znaczeniowy pojęcia interesu publicznego jest tożsamy z pojęciem interesu społecznego lub gospodarczego, czy też, zwłaszcza na gruncie gospodarczym, występują pomiędzy nimi pewne różnice. Do czasu reaktywacji koncepcji interesu publicznego, w przepisach prawnych regulujących działalność gospodarczą, używano pojęcia interesu społecznego jako jednej z przesłanek reglamentowania swobody działalności

[9] Wyrok NSA z 12.04.2006 r. (II GSK 23/06, LEX nr 209721).

[10] Orzeczenie TK z 20.08.1992 r. (K 4/92, OTK 1992, nr 2, poz. 22).

gospodarczej. W jednym ze swoich orzeczeń NSA podkreślał, że, „ważny interes" społeczny lub gospodarki narodowej to interes ogólnospołeczny, ogólnopaństwowy w odróżnieniu od interesu lokalnego lub resortowego. Użycie zaś słowa „ważny" oznacza także, iż nie każdy interes, nawet ogólnopaństwowy, będzie uzasadniał odmowę uwzględnienia wniosku. W konsekwencji tego każda decyzja odmawiająca uwzględnienie wniosku w sprawie zezwolenia na działalność gospodarczą zawierać musi wskazanie na konkretne dowody i okoliczności uzasadniające twierdzenie, że w rozpoznawanej sprawie w rzeczywistości występuje ważny interes społeczny lub gospodarki narodowej. Stosownie do art. 77 § 1 i art. 80 k.p.a. ustalenia w tym zakresie opierać się muszą na analizie wyczerpująco zebranych, wszechstronnych dowodów[11]. To, że interes społeczny może być kwalifikowany jako interes publiczny, potwierdza dyspozycja Prawa energetycznego, pozwalająca Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki nakazać przedsiębiorstwu energetycznemu, pomimo wygaśnięcia koncesji, dalsze prowadzenie działalności nią objętej przez okres nie dłuższy niż 2 lata, jeśli wymaga tego interes społeczny. Także unijna dyrektywa usługowa nakazuje wprowadzanie wysokiego poziomu ochrony interesu publicznego, zwłaszcza w odniesieniu do celów polityki społecznej[12]. Jednakże z uwagi na to, iż to interes publiczny odnosi się do tej grupy interesów, która jest związana z państwem czy innymi osobami prawa publicznego, w tym z ich ważkimi interesami gospodarczymi, a także z ich działalnością informacyjną, interes społeczny współcześnie powinien odnosić się do grup społecznych i artykułować interesy grupowe.

Odnośnie do interesu gospodarczego ustawa koncesyjna w przepisie art. 30 ust. 6 przyjęła, że interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy może być uznany za ważny interes publiczny wyłącznie w przypadku, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje. Posłużenie się przez ustawodawcę względem interesu publicznego w zamówieniach publicznych jest zgodne z przyjętym w prawie UE kwalifikowaniem interesu publicznego jako wartości chronionej, pozwalającej wprowadzać ograniczenia swobody świadczenia usług w drodze udzielania, na podstawie prawa krajowego, różnego rodzaju zezwoleń. ETS uznał, że wykonywanie działalności przez swobodne świadczenie usług może być ograniczone przy respektowaniu zasady sprawiedliwości, niedyskryminacji i proporcjonalności. Zgodnie z dyrektywami unijnymi usługi publiczne, mieszczące się w pojęciu „użyteczności publicznej", są wykonywane w ogólnym interesie gospodarczym. Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym wiążą się bowiem z wykonywaniem istotnych zadań dotyczących spójności społecznej i terytorialnej.

Wymaga zatem ustalenia w jakich sytuacjach i czyj interes gospodarczy można zasadnie uznać za interes publiczny. Wcześniejsze ustawodawstwo zagrożenie lub wymagania ważnego interesu gospodarki narodowej albo interesu gospodarki państwa zaliczało do klauzul generalnych pozwalających na wydanie negatywnej decyzji administracyjnej w podejmowaniu i prowadzeniu działalności gospodarczej[13]. Jednakże późniejsze ustawodawstwo w zasadzie odstąpiło od posługiwania się tymi terminami, używając natomiast określeń takich jak: „interesy gospodarcze", „interesy gospodarcze państwa", „ogólne interesy gospodarcze", „ważne interesy gospodarcze" itp., nie określając treści tych pojęć. Jednakże interesy gospodarcze państwa ze względu na ich charakter, a zwłaszcza na bliski związek zarówno z interesami innych osób (przedsiębiorców), jak i interesem publicznym (dobrem wspólnym), mogą podlegać ochronie w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym, bądź publicznym. Istnieje w szczególności legitymowany interes pań-

[11] Wyrok NSA z 15.01.1987 r. (II SA 1829/86, ONSA 1987, z. 2, poz. 49).

[12] Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. dotyczącą usług na rynku wewnętrznym (Dz. U. UE L 376 z 27.12.2006, s. 36).

[13] Wyrok NSA z 28.03.1988 r.(IV SA 1527/82, niepubl.).

stwa w stworzeniu takich ram prawnych obrotu gospodarczego, które pozwalają zminimalizować niekorzystne skutki mechanizmów wolnorynkowych, jeżeli skutki te ujawniają się w sferze, która nie może pozostać obojętna dla państwa ze względu na ochronę powszechnie uznawanych wartości[14]. Stąd też TWE sytuuje interes gospodarczy wśród wspólnych wartości UE. Zachodzi zatem pytanie, czy za interes publiczny może być uznany interes gospodarczy państwa, a za ważny interes publiczny można uznać ważny interes gospodarczy państwa? Współcześnie za zaliczeniem interesu gospodarczego państwa do kategorii interesu publicznego przemawiają niektóre rozwiązania legislacyjne. I tak np. przepisy ustawy z dnia 10 marca 2006 r. o administrowaniu obrotem usługowym z zagranicą (Dz. U. Nr 79, poz. 546) wprowadzają pojęcie „interesu narodowego" oraz pojęcie „podstawowego interesu gospodarczego kraju" i „interesu gospodarczego państwa", jednocześnie wskazując katalog wartości objętych ich zakresem. Zgodnie z przepisem art. 4 tej ustawy, jeżeli wymaga tego interes narodowy lub podstawowy interes gospodarczy kraju, Rada Ministrów może ustanowić na czas określony, w drodze rozporządzenia, zakaz lub ograniczenia w obrocie usługami z zagranicą m. in. w przypadkach, gdy jest to konieczne do ochrony zasad współżycia społecznego, ochrony życia lub zdrowia ludzi, zwierząt lub ochrony roślin, ochrony środowiska, gdy jest to uzasadnione względami porządku społecznego lub bezpieczeństwa publicznego, gdy wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa oraz gdy służą wypełnieniu zobowiązań wynikających z Karty Narodów Zjednoczonych dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa jak też gdy jest to uzasadnione względami polityki państwa. W wymienionych w tym katalogu wartościach podlegających ochronie zostały ujęte zarówno takie, które można zaliczyć do „interesu publicznego", czy też „ważnego interesu publicznego", „interesu gospodarczego", jak i „interesu politycznego", które można by objąć zbiorczym pojęciem „nadrzędnego interesu publicznego". Mimo braku ustawowego dookreślenia pojęcia „interesu narodowego" i pojęcia „interesu gospodarczego kraju" uznanie jakie sytuacje prawne kwalifikują się do zaliczenia ich do zakresu pojęciowego „interesu gospodarczego państwa" pozostawiono do uznania organom stosującym prawo, podczas gdy powołanie się na interes narodowy lub podstawowy interes gospodarczy kraju leży w kompetencji decyzyjnej Rady Ministrów. W praktyce zadaniem organu w konkretnej sprawie będzie wyważenie dwóch przeciwstawnych interesów i stwierdzenie, który z nich w danej sytuacji ma charakter priorytetowy. Jednakże do tej pory TS nie sformułował wyraźnych wskazówek co do sposobu interpretacji tego pojęcia. Może zatem być pomocne odwołanie się do innych dziedzin prawa wspólnotowego, które zawierają podobne pojęcia. Przykładowo można tu wskazać pojęcie „imperatywnego wymogu", użytego przez MTS. Wśród imperatywnych wymogów, które mogą uzasadniać krajowe działania ograniczające wolności obywatelskie (np. wolność przemieszczania się), MTS uznał zdrowie publiczne i ochronę środowiska, jak również uzasadnione cele gospodarcze lub społeczne.

3. SĄDOWA ZGODA NA ZAWARCIE UMOWY KONCESJI

Generalną regułą jest, iż wniesienie skargi na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wstrzymuje prawo do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, do czasu ogłoszenia orzeczenia w sprawie przez wojewódzki sąd administracyjny (art. 24 u.k.b.). Faktyczna realizacja prawa oferentów do zbadania przez sąd zgodności decyzji koncesjodawcy pod względem ich zgodności z prawem możliwa jest dzięki tzw. okresowi zawieszenia (klauzula *standstill*), jaki upłynąć musi pomiędzy przesłaniem oferentom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej a zawarciem umowy koncesji. Daje to możliwość pełnej obrony swoich praw

[14] Wyrok TK z 08.04.1998 r. (K 10/97, omówiony przez J. Oniszczuka, Glosa 1998, nr 9, poz. 14).

zainteresowanym podmiotom, których zdaniem czynności podejmowane przez koncesjodawcę w toku prowadzonego postępowania naruszały ich interes prawny. Skarga do sądu administracyjnego na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej ma charakter suspensywny. Jej wniesienie wstrzymuje prawo do zawarcia umowy z oferentem, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, do czasu ogłoszenia orzeczenia w sprawie przez wojewódzki sąd administracyjny[15]. Odstępstwo od zasady suspensywności skargi, stanowi również okoliczność wyłączającą odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansowej. Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 2 u.k.b. na wniosek koncesjodawcy, wojewódzki sąd administracyjny na posiedzeniu niejawnym, może, w drodze postanowienia, wyrazić zgodę na zawarcie umowy koncesji jeżeli negatywne konsekwencje wstrzymania jej zawarcia dla interesu publicznego mogłyby przewyższyć wynikające z tego korzyści dla ochrony wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez koncesjodawcę w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji. Przesłanka ochrony interesu publicznego wymagająca niezwłocznego zawarcia umowy koncesji musi mieć charakter bezsprzeczny w momencie składania przez koncesjodawcę wniosku w sprawie wyrażenia przez sąd zgody na zawarcie umowy koncesji i nie może być oparta na przypuszczeniach i domniemaniach[16]. Przesłanki, które powinien uwzględnić sąd administracyjny, wydając postanowienie w sprawie zgody na wcześniejsze zawarcie koncesji mają charakter klauzuli generalnej**.** Z analizy przesłanek określających ramy prawne wydania postanowienia wyrażającego zgodę na zawarcie umowy, wynika, że są to przesłanki nieostre, zawierające znaczny luz decyzyjny. Wyłączenia te uzasadnione są koniecznością zapewnienia ciągłości wykonywania przedmiotu koncesji, zwłaszcza w przypadku realizowania w formie koncesji zadań na rzecz osób trzecich, czyli użytkowników przedmiotu koncesji. Przez wzgląd na specjalny charakter omawianego przepisu (jako wyjątku od zasady, zgodnie z którą umowy nie można zawrzeć wcześniej), należałoby go interpretować w sposób wąski i precyzyjny. Jego zastosowanie powinno również uwzględniać założenie, że konieczne jest zapewnienie maksymalnej ochrony nie tylko koncesjodawcy i oferentowi, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, ale wszystkim uczestnikom postępowania[17]. Ustawa nie zawiera przepisów szczególnych pozwalających rozstrzygnąć, jakie względy przesądzają o przyznaniu pierwszeństwa interesowi publicznemu nad interesami wszystkich uczestników postępowania o zawarcie umowy koncesji, które mogłyby doznać uszczerbku w wyniku czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Biorąc pod uwagę szczególny charakter przepisu upoważniającego sąd do wydania postanowienia zezwalającego na zawarcie umowy koncesji przed dniem ogłoszenia orzeczenia w sprawie ze skargi na dokonaną przez koncesjodawcę czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, należy stanąć na stanowisku, że sąd administracyjny powinien wykładać pojęcie interesu publicznego restrykcyjnie, uwzględniając dyrektywę ochrony interesów wszystkich uczestniczących w postępowaniu podmiotów, a więc nie tylko interesów koncesjodawcy i oferenta, którego oferta została uznana w postępowaniu o zawarcie koncesji za najkorzystniejszą[18]. Takie sytuacje będą mieć miejsce np. w postępowaniach dotyczących dużych i istotnych z punktu widzenia Państwa inwestycji infrastrukturalnych, w tym w szczególności drogowych. W praktyce za przesłankę uzasadniającą wyrażenie zgody przez sąd na wcześniejsze zawarcie umowy koncesji może zostać uznana np. okoliczność, kiedy przez wzgląd na zobowiązania międzynarodowe (budowa obiektów służących realizacji imprez międzynarodowych, których terminy zostały wyznaczone) istnieje konieczność

---

[15] L. Lipiec-Warzecha, Komentarz do art. 29 u.k.b., LEX 2012.

[16] Post. KIO z 28.09.2010 r. (KIO/W/88/10 nepubl.).

[17] E. Norek, Komentarz do art. 29 u.k.b.,

[18] M. Bejm, dr P. Bogdanowicz, P. Piotrowski, dr M. Skok-Wódkowska, Ustawa o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Komentarz do art. 29 u.k.b., Legalis 2011.

natychmiastowej realizacji inwestycji. Ocena podjęta przez wojewódzki sąd administracyjny przy rozstrzyganiu w przedmiocie wniosku koncesjodawcy nie podlega weryfikacji. Należy wskazać, że na postanowienie w sprawie wyrażenia zgody na zawarcie umowy koncesji nie przysługuje zażalenie. Na podstawie art. 163 § 2 p.p.s.a. postanowienie takie nie wymaga uzasadnienia. Wprawdzie na postanowienie sądu o wyrażeniu zgody na zawarcie umowy koncesji nie przysługuje zażalenie, jednakże nie oznacza to pozbawienia stron prawnej ochrony ich interesów w postępowaniu. W razie uwzględnienia skargi sąd administracyjny uchyla czynności podjęte przez koncesjodawcę, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy koncesji.

4. ODSTĄPIENIE OD UCHYLENIA CZYNNOŚCI KONCESJODAWCY PODJĘTYCH W POSTĘPOWANIU O ZAWARCIE UMOWY KONCESJI

Jeżeli umowa koncesji została zawarta na podstawie zgody wyrażonej przez sąd, sąd ten uwzględniając skargę może odstąpić od uchylenia czynności koncesjodawcy podjętych w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji. Odstąpienie od uchylenia czynności zachodzi w uzasadnionych przypadkach, w których uchylenie czynności mogłoby wywołać niewspółmierne negatywne skutki dla interesu publicznego (art. 30 ust. 7 u.k.b.). W przeciwieństwie do sankcji unieważnienia umowy, której zastosowanie jest obligatoryjne w razie zaistnienia ustawowych przesłanek, uchylenie czynności koncesjodawcy ma charakter fakultatywny, a decyzja o zastosowaniu tej sankcji pozostawiona została do uznania sądu. W przypadku odstąpienia od uchylenia czynności koncesjodawcy skarżącemu, który poniósł szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy mającego wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy koncesji, przysługuje roszczenie o odszkodowanie na zasadach określonych w kodeksie cywilnym[19].

5. ODSTĄPIENIE OD UNIEWAŻNIENIA UMOWY KONCESJI

Sąd, uwzględniając skargę, unieważnia umowę, jeżeli została zawarta z naruszeniem terminu określonego w art. 21 ust. 1 u.k.b. albo w okresie wstrzymania prawa do zawarcia umowy, o którym mowa w art. 29 ust. 1 u.k.b., oraz jeżeli uniemożliwiło to sądowi administracyjnemu uwzględnienie skargi przed zawarciem umowy. Jednakże pomimo zaistnienia przesłanek unieważnienia umowy koncesji, wydanie takiego rozstrzygnięcia przez sąd jest wyłączone w dwóch alternatywnie określonych w ust. 5 art. 30 u.k.b. przypadkach (alternatywa zwykła). Sąd nie orzeka unieważnienia umowy w przypadku stwierdzenia, że: 1) utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym lub 2) umowa została już w całości wykonana. Unieważnienie umowy w takim przypadku byłoby bezprzedmiotowe[20]. Należy również wskazać, że zaniechanie orzeczenia unieważnienia umowy przez sąd jest w wyżej wymienionych przypadkach czynnością obligatoryjną. Tym samym ustawodawca nie przewidział możliwości podjęcia przez sąd czynności fakultatywnych. Jednakże zgodnie z przepisem ust. 6 art. 30 u.k.b. „ważnego interesu publicznego nie stanowi interes gospodarczy związany bezpośrednio z zawarciem umowy koncesji, obejmujący w szczególności konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z opóźnienia w wykonaniu przedmiotu koncesji, z wszczęcia nowego postępowania o zawarcie umowy koncesji, zawarciem

[19] L. Lipiec-Warzecha, Komentarz do art. 29 u.k.b., LEX 2012.

[20] L. Lipiec-Warzecha, Komentarz do art. 30 u.k.b., LEX 2012

umowy koncesji z innym wykonawcą oraz z zobowiązań prawnych związanych z unieważnieniem umowy". Przesłanką obligującą do odstąpienia od unieważnienia umowy nie jest zatem każdy interes gospodarczy, ale wyłącznie ważny, tj. „mający dużą wagę, duże znaczenie, wiele znaczący, doniosły, istotny". W takim przypadku sąd nakłada karę finansową lub orzeka o skróceniu okresu obowiązywania umowy**.** Interes gospodarczy w utrzymaniu ważności umowy może być uznany za ważny interes publiczny wyłącznie w przypadku, gdy unieważnienie umowy spowoduje niewspółmierne konsekwencje. Interes gospodarczy w utrzymaniu skuteczności umowy może zostać uznany za nadrzędne przyczyny jedynie wtedy, gdy w wyjątkowych okolicznościach nieskuteczność umowy miałaby niewspółmierne konsekwencje.

Jednakże nadrzędnych przyczyn nie powinien stanowić interes gospodarczy związany bezpośrednio z zawarciem umowy koncesji, obejmujący w szczególności konsekwencje poniesienia kosztów wynikających z opóźnienia w wykonaniu przedmiotu koncesji, z wszczęcia nowego postępowania o zawarcie umowy koncesji, zawarciem umowy koncesji z innym wykonawcą oraz z zobowiązań prawnych związanych z unieważnieniem umowy. Przez istnienie interesu publicznego w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji należy rozumieć sytuację, gdy za utrzymaniem ważności czynności podjętych przez koncesjodawcę z naruszeniem przepisów ustawy przemawiają pewne wartości społecznie aprobowane, zasługujące na uwzględnienie z uwagi na interes ogólny. Istnienie interesu publicznego powinno być ustalone z uwzględnieniem wszelkich reguł wykładni, stanu wiedzy, okoliczności faktycznych, zasad etyki, respektowania wartości istotnych dla całego społeczeństwa. Należy go rozumieć jako dyrektywę postępowania, nakazującą mieć na uwadze respektowanie wartości wspólnych dla całego społeczeństwa lub danej społeczności lokalnej, takich jak: sprawiedliwość, bezpieczeństwo, zaufanie obywateli do organów władzy publicznej, sprawność działania aparatu państwowego itp.[21] Stwarza to konieczność dokonania przez sąd szerokiej oceny różnych wartości, w tym również systemu ocen mieszczących się poza systemem prawa, a nawet pozaprawnych (zasad etyki, współżycia społecznego, ekonomii).

W przypadku odstąpienia unieważnienia umowy skarżącemu, który poniósł szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy mającego wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy koncesji, przysługuje roszczenie o odszkodowanie w zakresie i na zasadach określonych w kodeksie cywilnym.

6. WYBRANE ORZECZENIA W SPRAWACH UMÓW KONCESYJNYCH W KONTEKŚCIE STOSOWANIA KRYTERIUM INTERESU PUBLICZNEGO

Wybrane przykłady pokazują kilka możliwości interpretacji pojęcia interesu publicznego w rozpoznawanych przez sąd administracyjny sprawach umów koncesyjnych.

I. W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 17 grudnia 2012 r.[22] sąd przyjął, iż pozostawienie zawartej z B Sp. z o.o. w K umowy koncesji leży w ważnym interesie publicznym, gdyż nie ulega bowiem wątpliwości, że takie wartości, jak ogólnie akceptowana zasada bezpieczeństwa, przejawiająca się nie tylko w poszanowaniu ładu i czystości, ale także w dbałości o zdrowie i higienę, przemawiają za pozostawieniem w obrocie prawnym umowy koncesji.

---

[21] L. Lipiec-Warzecha, Komentarz do art. 29 u.k.b.

[22] Sygn. akt sprawy III SA/Kr 1232/12.

Nie można również tracić z pola widzenia znaczenia wpisania Starego Miasta K, Dzielnicy K i S na listę Światowego Dziedzictwa UNESCO.

II. W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z 23 lutego 2012 r.[23] sąd podkreślił, że w przypadku ustalenia, że zaskarżona czynność koncesjodawcy nie narusza prawa albo narusza w stopniu nie dającym podstawy do jej uchylenia, sąd powinien oddalić skargę. Jeżeli natomiast stwierdzi, iż zaskarżona czynność koncesjodawcy naruszyła prawo i miało to wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy koncesji, powinien uwzględnić skargę. Między czynnością naruszającą prawo a wynikiem postępowania musi zachodzić związek przyczynowy. Stosownie do przepisu art. 30 ust. 2 u.k.b. sąd uwzględniając skargę, może uchylić czynności podjęte przez koncesjodawcę. Jednocześnie ustawa o koncesji określa szczególne uprawnienia sądu w odniesieniu do umowy zawartej przez koncesjodawcę z koncesjobiorcą, dopuszczając, w przypadku uwzględnienia skargi, unieważnienie umowy, jeżeli ta została zawarta z naruszeniem terminu określonego w art. 21 ust. 1 u.k.b., albo w okresie wstrzymania prawa do zawarcia umowy, o którym mowa w art. 29 ust. 1 u.k.b. oraz jeżeli uniemożliwiło to sądowi uwzględnienie skargi przed zawarciem umowy (art. 30 ust. 3 u.k.b.). Jeżeli zatem zachodzą okoliczności wskazane w art. 30 ust. 3 u.k.b. sąd nie orzeka unieważnienia umowy, jeżeli stwierdzi, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym.

7. WNIOSKI KOŃCOWE

Oceniając przyjęte w ustawie koncesyjnej kryterium interesu publicznego w tym interesu gospodarczego można mieć uzasadnione wątpliwości czy nie ograniczają one istotnie lub uniemożliwiają podejmowanie działalności gospodarczej. Kryteria te powinny być zgodne z już ustanowionymi przez ETS kryteriami w zakresie swobody przedsiębiorczości. W przypadku gdy takie wymogi mają charakter dyskryminujący lub nie są obiektywnie uzasadnione wymogiem konieczności w tym nadrzędnym interesem publicznym lub gdy są nieproporcjonalne należy je znieść bądź zmienić. Skutki oceny sądu będą różne w zależności od charakteru działalności i związanego z nią interesu publicznego. W szczególności wymogi takie mogłyby być w pełni uzasadnione, jeżeli realizują one cele polityki społecznej. Cały ciężar ustalenia interesu publicznego w konkretnej sprawie spoczywa na sądzie administracyjnym, nie oznacza to jednak, że korzysta on w tym zakresie z całkowitej swobody interpretacyjnej. Wiążą go bowiem reguły, zasady i wartości, które służą indywidualizacji istnienia względów społecznych w danej sytuacji. Stanowić on powinien w takim ujęciu uwypuklenie norm nastawionych na ochronę dobra wspólnego, z poszanowaniem jednak praw i wolności jednostek, jako przeciwciężaru do zbytniej uznaniowości. Oznacza to, że interes publiczny rozumieć należy jako zwrot niedookreślony, odsyłający do ocen pozaprawnych, który pozwala sądowi, jako organowi stosującemu prawo na podejmowanie w konkretnych przypadkach różnych decyzji w sprawie stosowania obowiązujących przepisów, a tym samym na indywidualne potraktowanie każdej sprawy[24]. Sąd administracyjny stosuje prawo w taki sam sposób jak organ administracyjny w celu określenia wzorca, który będzie następnie stanowił punkt odniesienia dla weryfikacji sposobu zastosowania prawa przez organ administracji. Rozumiany partykularnie interes koncesjodawcy może przemawiać za zawarciem umowy koncesji przed ostatecznym rozstrzygnięciem złożonej skargi, podczas gdy w interesie publicznym leży rozwój konkurencji na rynku, któremu nie sprzyja raczej ingerencja władzy publicznej w życie gospo-

[23] Sygn. akt sprawy III SA/Łd 55/12.

[24] T. Zieliński, *Klauzule generalne w prawie pracy*, Warszawa 1988, s. 9.

darcze, będące z zasady domeną interesu prywatnego[25]. Pierwszoplanowe znaczenie ma zatem realizacja interesu publicznego, a dopiero poprzez pryzmat tego interesu należy rozpatrywać i wartościować istnienie interesów jednostkowych w konkretnej sprawie.[26]. Możliwość stosowania kryterium interesu publicznego w zakresie kontroli umów koncesyjnych przez sąd administracyjny ma znaczenie nie tylko dla prawidłowego zastosowania przepisów prawa, ale i połączenie tej czynności z najbardziej odpowiednim uzasadnieniem podjętego rozstrzygnięcia. Umiejętna wykładnia norm prawa administracyjnego musi uwzględniać założenia polityki państwa i normy całego systemu prawnego. Można stąd wywieść potrzebę zastosowania przepisów konstytucyjnych w sprawach trudnych, a taką jest niewątpliwie sprawa umowy koncesyjnej, której kontrola oparta jest na kryterium interesu publicznego. Interes publiczny należy ujmować w kategoriach prawnych, za czym przemawia posługiwanie się tym pojęciem w tekstach aktów prawnych, co sprawia, że będąc składnikiem normy prawnej, pojęcie to podlega wykładni w procesie stosowania prawa. Wobec braku legalnej definicji interesu publicznego czy też ważnego interesu publicznego można przyjąć, że i w tym przypadku znajdzie zastosowanie legalna definicja nadrzędnego interesu publicznego. Zakładając wolę sądu zmiany utrwalonej w orzecznictwie sądowym rutyny interpretacyjnej, sędzia musi dostrzec problem aksjologiczny zawarty w treści normy prawnej poddanej interpretacji oraz chcieć podjąć ten problem w interesie praworządności[27]. Dokonując wykładni stosowanych przepisów prawa należy uwzględnić nie tylko aksjologię zawartą w Konstytucji ale także w ustanowionym jej przepisami katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Wreszcie do dyspozycji pozostaje aksjologia wyrażona w wieloletnim orzecznictwie TK, SN i NSA oraz w niektórych ustawach. Na rozstrzyganie kwestii aksjologicznych wpływać też będzie fakt członkostwa Polski w strukturach UE[28].

---

[25] S. Biernat, Prywatyzacja zadań publicznych, Warszawa-Kraków 1994, s. 139 i n.

[26] A. Panasiuk, Koncesja na roboty budowlane lub usługi. Komentarz. Legalis 2009.

[27] Z. Szonert, Sędzi administracyjny w procesie przekształceń ustrojowych, w: J. Góral, R. Hauser, J. Trzciński (red.), Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980–2005, Warszawa 2005, s. 428.

[28] M. Kiełbowski, Bezpośrednie stosowanie przepisów Konstytucji RP przez sąd administracyjny w sprawach gospodarczych, Radca Prawny nr 135 z 2013 r., s. 4 D.

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ŚWIETLE KONTROLI NIK

dr Marian Cichosz
Wiceprezes NIK

Problematyka zamówień publicznych jest dość często przedmiotem kontroli przeprowadzanych przez Najwyższą Izbę Kontroli. Zazwyczaj kontrolowany jest przebieg konkretnego zamówienia publicznego, związanego zakresowo z tematem kontroli. Takie podejście pozwala jedynie na fragmentaryczną ocenę zjawiska, nie stanowi jednak podstawy do kompleksowej oceny procesów zamówień publicznych, dokonywanych w określonych jednostkach kontrolowanych.

W roku 2013 zdecydowano o przeprowadzeniu kontroli, która w założeniu objęła całość problematyki związanej z przebiegiem zamówień publicznych. Kontrola prowadzona była w I kwartale 2013 roku w jednostce zaliczanej do sektora finansów publicznych[1]. Objęto nią 14, wyselekcjonowanych w drodze doboru celowego, postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w latach 2008–2012 o łącznej wartości wynikającej z zawartych umów w kwocie 17 374 540,77 zł (tj. 4% wartości zawartych w tym okresie umów), w tym osiem postępowań w trybie przetargu nieograniczonego (15 694 232,74 zł), pięć postępowań w trybie zamówienia z wolnej ręki (1 231 371,03 zł) oraz jedno postępowanie w trybie zapytania o cenę (448 937 zł).

WYNIKI KONTROLI – NIEPRAWIDŁOWOŚCI

Kontrola wykazała, że w jednostce kontrolowanej, zgodnie z obowiązującymi przepisami w sposób celowy i gospodarny zawarto umowy o łącznej wartości 14 084 901,93 zł, przeprowadzając 9 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Określone w umowach (w wyniku przeprowadzonych postępowań) usługi, były każdorazowo zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i uzasadnione z punktu widzenia zadań realizowanych przez kontrolowanego. W odniesieniu do dwóch postępowań sformułowano uwagi formalne (s. 2 referatu). Natomiast w sposób niegospodarny lub z naruszeniem przepisów prawa zawarto trzy umowy na łączną kwotę 456 003 zł (tj. 0,1% wartości zawartych umów w badanym okresie oraz 2,3% wartości poddanych badaniu). Dotyczyły one:

1) postępowania o udzielenie zamówienia na usługę, w wyniku którego zawarto umowę na kwotę brutto 382 300 zł – nie zsumowano wartości tego zamówienia z drugim postępowaniem o podobnym przeznaczeniu (podział zamówienia na części), wskutek czego nie przekazano ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich; stanowiło to naruszenie art. 32 ust. 2 *ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych*[2] oraz art. 32 ust. 4 i art. 40 ust. 3 *Pzp;* nieprawidłowość ta stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust. 1 pkt 2b *ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*[3] w brzmieniu obowiązującym w czasie jego popełnienia;

---

[1] Dane dotyczące jednostki kontrolowanej oraz inne wyniki kontroli podane zostaną podczas konferencji.

[2] Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. Dalej: Pzp.

[3] Dz. U. z 2013 r. poz. 168.

2) dwóch postępowań, w wyniku których dokonano wydatków publicznych na łączną kwotę 73 703 zł w sposób niecelowy i nieoszczędny (niegospodarność), poprzez udzielenie w latach 2010 i 2011 zamówień, które tak naprawdę w ogóle nie powinny mieć miejsca gdyż dotyczyły usług zbędnych dla podstawowej działalności jednostki, co stanowiło naruszenie art. 44 ust. 3 pkt 1 *ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych*[4].

Wystąpiły ponadto nieprawidłowości w zakresie przygotowania i prowadzenia dwóch postępowań – o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki i szacowania wartości zamówienia (skutkujące naruszeniem przepisów *Pzp*), które nie spowodowały jednak negatywnych skutków finansowych dla kontrolowanego. Nieprawidłowości stwierdzone w trakcie kontroli, dotyczące zwłaszcza niecelowego udzielania niektórych zamówień wskazują, że w dalszych pracach nad doskonaleniem mechanizmów kontroli zarządczej celowym byłoby zwrócenie szczególnej uwagi na ocenę ex-ante zasadności zadań proponowanych do umieszczenia w planie zamówień publicznych.

PLANY ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W LATACH 2008–2012

W latach 2008–2012 planowano realizację 945 zamówień na łączną kwotę 825 451,7 tys. zł, zawarto natomiast 604 umowy na łączną kwotę 437 111,1 tys. zł, (52,9% wartości planowanych). Szczegółowe dane w podziale na poszczególne lata przedstawiają się następująco:

1. Na 2008 r. zaplanowano 262 zamówienia na łączną kwotę 205 326 tys. zł, w tym 118 w trybie przetargu nieograniczonego (45%), 126 w trybie zamówień z wolnej ręki (48%), 10 – zapytania o cenę (4%) i osiem innych, np. dialog konkurencyjny, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem (3%). Zawarto 98 umów na łączną kwotę 26 771,2 tys. zł (13% planu). Zamówienia o wartości ponad 14 tys. euro do limitu określonego w art. 11 ust. 8 Pzp[5], stanowiły 48,5% (12 990,5 tys. zł), w tym usługi 81% i dostawy 19%, a zamówienia o wartości przekraczającej ten limit 51,5% (13 780,7 tys. zł), w tym usługi 87,6% i dostawy 12,4%. Łącznie udzielono 50 zamówień w trybie przetargu nieograniczonego (51%), 37 w trybie z wolnej ręki (38%), pięć w trybie zapytania o cenę (5%) i sześć (6%) w innych trybach.

2. W 2009 r. planowano realizację 261 zamówień o łącznej wartości 282 924,3 tys. zł, w tym: 113 w trybie przetargu nieograniczonego (43%), 126 w trybie z wolnej ręki (48%), dziewięć – zapytania o cenę (3%) i 13 w innych trybach (5%). Zawarto 184 umowy na kwotę łączną 123 906,1 tys. zł (43,8% planu). Zamówienia o wartości ponad 14 tys. euro do limitu określonego w art. 11 ust. 8 Pzp, stanowiły 23,8% łącznej ich liczby (29 433,7 tys. zł), w tym usługi 52,5%, roboty budowlane 42,5% i dostawy 5%, a zamówienia o wartości ponad ten limit – 76,2% (94 472,4 tys. zł) – głównie usługi 98,9%. Udzielono 69 zamówień w trybie przetargu nieograniczonego (38%), 108 w trybie z wolnej ręki (59%), cztery w trybie zapytania o cenę (2%) i trzy w innych trybach (2%).

3. Na 2010 r. przewidziano 149 zamówień (143 080,6 tys. zł), w tym 109 w trybie przetargu nieograniczonego (73%), 27 w trybie z wolnej ręki (18%), sześć w trybie zapytania o cenę (4%) i 7 innych (5%). Zawarto 124 umowy o łącznej wartości 101 300 tys. zł (70,8%) planu. Zamówienia o wartości ponad 14 tys. euro do limitu określonego w art. 11 ust. 8 *Pzp*, stanowiły 19,3% (19 584,8 tys. zł), w tym usługi 50,1%, roboty budowlane 43,2% i dostawy 6,7%, a zamówie-

[4] Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.

[5] 133 000 euro dla dostaw lub usług, 5 150 000 euro dla robót budowlanych do 31 grudnia 2009 r., a od dnia 1 stycznia 2010 r., 125 000 euro dla dostaw lub usług, 4 845 000 euro dla robót budowlanych.

nia o wartości ponad ten limit – 80,7% (81 714,8 tys. zł) – głównie usługi 96,9%. Udzielono 86 zamówień w trybie przetargu nieograniczonego (69%), 33 w trybie z wolnej ręki (27%), trzy w trybie zapytania o cenę (2%) i dwa w innych trybach(2%).

4. W 2011 r. – zgodnie z planem – miało być przeprowadzonych 142 zamówienia na łączną kwotę 125 390,9 tys. zł, w tym 126 w trybie przetargu nieograniczonego (89%),13 w trybie z wolnej ręki (9%) i trzy w trybie zapytania o cenę (2%). Zawarto 110 umów na łączną kwotę 136 258,3 tys. zł (108,7% planu). Zamówienia o wartości ponad 14 tys. euro do limitu określonego w art. 11 ust. 8 *Pzp*, stanowiły 8,8% (11 981,9 tys. zł), w tym usługi 86,5% oraz dostawy 13,5%, a zamówienia o wartości ponad ten limit – 91,2% (124 276,4 tys. zł), w tym głównie usługi 98,3%. Udzielono 83 zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (75%), 24 w trybie z wolnej ręki (22%) i trzy - zapytania o cenę (3%).

5. Na 2012 r. zaplanowano 131 zamówień o łącznej wartości 68 729,8 tys. zł, w tym 122 w trybie przetargu nieograniczonego (93%), sześć w trybie z wolnej ręki (5%) i trzy – zapytania o cenę (2%). Zawarto 88 umów na łączną kwotę 48 875,9 tys. zł (71,1% planu). Zamówienia o wartości ponad 14 tys. euro do limitu określonego w art. 11 ust. 8 *Pzp*, stanowiły 15% (7 347 tys. zł), w tym usługi 72,6% i dostawy 27,4%, a zamówienia o wartości ponad ten limit – 85% (41 528,9 tys. zł) – głównie usługi 97,5%. Łącznie udzielono 71 zamówień w trybie przetargu nieograniczonego (81%), 12 w trybie z wolnej ręki (14%), trzy w trybie zapytania o cenę (3%) i dwa w innych trybach (2%).

Przedstawione powyżej dane faktycznie wskazują na poprawę stopnia realizacji planu zamówień publicznych od 2010 r. NIK pozytywnie oceniła fakt, że w ostatnich latach znacznie zmalała liczba przeprowadzonych postępowań w trybie z wolnej ręki. O ile w 2008 r. było ich aż 37,8% ogólnej liczby zamówień, w 2009 r. 58,7%, to w 2011 r. i w 2012 r. odpowiednio – 22% i 12,5%. W 2008 i 2009 r. (do 29 stycznia 2010 r.), na podstawie art. 5 ust. 1 *Pzp* w postępowaniach o udzielenie zamówień, których przedmiotem były m.in. usługi hotelarskie lub restauracyjne, szkoleniowe lub edukacyjne oraz zdrowotne, zamawiający mógł nie stosować przepisów *Pzp* dotyczących przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Zdaniem NIK, zdecydowana większość postępowań o udzielenie zamówienia w obszarach, o których mowa powyżej, prowadzona była w tych latach właśnie w tym trybie. Mogło to ograniczać dostęp małych i średnich przedsiębiorstw do rynku zamówień publicznych.

PRZYGOTOWANIE I PROWADZENIE POSTĘPOWAŃ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

W omawianej kontroli w wyniku analizy wyodrębniono obszary, w których istnieje szczególne ryzyko wystąpienia nieprawidłowości. Były to:

- celowość wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 *Pzp*;
- dokonywanie podziału zamówienia na części;
- postępowania, w których złożono oferty z rażąco niską ceną;
- proces szacowania wartości zamówienia.

Celowość udzielania zamówień publicznych

Do szczegółowego badania celowości udzielania zamówień wybrano zadania dotyczące kontroli weryfikacji dokumentacji związanej z umową o dofinansowanie zadań inwestycyjnych przez podmioty publiczne i prywatne oraz kontrolę na miejscu projektów pod kątem ich zgodności z przepisami prawa wspólnotowego i krajowego w obszarze prawa zamówień publicznych[6]. W ramach powyższych umów zlecano w pierwszej kolejności weryfikację dokumentacji pod kątem istnienia obowiązku stosowania przez beneficjenta przepisów *Pzp* i prawa wspólnotowego, tj. określenia czy beneficjent, udzielając w ramach realizowanego projektu zamówień, podlega przepisom art. 3 *Pzp*. Dopiero ewentualne ustalenie takiego obowiązku mogło skutkować zleceniem przeprowadzenia przez wykonawcę kontroli na miejscu. NIK zakwestionowała zasadność zlecania niektórych tego rodzaju usług, uznając, iż mogły być one z powodzeniem wykonane przez własne służby prawne.

Zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 *Pzp*

Zgodnie z art. 32 ust. 1 i 3 *Pzp*, jeśli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 *Pzp*, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających.

W 2009 roku przeprowadzono w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *Usługa kierowania pracowników tymczasowych do wykonywania pracy tymczasowej na rzecz pracodawcy użytkownika, rekrutowania pracowników tymczasowych oraz zamieszczania ogłoszeń o pracę na portalu internetowym agencji pracy tymczasowej*. Zgodnie z SIWZ, przewidziana została możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego w wysokości nie przekraczającej 50% wartości zamówienia podstawowego. Wartość zamówienia uzupełniającego nie została jednak ujęta w kwocie wartości zamówienia podstawowego. W ogłoszeniu o zamówieniu (przekazanym Urzędowi Oficjalnych Publikacji WE w dniu 26 października 2009 r.), jako całkowitą wielkość zamówienia podano kwotę 2 427 906,24 zł netto, nie informując, że zamawiający zamierza udzielić zamówienia uzupełniającego. Zamawiający skorygował jego treść poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, w zakresie punktu „całkowita wielkość lub zakres", dodając informację, że zamawiający zamierza udzielić zamówienia uzupełniającego w wysokości nie przekraczającej 50% zamówienia podstawowego, którego wartość została wykonawcom podana w ogłoszeniu pierwotnym. W umowie zawartej w dniu 30 grudnia 2009 r., ustalono wstępną wysokość wynagrodzenia wykonawcy na kwotę 2 814 851,04 zł brutto, jednocześnie określając, że maksymalna wysokość zobowiązań zamawiającego wynikających z tej umowy nie przekroczy kwoty 3 000 000,00 zł brutto. Z tytułu realizacji przedmiotowej umowy zamawiający wydatkował łącznie kwotę 3 860 016,36 zł (w tym z tytułu udzielonych zamówień uzupełniających 885 004,87 zł, co stanowiło 30% wartości zamówienia podstawowego).

Udzielone zamówienia uzupełniające były zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, zostały udzielone w trybie z wolnej ręki temu samemu wykonawcy, który realizował zamówienie podstawowe. Naruszono tym samym art. 32 ust. 3 *Pzp*, w związku z faktem, że nie skorygowano (przy zmianie ogłoszenia) całkowitej wartości zamówienia, która powinna wynosić 3 640 995,36 zł netto, a nie 2 427 906,24 zł netto.

---

[6] Jest to jeden z podstawowych celów działalności jednostki kontrolowanej.

NIK zwróciła uwagę, że nieuwzględnienie przy szacowaniu wartości zamówienia publicznego wartości zamówień uzupełniających może wpływać na prawidłowość wyboru procedury (trybu) prowadzenia danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przykładowo, wartość zamówienia bez uwzględnienia wartości zamówień uzupełniających błędnie może wskazywać na możliwość zastosowania tzw. procedury krajowej zamiast procedury unijnej lub może całkowicie mieścić się w wartości określonej w art. 4 pkt 8 *Pzp* (tj. wykluczającej stosowanie przepisów *Pzp*).

Podział zamówienia na części

Kontrolowany przeprowadził w 2010 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na następujące usługi:

- *Zapewnienie odpowiednich kompetencji konsultantów punktów konsultacyjnych (PK) – szkolenia i działania pomocnicze,* o szacunkowej wartości 1 682 120 zł netto, a uwzględniając zamówienia uzupełniające w kwocie 841 060 zł netto – w łącznej wysokości 2 523 180 zł netto (tj. powyżej 125 000 euro[7]);
- *Budowę kompetencji konsultantów – pakiet startowy, szkolenia wstępne,* szacunkowa wartość zamówienia została określona w wysokości 318 200 zł netto, a uwzględniając zamówienia uzupełniające w kwocie 159 100 zł netto – w łącznej wysokości 477 300 zł netto (tj. poniżej 125 000 euro).

Ogłoszenie o zamówieniu na *Zapewnienie odpowiednich kompetencji konsultantów PK* zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 18 lutego 2010 r. W SIWZ zapisano, że celem zamówienia jest zapewnienie odpowiednich kompetencji konsultantów świadczących usługi informacyjne w ramach punktów konsultacyjnych, natomiast przedmiotem zamówienia jest realizacja szkoleń dla konsultantów wraz z działaniami pomocniczymi. Umowę w sprawie realizacji zadania zawarto w dniu 24 czerwca 2010 r. Wynagrodzenie wykonawcy określono na kwotę nie wyższą niż 1 628 720 zł brutto.

Postępowanie na *Budowę kompetencji konsultantów* wszczynane było trzykrotnie – w 2009 r. i dwukrotnie w 2010 r. Ogłoszenia publikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Szczegółowej kontroli poddano postępowanie z dnia 10 czerwca 2010 r. W SIWZ napisano, że celem szkoleń jest ujednolicenie poziomu wiedzy i umiejętności kandydatów na konsultantów PK, natomiast przedmiotem zamówienia była realizacja szkoleń wstępnych *Pakiet startowy* dla konsultantów, którzy pozytywnie przeszli test wstępny i rozpoczynają świadczenie usług informacyjnych w ramach PK. Umowę w sprawie realizacji zadania zawarto w dniu 6 lipca 2010 r. – wynagrodzenie wykonawcy określono na kwotę nie wyższą niż 382 300 zł brutto. W załącznikach nr 1 do SIWZ, w obydwu postępowaniach opisano cały system budowy i rozwoju kompetencji konsultantów PK. Wynikało to z przyjętego sposobu postępowania, aby wyjaśnić potencjalnemu wykonawcy cele i założenia całego projektu systemowego.

---

[7] Średni kurs złotego do euro jako podstawa przeliczania wartości zamówień publicznych stanowił w omawianym okresie 3,839 – por. *rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie średniego kursu złotego do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych* (Dz. U. Nr 224, poz. 1796).

Kontrolowani wyjaśniali, że nie pamiętają dlaczego nie połączono obydwu postępowań w jedno albo nie przeprowadzono dwóch postępowań w ramach procedury unijnej. Ich zdaniem fakt, iż oba zamówienia dotyczyły usług szkoleniowych, zostały udzielone temu samemu wykonawcy, a umowy podpisano w bliskim odstępstwie czasowym – nie przesądza, że naruszony został zakaz określony w art. 32 ust. 2 *Pzp*[8].

Przy rozstrzyganiu kwestii, co do zasady, czy jest to jedno zamówienie udzielone w częściach, czy też z wieloma odrębnymi zamówieniami należałoby wziąć pod uwagę:

- przeznaczenie zamawianych usług i ich wzajemną zastępowalność (tożsamość przedmiotowa),
- ich dostępność u jednego wykonawcy (tożsamość podmiotowa),
- możliwość realizacji w tym samym czasie (tożsamość czasowa).

W tym przypadku, zdaniem kontrolowanych, nie zachodziła przesłanka tożsamości przedmiotowej. Twierdzili, że przynależność zamówień do tej samej kategorii wg Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) – w tym przypadku *„usług szkoleniowych"* nie stanowi o uznaniu, że mają to samo przeznaczenie i są tożsame przedmiotowo, a tym samym, że mamy do czynienia z jednym zamówieniem podzielonym na części. Usługa szkoleń wstępnych i usługa szkoleń cyklicznych nie są usługami takimi samymi lub zastępowalnymi. Inna była grupa docelowa uczestników szkoleń, a zbieżność czasowa, wynikająca z trzykrotnego wszczynania postępowania na szkolenia wstępne dla konsultantów, była przypadkowa. Jednocześnie kontrolowany wskazał, na duże prawdopodobieństwo, że w przypadku postępowania prowadzonego w procedurze krajowej zastosowano przesłankę z art. 6a *Pzp*[9], która umożliwia przeprowadzenie procedury w tym trybie.

Ogłoszenie o zamówieniu na *„Budowę kompetencji konsultantów – Pakiet startowy"*, pomimo tego, że było to zamówienie na usługi o wartości niższej niż 125 000 euro, powinno być ogłoszone w oficjalnym publikatorze unijnym. W ocenie NIK, wartość przedmiotowych zamówień na budowę kompetencji konsultantów, a następnie zapewnienie ich odpowiednich kompetencji powinna być zsumowana, zgodnie z art. 32 ust. 4 *Pzp*. W konsekwencji zamawiający zobowiązany byłby do zastosowania przepisów dotyczących miejsca publikacji ogłoszenia o zamówieniu, stosownie do art. 40 ust. 3 *Pzp*[10].

W myśl art. 32 ust. 2 *Pzp* zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów *Pzp* dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Co do zasady nie jest zakazany podział zamówienia na części, lecz zakazany jest podział, którego skutkiem jest uniknięcie przez zamawiającego przepisów *Pzp* właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej. Jeśli więc przed-

---

[8] Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości.

[9] W przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80.000 euro dla (…) usług (…), pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia.

[10] Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (obecnie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej).

miot zamówienia składa się z kilku części, wartość zamówienia stanowi sumę wartości wszystkich tych części. O tym, czy na gruncie *Pzp* mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z wieloma odrębnymi zamówieniami, decydują następujące przesłanki[11]:

- usługi mają takie samo lub podobne przeznaczenie i są nabywane w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia,
- usługi są dostępne u jednego wykonawcy,
- usługi są nabywane w przewidywalnym czasie.

W przypadku zaistnienia tych okoliczności zamawiający jest uprawniony udzielić danego zamówienia w toku odrębnych postępowań, ale zobowiązany jest w każdym z tych postępowań stosować przepisy właściwe dla łącznej wartości wszystkich części.

W ocenie NIK, w tym konkretnym przypadku wszystkie te przesłanki są spełnione. Świadczą o tym:

- istnienie związku funkcjonalnego pomiędzy tymi zamówieniami – usługi *Budowy kompetencji konsultantów – pakiet startowy* i *Zapewnienie odpowiednich kompetencji konsultantów PK* miały takie same lub podobne przeznaczenie i nabywano je w celu realizacji z góry przyjętego zamierzenia, jakim jest system budowy i rozwoju kompetencji konsultantów PK. Z treści obu opisów przedmiotu zamówienia wynika, że zarówno szkolenia wstępne, jak i szkolenia i działania pomocnicze były ze sobą ściśle powiązane i wzajemnie się dopełniały – szkolenia wstępne służą ujednoliceniu poziomu wiedzy i umiejętności kandydatów na konsultantów PK, z których wyselekcjonowana grupa będzie poddawana szkoleniom cyklicznym, zaś szkolenia cykliczne dla konsultantów PK KSU bez uprzedniego przeprowadzenia szkoleń wstępnych byłyby całkowicie bezprzedmiotowe;
- wybór tego samego wykonawcy do realizacji przedmiotowych zamówień;
- udzielenie obu zamówień w zbliżonym terminie, umowa na usługę *Budowy kompetencji konsultantów – pakiet startowy* została podpisana w dniu 6 lipca 2010 r., a umowa na usługę *Zapewnienie odpowiednich kompetencji konsultantów PK* w dniu 24 czerwca 2010 r. W momencie wszczęcia postępowania na szkolenia wstępne oczywista była konieczność przeprowadzenia jednego lub ewentualnie kilku postępowań na prowadzenie szkoleń cyklicznych i pomocniczych.

Nieprawidłowość powyższa stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określone w art. 17 ust.1 pkt 2b *ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, w brzmieniu obowiązującym w czasie popełnienia czynu.

NIK zwrócił uwagę, że zamówienia na szkolenia wstępne dla kandydatów na konsultantów PK oraz na szkolenia cykliczne było przedmiotem jednego zamówienia w 2008 r. W 2008 r. przeprowadzono takie postępowanie (udzielenie zamówienia na *Badanie kompetencji konsultantów PK*). W SIWZ zapisano, że celem zamówienia jest pomoc w zapewnieniu odpowiednich kompetencji konsultantów świadczących usługi informacyjne w ramach PK, a przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie wstępnych i cyklicznych weryfikacji kompetencji kandydatów do świadczenia usług informacyjnych w ramach PK. Umowę zawarto w dniu 21 października 2008 r. NIK zauważył także, iż kwestia, kto jest

[11] Patrz Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP – Warszawa 2012.

adresatem szkoleń nie ma znaczenia w kontekście rozstrzygnięcia, czy można mówić o udzieleniu jednego zamówienia podzielonego na części, a nie dwóch odrębnych zamówień.

W ocenie NIK, w powyższym przypadku nie zachodzą także przesłanki do zastosowania art. 6a *Pzp,* który dopuszczałby bardziej elastyczne procedury przewidziane przepisami prawa krajowego do postępowania częściowego na *Budowę kompetencji konsultantów PK*. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu, który dotyczy zamówień udzielanych w częściach, jeżeli oszacowana z należytą starannością (zgodnie z art. 32 ust. 1 *Pzp*) wartość części zamówienia jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia, zamawiający może zastosować przepisy właściwe dla wartości części zamówienia. Przywołać w tym miejscu należy treść art. 32 ust. 3 *Pzp*, zgodnie z którym przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających. Uwzględniając zamówienia uzupełniające, wartość zamówienia związana z budową kompetencji konsultantów wyniosła 477 300 zł i była wyższa niż określona w art. 6a *Pzp* kwota 80 000 euro (jej równowartość to 307 120 zł), a więc nie został spełniony ten warunek zastosowania art. 6a *Pzp*. Tym niemniej były to faktycznie dwa odrębne postępowania, a nie zamówienia częściowe, zatem przywołanie przez zamawiającego przepisu dotyczącego zamówień udzielanych w częściach jako prawdopodobnej podstawy odstąpienia od procedury unijnej, w ogóle nie było uzasadnione.

Rażąco niska cena oferty

Zamawiający w dniu 14 lipca 2010 r., w wyniku przeprowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, zawarł umowę z wykonawcą na realizację zamówienia obejmującego weryfikację maksymalnie 220 kompletów dokumentacji związanej z umową o dofinansowanie ze środków unijnych, pod kątem ich zgodności z *Pzp*. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 19 maja 2010 r. na 109 000 zł netto, a po uwzględnieniu ewentualnych zamówień uzupełniających w kwocie 54 500 zł netto – łącznie na kwotę 163 500 zł netto. Wartość zamówienia oszacowano na podstawie analizy kwot określonych w ofertach na podobne zamówienie realizowane w 2009 r., przyjmując stawkę wyższą z uwagi na odnotowany ówcześnie wzrost cen usług doradczych.

W postępowaniu złożono cztery oferty, wszystkie spełniały wymogi SIWZ. Oferta zawierająca najtańszą cenę wynosiła 56 852 zł, a oferta z najdroższą ceną – 555 344 zł.

Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 *Pzp* zwrócił się do wykonawcy oferującego najniższą cenę z prośbą o udzielenie wyjaśnień odnośnie elementów oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu. W odpowiedzi wykonawca wskazał te elementy oraz wyjaśnił, że zaproponowana cena ofertowa została określona z należytą starannością i gwarantuje wykonanie zamówienia w sposób rzetelny, w związku z czym nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu przepisów *Pzp*. Zamawiający uwzględnił te wyjaśnienia.

Umowę zawarto w dniu 14 lipca 2010 r. na kwotę nie wyższą niż 56 852 zł brutto. Kontrolowany w sprawie sposobu postępowania zamawiającego, w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny oferty, wskazał, że:

- w ramach prowadzonych postępowań występowały przypadki, gdy wykonawcy składali oferty, których wartość była znacznie niższa niż wartość zamówienia oszacowana z należytą starannością przez zamawiającego;

- wielokrotnie w podobnych sytuacjach występuje różnorodność cen zaproponowanych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu (oferty zawierają ceny znacznie poniżej wartości zamówienia – np. cena oferty poniżej 50% wartości zamówienia, oferty o wartości zbliżonej do wartości zamówienia oraz oferty przewyższające tą wartość);

- zamawiający, aby ustalić, że oferta zawiera rażąco niską cenę zgodnie z art. 90 ust. 1 *Pzp*, zwraca się do wykonawcy/wykonawców, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty; przyjęło się, że wyjaśnienia nie są czynnością jednorazową i zamawiający ma możliwość kilkukrotnego zwrócenia się do wykonawcy w celu uzyskania wyjaśnień; w myśl art. 90 ust. 2 *Pzp* stanowią one bowiem materiał do oceny dla zamawiającego; zgodnie z treścią tego przepisu, zamawiający przy ocenie wyjaśnień bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy;

- wykonawcy uzasadniają zastosowanie niższych cen (jako elementów ceny oferty) dysponowaniem zasobami przedmiotowymi (np. salą konferencyjną, niezbędnym sprzętem, środkami transportu), pracownikami na etacie czy posiadaniem odpowiedniego warsztatu metodologicznego bądź know-how;

- zamawiający nie ma możliwości zastosowania w tego typu sytuacjach dyspozycji art. 90 ust. 3 *Pzp*, w szczególności, gdy wykonawca nie uchylił się od udzielania wyjaśnień; u kontrolowanego nie zdarzyła się sytuacja, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny dotyczącej jego oferty – nie doszło też do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 *Pzp*, co powoduje, że w przypadku nie zastosowania przez zamawiającego w postępowaniu innych kryteriów niż cena, wybór oferty najkorzystniejszej dokonuje się jedynie w oparciu o wyznacznik cenowy;

- na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, a dalej na etapie zawarcia umowy, problem rażąco niskiej ceny nie implikuje potencjalnie negatywnych konsekwencji dla zamawiającego – z takimi można mieć do czynienia dopiero wtedy, gdy wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia, gdyż stawki, które wykonawca zaproponował (np. ekspertom) nie wystarczą na pełną obsługę przedsięwzięcia lub wykonanie usługi wymaga dłuższego czasu lub po prostu zakontraktowano przedmiot po cenach zaniżonych, które nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia; w konsekwencji zamawiający nalicza wykonawcy kary umowne albo, w dalszej kolejności, podejmuje decyzję o odstąpieniu od umowy.

NIK zwrócił uwagę, że w tym konkretnym przypadku istniały przesłanki do skorzystania przez zamawiającego z dyspozycji art. 90 ust. 3 *Pzp*, tj. odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo złożenia przez niego wyjaśnień, ze względu na rażąco niską cenę. W wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust. 1 *Pzp* wykonawca poinformował m.in., że zaoferowana cena nie odbiega od cen rynkowych podobnych usług, w tym od cen jego ofert składanych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które zakończyło się podpisaniem umowy w dniu 28 kwietnia 2009 r., a którego zakres przedmiotowy był tożsamy jak w przedmiotowym postępowaniu, ten sam wykonawca złożył ofertę na kwotę 278 969,80 zł brutto, co po uwzględnieniu ilości kompletów dokumentacji wymagającej weryfikacji (356 zamiast 220 przy tej samej liczbie planowanych kontroli), oznaczało czterokrotnie wyższą cenę za tę samą usługę.

Zdaniem NIK, w przypadkach opisanych jak wyżej, powinno się unikać automatyzmu przy ocenie rzetelności składanych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny.

NIK zwrócił ponadto uwagę, że cena jako jedyne kryterium rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może powodować zwiększone ryzyko wyboru oferenta, który nie oszacował w sposób rzetelny kosztów jego wykonania.

Szacowanie wartości zamówienia

Zamawiający udzielił zamówienia podstawowego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług w zakresie organizacji i przeprowadzenia szkolenia (dla grupy do 35 osób) – warsztatów z zakresu zidentyfikowanych nieprawidłowości w projektach współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, w szczególności nieprawidłowości występujących w postępowaniach przetargowych prowadzonych w oparciu o *Pzp*. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 1 marca 2011 r. na kwotę 39 837,40 zł netto. Szacowana jednostkowa wartość zamówienia (za każdą wyszkoloną osobę) wyniosła więc 1 138 zł netto. Oszacowania dokonano na podstawie zapytania wysłanego do czterech firm, z których odpowiedziały dwie, w tym jedna podając trzy różne ceny w zależności od miejsca szkolenia. Zamawiający przyjął do szacunku drugą z kolei najwyższą cenę. SIWZ przewidywała możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego. Szacunkową wartość zamówienia podstawowego określono na 39 837,40 zł, a zamówienia uzupełniającego na 16 462,60 zł, tj. łącznie 56 300 zł netto. W postępowaniu wpłynęło sześć ofert, które spełniały wymagania zamawiającego określone w SIWZ. Jedynym kryterium była cena. Umowę zawarto w dniu 22 czerwca 2011 r. na kwotę nie wyższą niż 16 725,10 zł, co oznaczało wynagrodzenie za każdą przeszkoloną osobę, zgodnie z ofertą, w wysokości 477,86 zł. Wykonawca wystawił w dniu 25 lipca 2011 r. fakturę na kwotę 15 291,52 zł, informując, że jest zwolniony z podatku VAT, na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 29 *ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług*.

W dniu 19 sierpnia 2011 r. w związku z planowanym udzieleniem zamówienia uzupełniającego, oszacowano jego wartość na 16 153,92 zł netto, co przy planowanych potrzebach szkoleniowych (24 osoby) oznaczało średnią cenę za jednego uczestnika w wysokości 673,08 netto. Szacowania wartości zamówienia dokonano na podstawie ofert wykonawców złożonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Zamawiający przyjął do szacunku średnią cenę oferty szkoleniowej złożonej w zamówieniu podstawowym. Ustalono, że dokonując szacowania wartości zamówienia do kwoty netto, wskutek omyłki, doliczono 23% podatek VAT, pomimo tego, że wykonawca umowy z dnia 22 czerwca 2011 r. przedstawił fakturę, z której wynikało, że jest zwolniony z tego podatku.

W wyniku przeprowadzonych negocjacji (w postępowaniu w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 *Pzp*) ustalono koszt szkolenia jednej osoby na kwotę 626,16 zł netto, a całkowitą wartość usługi na 18 784,80 zł netto.

Zamówienie uzupełniające polegało na udzieleniu tego samego rodzaju zamówień i zostało udzielone temu samemu wykonawcy. W podpisanej w dniu 27 września 2011 r. umowie zamawiający zobowiązał się zapłacić wykonawcy kwotę nie wyższą niż 18 784,80 zł, a więc nie wyższą niż 50% wartości szacowanego zamówienia podstawowego.

NIK stanął na stanowisku, że naruszony został przepis art. 32 ust. 1 *Pzp* – ustalenie wartości zamówienia z uwzględnieniem wartości podatku od towarów i usług.

Kontrola „Wykonywanie przez GDDKiA[12] obowiązków inwestora przy realizacji inwestycji drogowych" (P/12/076) – studium przypadku

Kontrola została przeprowadzona w okresie od 2 kwietnia do 4 października 2012 r. w Centrali Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (dalej GDDKiA) oraz oddziałach w Katowicach, Krakowie, Łodzi, Olsztynie, Rzeszowie, Szczecinie i Warszawie. Zbadano planowanie inwestycji drogowych, przygotowanie inwestycji do realizacji, wybór wykonawców inwestycji, wypełnianie zadań inwestora, nadzór w zakresie realizowanych inwestycji, finansowanie inwestycji oraz prowadzenie ewidencji środków trwałych. W ramach tych badań skontrolowano także sposób realizacji zamówień publicznych.

W efekcie stwierdzono, że zamówienia publiczne udzielane były na ogół z zachowaniem zasad określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Przy dokonywaniu zamówień publicznych występowały jednak przypadki działań niezgodnych z ustawą, świadczące o występowaniu korupcjogennej dowolności postępowania, takie jak:

- zawarcie kontraktu na budowę drogi bez zabezpieczenia środków na jego realizację,
- nierzetelne sprawdzenie (w toku 3 postępowań przetargowych), czy oferty zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- niedochowanie wymogu określonego w art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp przez zawarcie w siwz i w informacji na stronie internetowej daty otwarcia ofert innej niż w ogłoszeniu o przetargu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, otwieranie ofert w obu wskazanych datach i niedokonanie unieważnienia postępowania, lecz wybranie oferty, która wpłynęła po pierwszym terminie otwarcia ofert,
- nierzetelne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia.

Prowadzenie postępowań o udzielenie zamówień publicznych na opracowanie dokumentacji projektowej i realizację inwestycji drogowych

W okresie od 2009 r. w GDDKiA obowiązywała reguła, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego poszczególnych inwestycji prowadziły Oddziały właściwe miejscowo dla ich lokalizacji, a Centrala prowadziła je tylko w przypadkach, w których Generalny Dyrektor uznał to za celowe.

W przeprowadzanych przez GDDKiA postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane stosowano praktycznie **jedynie kryterium ceny**. Z tego względu istotne dla wyłonienia rzetelnego wykonawcy było określenie warunków przewidzianych w art. 22 ust 1 Pzp, które powinien on spełniać. Określane przez GDDKiA warunki w zakresie sytuacji ekonomiczno-finansowej wykonawcy nie pozwalały na wyeliminowanie z postępowania firm znajdujących się w trudnej sytuacji finansowej.

[12] Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad.

W październiku 2008 r. Generalny Dyrektor w celu umożliwienia uczestnictwa w ogłaszanych postępowaniach przetargowych szerszemu gronu wykonawców, polecił Dyrektorom Oddziałów zaprzestać stosowania wobec wykonawców warunku w zakresie „płynności bieżącej" oraz sformułował wzory dotyczące określenia wymaganego średniego przychodu i wymaganej kwoty środków własnych w dyspozycji wykonawcy. Wymagania określone przez Generalnego Dyrektora były bardzo liberalne, szczególnie w zakresie środków własnych, których wielkość określono jako iloraz dwukrotnej wartości szacunkowej zamówienia i oczekiwanej liczby miesięcy jego realizacji. Wobec ustaleń umownych dotyczących płatności za wykonane prace[13] spełnianie tego warunku nie dawało gwarancji, że sytuacja finansowa wykonawcy pozwoli mu na sprawną realizację zamówienia, tym bardziej, że GDDKiA jako posiadane przez wykonawcę środki własne traktowała również oświadczenia banku o gotowości jego kredytowania.

Przyjęte kryteria nie zapewniły wyeliminowania z postępowań podmiotów znajdujących się w trudnej sytuacji finansowej, o czym świadczą liczne wnioski o ogłoszenie upadłości zgłaszane przez wykonawców wyłonionych przez GDDKiA w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Przykładem firmy znajdującej się w kryzysie, jest lider Konsorcjum wybranego do realizacji zamówienia na kontynuację zadania *„Budowa autostrady A-2 odcinek C"*. GDDKiA 29 lipca 2011 r. podpisała umowę z Konsorcjum a w dniu 6 kwietnia 2012 r. jego lider – DSS S.A. złożyła do sądu wniosek o ogłoszenie upadłości, zaś podwykonawcy wystąpili do GDDKiA o zapłatę nieuregulowanych przez Konsorcjum należności. Skutkiem problemów finansowych lidera Konsorcjum była konieczność bezpośredniego regulowania przez GDDKiA należności z tytułu prac wykonanych przez podwykonawców. Przy tym GDDKiA rozpatrując ofertę złożoną przez to Konsorcjum dysponowała dokumentacją wskazującą na trudną sytuację finansową lidera, który w latach 2008–2010 uzyskiwał ujemne wyniki finansowe. Strata netto wyniosła: za 2008 r. – 11.990,8 tys. zł, za 2009 r. – 18.183,5 tys. zł, za 2010 r. – 17.988 tys. zł (co stanowiło 15,9 % przychodów ze sprzedaży). Opinie i raporty biegłego rewidenta za lata 2008-2010 wskazywały na wartości ujemne wskaźników finansowych, takich jak rentowność sprzedaży netto i rentowności kapitału własnego, stopę zadłużenia w przedziale 56,4% – 69,6% oraz wskaźnik płynności na poziomie 0,3–0,4 przy wartości referencyjnej 1,2–2,0.

W przeprowadzonych postępowaniach stwierdzono szereg nieprawidłowości, wskazujących na występowanie w tym zakresie korupcjogennej dowolności postępowania:

a) Działając z naruszeniem prawa zastępca Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad zawarł kontrakt na wykonanie I odcinka inwestycji pn. *„Budowa drogi ekspresowej S-3 Szczecin – Gorzów Wielkopolski"*, węzeł „Klucz" – węzeł „Pyrzyce" od km 0+000 do km 28+200. Kontrakt ten zawarto jako trzeci w kolejności i jego wartość wraz z cenami na dwa wcześniej zawarte kontrakty na wykonanie odcinka II i odcinka III, przewyższała kwotę, którą GDDKiA mogła przeznaczyć na sfinansowanie tej inwestycji. Otwarcie ofert, które wpłynęły w ramach trzech postępowań o zamówienie publiczne prowadzonych dla wszystkich trzech odcinków, nastąpiło w dniach 12 czerwca oraz 11 i 13 lipca 2007 r. Suma najniższych cenowo ofert wynosiła 1.937.193,1 tys. zł i była wyższa o 239,5 tys. zł od wartość

[13] Najpierw wykonawca musi kupić materiały, za które GDDKiA mu nie zapłaci, póki nie będą „wbudowane", potem po miesiącu wykonywania prac, może przedstawić rozliczenie, ale nie może ono obejmować wszystkich robót, tylko roboty wykonane w ramach wykonanych i odebranych pozycji kosztorysowych i w ciągu 56 dni po otrzymaniu przez Inżyniera Rozliczenia za dany miesiąc wraz z dokumentami towarzyszącymi może oczekiwać na płatność. Praktycznie płatności dokonywane są za roboty wykonane 6 miesięcy wcześniej.

kosztorysowej ww. inwestycji oraz o 373,3 tys. zł od planowanych wydatków określonych w PBDK I. Pomimo tego, ówczesne kierownictwo GDDKiA zawarło umowy z wykonawcami poszczególnych zadań: na odcinek II – 3.10.2007 r., na odcinek III – 13.12.2007 r. i na odcinek I – 22.01.2008 r., na łączną kwotę 1.937.193,1 tys. zł. Zawarcie umowy na wykonanie odcinka I ww. inwestycji za kwotę 666.986,51 tys. zł, stanowiło naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który nakazywał zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Czyn ten wypełniał również znamiona czynu stanowiącego naruszenie dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 15 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych[14]. GDDKiA jako jednostka finansów publicznych, działając w granicach i na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych, mogła zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, tak aby była ona wyższa od ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej, o ile uznałaby to za uzasadnione i celowe, a następnie mogła udzielić zamówienia wykonawcy. Jednak kolejność tych działań nie mogła być odwrotna, tak jak to nastąpiło w tym przypadku. Umowę z wykonawcą odcinka I w ramach tej inwestycji zawarto w dniu 22 stycznia 2008 r., a dopiero w dniu 26.03.2008 r. w planie rocznym na 2008 r. przyjęto kwotę wystarczającą na realizację wszystkich trzech zawartych już wcześniej kontraktów.

b) W toku 3 postępowań przetargowych przeprowadzonych przez Centralę GDDKiA w sposób nierzetelny dokonano sprawdzenia, czy oferty 4 wykonawców zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Centrala GDDKiA wystąpiła do 4 wykonawców, których ceny ofertowe były najniższe i stanowiły od 45,7% do 64,1% ceny określonej w kosztorysie inwestorskim, o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Były to jednak działania nierzetelne, ponieważ w wezwaniu do ich złożenia[15] nie wskazano, które elementy oferty budziły wątpliwości GDDKiA i w sprawie których elementów wykonawca ma złożyć wyjaśnienia. Stwierdzono jedynie, iż zaoferowana cena jest niska w stosunku do szacowanej i domagano się udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny.

   Na sformułowane w powyższy sposób zapytania o wyjaśnienia GDDKiA otrzymała ogólnikowe odpowiedzi, w których wykonawcy stwierdzili m.in.: *„zawarta w ofercie Konsorcjum cena realizacji przedmiotowego zamówienia została przygotowana z należytą starannością, na podstawie wnikliwej analizy warunków rynkowych, aktualnych cen materiałów, kruszyw, maszyn oraz kosztów pracy niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, jak również z uwzględnieniem szczególnych okoliczności związanych z prowadzoną przez wszystkich członków Konsorcjum działalnością gospodarczą"*. Ogólnikowe wyjaśnienia zostały przyjęte przez Komisje przetargowe, które uznały je za wyczerpujące i potwierdzające, że oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

---

[14] Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.

[15] Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w sprawie zaoferowanej przez niego ceny, jeżeli w wyniku szczegółowej analizy złożonej oferty oceni, że oferowana cena jest rażąco niska. Wyjaśnienia wykonawcy nie mają charakteru dowodowego, lecz mają za zadanie utwierdzić zamawiającego w słuszności dokonanej oceny lub przeciwnie – wskazać, że ocena zamawiającego jest nieprawidłowa. Aby dać wykonawcy szansę na wykazanie, że ocena zamawiającego jest nieprawidłowa, tj. że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, w wezwaniu do złożenia wyjaśnień zamawiający powinien wskazać elementy oferty, które wzbudziły jego wątpliwości, tak by wykonawca mógł w swoich wyjaśnieniach odnieść się do tych właśnie kwestii.

Jednym z wykonawców, który składał powyższe wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny było Konsorcjum firm: China Overseas Engineering Groupe Co. Ltd., Shanghai Construction (Group) General Co., China Railway Tunel Group Co., DECOMA Sp. z o.o., którego oferty na wykonanie odcinków A i C autostrady A-2 zostały wybrane jako najbardziej korzystne. Umowę na wykonanie odcinka C zawarto na kwotę stanowiącą zaledwie 45,7% kwoty przeznaczonej przez GDDKiA na ten cel. GDDKiA odstąpiła od umowy z tym Konsorcjum w dniu 13 czerwca 2011 r., tj. po 20 miesiącach od podpisania umowy, w sytuacji gdy Konsorcjum to w połowie maja wstrzymało roboty na budowie, zalegało z płatnościami wobec podwykonawców na ok. 117 mln zł (na dwóch realizowanych odcinkach autostrady A2) i zażądało od GDDKiA wyższej zapłaty za wykonanie przedmiotu umowy.

W świetle ustaleń kontroli do tej sytuacji doszło, ponieważ służby GDDKiA nie dołożyły należytej staranności i rzetelności przy weryfikacji dokumentów potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu przetargowym oraz przy formułowaniu wezwania o złożenie wyjaśnień kierowanego do Konsorcjum w celu ustalenia, czy złożona przez nie oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, poprzez brak jednoznacznego określenia elementów oferty, co do których wyjaśnień oczekiwano. Działając w tym zakresie GDDKiA powoływała się, że działa na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ale działania te nie były zgodne z tym przepisem.

O występowaniu zjawiska składania – przez wykonawców – ofert zawierających ceny rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia mogą świadczyć występujące różnice pomiędzy cenami zaoferowanymi w ofercie przez wykonawcę, a cenami na ten sam zakres, które wykonawca ten musiał zapłacić podwykonawcom. Analiza porównawcza kosztorysu ofertowego Konsorcjum firm: NDI SA i SB Granit SA oraz 9 faktur podwykonawców budowy autostrady A-4 odcinka węzeł Brzesko – węzeł Wierzchosławice wykazała, że wartość robót rozliczanych w ramach umowy zawartej przez to Konsorcjum z GDDKiA była niższa od wartości tych robót wykonywanych przez podwykonawców.

c) Wyboru wykonawcy zadania „Rozbudowa drogi krajowej nr 16 etap IV na odcinku drogi Biskupiec – Borki Wielkie" realizowanego przez Oddział w Olsztynie dokonano z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. W toku postępowania o zamówienie publiczne na wybór wykonawcy tego odcinka drogi Komisja wystąpiła do jednego z wykonawców o udzielenie wyjaśnień, nie wskazując jednak elementów, które w trakcie badania oferty wzbudziły wątpliwości, lecz stwierdzając jedynie ogólnikowo, że zaoferowana cena jest niska w stosunku do szacowanej. Niewskazanie szczegółowo żądanych wyjaśnień stanowiło naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Komisja przetargowa odrzuciła ofertę tego wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę i spośród pozostałych ofert wybrał jako najkorzystniejszą ofertę o najniższej cenie. Odrzucenie ww. oferty, której cena była zaledwie o 2 % niższa od wybranej, nastąpiło bez wykazania przez Komisję zasadności twierdzenia, że zawiera ona rażąco niską cenę – Komisja nie wskazała żadnego elementu odrzuconej oferty, który potwierdzałby, że zaoferowana w niej cena była rażąco niska. Niezasadne odrzucenie oferty stanowiło naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców naruszono art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

d) Komisja powołana przez Dyrektora Oddziału w Szczecinie dokonała wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji, w której postępowanie należało unieważnić. Dotyczyło to postępowania na wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania pn. *„Zmiana zagospodarowania drogi ekspresowej S-3 w okolicy rzeki Myśla ok. km 51+200"* (179.340 zł brutto), w którym termin

składania i otwarcia ofert w SIWZ i w informacji na stronie internetowej wyznaczono na dzień 18 września 2009 r., natomiast termin ten w ogłoszeniu o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) i na tablicy w siedzibie zamawiającego wskazano na 17 września 2009 r. Tym samym nie dochowano wymogu określonego w przepisie art. 40 ust. 6 pkt 2 *Pzp* identycznej treści ogłoszeń publikowanych w BZP i na stronie internetowej zamawiającego oraz w jego siedzibie, przez co nie zapewniono zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 *Pzp)*. W postępowaniu tym jako najkorzystniejszą wybrano ofertę, która wpłynęła do Oddziału GDDKiA w dniu 18 września 2009 r., mimo że zgodnie z pkt 5. protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, otwarcie ofert odbyło się 17 września 2009 r. w siedzibie zamawiającego. Dokumentacja postępowania wskazywała na wybór oferty, która została złożona po terminie składania i otwarcia ofert, określonym w ogłoszeniu o zamówieniu w BZP i na tablicy w siedzibie zamawiającego. Postępowanie zatem powinno było zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 *Pzp*.

e) W Oddziale w Rzeszowie nierzetelnie oszacowano wartość przedmiotu zamówienia dotyczącego wykonania „Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej" dla 47-kilometrowego odcinka autostrady A4: Jarosław „Węzeł Wierzbna" (bez węzła) – Korczowa", co miało wpływ na wybór ofert, bo przy prawidłowym oszacowaniu należałoby postępowanie unieważnić. Do określenia wartości przedmiotu zamówienia posłużono się kosztem wykonania dokumentacji jednego kilometra drogi, który przyjęto błędnie na 8.714 euro zamiast 8.714 zł. W ten sposób szacunkową wartość przedmiotu zamówienia określono na 2 mln zł (brutto) zamiast na 511.965 zł (brutto), przez co zawyżono ją o 1.588.035 zł. W przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie ww. zamówienia publicznego, cena najtańszej, wybranej oferty wynosiła 775.920 zł. W sytuacji poprawnego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia i zaplanowania na jego realizację kwoty odpowiadającej temu szacowaniu, Zamawiający powinien unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (wg stanu prawnego na dzień otwarcia ofert, tj. 05.01.2009 r.). Na skutek nierzetelnego oszacowania wartości przedmiotu zamówienia dokonano zamówienia na kwotę wyższą od prawidłowo ustalonej szacunkowej wartości zamówienia o 263.955 zł, tj. 51,6 %.

f) W prowadzonych w Oddziale w Szczecinie postępowaniach poniżej 14 tys. euro naruszono szereg postanowień zarządzenia nr 79 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad[16] z dnia 16 grudnia 2008 r., w tym dwie umowy realizowane w ramach *„Budowy obwodnicy TPO w ciągu drogi krajowej nr 3"*[17]*, na kwoty 59.655 zł i 60.270 zł,* zawarto mimo niezatwierdzenia wniosków w sprawie realizacji każdego z tych zamówień. Wnioski te zostały zatwierdzone dopiero po 6 i 8 dniach od podpisania umów.

g) W toku prowadzonych przez Oddział w Krakowie postępowań o zamówienie publiczne na wykonanie wszystkich trzech badanych odcinków autostrady A-4, Komisja przetargowa wykluczyła po dwóch wykonawców. Wykonawcy ci w postępowaniu odwoławczym uzyskali orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące na nieuprawnione ich wykluczenie.

Omówione powyżej wyniki kontroli w dwóch jednostkach kontrolowanych przez NIK (pomimo diametralnej różnicy w celu ich działalności a także skali dokonywanych zamó-

---

[16] *W sprawie realizacji zamówień publicznych wyłączonych spod stosowania przepisów Pzp przez GDDKiA.*

[17] Na wykonanie projektu naprawy wiaduktu drogowego WD-1 oraz na wykonanie ekspertyzy obiektów WD1 i WD3.

wień publicznych) wskazują na występowanie podobnych nieprawidłowości przy realizacji zamówień publicznych. Należy do nich zaliczyć:

- brak należytej staranności i rzetelności przy weryfikacji dokumentów potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu przetargowym oraz przy ustaleniu, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- nierzetelne oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia,

- nieuzasadniony podział zamówienia na części,

- nierzetelne szacowanie wartości zamówienia.

Najwyższa Izba Kontroli nadal będzie poświęcać problematyce zamówień publicznych sporo miejsca w toku swoich kontroli. Prowadzić też będzie kontrole mające na celu kompleksowe podejście od zamówień publicznych. Przykładem takiego podejścia jest kontrola: „Udzielanie i realizacja przez Urząd Miasta Zielona Góra i miejskie jednostki organizacyjne zamówień publicznych w latach 2008–2012" P/13/193 zaplanowana do przeprowadzenia w II kwartale 2013 r.

KONTROLA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH JAKO INSTRUMENT ZAPOBIEGANIA KORUPCJI W ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ

Dr Jan Gola
Katedra Prawa Gospodarczego
Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

1. WPROWADZENIE

Powszechność korupcji, jej trwałość oraz degradujący wpływ na funkcjonowanie struktur państwowych, na działalność instytucji publicznych oraz na stosunki międzyludzkie, skłaniają do poszukiwania środków zaradczych. W związku ze skalą i wieloaspektowością tej patologii życia społecznego nieuniknione jest wykreowanie systemu antykorupcyjnych instrumentów prawnych w szeroko rozumianym prawie publicznym[1].

Obszar zamówień publicznych jest nieodłącznie związany ze zjawiskiem korupcji w administracji publicznej. Z całą pewnością nie można ignorować tego zjawiska. Korupcja jest patologią władzy występującą na całym świecie, a obecnie jest to bardzo poważny problem również w Polsce[2]. Uznaje się ją za największe zagrożenie dla demokracji oraz wolnej i uczciwej konkurencji w działalności gospodarczej. Przenika w każdą dziedzinę życia – do administracji, polityki, wymiaru sprawiedliwości oraz gospodarki. Zmienia wolny rynek w system układów oraz ma niebagatelny wpływ na funkcjonowanie przedsiębiorstw.

2. DEFINICJA KORUPCJI

Olbrzymim czynnikiem korupcjogennym jest sfera uznaniowości. Zbyt duża dowolność i nadmiar kompetencji przekazana urzędnikom może przyczynić się do zwiększenia występowania tego przestępstwa. Korupcja narusza zaufanie do prawa oraz władz państwowych[3]. Powoduje podrożenie kosztów towarów, usług i transakcji handlowych oraz brak poczucia bezpieczeństwa u obywateli. Niszczy podstawowe zasady moralne, tj. uczciwość, lojalność i odpowiedzialność, a tym samym dewastuje podstawową tkankę społeczeństwa obywatelskiego[4]. Jedną z głównych cech korupcji jest jej powszechność. Występuje ona bowiem we wszystkich systemach gospodarczych i politycznych na świecie. Nie można zapominać też o towarzyszącej jej entropii, bowiem przekupstwo

---

[1] Nie ulega wątpliwości, że zasadniczą rolę w zapobieganiu i zwalczaniu korupcji na gruncie normatywnym odgrywa prawo publiczne. W sferze prawa publicznego swoiste antykorupcyjne mechanizmy wykształciło prawo karne oraz prawo administracyjne. Specyfika antykorupcyjnej regulacji administracyjnego prawa materialnego przejawia się w tym, że koncentruje się ono na zapobieganiu korupcji.

[2] Zob. M. Tymiński, *Rożne twarze korupcji* (w:) M. Tymiński, P. Koryś (red.), *Oblicza korupcji. Zjawisko, skutki i metody przeciwdziałania,* Warszawa 2006, s. 13.

[3] Zob. E. Łętowska, *Dobro wspólne – władza – korupcja* (w:) E. Popławska (red.), *Dobro wspólne. Władza. Korupcja. Konflikt interesów w życiu publicznym*, Warszawa 1997, s. 7 i nast.

[4] A. Kojder, *Korupcja i poczucie moralne polaków* (w:) J. Mariański (red.), *Kondycja moralna społeczeństwa polskiego*, Warszawa 2002, s. 234,

rozpowszechnia się na dziedziny, w których wcześniej nie występowało. Korupcję pochłania internacjonalizacja, przekraczanie granic kulturowych, ideologicznych oraz państwowych[5]. W polskim porządku jurydycznym definicja korupcji znajduje się w art. art. 1 ust. 3a ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym[6]. Korupcją, w rozumieniu ustawy, jest czyn: polegający na obiecywaniu, proponowaniu lub wręczaniu przez jakąkolwiek osobę, bezpośrednio lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści osobie pełniącej funkcję publiczną dla niej samej lub dla jakiejkolwiek innej osoby, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jej funkcji; polegający na żądaniu lub przyjmowaniu przez osobę pełniącą funkcję publiczną bezpośrednio, lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści, dla niej samej lub dla jakiejkolwiek innej osoby, lub przyjmowaniu propozycji lub obietnicy takich korzyści, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jej funkcji; popełniany w toku działalności gospodarczej, obejmującej realizację zobowiązań względem władzy (instytucji) publicznej, polegający na obiecywaniu, proponowaniu lub wręczaniu, bezpośrednio lub pośrednio, osobie kierującej jednostką niezaliczaną do sektora finansów publicznych lub pracującej w jakimkolwiek charakterze na rzecz takiej jednostki, jakichkolwiek nienależnych korzyści, dla niej samej lub na rzecz jakiejkolwiek innej osoby, w zamian za działanie lub zaniechanie działania, które narusza jej obowiązki i stanowi społecznie szkodliwe odwzajemnienie[7].

3. KORUPCJA A ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Wartość rynku zamówień publicznych, a co za tym idzie potencjalne korzyści jakie mogą na nim osiągnąć przedsiębiorcy oraz decydujący o im udzielaniu zamówień urzędnicy należy uznać za główne czynniki korupcjogenne. Zamówienia publiczne tworzą obecnie istotną część rynku w znaczeniu ekonomicznym (element gospodarki wolnorynkowej). O jej znaczeniu przesądza natomiast stale rosnąca wartość udzielanych zamówień, która powoduje, że ich uzyskiwanie staje się dla niektórych przedsiębiorców podstawowym sposobem funkcjonowania w gospodarce. Sytuacja ta wpływa na zaostrzenie się konkurencji na rynku zamówień publicznych, zachęcając do zachowań korupcyjnych zmierzających do pozyskiwania zamówień i eliminacji konkurencji na tym rynku. Minimalizacja ryzyka korupcji w dziedzinie zamówień publicznych wymaga wieloaspektowego oddziaływania, w tym sprawnego przeprowadzania czynności kontrolnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Wskazuje się, że do najczęściej naruszanych reguł prawa zamówień publicznych oraz jednocześnie zachowań, które mogą sprzyjać lub być skutkiem zjawiska korupcji można zaliczyć: niestosowanie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych[8] w sytuacji, gdy spełnione są podmiotowe i przedmiotowe przesłanki jej stosowania lub próby obchodzenia ustawy (działania *praeter legem*) np.: dzielenie zamówienia na części dla zmniejszenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia w dążeniu do ich uznania za zamówienia „podprogowe"; wadliwe przygotowanie procedury udzielenia zamówienia publicznego; brak sprecyzowanej koncepcji lub celu realizacji zamówienia publicznego; brak rzetelnego planowania zamówień publicznych; wadliwe sporządzenie dokumentów; brak należytego przygotowania umów w sprawie zamówienia publicznego; nadużywanie trybów „nieprzetargowych"; manipulowanie dostępem do informacji o zamówieniach, manipulowanie kryteriami oceny ofert i innymi kryteriami udziela-

[5] *Ibidem*, s. 202.

[6] Dz. U. Nr 104, poz. 708 ze zm.

[7] Zob. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 czerwca 2009 r. (K 54/07).

[8] Dz. U z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm. Dalej Pzp.

nia zamówień, niedostateczne dokumentowanie postępowań, udzielenie zamówień publicznych nierzetelnym wykonawcom[9].

Trzeba zaznaczyć, że na zakres i stopień zjawisk patologicznych w systemie zamówień publicznych ma znaczny wpływ ustawodawstwo w tej dziedzinie. Mimo, że systematycznie wprowadzane są instytucje prawne mające na celu ograniczenie praktyk korupcyjnych to przecież doświadczenie pokazuje, że w wielu przypadkach rozbudowywanie przepisów i procedur jest nieskuteczne[10]. Należy także pamiętać, że nadużycia w zamówieniach publicznych nie kończą się z chwilą udzielenia zamówienia publicznego. Z korupcją można się zetknąć także w trakcie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdzie może dochodzić do używania przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w celach osobistych lub żądania dla siebie od wykonawcy dodatkowych korzyści jako „zapłaty" za pomoc przy uzyskaniu zamówienia. Z drugiej strony również wykonawca może oferowane świadczenie zastępować świadczeniem niższej jakości lub też domagać się bezpodstawnie zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego[11].

4. UJĘCIE OGÓLNE KONTROLI

Moje konstatacje będą dotyczyły kontroli uprzedniej oraz kontroli doraźnej w systemie zamówień publicznych. Instytucje te w sposób istotny wpływają na zapobieganie korupcji w administracji publicznej, a ich prawidłowe funkcjonowanie przyczynia się do bardziej skutecznego wydatkowania środków publicznych.

Niewątpliwie czynności kontrolne wykonywane są w ramach nadzoru, który jest oddziaływaniem o charakterze weryfikacyjnym (*ex post*) czy prewencyjnym (*ex ante*). Organ nadzorujący wyposażony jest w środki oddziaływania na postępowanie organów nadzorowanych oraz powinien wyciągać konsekwencje z ich działalności, poprzez wprowadzenie środków prawnych, którymi są możliwości władczego i jednostronnego oddziaływania na czynności organu nadzorowanego[12]. A. Chełmoński zaznacza, że „celem kontroli nad administracją jest badanie prawidłowości działania administracji ze względu na osiągniecie założonych celów oraz ze względu na dobór odpowiednich środków."[13] Autor zauważa również, że w prawie administracyjnym istnieje tendencja do takiego zorganizowania kontroli nad administracja, by mogła ona objąć spełnienie zarówno interesu społecznego, jak też pewnych interesów indywidualnych[14]. Zaznaczyć należy również, że do funkcji kontroli można zaliczyć: funkcję informacyjną, funkcję korekty podejmowanych decyzji, funkcję utrwalania wzorców właściwego postępowania, funkcję pogłębiania gwarancji praworządności i funkcję ogólnego podnoszenia kultury pracy[15].

---

[9] P. Wiśniewski, *Korupcja w obszarze zamówień publicznych w Polsce – zagrożenia i rekomendacje na przyszłość,* Warszawa 2006, s. 7–8.

[10] A. Panasiuk, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2004, s. 194 i nast.

[11] A. Mituś, *Zjawiska patologiczne w systemie zamówień publicznych* (w:) P. J. Suwaj, D. R. Kijowski (red.), *Patologie w administracji publicznej,* Warszawa 2009, s. 718–719.

[12] Zob. P. Chmielnicki, *Akty nadzoru nad działalnością samorządu terytorialnego*, Warszawa 2006 s. 19; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2009, s. 139.

[13] A. Chełmoński, *Przedsiębiorstwo państwowe wobec organów zwierzchnich*, Wrocław 1966, s. 116.

[14] *Ibidem*, s. 120.

[15] A. Sylwestrzak, *Kontrola administracji publicznej w III Rzeczpospolitej Polskiej*, Gdańsk 2004, s. 17. Zob. J. Homplewicz, *Kontrola administracji*, Kraków 1974, s. 14.

Z. Rybicki definiuje kontrolę jako: obserwowanie i analizowanie działań jednostki kontrolowanej; porównywanie wyników analizy ze wzorcami takich działań; formułowanie wniosków z dokonywanych porównań oraz propozycji zmian w działaniach jednostki kontrolowanej; przedstawienie wniosków i propozycji organowi nadrzędnemu nad jednostką kontrolowaną[16]. Czynności kontrolne mają charakter materialno-techniczny i nie są podejmowane w celu wywołania określonych skutków prawnych, lecz w celu spowodowania jakiegoś stanu faktycznego[17].

Ranga kontroli tej w zorganizowanym działaniu jest niepodważalna, a w przypadku działań administracyjnych nabiera szczególnej wagi. Niewątpliwie działania administracji w różnych sferach uzasadniają istnienie szerokiego zakresu kontroli[18]. Przecież im wyższy stopień skomplikowania i złożoności działań administracji, tym bardziej rozbudowane i zróżnicowane muszą być działania weryfikacyjne. W związku z tym sfera kontroli administracji publicznej podlegając nieustannym przeobrażeniom cały czas rozrasta się[19]. Zawsze trzeba pamiętać jednak, że prawny system kontroli nad administracją[20] oparty jest na podstawowym celu tej instytucji, którym jest zapewnienie zgodności działania z prawem[21].

5. KONTROLA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Nie ulega wątpliwości, że przeprowadzenie kontroli w sferze zamówień publicznych może doprowadzić do zapobiegnięcia dopuszczenia się przez poszczególne podmioty czynów korupcyjnych. Należy podkreślić, że wobec celów postępowania o udzielenie zamówienia kontrola uprzednia i doraźna posiadają akcesoryjny charakter, toteż nie muszą stanowić obligatoryjnego składnika systemu gwarancji przestrzegania prawa zamówień. Niemniej jednak normodawca zdecydował o potrzebie wprowadzenia tych trybów kontroli jako kompetencji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych[22]. Kontrola polega na sprawdzeniu zgodności postępowania dotyczącego udzielenia zamówienia publicznego z przepisami przedmiotowej ustawy[23]. Może być ona poprzedzona postępowaniem wyjaśniającym mającym na celu ustalenie, czy w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy, których naruszenie mogło mieć wpływ na jego wynik[24]. Przeprowadzenie kontroli udzielania zamówień nie jest postępowaniem administracyjnym w rozumieniu ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego[25] i nie kończy się wydaniem decyzji administracyjnej. W tym przypadku także działanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie ma charakteru władztwa administracyjnego wyrażającego się w jednostronnym oświadczeniu woli organu, opartym na przepisach prawa administracyjnego i określającym sytu-

---

16 Z. Rybicki, S. Piątek, *Zarys prawa administracyjnego i nauki administracji*, Warszawa 1988, s. 256.

17 M. Szewczyk, *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym,* Poznań 1995, s. 107.

18 Por. O. Bujkowa, J. Jagielski, J. Lang, *Kontrola administracji*, Warszawa 1986, s. 20 i nast.

19 Zob. D. Wacinkiewicz, *Kontrola i nadzór w prawie komunalnym,* Warszawa 2007, s. 116.

20 Zarówno w sferze organizacyjnej, jak i funkcjonalnej.

21 Zob. E. Stefańska, *Wybrane aspekty nadzoru oraz kontroli administracyjnej i sądowej sprawowanej nad działalnością gmin w sferze majątkowej* (w:) J. Boć, A. Chajbowicz, *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, Wrocław 2009, s. 615 i nast.

22 Dalej: Prezes UZP.

23 Zob. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2012 r. (KIO KD 36/12).

24 Art. 161 Pzp.

25 Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.

ację prawną konkretnie wskazanego adresata[26]. To właśnie mechanizmy kontrolne Prezesa UZP mogą ograniczyć korupcję w systemie zamówień publicznych.

Należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 161 ust. 2 Pzp kontrola jest przeprowadzana tylko na podstawie jednego kryterium – legalności. Jak podkreśla P. Szustakiewicz kryterium to „jest jednak jeszcze zawężone do kontroli zgodności działań zamawiającego z przepisami Prawa zamówień publicznych. Tak więc Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie może w trakcie przeprowadzania kontroli dokonywać oceny, czy kontrolowane postępowanie jest zgodne z innymi przepisami np. przepisami dot. ochrony środowiska, czy o ochronie zabytków oraz, co oczywiste, Prezes UZP nie może dokonywać oceny gospodarności, celowości czy rzetelności jego działań."[27]

Chciałbym również podkreślić, że aby zapobiec zjawiskom patologicznym, już w samym procesie kontroli normodawca wprowadził mechanizm wewnętrzny, który ma na celu zapobieganie korupcji. Dotyczy on pracowników Urzędu Zamówień Publicznych, którzy przeprowadzają postępowanie kontrolne z upoważnienia Prezesa UZP. Do tej grupy podmiotów skierowane zostały przepisy dotyczące wyłączenia. Trzeba zaznaczyć, że instytucja *incompatibiltas* jest jedną z głównych form zapobiegania tytułowej patologii[28].

Prezes UZP ma prawo żądania od kierownika zamawiającego przekazania kopii dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego. Jest on również uprawniony do żądania pisemnych wyjaśnień w sprawach związanych z przedmiotem kontroli od kierownika zamawiającego oraz pracowników wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia[29]. Może on także w celu wyjaśnienia sprawy posłużyć się opiniami biegłych, których cechuje specjalistyczna wiedza, w szczególności z zakresu przedmiotu zamówienia[30]. Zaznaczę, że zasięganie opinii ma w tym przypadku na celu ustalenie stanu faktycznego, jego ocenę oraz przeprowadzenie innych czynności związanych z posiadaniem wiadomości specjalnych przez biegłego, który za swoją pracę uprawniony jest do otrzymania wynagrodzenia w takim wymiarze, jak ma to miejsce w wypadku świadków, biegłych i stron w postępowaniu sądowym[31]. Prezes UZP jest zobowiązany ustalić stan faktyczny sprawy na podstawie dokumentów zebranych w trakcie postępowania

---

[26] Zob. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 28 lutego 2008 r. (V SA/Wa 2614/07).

[27] P. Szustakiewicz, *Kontrola – niezbędny element zamówień publicznych*, Prawo i Środowisko nr 3/2010, s. 120.

[28] Zgodnie z art. 162 Pzp pracownik Urzędu podlega wyłączeniu z udziału w kontroli, jeżeli: uczestniczył w kontrolowanym postępowaniu lub czynnościach bezpośrednio związanych z jego przygotowaniem po stronie zamawiającego lub wykonawcy; pozostaje w związku małżeńskim, faktycznym pożyciu albo w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia albo jest związany z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawcy, jego zastępcą prawnym lub członkami władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia; przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia kontrolowanego postępowania pozostawał w stosunku pracy lub zlecenia z zamawiającym lub wykonawcą albo był członkiem władz osób prawnych ubiegających się o udzielenie kontrolowanego zamówienia; pozostaje z osobą występującą w kontrolowanym postępowaniu po stronie zamawiającego lub wykonawcy w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności.

[29] Zob. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2010 r. (KIO/KD 18/10).

[30] Zob. Art. 163 Pzp.

[31] P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz,* Warszawa 2009, s. 419.

wyjaśniającego lub kontrolnego. W przypadku naruszenia tych obowiązków kontrolowany będzie mógł to podnieść w ramach umotywowanych zastrzeżeń skierowanych do Prezesa UZP, a jeżeli nie będą one uwzględnione, zostaną przekazane do zaopiniowania do Krajowej Izby Odwoławczej[32]. Po przeprowadzeniu kontroli konieczne jest sporządzenie z niej protokołu. Ma to na celu udokumentowanie, jakie czynności zostały wykonane w czasie kontroli[33].

Prezes UZP w przypadku zamawiających podlegających reżimowi odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz ujawnienia naruszenia przepisów Pzp stanowiących naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest zobowiązany do zawiadomienia właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych. W przypadku zamawiających niepodlegających przepisom o dyscyplinie finansów publicznych Prezes UZP może (ale nie ma takiego obowiązku) nałożyć karę finansową[34].

Procedury kontrolne wykazują zróżnicowanie pod względem możliwości skorygowania postępowania. Kontrola uprzednia może wszakże doprowadzić do skorygowania uchybień w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast kontrola doraźna[35] jako przeprowadzana w okresie do 4 lat po zakończeniu postępowania ma charakter wyraźnie represyjny[36]. Do wszczęcia kontroli doraźnej wystarczy uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania[37]. Nie jest więc konieczne, aby uchybienie miało wpływ na wynik postępowania, wystarczy, aby mogło go mieć[38].

W sferze zapobiegania korupcji olbrzymią role odgrywa kontrola uprzednia, która dotyczy zamówień lub umów ramowych współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej[39]. Zgodnie z art. 169 Pzp przeprowadzana jest ona przed zwarciem umowy (*ex ante*), jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej dla: robót budowlanych – jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro; dostaw lub usług – jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10.000.000 euro. Wszczęciem kontroli uprzedniej jest doręczenie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w celu jej przeprowadzenia[40]. Na wniosek instytucji zarządzającej

---

32 *Ibidem*, s. 420.

33 Art. 164 ust. 2 Pzp zawiera wyliczenie elementów, jakie bezwzględnie muszą znaleźć się w treści protokołu. Należą do nich: nazwa (firma) i adres zamawiającego; data rozpoczęcia i zakończenia kontroli; imiona i nazwiska kontrolujących; oznaczenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli; informacja o stwierdzeniu naruszeń. Sformułowanie „w szczególności" wskazuje na to, że katalog nie ma charakteru zamkniętego.

34 Szerz. M. Stachowiak, *Komentarz do art. 168 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, lex.pl

35 Od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Zob. art. 167 Pzp.

36 Regulacja tych zagadnień w prawie polskim uzyskała swój obecny kształt w wyniku nowelizacji Pzp z 2008 r. (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), po której wejściu w życie przepisy o kontroli doraźnej zastąpiły przepisy o kontroli następczej oraz dokonano istotnych zmian w zakresie przedmiotowym kontroli uprzedniej.

37 Zob. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 7 lutego 2012 r. (I SA/Po 861/11).

38 Zob. E. Grabowska – Szwejcer, *Naruszenie Prawa zamówień publicznych w świetle uchwał Krajowej Izby Odwoławczej*, Zamówienia Publiczne Doradca nr 12/2010, s. 73.

39 Zob. R. Szostak, *Kontrola zamówień publicznych finansowanych ze środków europejskich – zagadnienia organizacyjne*, Samorząd Terytorialny nr 11/2011, s. 61.

40 Zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2012 r. (KIO 1000/12).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może odstąpić od przeprowadzenia kontroli uprzedniej, jeżeli w ocenie instytucji postępowanie zostało przeprowadzone w sposób zgodny z przepisami ustawy. Informację o odstąpieniu od kontroli Prezes Urzędu przekazuje niezwłocznie zamawiającemu i wnioskodawcy[41]. Kontrola ta polega na ocenie zgodności z prawem zamówień sposobu prowadzenia postępowania po dokonaniu czynności badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, a przeprowadzana jest na podstawie dokumentacji zamówienia przesłanej przez zamawiającego. Zamawiający powinien przekazać dokumentację postępowania dopiero wtedy, gdy upłynie termin do wniesienia odwołania[42]. W przypadku wniesienia jakiegokolwiek odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powinno to nastąpić po wydaniu orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą[43]. Należy także wspomnieć, że wszczęcie kontroli uprzedniej zawiesza bieg terminu związania ofertą do dnia zakończenia kontroli[44].

Po dokonaniu kontroli zamawiającemu doręcza się informację o jej wyniku, która zawiera m.in. informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku, zalecenia pokontrolne jeżeli w toku kontroli stwierdzono zasadność unieważnienia postępowania lub konieczność usunięcia stwierdzonych uchybień. Informacja o wynikach kontroli formalnie rzecz biorąc nie ma charakteru wiążącego[45]. Należy ją raczej traktować jako swoisty akt kwalifikacyjny, stwierdzający pewien stan w zakresie legalności postępowania. Jednak w razie nieuwzględnienia wskazań zawartych w informacji o wynikach kontroli Prezes UZP po zawarciu umowy finalnej może wytoczyć powództwo o unieważnienie umowy w całości lub w części[46].

Trzeba jednak pamiętać, że normodawca przewiduje specyficzną procedurę odwoławczą od wyników kontroli uprzedniej.[47] W jej ramach w terminie 7 dni od dnia doręczenia wyników kontroli zamawiający może wnieść do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych umotywowane zastrzeżenia dotyczące ustaleń i zaleceń zawartych w informacji o wynikach kontroli[48]. W przypadku gdy

---

41 Zasadniczo kontrola prowadzona jest przez Prezesa UZP obligatoryjnie.

42 Biorąc pod uwagę wartość postępowań poddanych kontroli uprzedniej, powinno to nastąpić po upływie 10 lub 15 dnia od dnia zawiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

43 J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 496.

44 Zob. Art. 170 ust. 4 Pzp.

45 Nie można zapomnieć, że „czynność zamawiającego stosującego się do zaleceń pokontrolnych jest czynnością zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która podlega kontroli Izby w postępowaniu odwoławczym. Należy ją potraktować tak samo, jak każdą czynność zamawiającego dokonywaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia, aż do upływu terminu związania ofertą. Tak samo nowe okoliczności mogą być podstawą czynności zamawiającego w sytuacji, gdy z inicjatywy wykonawców uczestniczących w postępowaniu poweźmie informacje mające znaczenia dla prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, czy informacje stanowiące podstawę czynności zamawiającego zostaną pozyskane dzięki samodzielnej inicjatywie zamawiającego (np. poprzez zwrócenie się do właściwych organów, innych zamawiających czy powołanie biegłego), czy wreszcie takie czynności mogą wynikać z zaleceń uprawnionych organów kontrolnych. Taką czynność zamawiającego należy ocenić z uwzględnieniem zgromadzonego materiału dowodowego". Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2012 r. (KIO 1151/12).

46 Wynika to z odrębnej regulacji tej kompetencji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w art. 168 pkt 3 (w wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej) i art. 146 ust. 2 Pzp.

47 Zob. W. Dzierżanowski, *Korekty finansowe jako element systemu kontroli wydatkowania środków europejskich,* Zamówienia Publiczne Doradca nr 10/2011, s. 14.

48 Wskazuje się, że wyjaśnienia udzielane przez zamawiającego nie powinny zastępować brakujących uregulowań w treści SIWZ lub tworzenia treści SIWZ w sposób odmienny w stosunku do pierwotnych postanowień. Zob. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2009 r. (KIO/KU 1/09).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie przychyla się do zastrzeżeń przekazuje je do zaopiniowania KIO. KIO w składzie trzyosobowym podejmuje uchwałę w sprawie zastrzeżeń, która to uchwała jest wiążąca dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych[49].

6. ZAKOŃCZENIE

Moim zdaniem prewencyjna funkcji kontroli Prezesa UZP ma istotny wpływ na przeciwdziałanie zjawiskom korupcyjnym. Przeprowadzenie kontroli i informowanie o jej wynikach może spowodować tzw. „efekt domina" przejawiający się tym, że zanim organ zacznie rozważać podjęcie określonej weryfikacji może nastąpić skutek odstraszający. Niektóre instytucje mogą przypuszczać, że kontrola przyniesie krytyczną ocenę ich funkcjonowania, co powoduje podjecie działań zmierzających do usunięcia nieprawidłowości. Efekt ten nasila się u potencjalnych podmiotów kontroli zwłaszcza po ujawnieniu negatywnych badań innych instytucji[50].

Będące przedmiotem powyższych rozważań instrumenty prawne kontroli doraźnej i uprzedniej niewątpliwie wpływają na zmniejszenie zjawiska korupcji w tej sferze działalności administracji publicznej. Stwarzają pewien zakres stabilności dla wykonawców oraz pewności co do poczynań zamawiających[51]. Jednak mimo wprowadzenia nawet najlepszych instrumentów w systemie zamówień publicznych nie będzie możliwe całkowite wyeliminowanie korupcji, jeżeli nie zostanie wprowadzony odpowiedni model edukacji i wychowania, który zapobiegałby zjawisku patologicznych powiązań i układów na styku funkcjonowania administracji publicznej i sektora prywatnych podmiotów gospodarczych oraz wyczulałby społeczeństwo na skutki działań korupcyjnych w obszarze zamówień publicznych[52].

Należy zgodzić się z poglądem A. Panasiuka, że „przez etyczne zachowanie osób działających w systemie zamówień publicznych wpływamy na tworzenie wizerunku dobrego prawa, zamiast używać zabiegów legislacyjnych polegających na tworzeniu coraz to nowszych konstrukcji prawnych, mających na celu przymuszenie jednostek do etycznego zachowania. Nie możemy jednak odejść od konieczności udoskonalania norm prawnych, chociażby w związku ze zmieniającymi się ciągle warunkami społeczno-ekonomicznymi, w których funkcjonują uczestnicy procesu udzielania zamówień publicznych. Jednak cały proces legislacyjny musi być przemyślany, świadomy, mieć za cel najważniejszy stworzenie spójnego systemu zamówień publicznych"[53].

---

[49] Zob. art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2–6 Pzp.

[50] Zob. I. Sierpowska, *Funkcje kontroli państwowej. Studium prawnoprównawcze*, Wrocław 2003 r., s. 188.

[51] A. Panasiuk, *Zamówienia publiczne-legalność i etyka*, Kontrola Państwowa nr 4, 2005 r., s. 113.

[52] *Ibidem*, s. 113.

[53] *Ibidem*, s. 118.

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W ŚWIETLE INSTYTUCJI KONTROLI I NADZORU W MATERIALNYM PRAWIE ADMINISTRACYJNYM

Dr Katarzyna Marak
Katedra Prawa Gospodarczego
Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

I. ZAŁOŻENIA OGÓLNE

Na gruncie prawa zamówień publicznych ustawodawca, a w ślad za nim przedstawiciele nauki prawa oraz praktycy używają pojęcia kontroli dla określenia stosunku prawnego, w ramach którego organy administracji państwowej dokonują weryfikacji działań podmiotów zamawiających. Rozważenia wymaga, czy nomenklatura ta jest właściwa w świetle ustaleń doktryny prawa administracyjnego.

W niniejszej publikacji nie idzie o relacjonowanie obowiązującego ustawodawstwa ani też o określenie statusu prawnego poszczególnych organów kontroli bądź nadzoru, ale o uporządkowanie i przybliżenie pewnych ogólnych założeń i instytucji prawnych, które posłużyć dopiero mogą do dalszych badań.

II. USTALENIA TERMINOLOGICZNE

Pojęcia kontroli i nadzoru są już w nauce prawa administracyjnego ustalone i nie budzą większych wątpliwości. Według ogólnie aprobowanego w doktrynie[1] poglądu, wszelkie działania nadzorcze obejmują czynności kontrolne oraz czynności podejmowane w celu korygowania działań podmiotów nadzorowanych. Ogólne więc pojęcie nadzoru definiowane jako instytucja zawierająca element kontroli i element władztwa.

---

[1] Zob. J. Boć, *Kontrola prawna administracji*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited 2010, s. 378 i n.; 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*, Kolonia Limited 2000, s. 107; W. Dawidowicz, *Zagadnienia ustroju administracji państwowej w Polsce Ludowej*, Warszawa 1970, s. 35; S. Jędrzejewski, *Kontrola administracji publicznej*, Toruń 1976, s. 8 i n.; W. Lang, *Kontrola administracji publicznej*, [w:] J. Służewski (red.), *Polskie prawo administracyjne*, t. II, Warszawa 1985, s. 183 i n.; W. Lang, *Struktura kontroli prawnej organów państwowych*, Kraków 1963, s. 40; Z. Leoński, *Nadzór nad działalnością gminy*, Warszawa 1991, s. 3 i n.; Z. Leoński, *Ustrój samorządu terytorialnego w RP*, Poznań 1992, s. 84; J. Łętowski, J. Szreniawski, *Kontrola administracji*, [w:] S.p.a. t. III, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk 1978, s. 352–353; E. Olejniczak-Szałowska, [w:] Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2000, s. 369 i n.; Z. Rybicki, S. Piątek, *Zarys prawa administracyjnego i nauki administracji*, Warszawa 1984, s. 263; J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1977, s. 357; M. Waligórski, *Administracyjna regulacja działalności gospodarczej. Problemy prawnej reglamentacji,* Poznań 1998, s. 391. Por też ustawę z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej; Dz. U. Nr 185, poz. 1092.

Nadzór zawsze obejmuje kontrolę. Natomiast wykonywanie kontroli nie musi się łączyć z możliwością stosowania środków nadzorczych[2]. Nadzór i kontrola są więc pojęciami zbliżonymi do siebie. Różnią się jednak swym zakresem przedmiotowym. Kontrola jest pojęciem węższym. Polega ona na sprawdzaniu, czy w danej jednostce wszystko przebiega zgodnie z przyjętymi wzorcami, regułami. Celem kontroli jest zatem wykrywanie błędów i niedociągnięć po to, aby można ich było uniknąć w przyszłości. Sam kontrolujący nie posiada jednak najczęściej bezpośrednich uprawnień do zobowiązania odpowiednich osób do zmiany ich sposobu działania. Może jedynie formułować odpowiednie wnioski pokontrolne i przekazywać te dane odpowiednim podmiotom, organom, które posiadają uprawnienia do podejmowania działań w celu doprowadzenia do takiego stanu, jaki jest wymagany w danej jednostce[3]. Dla postępowania kontrolnego właściwe jest wkraczanie w działalność podmiotu kontrolowanego, toteż do wykonywania kontroli niezbędny jest tytuł prawny[4].

Należałoby się zgodzić z powszechnie przyjmowaną definicją kontroli, zgodnie z którą przez pojęcie to najogólniej rozumiemy: „badanie zgodności stanu istniejącego ze stanem postulowanym, ustalenie zasięgu i przyczyn rozbieżności oraz przekazanie warunków tego ustalenia, a czasem i wynikających stąd dyspozycji zarówno podmiotowi kontrolowanemu, jak i podmiotowi organizacyjnie zwierzchniemu"[5], z jednym tylko zastrzeżeniem. Dotyczy ono mianowicie charakteru przekazywanej dyspozycji. Uważam, że dyspozycja taka nie może mieć natury wiążącej, a więc władczej, winna ona mieć charakter niewiążący, może co najwyżej wskazywać pewne sugestie, kierunki działań podmiotu kontrolowanego. W przeciwnym bowiem razie, gdy dyspozycja ma charakter wiążący, nie możemy mówić tylko o kontroli, ale mamy już do czynienia z władczą ingerencją, przejawiającą się możliwością zastosowania środka nadzoru. Zaś wiążąca dyspozycja wykracza już poza ramy kontroli i powinna być postrzegana jako element nadzoru. Środki nadzoru stosowane przez organy administracji od strony formalnej najczęściej przybierają postać decyzji administracyjnych bądź czynności faktycznych. Jeżeli nawet zastosowanie tychże środków opatrzone jest rygorem natychmiastowej wykonalności, to przepisy prawa i tak winny przyznawać środki odwoławcze będące środkami ochrony prawnej podmiotom nadzorowanym.

Pojęcie kontroli w nauce prawa administracyjnego jest więc rozumiane w sposób nie odbiegający od rozumienia powszechnego, prakseologicznego, według którego kontrola to sprawdzanie stanu faktycznego, ocena i formułowanie wniosków[6].

Natomiast nadzór oznacza badanie działalności danego podmiotu (kontrola) połączone z możliwością pomocy, wpływu, a także modyfikacji tej działalności, dokonywane przez organ zwierzchni organizacyjnie lub funkcjonalnie, w celu zapewnienia zgodności tej działalności z prawem, a w określonych przypadkach zgodności z pewnymi wartościami szczegółowymi, także określonymi w prawie[7]. Władztwo przejawia się możliwością stosowania prawnych środków wiążących, pozwalających na narzucenie nadzorowanemu podmiotowi określonego sposobu zachowania się[8].

---

[2] J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1969, s. 357.

[3] T. Bigo, F. Longchamps, *Kontrola administracji*, Studia Prawnicze 1963, Nr 7.

[4] S. Jędrzejewski, H. Nowicki, *Kontrola administracji publicznej*, Toruń 1995, s. 8.

[5] J. Boć, [w:] J. Boć (red.), *Prawo*..., s. 378.

[6] E. Olejniczak-Szałowska, [w:] Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie, Warszawa 2000, s. 369.

[7] J. Boć, [w:] J. Boć (red.), *Prawo*..., s. 229.

[8] Zob. S. Jędrzejewski, H. Nowicki, *Kontrola administracji publicznej*, Toruń 1995, s. 8.

Sporny może być jednak sam zakres stosowania tego pojęcia, chodzi mianowicie o obejmowanie tym mianem zarówno nadzoru jako instytucji ustrojowego prawa administracyjnego jak i nadzoru jako instytucji materialnego prawa administracyjnego[9]. Tradycyjnie zwykło się łączyć nadzór ze strukturami administracji, badany zatem jako problem prawa ustrojowego. Natomiast kontrowersyjne jest posługiwanie się tym pojęciem w celu charakteryzowania relacji zawiązanych na podstawie prawa materialnego, kiedy to organ administracji sprawuje nadzór nad podmiotem zewnętrznym wobec administracji, gdyż takie kompetencje przydaje mu przepis prawa materialnego, nie ma tu więc mowy o zwierzchności organizacyjnej między podmiotami stosunku nadzoru[10].

Wobec powyższych ustaleń należy przyjąć, że istnieją dwa zasadnicze typy nadzoru[11], krańcowo różniące się:

- nadzór wewnątrz systemu organizacyjnego administracji, wykonywany wewnątrz aparatu administracyjnego – oparty na normach ustrojowych,

- nadzór wykonywany w stosunku do podmiotów nie należących do tego systemu, nadzór w zewnętrznej sferze działania administracji, sprawowany wobec podmiotów samodzielnych, zdecentalizowanych – oparty na normach materialnoprawnych.

Ad. 1.

W literaturze poprzedniego ustroju społeczno-politycznego (Polski Ludowej) pojęcie nadzoru używane było przede wszystkim w celu charakteryzowania układu stosunków zachodzących w systemie organizacyjnym administracji, pomiędzy jednostkami wyższego szczebla i podporządkowanym im jednostkom niższego szczebla. Nadzor oznaczał więc zależność strukturalną lub funkcjonalną organów powiązanych stosunkiem nadzoru i zbliżony był do instytucji, którą dziś określamy mianem kierownictwa.

W takim znaczeniu przez nadzór (oparty na normach ustrojowych) należało rozumieć właściwość organu nadrzędnego do wywierania wpływu na działalność organu podporządkowanego[12]. Nadzór oznacza prawną możliwość wpływania przez organ administracji państwowej na działalność podporządkowanych mu organów lub instytucji[13]. Nadzór zwierzchni polega na korygowaniu działalności jednostki organizacyjnej w ramach strukturalnej nadrzędności organizacyjnej lub funkcjonalnej[14].

Z nadzorem (wykonywanym wewnątrz aparatu administracyjnego) a nie z kontrolą mamy do czynienia tam, gdzie wchodzi w grę prawo wydania polecenia, wiążącej dyrektywy o zmianie kie-

---

[9] Zob. szerzej na ten temat: M. Szewczyk, *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym. Administracja wobec wolności i innych praw podmiotowych jednostki*, s. 13 i n.; tenże Autor, *Nadzór jako instytucja materialnego prawa administracyjnego*, PIP 1997, Nr 1 oraz A. Chełmoński, *Struktura prawna nadzoru...*, s. 107 i n.

[10] Np. M. Szewczyk, *Nadzór jako instytucja...* .

[11] A. Filipowicz, *Pojęcie i funkcje nadzoru w administracji*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1984, s. 217.

[12] W. Dawidowicz, *Ogólne postępowanie administracyjne*, Warszawa 1962, s. 247.

[13] W. Dawidowicz, *Zagadnienia ustroju administracji...*, s. 35.

[14] W. Lang, *Struktura kontroli prawnej...*, s. 40.

runku działania, gdzie w grę wchodzi kierowanie organami podległymi. Nadzór nie ogranicza się zatem do obserwacji, ale łączy się z czynnikiem kierowania za pośrednictwem sformułowanych dyrektyw[15].

Organ nadzoru nie tylko spostrzega i ocenia, ale również w pewnym sensie współadministruje – odpowiada za wynik działalności organizatorskiej organów podległych organowi nadzoru[16]. Nadzór (podobnie jak kontrola) jest funkcją kierownictwa, oznacza taki zespół kompetencji, których wpływ na działalność organów podporządkowanych jest bardziej intensywny i bezpośredni, a które mają na celu usunięcie nieprawidłowości i zapobieganie im na przyszłość[17]. Nadzór w takim rozumieniu oznacza wręcz współadministrowanie, wiążące się też z ponoszeniem odpowiedzialności za działania organu nadzorowanego.

Ad. 2.

Jednak obecnie już wiemy, iż nadzoru nie można zamykać w obrębie stosunków organizacyjnych administracji państwowej. Organy administracji mają czuwać nad wykonywaniem prawem określonych obowiązków przez inne podmioty, także zewnętrzne wobec administracji, np. obywateli czy samorządów[18]. Nadzór nie oznacza tylko nadzoru hierarchicznego, opartego na zależności służbowej i osobowej, ani tym bardziej kierownictwa.

Jeżeli kontrola sprawowana jest przez organ zwierzchni jedynie funkcjonalnie nad kontrolowanym, a zatem i odpowiedzialny za dopilnowanie poprawności jego działań w granicach określonych prawem i jeśli temu organowi służą wobec kontrolowanego podmiotu zdecentralizowanego środki oddziaływania władczego, to kontrola przybiera kwalifikowaną postać nadzoru weryfikacyjnego, sprawowanego np. wobec organów samorządu terytorialnego[19]. Nadzór tego rodzaju, sprawowany wobec podmiotu samodzielnego, zdecentralizowanego jest już właściwie nadzorem, o który nam tu idzie, nadzorem sprawowanym nie na podstawie tytułu zwierzchności organizacyjnej ale na podstawie zwierzchności funkcjonalnej, wynikającej więc z funkcji, jaką ustawodawca powierza określonym organom wobec innych podmiotów (funkcji sprawowania nadzoru w imieniu państwa).

Pojęcie nadzoru administracyjnego jest więc wieloznaczne. Najważniejsze w tej wieloznaczności jest to, by zrozumieć, że organ, któremu w określonej sytuacji powierzono nadzór nie musi być podmiotem wyższym hierarchicznie, czyli zwierzchnikiem w sensie ścisłym, uzasadniającym funkcję aktywnej kontroli podwładnego. Nadzór administracyjny ogranicza się do przypadków, zakresów i środków ustalonych ustawami. Wobec podmiotów nadzorowanych zadania organu nadzoru sprowadzają się do sprawdzania, czy podmioty te nie przekraczają określonych w ustawach wymogów i oczekiwanej od nich ochrony interesu ogólnego[20].

Nadzór w tym właśnie znaczeniu będzie przedmiotem dalszych rozważań w niniejszej publikacji. Na gruncie Prawa zamówień publicznych rozpatrujemy bowiem nadzór jako instytucję prawa material-

---

15 J. Starościak, *Zarys nauki administracji*, Warszawa 1961, s. 212.

16 J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1969, s. 357.

17 T. Bigo, *Z problemów nadzoru nad administracją terenową* , Kontrola Państwowa 1961, Nr 5.

18 S. Jędrzejewski, H. Nowicki, *op. cit*., s. 13–14.

19 J. Boć, [w:] J. Boć (red.), *Prawo*..., s. 375.

20 J. Boć, *Gmina w Belgii*, Wrocław 1993, s. 73.

nego, gdyż organy właściwe w sprawie nadzoru nie są organami nadrzędnymi strukturalnie wobec nadzorowanych podmiotów. Nie ma tu mowy o zwierzchności organizacyjnej, a możliwość stosowania ściśle określonych w przepisach środków władczych wynika z norm prawa materialnego.

Reasumując, na podstawie wyników uzyskanych w dyscyplinach prawa publicznego oraz analizy norm prawnych, na których instytucja nadzoru opiera swoje funkcjonowanie można stwierdzić, iż nadzór, występujący w przepisach o charakterze materialnoprawnym powinien mieć następujące cechy[21]:

1) Charakter materialnoprawny stosunku nadzoru
   Stosunek prawny nadzoru jest stosunkiem materialno-prawnym, którego podstawą są normy prawa publicznego, podmiotami – organ nadzoru i podmiot nadzorowany, treścią zaś prawa i obowiązki podmiotu nadzorowanego i odpowiadające im kompetencje organów nadzoru.

2) Podstawa prawna
   Organy wykonujące nadzór i jednostki nadzorowane muszą być określone prawem powszechnie obowiązujący (akty ustawowe). Akty prawne określające podstawowe zagadnienia związane z nadzorem, a więc jego organizację i tryb, powinny być tego rzędu, aby nie mogły zostać zmienione przez organ nadzoru. Przepisy prawa powinny precyzować cele ingerencji nadzorczej i tzw. kryteria kontroli (nadzoru) oraz sytuacje, w których ingerencja ta jest dopuszczalna, a także środki, za pomocą których jest dokonywana.

3) Podmioty nadzorowane
   Normom o charakterze materialnoprawnym podlegają wszystkie podmioty, bez względu na ich status względem podmiotu stosującego daną normę, jeśli tylko znajdą się w sytuacji, w której dana norma ma zastosowanie. Organy administracji (ewentualnie organy administrujące) nawiązują stosunki nadzoru z podmiotami, które (przynajmniej w zakresie tych relacji) nie mają statusu organów administracji. Nadzór jest ustanawiany zawsze nad podmiotem samodzielnym i ma na celu sprawdzenie i korygowanie jego działań, o ile nie są one zgodne z prawem. Nadzorujący nie ponosi więc odpowiedzialności za działania nadzorowanego, nie współadministruje, odwrotnie niż ma to miejsce w przypadku nadzoru występującego wewnątrz struktury administracyjnej. Nadzór nie oznacza bowiem kierownictwa.

4) Zagwarantowanie podmiotowi nadzorowanemu środków ochrony prawnej
   Proces stosowania środków nadzoru powinien być w koniecznym stopniu sformalizowany i powinien stwarzać warunki umożliwiające korygowanie błędnych decyzji organu nadzoru, który swą ingerencją zawsze potencjalnie narusza sferę samodzielności jednostek nadzorowanych. Przepisy powinny zatem przyznawać podmiotom kontrolowanym także środki odwoławcze, z których podmioty te będą mogły skorzystać wobec rozstrzygnięć nadzorczych.

5) Organy nadzoru
   Nadzór sprawowany jest w imieniu państwa bądź to przez organy, które są określone w przepisach je powołujących (będziemy mieć wówczas do czynienia z nadzorem instytucjonalnym), bądź w przepisach materialnoprawnych, które określają wzorzec zachowania

[21] Zob. M. Szewczyk, *Nadzór w materialnym prawie...*, s. 44–46; A. Chełmoński, *Struktura prawna nadzoru...*, s. 107–121 oraz tenże Autor, *Instytucje administracyjnoprawne...*, s. 467; A. Filipowicz, *op.cit.,* s. 8–9.

podmiotów nadzorowanych, a więc w normach kształtujących (wtedy będzie to przede wszystkim nadzór funkcjonalny).

6) Cel nadzoru
Celem ustanowienia nadzoru jest prewencja, rozumiana jako prawna ochrona pewnego zespołu dóbr, odsuwanie zagrożeń dla normalnego toku życia zbiorowego, przeciwdziałania ich wystąpieniu oraz usuwania skutków tych zagrożeń. Realizacja tego celu następuje przez ustawowe wyłączenie lub ograniczenie ochrony jednych dóbr dla zagwarantowania nienaruszalności innych dóbr.

7) Przedmiot nadzoru
Przedmiotem nadzoru jest ochrona pewnych dóbr, które są szczególnie cenne.

8) Kryteria kontroli (nadzoru)
Wskazanie w przepisach prawa kryteriów kontroli (nadzoru) oznacza wskazanie pewnych fundamentalnych wzorców zachowań podmiotów nadzorowanych. W materialnym prawie administracyjnym zawsze występującym kryterium jest legalność.

9) Procedury prowadzenia nadzoru
Stosunek nadzoru może podlegać nawiązaniu, modyfikacji i ustaniu nie tylko w ramach procedur uregulowanych w kodeksie postępowania administracyjnego[22], w ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji[23], także w ustawach szczególnych i aktach prawnych wydawanych na ich podstawie. Akty podustawowe mogą dotyczyć zwłaszcza upoważnień administracji do podejmowania czynności kontrolnych oraz innych niż decyzje aktów administracyjnych, zwłaszcza tych, które są niezbędne dla przeprowadzenia czynności kontrolnych.

W interesującym nas obszarze zamówień publicznych występuje szereg podmiotów, którym ustawodawca przyznał kompetencje w zakresie weryfikacji i oceny działań podmiotów zamawiających. Wśród nich wskazać należy następujące organy kontroli i nadzoru :

1) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych,

2) Najwyższa Izba Kontroli,

3) Regionalne Izby Obrachunkowe,

4) Kontrola skarbowa,

5) Prezes Rady Ministrów,

6) Centralne Biuro Antykorupcyjne,

7) Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych[24],

8) Krajowa Izba Odwoławcza.

---

[22] Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego; Dz. U. Z 1980 r., Nr 9, poz. 26 z późn. zm.; zwana dalej w skrócie: „k.p.a.".

[23] Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji; tekst jednolity z 1991 r., Dz. U. Nr 36, poz. 161 z późn. zm.; zwana dalej w skrócie: „p.e.a.".

[24] Zob. kompleksowe opracowanie na temat organów kontroli: P. Szustakiewicz, *Kontrola zamówień publicznych. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2011, dostęp internetowy *Legalis*.

W niniejszym opracowaniu nie sposób omawiać powyższych organów wraz z ich kompetencjami, kryteriami kontroli, które stosują, środkami ochrony prawnej przysługującym podmiotom poddanym weryfikacji itp. Rozważaniom tym należałoby poświęcić odrębne opracowania[25]. Analiza tego rodzaju jest przydatna w celu scharakteryzowania statusu organu, a także przesądzenia kwestii, czy mamy do czynienia z organem kontroli czy też z organem nadzoru oraz określeniem rodzaju nadzoru, z którym mamy do czynienia.

III. CELE I KRYTERIA KONTROLI (NADZORU)

Celem ustanowienia nadzoru jest prewencja, czyli prawna ochrona pewnego zespołu dóbr, odsuwanie zagrożeń dla normalnego toku życia zbiorowego, przeciwdziałania ich wystąpieniu oraz usuwania skutków tych zagrożeń[26].

Kryterium (kryteria) oznacza miernik służący za podstawę oceny, sprawdzian sądu, probierz[27]. Kryterium jest to cecha czegoś, np. rzeczy, procesu, zachowań ludzkich, przyjmuje się ją jako wzgląd badawczy[28]. Natomiast wskazanie w przepisach prawa celów kontroli (nadzoru) jak również kryteriów kontroli (nadzoru) oznacza wskazanie pewnych fundamentalnych wzorców zachowań podmiotów kontrolowanych. Kryteria kontroli wyznaczają bowiem jednocześnie podstawowe dyrektywy działania dla przedsiębiorców[29]. Kryteria kontroli to swojego rodzaju narzędzia, przy pomocy których można przeprowadzić kontrolę.

W zasadzie można stwierdzić, że kryteria, cele, funkcje i zadania nadzoru a nawet przedmiot kontroli i nadzoru sprowadzają się do tego samego, oznaczają to samo, jednak z odmiennej perspektywy. Otóż kryteria są ściśle związane z kontrolą, stanowią wzorzec, w oparciu o który administracja bada, czy cele założone przez ustawodawcę są realizowane i czy podmiot kontrolowany (nadzorowany) nie narusza dóbr chronionych – jako szczególnie cenionych przez ustawodawcę. Cele, zadania czy funkcje, jakie ma spełniać dana regulacja prawna powinny więc być ściśle skorelowane z kryteriami, na podstawie których organy administracji będą weryfikowały realizację tych założeń ustawowych.

Ustawodawstwo posługuje się pewnymi ogólnymi kryteriami kontroli, stosowanymi przez wszelkie organy kontroli i nadzoru oraz kryteriami szczegółowymi, swoistymi dla konkretnych już rodzajów kontroli czy nadzoru. Kryteria mogą być różne, w zależności od zainteresowań badającego, także stopień ich szczegółowości może być jednolity. Przyjmując za punkt wyjścia prawny sens pojęcia kontroli łatwo zauważyć, że teoretycznie istnieje w gruncie rzeczy tylko jedno metakryterium kontroli, tj. zgodność (niezgodność) faktycznych zachowań ludzkich z wyznaczonymi (a więc kryterium szeroko pojmowanej legalności). W praktyce bywa ono jednak uszczegółowiane. Ustawodawca posługuje się w tym względzie pojęciami: legalność, gospodarność, celowość, rzetel-

---

[25] Zob. m.in. publikację poświęconą kontroli Prezesa UZP: A. Panasiuk, *Kontrola jako element władczej ingerencji administracji w procedury zamówień publicznych, Finanse Publiczne* 2007, Nr 2, opracowanie dotyczy kontroli Prezesa UZP.

[26] A. Chełmoński, *Struktura prawna nadzoru...*, s. 109.

[27] *Słownik języka polskiego*, Redaktor naukowy prof. dr M. Szymczak, Warszawa 1978, t. I, s. 1065.

[28] L. Martan, *O kryteriach kontroli ponownie*, KP 1993, Nr 3.

[29] Por. A. Chełmoński, *Struktura prawna nadzoru...*, s. 110.

ność – nie nazywając ich kryteriami, jak to czyni się w literaturze[30]. Wzory zachowań są zawarte w normach prawnych bądź w dyspozycjach indywidualnych opartych na normach prawnych, zatem kryteria kontroli spełniając swą wtórną funkcję kryteriów oceny są w gruncie rzeczy probierzem trafności nie tylko decyzji (indywidualnych), ale i norm prawnych. Wydaje się, że konstatacje i sygnalizacja spostrzeżeń w tym zakresie to jedno z podstawowych zadań organu nadzoru[31].

Najistotniejszym a niekiedy jedynym kryterium kontroli jest legalność, czyli zgodność z prawem. Legalność oznacza dokonywanie oceny, czy prawo jest przestrzegane, ustalanie przyczyn jego ewentualnego nieprzestrzegania i przedstawienie wniosków w celu usunięcia tego stanu. Kontrola wykonywana z punktu widzenia legalności zmierza do stwierdzenia, czy działalność podmiotu kontrolowanego jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa[32]. Legalność jest to kryterium, które w materialnym prawie administracyjnym występuje zawsze. Co więcej można uznać „zgodność (niezgodność) stanu faktycznego z wyznaczonym" za najbardziej ogólne, wynikające z samej istoty kontroli „metakryterium"[33].

Obok kryterium legalności występować może również rzetelność oznaczająca uczciwość, zgodność z wymogami wiedzy i techniki[34]. Kryterium rzetelności oznacza należyte wykonywanie obowiązków, uczciwość, dotrzymywanie zobowiązań, sumienność i solidność, niekiedy zawężane jedynie do zgodności dokumentacji z rzeczywistością, czyli stanem faktycznym.

Organ kontroli bywa również wyposażany w możliwość stosowania jeszcze jednego kryterium – gospodarności, pojmowaną jako obowiązek właściwego wykorzystania posiadanych środków[35]. Kryterium to można rozumieć dwojako: jako stosowanie reguł ekonomiczno-finansowych dla osiągania określonych celów oraz jako postawę moralną 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[36]. Naruszenie kryterium gospodarności nie musi oznaczać, że mamy natychmiast do czynienia z niegospodarnością karalną.

Również kryterium celowości można rozumieć dwojako, po pierwsze celowość oznacza działanie danej jednostki zgodnie z jej kompetencjami lub zadaniami; po wtóre oznacza, iż dla realizacji danych zadań użyto odpowiednich co do wielkości i rodzaju środków.

Kryterium gospodarności, podobnie jak celowości, z reguły dotyczy sfery zarządu własnością publiczną. Te dwa kryteria stosowane są przeważnie do podmiotów podporządkowanych organizacyjnie administracji, znajdujących się w strukturach administracji.

---

30 L. Martan, *O kryteriach kontroli ponownie*...

31 Por. *Ibidem*.

32 Zob. na temat kryteriów kontroli m.in.: S. Kasznica, *Polskie prawo administracyjne. Pojęcia i instytucje zasadnicze*, wyd. III, Poznań 1946 r., s. 47–48; jak również: J. Boć, [w:] J. Boć (red.), *Prawo*..., s. 370–372; E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 1998, s. 340.

33 L. Martan, *O kryteriach kontroli*, KP 1971, Nr 4.

34 E. Ochendowski, *op. cit*., s. 340.

35 A. Chełmoński, *Struktura prawna nadzoru*..., s. 113.

36 J. Nagórny, *Interpretacja pojęć kryterium legalności, gospodarności, celowości i rzetelności, zawartych w art. 203 Konstytucji RP i art. 5 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Kontrola Państwowa 2002, Nr 4, s. 14, Numer specjalny.

Wielość kryteriów kontroli można sprowadzić do dwóch podstawowych: legalności i celowości, gospodarność to nic innego jak tylko celowość z punktu widzenia ekonomiczności i oszczędności[37]. Legalność i celowość to dwa podstawowe i wzajemnie niezależne kryteria. Rzetelność i gospodarność to kryteria bardziej szczegółowe. W gruncie rzeczy są to podcechy: rzetelność – legalności, a gospodarność – celowości. Trudno bowiem wyobrazić sobie zachowania nierzetelne, ale legalne. Natomiast celowość może dotyczyć zarówno stanów i sytuacji jak i sposobów ich osiągnięcia, a sposoby te mogą być właśnie charakteryzowane różną gospodarnością[38]. Rzetelność jest pochodną legalności, tak jak gospodarność – celowości.

Przenosząc rozważania dotyczące celów i kryteriów kontroli i nadzoru na grunt zamówień publicznych można zauważyć pewien rozdźwięk między celami samej ustawy Prawo zamówień publicznych, a celami kontroli udzielania zamówień publicznych.

Ustawodawca nie określił, niestety, wprost celów przedmiotowej ustawy. Z uzasadnienia jej projektu[39] możemy się dowiedzieć, że „celami uchwalenia ustawy są:

- zapewnienie spójnej, kompleksowej regulacji, dotyczącej zamówień publicznych, uwzględniającej zróżnicowanie mechanizmów udzielania zamówień zależnie od ich wartości,
- pełne dostosowanie polskiego prawa o zamówieniach publicznych do wymogów Unii Europejskiej,
- rozszerzenie i umocnienie istniejących w systemie prawa mechanizmów ograniczających zjawiska korupcyjne,
- likwidacja zbędnych obciążeń biurokratycznych i wprowadzenie rozwiązań ułatwiających przedsiębiorcom dostęp do rynku zamówień".

Trudno oprzeć się wrażeniu, że wśród wyżej wymienionych zabrakło celu, który wydaje się podstawowy, jakim jest mianowicie oszczędne wydatkowanie pieniędzy publicznych przez określanie warunków wyboru najkorzystniejszych ofert. Również w literaturze nie kładzie się nacisku na tę funkcję racjonalnego gospodarowania publicznymi pieniędzmi: „wskazać należy, iż procedury zamówień publicznych spełniają trzy podstawowe funkcje: porządkującą (wprowadzającą ujednolicone reguły zakupu towarów i usług), przeciwdziałania korupcji i defraudacji oraz pogłębiania zaufania obywateli do działalności finansowej organów państwa"[40].

Wracając do problemu celów regulacji, których na próżno byłoby poszukiwać w obecnie obowiązującej ustawie, a które wydają się istotne, i o których od dawna wspomina się w doktrynie

---

[37] J. Boć, [*w:*] J. Boć (red.), *Prawo...*, s. 371–372, J. Homplewicz, *Kontrola administracji (Problematyka teoretyczna),* Kraków 1974, s. 112.

[38] L. Martan, *O kryteriach kontroli ponownie...* .

[39] Uzasadnienie projektu ustawy dostępne na stronie internetowej Sejmu RP. Do opracowania nowej ustawy o zamówieniach publicznych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych został zobowiązany przez Radę Ministrów (Protokół ustaleń Nr 56/2002). W dniu 13 maja 2003 r. Rada Ministrów przyjęła „Notatkę w sprawie podstawowych założeń projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych", wśród których znalazły się też rzeczone cele uchwalenia ustawy.

[40] P. Szustakiewicz, *op. cit*.

a nawet w wystąpieniach politycznych przywołać należy pobudzanie popytu w okresie stagnacji gospodarczej przez stwarzanie zamówień dla sektora przedsiębiorstw[41].

W ciągu ostatnich kilku lat porusza się temat nowego podejścia do zamówień publicznych. **Ministerstwo Gospodarki we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych opracowało dokument „Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój"[42]. Dokument został przyjęty przez Radę Ministrów w dn. 8.04.2008 r.** Dokument stanowi podstawę do ukierunkowania rozwoju systemu zamówień publicznych w Polsce na rzecz zwiększania: (1) udziału małych i średnich przedsiębiorstw w systemie zamówień publicznych, (2) popytu na innowacyjne produkty oraz (3) wykorzystania przyjaznych środowisku produktów zamawianych w systemie zamówień publicznych, (4) stopnia wykorzystania narzędzi elektronicznych w procesie udzielania zamówień publicznych, jednocześnie (5) zwracając uwagę na kwestie społeczne. Jednak tego rodzaju opracowanie nie stanowi źródła prawa powszechnie obowiązującego i nie wiąże podmiotów działających na podstawie Pzp (za wyjątkiem zamawiających posiadających status organów administracji rządowej, których to działalność kontrolowana jest pod kontem zgodności z polityką rządu). Tego rodzaju dokumenty nie mają więc większego znaczenia normatywnego, są bowiem w swoim charakterze prawnym niewiążące. Mogą stanowić jedynie swoisty „wzorzec dobrych praktyk", zachęcając do uwzględniania pewnych kryteriów w procedurach przetargowych stawianych przed wykonawcą[43].

W samej ustawie Pzp możemy odnaleźć jedynie zasady udzielania zamówień publicznych. Z analizy przepisów ustawy, w szczególności art. 7–10 Pzp wynika, że katalog zasad udzielania zamówień publicznych obejmuje:

- zasadę decentralizacji – gwarantującą zamawiającym samodzielność działania przy udzielaniu zamówień publicznych;
- zasadę jawności – zapewniającą pełną jawność prowadzonych procedur;
- zasadę uczciwej konkurencji – nakładającą na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji; zasada uczciwej konkurencji przejawia się w m.in. przepisach dotyczących określania przedmiotu zamówienia i warunków postępowania, ogłoszeń, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odrzucenia ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji oraz trybów postępowania;
- zasadę równego traktowania wykonawców – nakładającą na zamawiającego obowiązek traktowania w identyczny sposób wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego;

---

[41] Dr Ewa Czerwińska, Informacja BSE nr 520 (IP-71G) dostępna pod adresem internetowym: http://biurose.sejm.gov.pl/teksty_pdf_97/i-520.pdf

[42] Dokument dostępny na stronie: http://www.mg.gov.pl/Wspieranie+przedsiebiorczosci/Polityki+przedsiebiorczosci+i+innowacyjnosci/Nowe+podejscie+do+zamowien+publicznych

[43] Zob. np. Dokument pt. „Zielone zamówienia publiczne", dotyczący produktów i usług, których negatywny wpływ na środowisko jest ograniczony, Finanse Publiczne nr 1 z 2010 r.

– zasadę bezstronności – obligującą zamawiającego, aby czynności związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia wykonywane były przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm;

– zasadę pisemności – określającą obowiązki w zakresie prowadzenia dokumentacji postępowania, porozumiewania się z wykonawcami, formy oferty oraz umów w sprawie zamówień publicznych;

– zasadę przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego jako podstawowych trybów udzielania zamówienia[44].

Natomiast w przedmiocie kontroli udzielania zamówień publicznych ustawodawca statuując w art. 161 ust. 1 Pzp normę kompetencyjną dla Prezesa Urzędu do przeprowadzania kontroli udzielania zamówień, jednocześnie w przepisie ust. 2 tego art. określił, iż celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy. Wskazał więc na zgodność z prawem, czyli legalność jako jedyne kryterium kontroli, zawężając ją dodatkowo do zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (należy też uwzględnić akty wykonawcze do tej ustawy) a nie całym systemem prawa obowiązującym w Polsce.

Powoduje to sytuację, w której kontrola Prezesa UZP musi się ograniczyć do wąsko pojmowanej legalności. Prezes UZP nie został upoważniony przez ustawodawcę do badania rzetelności, celowości ani gospodarności zamawiających.

Takie rozwiązanie legislacyjne bynajmniej nie oznacza tego, że zamawiający będący podmiotami publicznymi mogą bezkarnie naruszać wartości, jakie są weryfikowane przez kryteria rzetelności, celowości czy gospodarności. Jednak dzieje się to na podstawie innych niż Pzp przepisów prawa i inne organy są właściwe do oceny tych sytuacji. Wskazać tu można ustawę z dnia 29 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych[45]. W rozdziale 5 tej ustawy, zatytułowanym: „Zasady gospodarowania środkami publicznymi" określono zasady racjonalnego gospodarowania tymi środkami. W art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych ustawodawca wskazuje, że wydatki publiczne powinny być dokonywane: 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań".

W omawianym tu obszarze zamówień publicznych Prezes UZP nie może badać gospodarności, celowości ani rzetelności postępowań prowadzonych przez zamawiających. Kryterium te są natomiast stosowne m.in. przez NIK wobec niektórych podmiotów (głównie organów administracji rządowej).

IV. PRZEDMIOT NADZORU

Przedmiotem stosunku prawnego (zależności powstałej pomiędzy co najmniej dwoma podmiotami w wyniku obowiązywania jakiejś normy prawnej) jest wszystko to, ze względu na co

[44] Zob. uzasadnienie projektu ustawy Prawo zamówień publicznych.

[45] Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.

dane podmioty wchodzą ze sobą w stosunki prawne[46]. W literaturze przedmiotu utrzymuje się, że przedmiotem stosunków administracyjnoprawnych są prawa i obowiązki ich uczestników[47]. Jednak zdaniem M. Szewczyka[48] powyższych twierdzeń nie można przyjąć jako zadawalającego wyjaśnienia przesłanek, dla których określone podmioty stają się uczestnikami materialnych stosunków administracyjnoprawnych, tworzących relacje nadzoru. Zdaniem tegoż Autora przesłanką powodującą nawiązanie stosunku prawnego nadzoru, opartego na normach prawa materialnego, jest ochrona określonych dóbr. Prawną konsekwencją objęcia ustawową ochroną pewnych kategorii dóbr jest nadzór sprawowany przez organy państwa nad podmiotami zewnętrznymi i niepodporządkowanymi władzy państwowej, które to podmioty swoją działalnością mogłyby zagrażać dobrom chronionym. Omawiane stosunki prawne ulegają nawiązywaniu, zmianie, rozwiązywaniu właśnie ze względu na fakt objęcia ustawową ochroną pewnych kategorii dóbr.

Podkreślenia wymaga, że wszystkie te stosunki prawne mogą być nawiązywane, ulegać zmianom i ustawać o tyle tylko, o ile ich powstanie, warunki trwania i inne istotne okoliczności przewiduje administracyjnoprawna norma o charakterze materialnym. Administracji została także w tym zakresie wyznaczona rola wykonawcy ustanowionego porządku prawnego, w tym i realizacji celów, które zakłada dany system prawny.

Dobra chronione prawem mają zróżnicowany charakter. Nie są również jednakowo cenne. Ustawodawca tylko niekiedy wyraźnie określa hierarchię tych dóbr. Hierarchia ważności dóbr prawem chronionych wynika z uzasadnień aksjologicznych przyjmowanych przez dany system prawny. Najczęściej odwołuje się w tym względzie do pojęć nieostrych albo do upoważnienia administracji do działania w warunkach tzw. uznania administracyjnego. Ustawodawca nie będąc w stanie przewidzieć wszystkich możliwych sytuacji faktycznych wyposaża organy administracji w kompetencje umożliwiające łagodzenie mogących powstać w przyszłości bądź już występujących konfliktów. Możemy więc mieć tu do czynienia z nadzorem zapobiegawczym, kiedy to oddziaływanie organów administracji wyprzedza narodziny ewentualnego zagrożenia czy konfliktu albo nadzorem bieżącym, jeśli wpływ ten ujawnia się dopiero w trakcie lub po zaistnieniu zdarzeń naruszających dobra prawem chronione lub ustaloną prawem ich hierarchię. Szereg nakazów i zakazów będzie bowiem w tym zakresie ustanowionych w związku z wykryciem zagrożenia dla dóbr chronionych, dokonanych przez podmioty administrowane. Ochrona dóbr publicznych i nadzór z nią związany odbywać się ma poprzez system nakazów i zakazów.

Katalog dóbr, które ustawodawca poddał nadzorowi jest zróżnicowany. Można podzielić je na dobra o charakterze indywidualnym oraz dobra publiczne. Do pierwszej grupy będą należeć te dobra, z których zasadniczo korzystanie leży w interesie jednostki i których respektowania przez innych jak i podjęcia działań wywołujących skutki prawne relacji nadzoru może dochodzić jednostka. Natomiast do dóbr publicznych zaliczamy takie dobra, z których korzystanie leży w interesie grupy społecznej i których poszanowania i nienaruszania skutecznie domagać się może administracja publiczna lub inny podmiot, za którym stoi autorytet państwa[49].

Również w obszarze udzielania zamówień publicznych przedmiotem kontroli i nadzoru jest ochrona określonych dóbr. Zaś przedmiotem ochrony, które w pierwszym rzędzie należy tu wska-

---

[46] J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1977, s. 4.

[47] J. Filipek, *Stosunek administracyjnoprawny*, Kraków 1968, s. 136.

[48] M. Szewczyk, *Nadzór jako instytucja...* .

[49] Zob. M. Szewczyk, *Nadzór w materialnym prawie...*, s. 77–79.

zać, jest interes publiczny. Ustawa Prawo zamówień publicznych i jej postanowienia niewątpliwie mają służyć realizacji interesu publicznego.

Za składowe interesu publicznego w obszarze zamówień publicznych należy uznać:

1. racjonalność wydatków publicznych,
2. ochronę uczciwej konkurencji oraz
3. przeciwdziałanie korupcji[50].

Przyjąć można, iż w prawie zamówień publicznych zapobieganie korupcji ma charakter wtórny wobec funkcji zasadniczych, to znaczy racjonalności wydatków publicznych i ochrony uczciwej konkurencji. Nie idzie o to, że przeciwdziałanie korupcji ma mniejsze znaczenie. Ale o to, że jeżeli któryś z uczestników postępowania dopuści się korupcji, próbując wpłynąć w sposób bezprawny na wynik postępowania, to przede wszystkim naruszy on uczciwą konkurencję albo racjonalność wydatków. Dlatego w ramach zamówień publicznych walka z korupcją jest prowadzona głównie w sposób pośredni, poprzez dążenie do ochrony konkurencji i racjonalności wydatków. Cechą zamówień publicznych, wpływającą w dużej mierze na jakość rozwiązań prawnych, jest istnienie w wielu sferach konfliktu nie tylko pomiędzy interesem publicznym a prywatnym, co jest zjawiskiem dość częstym, ale również między składowymi interesu publicznego. Ujawnia się to już przy analizie zasad dotyczących zamówień publicznych. W ustawowym katalogu zasad istnieje bowiem zaburzenie równowagi pomiędzy racjonalnością wydatków publicznych, a ochroną uczciwej konkurencji. O ile obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców został wprowadzony bezpośrednio do ustawy (art. 7 Pzp), o tyle brak jest przepisów nakazujących racjonalność, gospodarność, efektywność itp. w procesie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego[51].

Należy również wspomnieć o zjawiskach niekorzystnych, groźnych dla interesu publicznego. Na pierwszy plan wysuwa się tu znaczny, wręcz nadmierny stopień formalizmu i złożoności procedur. To właśnie brak normatywnie określonej zasady racjonalności wydatkowania środków publicznych, przy jednoczesnym nacisku na promowanie (wręcz wymuszanie) stosowania zasady ochrony uczciwej konkurencji za wszelką cenę, przyczynia się do niewłaściwej praktyki, dającej prymat kwestiom formalnym, proceduralnym nad zrealizowaniem celu postępowania. A celem postępowania jest zakup dobra czy usługi o możliwie najwyższej jakości za możliwie najniższą cenę, podobnie jak to ma miejsce w odniesieniu do przedsiębiorców, którzy kierują się zasadą maksymalizacji zysku, a więc podmiotów prywatnych.

Inną kategorią dóbr chronionych przez ustawodawcę w tym stosunku prawnym nadzoru jest ochrona interesu prywatnego i to zarówno wykonawców jak i zamawiających. Organy kontroli i nadzoru badają również to, czy procedura i rozstrzygniecie zamawiającego nie naruszyło w szczególności interesu prywatnego. Nie wdając się tu w szczegółowe rozważania można stwierdzić, że w pewnych sytuacjach organy nadzoru wprost stosują rozstrzygnięcia nadzorcze korzystne dla interesu podmiotu prywatnego.

Ponad to zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej w postaci odwołania oraz skargi do sądu przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub

---

[50] M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 44–49.

[51] *Ibidem*, s. 183–184.

miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Posłużenie się przez ustawodawcę jedynie kryterium formalnym z jednej strony stanowi dowód decentralizacji rozumianej jako przyznanie dużej samodzielności podmiotowi zamawiającemu, z drugiej jednak strony powoduje, że osoby zaangażowane w proces decyzyjny skupiają się przede wszystkim na aspektach formalnych i zgodnością ze skomplikowanymi procedurami stworzonymi przez ustawodawcę, tracąc z oczu główny cel zastosowania tychże procedur – wybór najkorzystniejszej oferty. Jednakże nie sposób się dziwić takiej postawie osób decydujących, skoro kontrole Prezesa Urzędu ograniczają się tylko do aspektu formalnego.

Reasumując, można stwierdzić, że na gruncie zamówień publicznych mamy do czynienia zarówno z kontrolą jak i z nadzorem opartym na normach prawa materialnego. Posługiwanie się pojęciem kontroli przez ustawodawcę, doktrynę i praktyków jest uprawnione i „bezpieczne" w tym sensie, że każda relacja (czy to będzie nadzór czy nawet kierownictwo) opiera się na kontroli, zawiera więc element kontroli i pod tym względem jest poprawne, choć może okazać się nieścisłe, może bowiem precyzyjnie nie oddawać charakteru prawnego relacji, w ramach której organy państwowe są zobowiązane dokonywać weryfikacji działalności podmiotów zewnętrznych wobec administracji.

Rozróżnienie, z którą z powyższych instytucji mamy do czynienia nie nastręcza większych problemów. Należy bowiem poddać analizie relację łączącą organ kontroli lub nadzoru z podmiotem kontrolowanym (nadzorowanym), jakim jest zamawiający. Przesądzająca jest tu możliwość stosowania środków władczych, często przybierających formę decyzji administracyjnych lub czynności faktycznych. O ile bowiem kontrola obejmuje tylko porównanie stanu istniejącego ze stanem postulowanym w przepisach, ustalenie zasięgu i przyczyn rozbieżności, a także poinformowanie o wynikach kontroli, to nadzór łączy się już z możliwością ingerencji w działalność podmiotu samodzielnego przez zastosowanie środków władczych.

KONTROLA FINANSOWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH SPRAWOWANA PRZEZ SKARBNIKA GMINY

Izabela Vogelsinger

1. WSTĘP

Gminy jako jednostki samorządu terytorialnego należące do sektora finansów publicznych, tworzone w celu realizacji zadań publicznych o znaczeniu lokalnym, finansowane są z publicznych środków i prowadzą gospodarkę finansową w sposób jawny i przejrzysty, co w praktyce oznacza odpowiednią klasyfikację budżetową, czyli takie grupowanie środków finansowych, które umożliwi podejmowanie decyzji oraz kontrolę w zakresie ich wydatkowania[1].

Jawność i przejrzystość podczas wydatkowania tych środków gwarantują również przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych[2] (dalej ustawa Pzp lub Ustawa), do stosowania której gminy są zobligowane w związku z przynależnością do sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów ustawy o finansach publicznych (dalej uofp)[3].

Zamówienia publiczne, jak wynika z definicji zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp są odpłatnymi umowami obejmującymi swoją treścią dostawy, usługi lub roboty budowlane, a zatem udzielenie zamówienia stanowi podpisanie umowy pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą wybranym w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przy czym umowa ramowa zawierana przez zamawiającego na podstawie przepisów szczególnych umiejscowionych w dziale III ustawy Pzp nie stanowi umowy w sprawie zamówienia publicznego. Różnią się one przede wszystkim brakiem obligatoryjnej odpłatności umowy ramowej, której zawarcie oznacza tylko kolejny etap prowadzący do udzielenia zamówienia publicznego, a zamawiający nie ma obowiązku zawarcia umów realizacyjnych. Strony umowy nie są zobowiązane w zakresie kontaktowania[4].

Postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzone w zgodzie z przepisami Ustawy jest środkiem umożliwiającym osiągnięcie nadrzędnego celu, jakim powinno być wydatkowanie środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, uzyskując możliwie jak najlepsze efekty z danych nakładów (art. 44 ust. 3, pkt 1a uofp).

Za całość gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych odpowiada kierownik tej jednostki (art. 53 ust. 1 uofp), w gminie będący jednocześnie kierownikiem zamawiającego.

Może to być zarówno osoba jak i organ, który zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyjątkiem ustanowionych przez tę osobę lub organ pełnomocników (art. 2, pkt 3 ustawy Pzp).

---

[1] A. Mierzwa Komentarz do ustawy o finansach publicznych pod red. P. Smolenia, s. 137 C. H. Beck Warszawa 2012.

[2] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 Nr 113, poz. 759 z późn. zm).

[3] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.).

[4] P. Banasik *„Umowa ramowa na dostawy i usługi powtarzające się okresowo"* PRESSCOM Sp. z o.o. Wrocław 2012, s. 20.

Samorządowe jednostki budżetowe, a także ich związki mające siedzibę lub miejsce sprawowania zarządu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zobowiązane są dodatkowo do stosowania przepisów ustawy o rachunkowości[5] (dalej uor), w której również zawarta została definicja kierownika jednostki. Jest nim członek zarządu lub innego organu zarządzającego, a jeżeli organ jest wieloosobowy – członkowie tego organu. Zgodnie z tą definicją ustanowiony pełnomocnik nie jest kierownikiem jednostki.

W uor sformułowany został przepis, zgodnie z którym wykonywanie obowiązków z tytułu nadzoru oraz innych określonych obowiązków w zakresie rachunkowości łączy się z ponoszeniem odpowiedzialności przez kierownika jednostki. W przypadku, gdy kierownikiem jednostki jest organ wieloosobowy, odpowiedzialność ponoszą wszyscy jego członkowie, chyba że została wskazana osoba odpowiedzialna (art. 4 ust. 5 uor).

Odpowiedzialność kierownika jednostki – z wyjątkiem obejmującym przeprowadzenie inwentaryzacji w formie spisu z natury – nie zostaje wyłączona nawet w przypadku skutecznego powierzenia odpowiedzialności za wykonywanie obowiązków w zakresie rachunkowości innej osobie. Czynność taka spowoduje bowiem powstanie odpowiedzialności z tytułu nadzoru w miejsce odpowiedzialności bezpośredniej[6].

Przekazanie oraz przyjęcie określonych obowiązków w zakresie gospodarki finansowej jest dozwolone z mocy art. 53 ust. 2 uofp. Dla swojej ważności wymaga jednak potwierdzenia dokumentem w formie imiennego upoważnienia albo wskazania w regulaminie organizacyjnym jednostki.

Pracownikowi – głównemu księgowemu – który przyjmuje te obowiązki w jednostce samorządowej jaką jest gmina – ustawa o samorządzie gminnym nadaje miano skarbnika gminy[7].

2. KONTRASYGNATA SKARBNIKA GMINY JAKO WYRAZ WSTĘPNEJ KONTROLI

Powoływanie i odwoływanie skarbnika gminy, należy do wyłącznej właściwości rady gminy i dokonywane jest na wniosek wójta (burmistrza, prezydenta miasta).

Obowiązki i odpowiedzialność skarbnika gminy są powierzane w zakresie:

- prowadzenia rachunkowości jednostki,
- wykonywania dyspozycji środkami pieniężnymi,
- dokonywania wstępnej kontroli zgodności operacji gospodarczych i finansowych z planem finansowym, oraz
- dokonywania wstępnej kontroli kompletności i rzetelności dokumentów dotyczących operacji gospodarczych i finansowych (art. 54 ust. 1 uofp).

---

[5] Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2013, poz. 330)

[6] Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 26 stycznia 2012 r. sygn. akt BDF1/4900/115/123/11/3881

[7] Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2001 r. poz. 142 nr 1591 z późn. zm.)

Dowodem dokonania przez skarbnika gminy wstępnej kontroli jest jego podpis (kontrasygnata) złożony na dokumencie, obok podpisu pracownika właściwego rzeczowo, co zgodnie z art. 54 ust. 3 uofp oznacza brak zastrzeżeń:

- do przedstawionej oceny prawidłowości operacji i jej zgodności z prawem,
- do kompletności oraz formalno-rachunkowej rzetelności i prawidłowości dokumentów dotyczących tej operacji, oraz
- stanowi potwierdzenie, że zobowiązania wynikające z operacji mieszczą się w planie finansowym.

Roczny plan finansowy gminy obejmuje zestawienie dochodów i wydatków oraz przychodów i rozchodów. Dochody stanowią tylko prognozy, a zatem niewykonanie planu dochodów nie jest obwarowane sankcjami prawnymi, z wyjątkiem zaniechania egzekwowania dochodów, które są należne budżetowi.

Planowane wydatki nie mogą przekroczyć ustalonego limitu, bowiem dokonywanie wydatków publicznych musi odbywać się w sposób celowy i oszczędny, według zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, umożliwiając tym samym realizację zadań w wysokości i w terminach, które wynikają z zaciągniętych zobowiązań.

Za niezgodne z tą zasadą należy zatem uznać zaciąganie zobowiązań dla których sfinansowania brak jest środków w budżecie, a także dokonywanie wydatków powyżej ustalonego limitu, nadmierne wydatkowanie środków z końcem roku budżetowego czy nawet tworzenie zbędnych zapasów[8].

Nad prawidłową realizacją przyjętego uchwałą budżetu gminy czuwa jej skarbnik, którego kontrasygnata jest wymagana dla skuteczności każdej czynności prawnej powodującej powstanie zobowiązań pieniężnych. Chociaż brak kontrasygnaty nie wywołuje skutków prawnych, nie powoduje nieważności czynności prawnej. Wadliwa czynność może zostać konwalidowana w następstwie późniejszego udzielenia kontrasygnaty[9].

Odmiennie, w przypadku czynności prawnych dotyczących zaciągania kredytów i pożyczek, udzielania pożyczek, poręczeń i gwarancji oraz emisji papierów wartościowych dla ich ważności wymagana jest kontrasygnata skarbnika, co uwarunkowane zostało w przepisach art. 262 uofp [10].

Kontrasygnata oznacza uznanie przedstawionej skarbnikowi dokumentacji za pełną i rzetelną, a w konsekwencji zaakceptowanie czynności jako zgodnej z planem finansowym oraz przepisami prawa, a także prawidłowej pod względem merytorycznym[11].

W przypadku ujawnienia nieprawidłowości skarbnik gminy zwraca dokument właściwemu rzeczowo pracownikowi. Nieusunięcie nieprawidłowości skutkuje odmową udzielenia kontrasygnaty

---

[8] A. Zasnarska *„Rachunkowość budżetu jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych"* oddk Gdańsk 2012, s. 19.

[9] Wyrok SN z 31.1.1995 r. I CRN 187/94.

[10] B. Kucia-Guściora Ustawa o finansach publicznych, Komentarz pod red. P. Smolenia C. H. BECK Warszawa 2012, s. 415.

[11] Wyrok SN z 7.03.2003 r. WA 8/03, OSNwSK 2003 Nr 1, poz. 540.

oraz pisemnym zawiadomieniem wójta (burmistrza, prezydenta miasta) z podaniem przyczyny tej odmowy. Kolejny etap postępowania uzależniony jest od decyzji kierownika jednostki. Konieczność udzielenia kontrasygnaty powstanie na skutek pisemnego polecenia.

W przypadku, gdy kierownikiem jednostki jest wójt (burmistrz, prezydent miasta) starosta lub marszałek województwa, obowiązkowo o poleceniu realizacji kwestionowanej przez skarbnika operacji powiadamia on organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego oraz właściwą regionalną izbę obrachunkową (art. 54 ust. 6 uofp).

Przepis ten jest spójny z art. 46 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym, zgodnie z którym skarbnik gminy, który odmówił kontrasygnaty, zobowiązany jest dokonać jej jednak na pisemne polecenie zwierzchnika, z powiadomieniem rady gminy oraz regionalnej izby obrachunkowej.

3. KONTROLA SKARBNIKA GMINY NA ETAPIE PRZYGOTOWANIA I PROWADZENIA POSTĘPOWANIA W SPRAWIE UDZIELENIA ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Wydatki publiczne w gminach są dokonywane z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odpowiedzialny jest kierownik zamawiającego, a także osoby którym powierzono czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania w określonym zakresie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Zadaniem komisji przetargowej jako zespołu pomocniczego kierownika zamawiającego – powoływanego obligatoryjnie lub fakultatywnie w zależności od wartości postępowania – jest ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, badanie i ocena ofert, a w konsekwencji przedstawienie kierownikowi zamawiającego propozycji wykluczenia wykonawcy, odrzucenia oferty, wyboru najkorzystniejszej oferty, lub wystąpienie z wnioskiem o unieważnienie postępowania w zakresie, o którym mowa w art. 20 ust. 1 ustawy Pzp, a także inne powierzone czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Zgodnie z definicją postępowania o udzielenie zamówienia jest ono prowadzone w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub zostaną wynegocjowane postanowienia takiej umowy w przypadku zamówienia z wolnej ręki (art. 2 pkt 7a ustawy Pzp). Unieważnienie postępowania stanowi wyjątek od tej reguły i jeżeli następuje z przyczyn leżących po stronie zamawiającego wiąże się z koniecznością zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu – zwłaszcza kosztów przygotowania oferty, jeżeli nie podlegała odrzuceniu – na wniosek wykonawcy.

Przesłanki unieważnienia postępowania zostały wymienione w art. 93 ust. 1 oraz 1a ustawy Pzp i stanowią katalog zamknięty. Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania tylko w wyniku zaistnienia którejkolwiek przesłanki opisanej w ust. 1.

Kontrola skarbnika gminy w związku z czynnościami zmierzającymi do unieważnienia postępowania ma szczególne znaczenie w przypadku dwóch przesłanek.

Pierwsza z nich dotyczy unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówie-

nia. Ustawa dopuszcza możliwość zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty (art. 93 ust. 1 pkt 4).

Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podawana jest do wiadomości obowiązkowo podczas otwarcia ofert (art. 86 ust. 3 ustawy Pzp) i może być większa lub mniejsza od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług. Ryzyko tej decyzji obciąża zamawiającego[12].

Nie bez znaczenia jest jednak ustalenie tej kwoty w oparciu o przepisy ustawy Pzp dotyczące szacowania wartości zamówienia. Jeżeli bowiem cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa ustaloną z należytą starannością kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, racjonalnym działaniem zamawiającego powinno być unieważnienie postępowania.

Jeżeli zamawiający będzie mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę wyższą niż zamierzona, ma takie prawo z uwzględnieniem przepisów zawartych w art. 44 uofp, dotyczących celów i wysokości wydatków publicznych.

Decyzja o przeznaczeniu większych środków na sfinansowanie zamówienia nie może być podjęta bez kontroli skarbnika, który potwierdzi możliwość zaciągnięcia zobowiązania w wysokości przekraczającej zamierzoną kwotę, zweryfikowaną uprzednio pod względem zgodności z planem finansowym.

W art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ustawodawca dokonał rozróżnienia pojęć najkorzystniejszej oferty oraz oferty z najniższą ceną. W doktrynie oraz w orzecznictwie przyjęta została interpretacja przepisu, zgodnie z którą dopuszczona jest możliwość unieważnienia postępowania przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, jeżeli cena była jedynym kryterium oceny ofert[13].

Wątpliwości może jednak budzić brak konsekwencji ustawodawcy w rozróżnianiu obu pojęć. Przykładowo w art. 2 pkt 5, art. 91 ust. 5, art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, oferta z najniższą ceną została zdefiniowana jednocześnie jako oferta najkorzystniejsza. Również z literalnego brzmienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4, dopuszczającego możliwość zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia tylko do ceny najkorzystniejszej oferty, należałoby wówczas wnioskować brak takiego uprawnienia w stosunku do oferty z najniższą ceną.

Trudno też ocenić pomocniczą rolę komisji przetargowej w tym przypadku, ponieważ zgodnie z brzmieniem przepisów zawartych w art. 20 Pzp wystąpienie z wnioskiem o unieważnienie postępowania zostało ograniczone do zakresu związanego z badaniem i oceną ofert oraz oceną spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i nie odnosi się do przesłanki zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp[14].

Zasadne wydaje się być zatem, aby kierownik zamawiającego powierzył komisji czynności wystąpienia z wnioskiem o unieważnienie postępowania również w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia.

---

[12] Wyrok KIO z dnia 8 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1339/10.

[13] Np.: J. Pieróg *op.cit.,* s. 351, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2011 r. KIO 2645/11.

[14] J. Pieróg *op.cit.,* s. 114

W każdym przypadku zachodzi konieczność badania ofert, zwłaszcza biorąc pod uwagę wynagrodzenie kosztorysowe wykonawcy, bowiem zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek poprawy oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, co może spowodować sytuację, w której dopiero po dokonaniu poprawy omyłek, cena oferty nie będzie przewyższała kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Kontrola skarbnika na etapie poprzedzającym podjęcie decyzji w sprawie unieważnienia postępowania jest niezbędna również w przypadku przesłanki zawartej w art. 93 ust. 1a ustawy Pzp.

Jeżeli zamawiającemu nie zostały przyznane środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez Państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia unieważnienie postępowania nie stanowi obligatoryjnej przesłanki.

Zamawiający ma prawo udzielenia zamówienia, w przypadku gdy posiada własne środki na jego realizację[15].

Kontrola skarbnika w tym przypadku ma na celu potwierdzenie wysokości środków umożliwiających zaciągnięcie zobowiązania.

Aby zapobiec unieważnieniu postępowania niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, kontrola skarbnika jest wymagana już na etapie przygotowania wniosku o wyrażenie zgody na wszczęcie postępowania. Wniosek jako dokument zawierający wartość zamówienia oszacowaną z należytą starannością, a także kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, zostanie wówczas poddany kontroli w zakresie zgodności operacji gospodarczej i finansowej z planem finansowym jednostki.

4. ODPOWIEDZIALNOŚĆ Z TYTUŁU NARUSZENIA DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Unieważnienie postępowania z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych wiąże się z odpowiedzialnością kierownika zamawiającego z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych (art. 17 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – dalej uondfp)[16].

Nadużycie instytucji unieważnienia postępowania stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, bowiem zgodnie z przyjętą linią orzeczniczą wszczęcie postępowania stanowi przyrzeczenie publiczne i powinno skutkować zawarciem umowy z wykonawcą, jeżeli nie podlega on wykluczeniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu[17].

---

[15] Wyrok KIO z dnia 3 września 2010 r. KIO 1784/10, KIO 1799/10.

[16] Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 168).

[17] Np.: Wyrok z dnia 1 września 2011 r. KIO/1792/2011, Wyrok z dnia 10 listopada 2011 r. KIO 2361/11, KIO 2362, KIO 2364.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest również zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego uchwałą budżetową albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania zobowiązań (art. 15 uondfp).

Odpowiedzialność zgodnie z art. 19 uondfp ponoszą osoby, które popełniły czyny określone w tej ustawie i jednocześnie można im przypisać winę, a także osoby, które wydały polecenie wykonania tych czynów.

Z odpowiedzialnością z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych wiąże się niedokonanie lub nienależyte dokonanie przez skarbnika gminy wstępnej kontroli zgodności operacji gospodarczej lub finansowej z planem finansowym lub kompletności i rzetelności dokumentów związanych z tymi operacjami jeżeli miało wpływ na wydatek, który dokonany został w wysokości przekraczającej planowaną lub miało wpływ na zaciągnięcie zobowiązania nie mieszczącego się w planie finansowym (art. 18b uondfp).

Udzielenie zamówienia publicznego oznaczające zgodnie z orzecznictwem Głównej Komisji Orzekającej (GKO) oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przypisane jest kierownikowi zamawiającego, jako osobie upoważnionej do reprezentowania jednostki na zewnątrz[18].

Zgodnie z orzeczeniem GKO z dnia 30 września 2004 r. (DF/GKO/Odw. -71/99/2004/870) zawierając umowę w sprawie zamówienia publicznego kierownik jednostki sektora finansów publicznych odpowiada tym samym za poprawność formalną i merytoryczną przeprowadzonego postępowania przetargowego.

Kontrasygnata skarbnika oznacza dodatkową kontrolę o charakterze administracyjnym i nie może być utożsamiana ze zgodą osoby trzeciej na zawarcie umowy. Z treści oświadczenia skarbnika powinno wynikać dokonanie niezbędnej weryfikacji czynności prawnej[19].

Marginalizując znaczenie kontrasygnaty umowy w stosunkach cywilno – prawnych Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 marca 2000 r. przyjął, że już samo wykonanie umowy przez kontrahenta gminy usuwa wątpliwość czynności prawnej[20].

Skarbnik gminy jest osobą odpowiedzialną z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych jako pracownik, któremu zostały powierzone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej. Powyższe nie oznacza wyłączenia odpowiedzialności wójta (burmistrza, prezydenta miasta), jako kierownika jednostki sektora finansów publicznych, bowiem zgodnie z art. 18c uondfp niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków w zakresie kontroli zarządczej stanowi takie naruszenie.

5. PODSUMOWANIE

Skarbnik gminy jako pracownik jednostki sektora finansów publicznych, któremu powierzone zostały obowiązki i odpowiedzialność w zakresie prowadzenia rachunkowości, wykonywania dys-

---

[18] M. Winiarz *„Stosowanie Prawa Zamówień Publicznych"* Regionalna Izba Obrachunkowa w Krakowie, 2008, s. 19

[19] R. Szostak *„Zakaz udzielania zamówień publicznych bez dodatkowego pokrycia finansowego – Ustawowe ograniczenia swobody umów, Zagadnienia wybrane pod. Red Bogusławy Gneli"* Oficyna Warszawa 2010 s. 154

[20] Wyrok SN z dnia 27 marca 2000 r. (sygn. akt III CKN 608/98; OSCE 2000/9/172).

pozycji środkami pieniężnymi, a także dokonywanie wstępnej kontroli dokumentów dotyczących operacji finansowych, musi być osobą spełniającą wymogi określone w ustawie o finansach publicznych. Wymogi te dotyczą obywatelstwa, znajomości języka polskiego w zakresie koniecznym do wykonywania obowiązków głównego księgowego, zdolności do czynności prawnych i korzystania z praw publicznych, wykształcenia, doświadczenia, braku karalności w odniesieniu do przestępstw wymienionych w art. 54 ust. 2 pkt 3 uofp.

Skarbnik gminy jest osobą, której ustawy: o samorządzie gminnym oraz o finansach publicznych powierzają szczególne obowiązki w zakresie gospodarki finansowej. Wykonuje on również ważne czynności kontroli dokumentów na etapie przygotowania i prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Przeprowadzona kontrola skarbnika gwarantuje zaciąganie zobowiązań mieszczących się w planie finansowym jednostki i wydatkowanie środków publicznych zgodnie z ustawą Pzp oraz uofp, a w konsekwencji zapewnia dysponentom środków publicznych ochronę przed odpowiedzialnością z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

ROLA WYKONAWCY JAKO PODMIOTU KONTROLUJĄCEGO PRAWIDŁOWOŚĆ UDZIELENIA ZAMÓWIENIA

Katarzyna Wińska-Rużewicz[1]
Uniwersytet Gdański

WSTĘP

Wykonawca jest pierwszym ogniwem kontrolującym prawidłowość – legalność podejmowanych przez zamawiającego decyzji. Współdziałanie zamawiającego i wykonawców prowadzi do osiągnięcia celu systemu – racjonalne wydatkowanie środków, wybór oferty najkorzystniejszej dla danej instytucji zamawiającej.

Chociaż w literaturze można odnaleźć wielopłaszczyznowe ujecie pojęcia kontroli, w zależności od cech kontrolującego jak i kontrolowanego, na potrzeby niniejszego opracowania wystarczającym zdaje się być wskazanie procesu kontroli jako porównania stanu faktycznego z założonym. Ujęcie to, choć najprostsze, wyznacza konieczność nawiązania do istoty zamówień publicznych – cel wprowadzenia regulacji procesu udzielania zamówień, jego zasad i kontroli. OECD podkreśla, iż koniecznym jest spojrzenie na Dyrektywy zamówieniowe (generalizując – przepisy prawa – przyp. autora) nie tylko poprzez ich treść, ale także kontekst, okoliczności ich wprowadzenia[2].

CEL WPROWADZENIA REGULACJI SYSTEMU UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH. ZASADY

Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości UE „celem koordynacji, na poziomie wspólnotowym, procedur udzielania zamówień publicznych jest wyeliminowanie barier w swobodzie świadczenia usług, a tym samym ochrona interesów podmiotów gospodarczych mających siedzibę w państwie członkowskim, które chcą oferować towary lub usługi instytucji zamawiającej innego państwa członkowskiego."[3]

Bariery w handlu, o których wspomniał Trybunał, zdaniem OECD mogą powstać w wyniku ustawodawstwa lub działań zamawiających jak i wykonawców, stosując tu terminologię przyjętą w Pzp[4]. Akty prawne mogą stwarzać bariery poprzez nałożenie wymagań co do kupna krajowych produktów. Instytucje zamawiające będą tworzyć bariery poprzez działania już w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy zaś będą tworzyć bariery poprzez zawieranie zmów np. cenowych. Wszystkie te bariery powodują zakłócenia konkurencji na wspólnym rynku zamówień publicznych, a jednym z głównych celów w zakresie zamówień publicznych jest wyeliminowanie istniejących barier i zapobieganie powstaniu nowych. Służy temu zastoso-

---

[1] Uniwersytet Gdański, SAR, Kancelaria Radców Prawnych M.Rusiecki, M. Szymkiewicz, R. Kurek

[2] OECD, Public Procurement Training for IPA Beneficiaries, Student's Book, tłumaczenie nieautoryzowane,

[3] Sprawa: C-360/96 Gemeente Arnhem przeciwko BFI Holding BV [1998] ECR I-6821, za: *Ibidem*, s. A-10 i n.

[4] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2010 r., zwana w dalej Pzp.

wanie podstawowych zasad udzielania zamówień, wynikających z przepisów prawa[5]. Prawo pierwotne Wspólnot Europejskich nie zawiera wprost postanowień regulujących tematykę zamówień publicznych. Traktat ustanawiający EWG, obecna nazwa Traktat ustanawiający WE ustanowił fundamentalne zasady (zasada niedyskryminacji, zasada swobodnego przepływu towarów i usług), które pośrednio odnoszą się również do rynku zamówień publicznych i są podstawą wielu rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości[6]. Natomiast art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE wskazuje iż instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty.

Ogólnie rzecz biorąc, przepisy regulujące proces udzielania zamówień dążą do zachowania równości podmiotów gospodarczych. Na ogół wymaga się by te same sytuacje potraktowano w taki sam sposób, a różne sytuacje nie były traktowane w ten sam sposób. W pewnym sensie oznacza to, że zamawiający nie będzie brać pod uwagę zdolności różnych lub trudności napotykanych przez poszczególnych wykonawców, ale oceni je wyłącznie za wyniki ich działań, na podstawie złożonych ofert. Rolą zamawiającego jest zapewnienie obiektywnej oceny ofert (bilansu ceny i jakości) ignorując przy tym wszelkie poboczne elementy, które nie są istotne dla oceny oferty. W kontekście płaszczyzny wspólnotowej, pojęcie równego traktowania wymaga jeszcze dodatkowego zdefiniowania, gdyż tu pojęcie równości jest dodatkowo odnoszone do kwestii narodowości, pochodzenia towarów. Wszystkie podmioty gospodarcze i wszystkie oferty, w tym obejmujące towary pochodzenia wspólnotowego muszą być traktowane jednakowo (zasada niedyskryminacji). Jest to rozszerzenie zasady równości i oznacza, że każdy przejaw kwalifikacji, warunków, opisu przedmiotu zamówienia oparty na pochodzeniu podmiotu, towaru, może z góry prowadzić do nierównego traktowania, ponieważ wskazanie takich wytycznych dyskryminuje jedną grupę podmiotów (tu – podmioty zagraniczne) lub prowadzi do preferowania drugiej grupy – podmiotów lokalnych[7].

Kolejnym, nie mniej ważnym aspektem, wielokrotnie podkreślanym w literaturze przedmiotu[8], jest ekonomiczny wymiar zamówień publicznych. Zapewnienie najefektywniejszego wykorzystania środków publicznych jest szczególnie ważne w świetle problemów budżetowych napotykanych w wielu państwach członkowskich. Nie należy również zapominać, co podkreśla Komisja, że przejrzyste reguły udzielania zamówień są najlepszym środkiem w walce z korupcją i protekcją[9].

Instytucje zamawiające udzielając zamówień wydatkują środki finansowe – publiczne pieniądze, z reguły pochodzące z podatków nakładanych na obywateli. Dlatego fundamentalne znaczenie ma to, że instytucje zamawiające są odpowiedzialnością wobec wyborców i władz za pieniądze wydane na ich rzecz. Instytucje zamawiające muszą mieć zatem struktury i procesy, które pozwalają im na racjonalne i efektywne wydatkowanie środków, a system ten oraz przyjęty sposób podejmowania decyzji musi być przejrzysty i dawać odpowiedź dlaczego dane decyzje zostały podjęte i czy są odzwierciedleniem tego co zostało uznane za najkorzystniejsze w danym czasie.

---

5 OECD Public Procurement …, s. A- 12 i n.

6 Szerzej: A. Sołtysińska, Europejskie Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Zakamycze 2006, s. 14 i n.

7 Szerzej na temat przestrzegania zasady równości w sprawie Storebaelt (C-234/89 [1993] ECR I-3353).

8 Por. [red:] G. Piga, Khi V. Thai, The economic of Public Procurement, Palgrave Macmillan, NY 2007; P. Trepte, Regulating procurement. Understanding the ends and means of public procurement regulation, Oxford University Press, 2004.

9 COMMISSION INTERPRETATIVE COMMUNICATION on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, (2006/C 179/02), tłumaczenie własne.

Jak wskazuje OECD, zarówno błędne decyzje mogą się zdarzyć, jak i późniejsze wydarzenia mogą wskazywać jakoby podjęta decyzja była błędna. Dlatego ważne jest, aby była możliwość weryfikacji podjętych decyzji, opierając się na dokumentacji postępowania i informacji dostępnych w czasie jej podejmowania, również celem potwierdzenia prawidłowości podjętej decyzji.[10]

W miejscu tym należy wspomnieć o przejrzystości procesu udzielania zamówień. Wprowadzenie zasady przejrzystości służy przestrzeganiu zasad zakazu dyskryminacji i nakazu równego traktowania podmiotów. Jak wskazała Komisja Europejska, zasada przejrzystości procedur „polega na zagwarantowaniu, z korzyścią dla wszystkich potencjalnych oferentów, poziomu jawności, umożliwienie rynkowi usług otwarcie na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur.[11] Komisja podkreśla iż ważnym jest by udzielenie zamówienia było zgodne z zasadami proceduralnymi ustanowionymi na początku, a zasady niedyskryminacji i równego traktowania były w pełni przestrzegane.

Jednocześnie podkreślone zostało znaczenie możliwości weryfikacji przestrzegania zasad udzielania zamówień. Jak wskazano – bez odpowiedniego mechanizmu weryfikacji, przestrzeganie zasad nie może być zagwarantowane w sposób efektywny. Jak wynika z preambuł dyrektyw odwoławczych, celem ich wprowadzenia było wzmocnienie gwarancji dla przejrzystości i braku dyskryminacji podmiotów w procesie udzielania zamówień, oraz zapewnienie skutecznego funkcjonowania systemu rozstrzygania sporów dotyczących udzielania zamówień[12].

WYKONAWCA KONTROLUJĄCYM

W tym miejscu warto powrócić do tematu kontroli. Skoro znany jest cel wprowadzenia regulacji, reguły prowadzenia procedur jak i udziału w postępowaniu, przy zachowaniu przejrzystości procedur, możliwa jest debata nt. roli wykonawcy jako podmiotu kontrolującego. Wykonawca jako obserwator lub uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, znając reguły prowadzenia procedur, dzięki właściwym narzędziom może mieć wpływ na prowadzenie procedur zgodnie z przepisami prawa. O wiedzę na ich temat, jak i ich wykorzystywanie, zostali zapytani wykonawcy. Zanim wskazane zostaną opinie, warto nawiązać do czynności wykonywanych po stronie zamawiającego.

OECD[13] w przytaczanym już podręczniku przyznaje, iż osoby przygotowujące i prowadzące procedurę udzielenia zamówienia publicznego muszą pogodzić szereg wymagań. Muszą one m.in.: zachowywać się w sposób etyczny[14]; zapewnić dostarczanie usług, których zainteresowane strony potrzebują (generalizując zapewnienie dóbr publicznych oraz narzędzi potrzebnych do wykonywania przez zamawiającego jego zadań). Ich rolą jest zapewnienie udzielania zamówień przy zachowaniu należytej proporcji jakości do ceny, zminimalizowanie biurokracji; zachowanie uczciwej konkurencji na rynku zamówień publicznych. Funkcjonariusze zamówień muszą zatem, co

[10] OECD, Public Procurement …, s. B-4.

[11] Commission Interpretative .... 1.2. Basic standards for the award of contracts.

[12] Szerzej: M. Lemke, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, Procedury odwoławcze w świetle dyrektyw, wyd. II, UZP, Warszawa 2000.

[13] OECD Public Procurement …, s. B-5 i n.

[14] Bardzo ciekawe ujęcie kwestii etyki w zamówieniach publicznych: A. Panasiuk, Prawno ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wypływające na ograniczenie swobody kontraktowania, Bydgoszcz – Warszawa 2005, s. 191–199.

stanowczo wskazuje OECD, efektywnie zarządzać własnym czasem i czasem tych, którzy pracują dla nich efektywnie, korzystać z zasobów finansowych, a używać innych środków tak efektywnie, jak to możliwe, udzielać i zarządzać zamówieniami publicznymi zgodnie z przepisami krajowymi oraz dorobkiem prawnym UE.[15]

NARZĘDZIA I ICH ZNAJOMOŚĆ

Skupiając się na ustawie z 29 stycznia – Prawo zamówień publicznych, która w swej treści w dużej mierze implementuje Dyrektywy zamówieniowe, wskazuje pośrednio lub bezpośrednio prawa wykonawców, takie jak: prawo do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, prawo do informacji, prawo do rzetelnej oceny jego oferty oraz poprawienia omyłek, prawo do złożenia środków ochrony prawnej. Możliwość korzystania z tych praw wiąże się z narzędziami wskazanymi w Pzp. Oto niektóre z nich

Zadawanie pytań;

Ustawa wskazuje w art. 38 obowiązek udzielenia odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania, o ile wpłyną one w określonym terminie. Chociaż treść tego przepisu zdaje się nie nastręczać wątpliwości interpretacyjnych, pracując z zamawiającymi i wykonawcami napotkać można opinie nie znajdujące uzasadnienia w przepisach prawa.

Jedną z nich jest przeświadczenie wykonawców, iż po upływie wskazanej w przepisach połowy terminu składania ofert, nie mogą zadać już pytań. Oczywistym jest, iż wykonawcy mogą swobodnie zadawać pytania do siwz do terminu składania ofert, jednakże zamawiający nie ma obowiązku udzielić odpowiedzi na pytania zadane w drugiej połowie terminu składania ofert. Tu jest kolejna pułapka – również dla zamawiającego korzystnym jest udzielenie odpowiedzi nawet wtedy gdy ustawa go do tego nie obliguje, jeśli z treści pytania wynika, iż wykonawca nie posiada wystarczających informacji do przygotowania oferty. To w interesie zamawiającego jest otrzymanie ofert konkurencyjnych, które zamawiający może porównać i dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto treść zapytań niejednokrotnie wskazuje zamawiającemu na niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, niejasny sposób obliczenia ceny, a także – opis przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony ograniczający konkurencję.

Tym samym pominiecie badania zasadności zadanych pytań z uwagi na sam fakt braku obowiązku udzielenia odpowiedzi może spowodować dobrowolny brak dokonania autokorekty postanowień siwz.

Na braki w zasobach wiedzy wykonawców wskazuje ich przeświadczenie o braku możliwości zadawania pytań czy zgłaszania sugestii dot. treści wzoru umowy czy istotnych jej postanowień. Niestety zarówno wykonawcy, jak i zamawiający, oceniają swobodę wykonawców jako swobodę podjęcia decyzji o ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Pytani wykonawcy jednogłośnie wskazują brak wpływu na treść umowy. Literatura przedmiotu zdaje się być jednomyślna – zasada swobody umów w przypadku umów o udzielenie zamówienia publicznego jest znacząco ograniczona. Zamawiający z jednej strony mają zarówno prawo jak i obowiązek zawrzeć umowę jedynie z wykonawcą wyłonionym w procedurze[16]. Wykonawcy natomiast mają prawo złożyć ofertę, jak

[15] OECD Public Procurement …, s. B-5 i n.

[16] Z. Gordon, Problem obowiązku zawarcia umowy w systemie zamówień publicznych, W: [red:] Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności

i obowiązek zawrzeć umowę na warunkach złożonej oferty w terminie jej związania. Co natomiast z wpływem wykonawcy na treść umowy o udzielenie zamówienia publicznego? O ile w trybach uwzględniających prowadzenie negocjacji z wykonawcą, ich temat mogą stanowić postanowienia zawartej w przyszłości umowy, co nie pozostawia wątpliwości, o tyle w pozostałych trybach wpływ wykonawcy na treść umowy jest w rzeczywistości ograniczony, a wykonawcy wskazują – iż właściwie żaden. Zdaje się być oczywistym, iż na etapie przygotowania ofert wykonawcy mogą zarówno kierować zapytania dot. treści umowy, jak i zarzuty. Treść umowy również obejmuje opis przedmiotu zamówienia, może naruszać zasady systemu zamówień publicznych. Niestety, co jest podkreślane przez wykonawców i wskazywane jako wada procesu udzielania zamówień, zamawiający niejednokrotnie odpowiadają negatywnie lub ignorują sugestie wykonawców co do treści umowy, jak i również dot. opisu przedmiotu zamówienia. Posiadane doświadczenie podpowiada jedynie, że zamawiający skłonni są przychylić się do sugestii wykonawców dot**.** zmiany treści siwz wtedy gdy treść zapytania jednoznacznie wskazuje rażące naruszenie przez zamawiającego przepisów i ryzyko unieważnienia w przyszłości umowy po udzielenie zamówienia publicznego, a w przypadku zamówień współfinansowanych ze środków UE – ryzyko wystąpienia korekt finansowych. Niestety, co podkreślają wykonawcy, argumenty uzasadnione ekonomicznie, odwołujące się do efektywności, racjonalności, nie często stanowią przedmiot szczegółowej analizy zamawiającego[17]. Na specyficzny sposób pojmowania ochrony interesu zamawiającego wskazuje również D. Koba:[18] *„Formułując warunki przyszłej umowy, zamawiający starają się zwykle zabezpieczyć w maksymalnym stopniu interesy skarbu państwa (...). Najczęściej jednak rozumiane jest to w następujący sposób: umowa powinna chronić zamawiającego przed jakąkolwiek odpowiedzialnością i ryzykiem związanym z jej realizacją. Skutkiem takiego podejścia jest przerzucanie na wykonawców całej odpowiedzialności i całego ryzyka (...).Przypisywanie wykonawcy wszystkich zobowiązań i całego ryzyka i odmawianie mu jakichkolwiek uprawnień nie jest korzystne dla zamawiającego, gdyż skutkuje co najmniej niepotrzebnym wzrostem ceny. Korzystne warunki przetargu to warunki, które pozwalają na zawarcie najkorzystniejszej ekonomicznie umowy, czyli umowy która zapewnia maksymalizację efektów w stosunku do nakładów*."

ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

Ustawa Pzp w art. 1 wskazuje, iż w swej treści określa środki ochrony prawnej. Z uwagi na to, iż celem niniejszego opracowania nie jest szczegółowa charakterystyka środków tych, poruszone zostaną jedynie zagadnienia wskazywane przez wykonawców lub zaobserwowane w praktyce jako problematyczne.

Zgodnie z informacją zawartą w sprawozdaniu z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce, w 2012 r., 40% postępowań odwoławczych zakończonych zostało przyjęciem stanowi-

gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenie polskie i zagraniczne, Cz. I, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2011, s. 37–43.

[17] Teza sformułowana na podstawie obserwacji udzielania zamówień o wartości właściwej dla procedury krajowej, oraz na podstawie opinii wykonawców będących małymi/średnimi przedsiębiorcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Zebranie opinii nie stanowią na chwilę obecną badań naukowych, a jedynie zbiór spostrzeżeń.

[18] D. Koba, Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw, [w:] Nowe podejście do zamówień publicznych – wybrane zagadnienia. PARP, Warszawa 2011 r., patrz również: OECD, Public Procurement …, – omówienie kwestii podziału ryzyka, s. A – 79 i n.

ska odwołującego[19]. O ile w postępowaniach o dużej wartości szacunkowej jak i dla wykonawców często ubiegających się o udzielenie zamówienia instytucja odwołania jest znana oraz powszechnie wykorzystywana, o tyle dla mniejszych przedsiębiorców złożenie odwołania poddawane jest pod wątpliwość. Wykonawcy, choć przekonani o słuszności swojego stanowiska i jego zasadności popartej przepisami prawa i dokumentacją postępowania, nie podejmują próby jego dochodzenia. Wskazywane powody to, cytując:

1) kolejnych postępowań na pewno nie wygram u danego zamawiającego

2) zamawiający utrudni realizację danego zamówienia

Do rozważań nt. konieczności zmiany świadomości zamawiających i wykonawców, a także świadomości społecznej związanej z zamówieniami publicznymi, nawiązanie zawarto w dalszej części.

Art. 181 ustawy Pzp wskazuje instytucję zawiadomienia o podjęciu czynności niezgodnej z prawem, kierowanego do zamawiającego, zbliżonego do nieobowiązującej i powoli zapominanej instytucji protestu. Pytani wykonawcy sceptycznie podchodzą do tej instytucji, z uwagi na rozstrzyganie przez Zamawiającego co do zasadności zarzutów. Pracując z zamawiającymi spotkałam również określenie zawiadomienia jako „donos", co w sposób jednoznaczny uwydatnia brak rozumienia funkcji nie tylko samego zawiadomienia, ale także systemu udzielania zamówień. Wartym jest ponadto podkreślenie, iż Zamawiający ma prawo zweryfikować podjęte decyzje a także, w miarę możliwości, powtórzyć dokonaną czynność, najczęściej badania i oceny ofert. Po raz kolejny wracam tu do przejrzystości udzielania zamówień oraz do celu stosowania procedur, zasad. Jeśli wykonawca kierując zawiadomienie wykazuje Zamawiającemu jego błąd, działanie niezgodne z przepisami lub zaniechanie dokonania czynności do której był obowiązany, to w rzeczywistości może uchronić zamawiającego od ponoszenia w przyszłości odpowiedzialności za dokonanie czynności niegodnej z przepisami prawa. Przykład: wykonawca kierując zawiadomienie z art. 181 wskazał iż zaoferowany przez wykonawcę produkt nie posiada parametrów wymaganych przez zamawiającego, o czym zamawiający mógł nie wiedzieć mimo zachowania staranności przy badaniu ofert. W badanej sprawie wykonawca dodatkowo wskazał iż przy zaoferowaniu konfiguracji wskazanej przez wykonawcą, którego oferta została wybrana, producent zaoferowanych produktów nie udziela gwarancji co zostało poparte oświadczeniem producenta, a wymagane przez zamawiającego.

Niestety by instytucja zawiadomienia spełniała swoją rolę, musi być poważnie traktowana zarówno przez zamawiających – nie jako donos, a narzędzie weryfikacji prawidłowości własnych decyzji, jak i wykonawców – możliwość dialogu pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, służącemu realizacji wspólnego celu – udzielenia zamówienia/uzyskania kontraktu, zgodnie z przepisami prawa i na korzystnych warunkach.

WNIOSEK O WSZCZĘCIE KONTROLI DORAŹNEJ

Wniosek o wszczęcie kontroli doraźnej – ten już bardziej zbliżony do wskazanego donosu, chociaż użycie tego negatywnie nacechowanego słowa może przesłonić ważną funkcję wniosku.

[19] 15% ogółu postępowań odwoławczych zostało umorzonych z uwagi na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego, 15 % odwołań zostało uwzględnionych przez KIO. Informacje wskazane na podstawie projektu sprawozdania z funkcjonowania systemu zamówień w 2012 r. www.uzp.gov.pl, 04.05.2013 r.

W wyniku jego złożenia może dojść do wszczęcia kontroli lub odmowy jej wszczęcia, o czym informowany jest wnioskujący wraz z uzasadnieniem. Tym samym instytucja wniosku o wszczęcie kontroli nie tylko służy weryfikacji procedury, która zdaniem wnioskodawcy jest prowadzona niezgodnie z przepisami prawa, ale również stanowi formę dialogu, tak potrzebnego, pomiędzy wykonawcą a organem administracji prowadzącym kontrolę.

Obserwując, analizując zmiany przepisów prawa tworzącego system zamówień publicznych, nie jest trudnym zaobserwowanie dążenia nie tylko do implementacji prawa wspólnotowego, ale także wcielenie w życie założeń tzw., Nowego podejścia do zamówień publicznych. Upraszając – mniej formalizmu, więcej efektywności, ekonomicznego uzasadnienia wyboru. Przedsiębiorcy, w ramach projektów związanych z przywołanym już tzw. Nowym podejściem, są zachęcani i przygotowywani do ubiegania się o udzielenie zamówień publicznych. By zarówno praca ustawodawcy, jak i programy te odniosły zamierzony cel, koniecznym jest zmiana świadomości zarówno zamawiających, jak i przedsiębiorców. Dlatego tak ważnym jest wzrost świadomości i wiedzy wykonawców w zakresie posiadanych przez nich zarówno obowiązków i praw, jak i uzmysłowienie roli jaką pełnią. Niestety nawet najlepsze założenia nie wystarczą do osiągnięcia zamierzonego celu, jeśli na przeszkodzie stoją bariery oparte o czynnik ludzki. Pytani wykonawcy wskazują niechęć zamawiających do wprowadzania nowych, korzystnych dla stron rozwiązań, mimo iż przepisy prawa na ich wprowadzenie pozwalają. Problem ten nie dotyczy jedynie rodzimych zamawiających. Na arenie międzynarodowej wskazywane są bariery hamujące rozwój innowacyjności tak potrzebny również w zapewnianych dobrach publicznych, a jedną z nich jest właśnie zamknięta postawa urzędników argumentowana w sposób: jeśli coś działa, to po co to zmieniać; u nas tak postępujemy.[20]

PODSUMOWANIE

Regulacja procesu udzielania zamówień, wprowadzenie jego zasad, ma określony cel. Konieczna jest weryfikacja zarówno postępowania podmiotów, jak i efektywności przyjętych rozwiązań. Tu nieocenioną rolę pełnią wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Z jednej stroną ukazują wpływ przepisów prawa na ich zachowanie, z drugiej – weryfikują postępowanie zamawiającego przez pryzmat ciążących na nim obowiązków, konieczności przestrzegania zasad systemu i procedur. Wykonawca, jak już wskazano, jest pierwszym ogniwem, na jego zachowanie wpływ ma zachowanie zamawiającego. Reakcja wykonawcy na działanie zamawiającego niezgodne z przepisami prawa może nastąpić jeszcze w trakcie trwania procedury, co w rezultacie wywołuje powrót do prowadzenia procedury w sposób hołdujący przepisom. Ustawa Pzp przewiduje narzędzia realizacji tej poniekąd kontroli prowadzonej przez wykonawcę, jednakże warunkiem ich skutecznego stosowania jest posiadanie na ich temat wiedzy zarówno przez wykonawców, jak i zamawiających. Zwiększenie świadomości wykonawców uczestniczących w postępowaniach co do ich praw i obowiązków, może zwiększyć efektywność systemu rozumianą jako osiągnięcie zamierzonego celu, z uwzględnieniem dodatkowo elementu badania wpływu regulacji systemu na zachowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

[20] OECD Public Procurement …, s. B i n.

SPOŁECZNA KONTROLA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Piotr Schmidt
Uniwersytet Wrocławski

1. WPROWADZENIE

Kontrola jest obecna we wszystkich dziedzinach życia, a co za tym idzie również we wszystkich aspektach działań zorganizowanych, bez względu na to kto jest organizatorem działań kontrolnych. W polskim prawie administracyjnym kontrola zajmuje niezwykle ważne miejsce. Administracja z jednej strony tworzy organy i instytucje, które dokonują kontroli w wielu dziedzinach funkcjonowania państwa, z drugiej zaś strony sama podlega kontroli, często dokonywanej przez organy wykreowane przez siebie samą. Nie budzi wątpliwości ogólne określenie kontroli jako badanie zgodności stanu faktycznego ze stanem postulowanym, ustalanie przyczyn i zasięgu ewentualnych niezgodności w powyższym zakresie oraz przekazanie ustaleń podmiotowi kontrolowanemu jak i podmiotowi, który jest zwierzchni organizacyjnie nad podmiotem kontrolowanym[1]. W systemie zamówień publicznych również występuje kontrola, dość dokładnie (choć nie zawsze wprost) opisana w samej ustawie Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp)[2]. Jedyną kontrolą tam opisaną bezpośrednio jest kontrola Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych czy to doraźna czy uprzednia. Nie oznacza to, że zamówienia publiczne nie są poddawane innym rodzajom kontroli, również kontroli społecznej, opartej o wyrażone w ustawie instytucje, czy też o instytucje wynikające z innych aktów prawnych. W szczególności na omówienie w tym kontekście zasługuje kontrola dokonywana przez potencjalnych wykonawców w ramach żądania wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), swoista kontrola wykonawców na podstawie art. 181 ustawy Pzp, którym nie przysługuje odwołanie, kontrola w ramach systemu środków odwoławczych oraz szczególna kontrola dokonywana za pośrednictwem dostępu do protokołu postępowania i załączników do niego oraz innych dokumentów postępowania na podstawie przepisów samej ustawy Pzp jak również subsydiarnie na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej[3].

2. KONTROLA SPOŁECZNA – ZAGADNIENIA OGÓLNE

W pierwszej kolejności należy pochylić się nad samym pojęciem kontroli społecznej. O kontroli społecznej możemy mówić, gdy czynności kontrolne wszczyna lub przeprowadza „czynnik społeczny", czyli gdy inicjatywa przeprowadzenia kontroli wychodzi od obywatela, grupy obywateli albo instytucji powoływanych przez obywateli oraz gdy kontrolę faktycznie przeprowadzają te podmioty. Mimo różnorodności form, w jakich kontrola społeczna występuje, można dokonać generalnego podziału na kontrolę społeczną zorganizowaną i niezorganizowaną. Kontrolą niezorganizowaną nazywamy taką kontrolę, w której podmiotem kontrolującym jest pojedynczy obywatel lub jakaś formalnie niezorganizowana zbiorowość obywateli. Jan Boć w swoim podręczniku wskazuje również, że za kontrolę niezorganizowaną można uznać składanie skarg i wniosków w trybie Kodeksu

[1] Por. J. Boć, *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited 2010, s. 378.

[2] Dz.U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 z późn. zm.

[3] Dz.U. z 2001 r., nr 112, poz. 1198 z późn. zm.

postępowania administracyjnego (dalej k.p.a.)[4]. przez osoby fizyczne i prawne[5]. Kontrola zorganizowana natomiast, to kontrola wykonywana przez podmioty kreowane przez obywateli, a więc rady gminy, organizacje społeczne czy umocowane w przepisach prawa grupy obywateli.

Kontrola społeczna niezorganizowana stanowi grupę bardzo wielu, różnorodnych działań podejmowanych przez obywateli, które w większości nie są w żaden sposób poddane prawnej regulacji. Wyjątki stanowią powołane wcześniej instytucje skarg i wniosków, uregulowanych w administracyjnej ustawie procesowej. Mimo tego zdaje się, że te dwa instrumenty skuteczne nie są i to z różnych względów, z pośród których na pierwszy plan wysuwa się brak efektywności postępowania skargowo-wnioskowego. Już Konstytucja[6] wskazuje, w art. 63, że petycję, skargę lub wniosek może złożyć każdy, bez względu na obywatelstwo. Kieruje się je do organów państwowych, organów jednostek samorządu terytorialnego, organów samorządowych jednostek organizacyjnych oraz do organizacji i instytucji społecznych, a także do organizacji i instytucji społecznych w związku z wykonywanymi przez nie zadaniami zleconymi z zakresu administracji publicznej. Petycję, skargę lub wniosek, można wnosić w interesie publicznym, własnym lub innej osoby za jej zgodą. Kwalifikacji pisma do jednej z grup dokonuje organ, do którego przedmiotowe pismo jest kierowane. Skarga dotyczyć może, zgodnie z art. 227 k.p.a. w szczególności zaniedbania lub nienależytego wykonywania zadań przez właściwe organy albo przez ich pracowników, naruszenia praworządności lub interesów skarżących, a także przewlekłego lub biurokratycznego załatwianie spraw. Wnioski składa się w szczególności w sprawach ulepszenia organizacji, wzmocnienia praworządności, usprawnienia pracy i zapobiegania nadużyciom, ochrony własności, lepszego zaspokajania potrzeb ludności[7]. Skargę wnosi się do organu lub podmiotu zwierzchniego względem podmiotu, którego skarga dotyczy, zaś wniosek do podmiotu właściwego do jego rozpatrzenia.

Kontrolę zorganizowaną wykonują m.in.:

1. Rady i Sejmiki jednostek samorządu terytorialnego,
2. Organy wykonawcze jednostek samorządu terytorialnego,
3. Komisje rady albo sejmiku jednostki samorządu terytorialnego,
4. Organizacje i inne organizmy społeczne powoływane na podstawie ustaw, w zakresie w tych ustawach wskazanym,
5. Obywatele w ramach referendum lokalnego bądź państwowego,
6. Obywatele, o ile są grupą docelową konsultacji społecznych, których przeprowadzenie jest wymagane prawem,

W doktrynie wskazuje się na niewielką skuteczność kontroli społecznej w ogóle, a przez to na konieczność dokonania pewnych zmian w jej sankcjonowaniu. Niemniej jednak analiza tego

[4] Dz.U. z 2013 r., poz. 482 t.j.

[5] J. Boć, *Prawo ...*, *op.cit.*, s. 411.

[6] Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483.

[7] Art. 241 k.p.a.

rodzaju kontroli przez pryzmat systemu zamówień publicznych może nasunąć odmienne wnioski, ponieważ w systemie zamówień publicznych bardzo dobrze funkcjonuje i wpływa na jakość postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

3. INSTYTUCJA ŻĄDANIA WYJAŚNIEŃ W TRYBIE ART. 38 USTAWY PZP JAKO FORMA KONTROLI SPOŁECZNEJ

Kontrola społeczna nad konkretnym zamówieniem rozpoczyna się już w momencie opublikowania ogłoszenia o zamówieniu oraz innych dokumentów wymaganych prawem, szczególnie SIWZ. Każdy bowiem może się z tymi dokumentami zapoznać, a w przypadku gdy będzie miał wątpliwości co do treści SIWZ, może zażądać od zamawiającego złożenia wyjaśnień, które w praktyce nazywane są pytaniami do SIWZ. Ich celem będzie doprecyzowanie woli zamawiającego, przedstawionej w budzącym wątpliwości zapisie SIWZ. Pytania mogą dotyczyć każdego elementu specyfikacji oraz załączników do niej. Prawodawca wyznaczył wykonawcom ramy czasowe dotyczące składania wniosku z zapytaniami do specyfikacji. Otóż jeżeli pytanie wpłynie do dnia w którym upływa połowa terminu do otwarcia ofert zamawiający musi sporządzić wyjaśnienia treści SIWZ. Po tym terminie zamawiający może takiej odpowiedzi udzielić, jeżeli uzna to za konieczne, ze względy na chociażby dobro postępowania. Bieg terminu na zadawanie pytań przez wykonawców, co do których będzie obowiązek udzielenia odpowiedzi rozpoczyna się z chwilą opublikowania lub przekazania SIWZ. Po tym terminie zamawiający może pozostawić pytania bez odpowiedzi lub odpowiedzi udzielić, z tym, że w takim przypadku musi stosować inne przepisy dotyczące pytań.

Wątpliwości budzić powinien przepis art. 38 ust. 1b ustawy pzp , który stanowi, że w razie przedłużenia terminu składania ofert nie przedłuża się terminu na złożenie zapytań, co do których zamawiający odpowiedzi udzielić będzie musiał. Słusznie bowiem wskazuje W. Dzierżanowski: „Regulacja ta jest w pewien sposób sprzeczna z zasadami jawności i tworzenia warunków dla uczciwej konkurencji. Ustawodawca narzucił bowiem obowiązek przedłużenia terminu składania ofert w przypadku istotnych zmian w SIWZ, co wynika z art. 12a ust. 1. Jednocześnie jednak przyznano zamawiającemu prawo do nieudzielania odpowiedzi na pytania zadawane do zmienionej SIWZ, o ile zmiana nastąpiła po upływie pierwotnie wyznaczonego terminu na składanie ofert"[8].

Zamawiający udziela wyjaśnień niezwłocznie, w najkrótszym możliwym terminie, w którym będzie w stanie udzielić odpowiedzi. Jednocześnie należy zaznaczyć, że musi przy formułowaniu odpowiedzi dochować należytej staranności, tak by nie budziła wątpliwości. Inaczej rzecz ujmując zamawiający nie musi udzielić odpowiedzi z dnia na dzień, nie może natomiast z nieuzasadnionych, pozamerytorycznych względów zwlekać z jej udzieleniem. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) stwierdziła ponadto: „Wyjaśnienia treści SIWZ – jak słusznie podnosił odwołujący – stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu, stanowią też rodzaj zmiany jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania SIWZ"[9], jak również: „Izba zwraca również uwagę, iż wyjaśnienia zamawiającego czy odpowiedzi na pytania wykonawców wiążą wykonawców jak i samego zamawiającego w sposób tożsamy jak zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poczyniona w trybie przepisu art. 38

[8] W.Dzierżanowski, J.Jerzykowski, M.Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. V, Lex dla samorządu terytorialnego, dostęp w dniu: 19.04.2013 r.

[9] KIO 2846/12 z dnia 8 stycznia 2013 r.

ust. 4 ustawy Pzp W powyższym względzie rozróżnienie powyższe ma charakter techniczny, gdyż w jednym przypadku zmiana treści siwz następuje na wniosek, zaś druga okoliczność wywołana jest przez samodzielną, wewnętrzną refleksję zamawiającego, co do konieczności dokonania zmiany"[10]. Co za tym idzie udzielenie odpowiedzi może mieć doniosłe skutki dla postępowania, ponieważ rozwiewając wszelkie wątpliwości co do treści specyfikacji, zapewnia otrzymanie dobrych ofert. Zamawiający musi dochować minimalnego terminu, jaki należy zachować od udzielenia odpowiedzi, wyznaczonego w ust. 1 pkt. 1 – 3 w art. 38 ustawy Pzp. Udzielić odpowiedzi należy nie później niż: na 2 dni przed upływem terminu składania ofert – w przypadku postępowań których wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawi art. 11 ust. 8 ustawy pzp, na 6 dni przed upływem terminu składania ofert – dla postępowań o wartości równej lub większej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawi art. 11 ust. 8, lub na 4 dni – w przetargu nieograniczonym lub negocjacjach z ogłoszeniem, o ile zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia. Wskazanie minimalnych terminów na udzielenie odpowiedzi ma za zadanie dyscyplinować zamawiającego, ale także ma gwarantować wykonawcy pewność, co do woli zamawiającego i umożliwić sporządzenie oferty, czy też podjęcie decyzji o jej złożeniu.

Zasada uczciwej konkurencji, jak i zasada jawności postępowania wymagają by odpowiedzi zostały przekazane wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ w jednakowym czasie i w jednakowy sposób, a więc za pomocą tych samych środków (np. faksu, poczty elektronicznej lub pisemnie). Zamawiającym nie wolno jest ujawnić źródła zapytania. Na sformułowane przez zamawiającego odpowiedzi lub na ich brak lub na opieszałość w ich udzielaniu wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej, o ile istnieją po temu przesłanki.

Skutkiem wniesionego żądania o udzielnie wyjaśnień, może być obok dookreślenia intencji zamawiającego, również zmiana treści specyfikacji. Zmianę taką może wprowadzić zamawiający również z własnej inicjatywy, ale jedynie w uzasadnionych przypadkach i jedynie do końca terminu składania ofert. Uzasadnione okoliczności, w których dopuszczalna jest zmiana, mogą być różne. Okolicznością taką będzie np. błędne zastosowanie ustawy szczególnej albo powołanie się na niewłaściwy akt prawny, przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu. Innym przykładem może być nieprzewidziana wcześniej konieczność zmiany zakresu zamówienia. Zamawiający nie są swobodni w dokonywaniu zmian treści specyfikacji. Nie mogą dokonać zmiany jeżeli powodowałoby to zwiększenie wartości zamówienia w taki sposób, że właściwe byłoby zastosowanie innej procedury, ale także jeżeli zmiana naruszałaby zasady prawa zamówień publicznych. Niedopuszczalna jest również zmiana dokonywana po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem.

W systemie zamówień publicznych wszczynając postępowanie tworzy się dwa podstawowe dokumenty: SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu. Oba te dokumenty muszą być ze sobą zgodne, przy czym ogłoszenie zawsze jest uboższe w treść niż specyfikacji, tzn. zawiera tylko najważniejsze postanowienia dotyczące postępowania, które specyfikacja opisuje nieco bardziej precyzyjnie. Jeżeli zatem zmiana treści SIWZ powoduje zmianę treści ogłoszenia, bez znaczenia z czyjej inicjatywy zmiana jest dokonywana – zamawiającego czy wykonawcy, zamawiający będzie musiał sporządzić i opublikować ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu. Jeżeli zmiana treści ogłoszenia jest istotna, na podstawie art. 12a ust. 2 ustawy Pzp zamawiający musi przesunąć termin składania ofert. Zmiana zatem treści SIWZ, które następnie powielane są w ogłoszeniu, bez zmiany takiego

[10] KIO 2592/12 z dnia 12 grudnia 2012 r.

ogłoszenia prowadziłaby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Każda zmiana treści specyfikacji, w tym o przedłużenie terminu składania ofert, musi zostać niezwłocznie przekazana wszystkim wykonawcom, którym przekazano przedmiotową specyfikację, w tym zamawiający musi stosowną informację zamieścić na swojej stronie internetowej.

Powyżej, pokrótce omówiony art. 38 ustawy Pzp opisuje pewną formę kontroli społecznej, która może przyjąć jeden ze swoich rodzajów, czy to zorganizowaną czy niezorganizowaną. Mianowicie, na podstawie powołanego artykułu tak naprawdę każdy, kto uzna to za stosowne czy wręcz konieczne, może zwrócić się do instytucji zamawiającej z żądaniem udzielenia wyjaśnienia określonej kwestii, opisanej w SIWZ. Zapytanie takie będzie poprzedzone wszechstronną analizą tych zapisów, która to może doprowadzić do stwierdzenia albo niejasności zapisu, albo wręcz jego sprzeczność z jakimś aktem normatywnym. Często bowiem wykonawcy wraz z żądaniem wyjaśnienia formułują postulaty o wprowadzenie określonej zmiany do SIWZ lub jej załączników wraz z uzasadnieniem i przytoczeniem określonych racji. W takiej sytuacji zamawiający często nie ma wyboru i przyznaje się do błędu dokonując zmiany treści specyfikacji, o którą wnioskował wykonawca. Z tego punktu widzenia, na podstawie tego artykułu dokonywana jest kontrola rozumiana swoiście. Kontrolujący bowiem, czy to obywatel, organizacja obywatelska, czy przyszły wykonawca dokonują badania stanu faktycznego (treści specyfikacji) i jego subsumcji ze stanem postulowanym (treścią aktów normatywnych). Jeżeli wynik takiego badania jest negatywny, a więc gdy ujawnione zostają rozbieżności informuje o tym zamawiającego w formie pytania do specyfikacji albo wniosku o jej modyfikację (wnioski takie zamawiający kwalifikują jako pytania). Taki pytający oczywiście, tak jak to w kontroli zostało przyjęte, nie może niczego na zamawiającym wymóc, szczególnie jeśli chodzi o dokonanie wnioskowanej zmiany w specyfikacji. Drugorzędne jest również stwierdzenie przyczyn zaistniałych rozbieżności. W skrajnych przypadkach kontrolujący może skorzystać ze środków ochrony prawnej.

Stworzenie przez prawodawcę możliwości dokonywania kontroli społecznej w formie pytań do specyfikacji niejako sankcjonuje założenie, że zamawiający może się mylić, mimo obowiązku zachowania należytej staranności przy przygotowywaniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Daje również pośrednią możliwość udziału w formułowaniu dokumentów podmiotom spoza struktur zamawiającego. Prawodawca słusznie założył, że podmioty najbardziej zainteresowane daną dziedziną będą miały lepszą wiedzę na jej temat, którą powinni móc się podzielić z zamawiającym, by ten ostatni miał możliwość dokonać ratujących postępowanie zmian w treści jego dokumentów. Takie założenie realizuje ideę partycypacji społecznej w tej dziedzinie prawa, ale także zwiększa jakość zamawianych dostaw, usług czy robót budowlanych.

4. KONTROLA SPOŁECZNA W TRYBIE INFORMACJI O STWIERDZONYCH NARUSZENIACH

Prawodawca stworzył inną instytucję kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o charakterze społecznym, z której można skorzystać, ale na etapie już po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. W art. 181 ustawy Pzp uregulowane zostały kwestie tzw. *quasi* – odwołania. Niefortunne jest umiejscowienie tego przepisu właśnie w dziale VI, który traktuje o środkach ochrony prawnej, w tym o odwołaniach, skoro instytucja opisana w tym artykule odwołaniem nie jest. Stworzenie tego przepisu miało niejako dać wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu możliwość wyrażenia swoich wątpliwości co do czynności zamawiającego, szczególnie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Quasi-odwołania odnoszą się do postępowań o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż tzw. próg unijny wskazany w rozporządzeniu w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej[11]. W tych postępowaniach wykonawca ma wyznaczony katalog czynności na które może wnieść odwołanie, w stosunku do wszystkich innych czynności może posłużyć się art. 181 ustawy Pzp. W postępowaniach o wartości zamówienia powyżej progów unijnych, odwołanie można złożyć, upraszczając, na każdą czynność zamawiającego. Potwierdza to wyrok KIO z dnia 24 listopada 2010 r.: „Przedkładanie informacji o niezgodnej z przepisami czynności – w świetle art. 180 ust. 2 w zw. z art. 181 Pzp – jest zastrzeżone tylko w tych postępowaniach, w których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp"[12]. W trybie tego przepisu wykonawca może poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy (w jego odczuciu) czynności podjętej przez niego lub też czynności nie podjętej, na którą to czynność odwołanie nie przysługuje. Zaznaczyć należy, że nie każdy podmiot może złożyć informację, a jedynie taki, który był uczestnikiem postępowania[13]. Wprowadzenie niniejszego przepisu nie znajduje jednak żadnego uzasadnienia. Jak stwierdza W. Dzierżanowski: „Nawet bez postanowień art. 181 ust. 1 wykonawca miałby pełne prawo do dokonania informowania zamawiającego o uchybieniach proceduralnych, których się dopuszcza. W tym kontekście całkowicie niezrozumiałe jest wprowadzenie terminu, do którego wykonawca może dokonać takiego powiadomienia. Powiadomienie w trybie art. 181 nie jest czynnością prawną, lecz faktyczną, a ustawa nie wyznacza jakichkolwiek skutków prawnych tak jej dokonania, jak i zaniechania jej dokonania. Tym bardziej omawiane powiadomienie nie jest czynnością procesową, więc wprowadzenie jakiegokolwiek terminu, do którego wykonawca ma dokonać powiadomienia, nie ma sensu"[14].

Żaden z przepisów formułowanych w omawianym artykule nie nakłada na zamawiającego obowiązku ustosunkowania się do powiadomienia, w jakiejkolwiek formie. Tylko i wyłącznie od uznania zamawiającego zależy, co z takim powiadomieniem zrobi. Jeżeli stwierdzi, że rzeczywiście formułowane zarzuty są zasadne, powtarza czynność lub wykonuje czynność zaniechaną, o czym informuje wykonawców biorących udział w postępowaniu we właściwy dla tej czynności sposób. Czynności powyższe nie podlegają zaskarżeniu.

Pamiętać należy, że informacja o stwierdzonych nieprawidłowościach nie może zastąpić odwołania. Tę kwestie poruszyła KIO w przytaczanym już wcześniej wyroku: „Z powołanych przepisów Pzp nawet w odniesieniu do zamówień o mniejszej wartości, nie wynika możliwość alternatywnego wniesienia odwołania do Prezesa KIO lub informacji do zamawiającego – informacja dotyczy tylko tych czynności, na które odwołanie nie przysługuje"[15]. Nie może również być użyta subsydiarnie do odwołania.

---

[11] Dz.U. z 2011 r., nr 282, poz. 1649.

[12] KIO/UZP 2462/10; KIO/UZP 2475/10.

[13] Wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r. KIO 855/11: „Zauważyć należy, iż adresatem wskazanej normy prawnej jest wykonawca, który na podstawie powołanego przepisu uzyskuje uprawnienie do podejmowania określonych działań. Skorzystanie przez wykonawcę z przedmiotowego prawa, nawet jeśli obarczone jest wadą, nie może stanowić podstawy do wniesienia odwołania. W świetle bowiem przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp jedynie czynności lub zaniechania zamawiającego mogą być podstawą odwołania. Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 181 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp należało uznać za chybiony".

[14] W. Dzierżanowski, Prawo ..., *op.cit.*

[15] KIO/UZP 2462/10; KIO/UZP 2475/10.

Kontrola społeczna realizowana w trybie art. 181 ustawy pzp przybiera szczególną formę. Krąg podmiotów, które mogą tę kontrolę przeprowadzić jest ograniczony. Mianowicie z tej instytucji prawa zamówień publicznych korzystać może tylko wykonawca, który uczestniczył w postępowaniu, bowiem tylko ci wykonawcy mają interes prawny w takim przypadku. Tylko oni są potencjalnymi beneficjentami ewentualnej zmiany wątpliwej czynności zamawiającego bądź czynności niewykonanej. Kontrola przebiega standardowo. Wykonawca dokonuje badania stanu faktycznego, w tym przypadku bada czynności zamawiającego oraz analizuje, czy są one prawidłowe. Jeżeli stwierdzi uchybienia może zawiadomić o tym zamawiającego. Ten nie jest związany wynikiem takiej kontroli, podobnie, jak wynik każdej innej kontroli nie wiąże kontrolowanych. Mogą oni, ale nie muszą, podobnie zamawiający, zmodyfikować badane działanie, by stało się zgodne z obowiązującym stanem prawnym. Kontrola społeczna w trybie informacji o stwierdzonych naruszeniach nie zajmuje się przyczynami powstania naruszeń, jak również nie ma uprawnienia informować podmiotu zwierzchniego, w przypadku systemu zamówień KIO, o wynikach kontroli.

5. ODWOŁANIE JAKO SZCZEGÓLNA FORMA KONTROLI SPOŁECZNEJ

Podstawową formą ochrony praw wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest możliwość złożenia odwołania. Odwołanie jest instytucją wprowadzoną nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r., która zastąpiła protest. Odwołanie w ten sposób stało się pierwszym ze środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu. Wnosi się je do specjalnie stworzonego organu, jakim jest KIO i jest przez niego rozstrzygane w procedurze opartej na zasadach kontradyktoryjności (sporności), dyspozycyjności oraz równości stron[16].

W mojej ocenie, z punktu widzenia kontroli społecznej, możliwość wniesienia odwołania, czy mówiąc inaczej zaskarżenia działań zamawiającego względem wykonawcy czy postępowania w ogóle, jest pewną formą kontroli zamawiającego dokonywaną przez wykonawcę. Ta forma kontroli ma jednak ściśle określony krąg podmiotów, które czynności kontrolne mogą względem zamawiającego wykonać, mianowicie wykonawców i to tylko tych, którzy mają interes prawny w złożeniu odwołania. Jest to podstawowa różnica między klasyczną kontrolą społeczną, w której to każdy podmiot może czynności kontrolnych dokonywać.

Przedmiotem odwołania, a co za tym idzie i kontroli postępowania dokonywanej przez wykonawcę, jest zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp każda czynność zamawiającego niezgodna z przepisami ustawy, podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, którą należało wykonać. Należy pamiętać, że ramy czasowe postępowania wyznacza definicja postępowania zawarta w art. 2 pkt. 7a ustawy Pzp i tylko na czynności wyznaczone tą definicją odwołanie można złożyć. Zaskarżalne nie będą czynności dokonane po wyborze oferty czy czynności poprzedzające wszczęcie postępowania.

---

[16] O kontradyktoryjności postępowania odwoławczego przesądza fakt, że strony tego postępowania prowadzą spór przed niezależnym „arbitrem" i to do nich należy udowodnienie swoich racji poprzez zgromadzenie i zaprezentowanie materiału dowodowego (art. 190 ust. 1 ustawy. Dyspozycyjność postępowania odwoławczego oznacza natomiast, że to strony decydują o tym czy żądać wszczęcia postępowania, czy raczej z tego zrezygnować, a także czy dokonać innych czynności o charakterze dyspozytywnym. Zasad równości stron wiąże się z zasadą kontradyktoryjności i stanowi, że strony w postępowaniu odwoławczym maja takie same prawa i obowiązki. Każda ze stron dysponuje takimi samymi środkami dowodowymi oraz każda z nich może swobodnie wypowiedzieć w trakcie rozprawy, bez której postępowanie sporne nie może się odbyć.

Zakres przedmiotowy odwołania został zróżnicowany ze względu na wartość postępowania. W postępowaniach, których wartość przekracza próg określony na podstawia art. 11 ust. 8 ustawy odwołanie można złożyć rzeczywiście na każdą czynność lub zaniechanie zamawiającego. W postępowaniach zaś podprogowych, tylko na enumeratywnie wymienione czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę[17], opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu[18], wykluczenia odwołującego z postępowania[19] oraz odrzucenia oferty odwołującego[20].

Kontrola wykonawcy zaczyna się niejako bez wiedzy zamawiającego. Wykonawca poddaje analizie efekty działań zamawiającego i porównuje je z postulowanym w przepisie stanem, który powinien zostać osiągnięty. Stwierdziwszy niezgodność może powiadomić organ nadzoru, tj. KIO, o stwierdzonych naruszeniach z żądaniem ich usunięcia. KIO następnie bada wyniki kontroli wykonawcy i podejmuje decyzję w tym przedmiocie. Odwołanie z tego punktu widzenia można pojmować na dwa sposoby, jako czynność wykonawcy, jego sprzeciw wobec działania zamawiającego oraz jako dokument procesowy wszczynający czynności nadzorcze względem zamawiającego.

Przepisy ustawy Pzp dość ogólnie określają wymagania formalne odwołania, które powinno spełniać wymogi pisma procesowego w postępowaniu cywilnym. Art. 180 ust. 3 wskazuje, że odwołanie powinno wskazywać jaka czynność zamawiającego ma być niezgodna z przepisami ustawy, zawierać opis zarzutów, sprecyzować żądanie oraz zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne. Szczegółowo elementy odwołania wskazuje § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań[21]. Odwołanie ponadto wnosi się w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Odwołanie zostanie wniesione skutecznie, jeżeli w terminie na jego złożenie wpłynie do KIO, a nie zostanie nadane w placówce pocztowej operatora publicznego. Kopię odwołania odwołujący zobowiązany jest przesłać zamawiającemu, w taki sposób, by mógł się on zapoznać z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Ustawa wprowadza domniemanie, że zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią odwołania przed upływem powyższego terminu, jeżeli przesłanie kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów dopuszczonych w art. 27 ust. 2, tj. faksem lub drogą elektroniczną.

Należy nadmienić, że odwołujący przesyłając kopię odwołania nie musi dołączyć do niego załączników, jakie przekazał KIO. Rozwiązanie to koresponduje z utartą już linią orzeczniczą KIO, w myśl

---

[17] Odwołanie w tym przedmiocie sprowadza się do zakwestionowania prawidłowości wyboru trybów niekonkurencyjnych i faktycznie prowadzi do unieważnienia postępowania (gdy odwołanie wniesiono w jego trakcie) albo do unieważnienia lub skrócenia umowy już zawartej (gdy odwołanie wniesiono po zakończeniu postępowania).

[18] Niniejsza podstawa odwołania budzi kontrowersje, co do określenia de facto czego dotyczy. W utartej już linii orzeczniczej Sądu Najwyższego zaskarżeniu podlega nie opis warunków udziału, ale opis sposobu oceniania warunków, a więc opis dokumentów na podstawie których zamawiający będzie oceniał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

[19] Z tej podstawy odwołania może skorzystać jedynie wykonawca, który został wykluczony. Nie ma możliwości złożenia odwołania za względu na wykluczenie wykonawcy innego.

[20] W tym przypadku podobnie, jak w przypadku wykluczenia wykonawcy, odwołanie w przedmiocie odrzucenia oferty może złożyć tylko wykonawca, którego oferta została odrzucona.

[21] Dz. U. z 2010 r., nr 48, poz. 280

której przekazanie kopii odwołania obejmuje samo odwołanie, bez załączników[22]. Z drugiej jednak strony powinno budzić to wątpliwość, bowiem jak zamawiający ma zweryfikować treść odwołania bez załączników, czy innymi słowy jak ma wyinterpretować z samej treści odwołania argumenty wykonawcy, skoro nie może zapoznać się z dowodami, na podstawie których wykonawca formułował zarzuty. Podobna sytuacja miała miejsce w trakcie debaty nad zdefiniowaniem czym jest oferta, czy jest nią tylko formularz ofertowy, czy może ten formularz wraz z załącznikami. Spór ten powstał na kanwie obowiązku udostępnienia oferty do przeglądania. Uznano wówczas, że aby przeglądający ofertę mógł stwierdzić, czy jest prawidłowa czy też nie, musi mieć dostęp do załączników do niej. Analogicznie w mojej ocenie powinno być w przypadku kopii odwołania przekazywanej zamawiającemu.

Samą czynność wniesienia odwołania do KIO oraz przekazana jego kopii zamawiającemu można przyrównać do przekazania protokołu pokontrolnego kontrolowanemu i organowi zwierzchniemu organizacyjnie nad kontrolowanym. Zachowanie kontrolowanego w obu przypadkach jest podobne. W kontroli klasycznej kontrolowany może odnieść się do protokołu pokontrolnego, zaś w zamówieniach publicznych zamawiającemu przysługuje możliwość złożenia odpowiedzi na odwołanie. W każdym z tych przypadków reakcja kontrolowanego może być pozytywna albo negatywna. W przypadku reakcji pozytywnej, a więc gdy przyjmuje się wynik kontroli, kontrolowany samodzielnie podejmuje działania naprawcze. W przypadku negatywnej to organowi nadzoru pozostawia się tę kwestię do rozstrzygnięcia. Różnica pojawia się w sytuacji, gdy kontrolowany milczy. Milczenie kontrolowanego w kontroli klasycznej oznacza przyjęcie protokołu, zaś przy odwołaniu oznacza brak akceptacji zarzutów sformułowanych w odwołaniu i chęć przeprowadzenia rozprawy przed KIO.

W postępowaniu odwoławczym zamawiający może zachować się w jeszcze jeden interesujący sposób, niejako niwecząc zamierzenia odwołującego. Mianowicie w odpowiedzi na odwołanie może odrzucić wszelkie zarzuty odwołującego, jednocześnie z własnej inicjatywy dokonać pewnych modyfikacji np. w SIWZ, które spowodują bezprzedmiotowość odwołania. Taka sytuacja jest najbardziej prawdopodobna w sytuacji złożenia odwołania na treść specyfikacji. KIO wyda wtedy postanowienie o umorzeniu postępowania.

Kolejną kwestią, która przesądza o swoistości postępowania odwoławczego, jako postępowania kontrolnego jest możliwość dokonania tzw. interwencji ubocznej. Tak jak w klasycznej kontroli odbywa się ona między dwoma podmiotami – kontrolowanym i kontrolującym, tak w postępowaniu odwoławczym istnieje możliwość przystąpienia do postępowania podmiotu, który ma interes w jego rozstrzygnięciu.

Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, po tym terminie złożone przystąpienie podlegać będzie odrzuceniu. Procedura odnosząca się do przystąpienia jest analogiczna jak przy wnoszeniu odwołania. Musi zostać złożone w podobnej formie, a jego kopia powinna zostać przesłana zamawiającemu i odwołującemu. W ten sposób niejako podmiot, który nie był inicjatorem kontroli staje się jej uczestnikiem. Przystępujący staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego o ile ma w tym interes, a w związku z brakiem dyspozycji jakiego rodzaju ma to być interes, wystarczy by legitymował się interesem faktycznym, pozostającym w związku z odwołaniem. To przystępujący wybiera, do której strony się przyłącza. Strona przeciwko której przystąpienie zgłoszono może do

[22] Potwierdza to chociażby postanowienie KIO z dnia 1 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 239/08: „przekazanie treści odwołania bez załączników wypełnia dyspozycję przepisu art. 184 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych".

rozpoczęcia rozprawy zgłosić opozycję przeciwko przystępującemu, którą na posiedzeniu niejawnym rozstrzyga KIO w formie postanowienia. Interwenient uboczny staje się podmiotem na prawach strony i dysponuje tymi samymi uprawnieniami co strona.

Z powyższych rozważań można wysnuć przekonanie o istnieniu podobieństwa postępowania odwoławczego z postępowaniem kontrolnym, mogącym prowadzić do czynności nadzorczych względem zamawiającego. Sama jednak kontrola zamawiającego przeprowadzana jest niejako w okresie od zaistnienia czynności zaskarżonej do początku rozprawy przed KIO, bowiem w tym momencie kontrola przekształca się w działania nadzoru. Mamy też z całą pewnością do czynienia z kontrolą społeczną i to zarówno zorganizowaną jak i niezorganizowaną, bowiem charakter występującego w nich „czynnika obywatelskiego" spełnia wykonawca, bez względu na jego formę prawną. Jego czynności w postępowaniu odwoławczym są działaniami czysto kontrolnymi. W odróżnieniu jednak od instytucji pytań do treści SIWZ oraz informacji o stwierdzonych naruszeniach w postępowaniu odwoławczym zawsze zaistnieje, wręcz jest to element niezbędny dla postępowania odwoławczego, zawiadomienie organu sprawującego nadzór nad kontrolowanym, czy w tym wypadku zamawiającym oraz jego samego. W przypadku pytań organ zwierzchni mógł być informowany, ale to już w formie odwołania, zaś w drugim przypadku kontrolujący – niezadowolony wykonawca – nie ma uprawnień do zawiadomienia jakiegokolwiek podmiotu w trybie ustawy Pzp.

6. DOSTĘP DO DOKUMENTACJI POSTĘPOWANIA

Omówione powyżej instytucje pozwalające skontrolować postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wynikały tylko z treści ustawy Pzp i niejako są dedykowane podmiotom zainteresowanym udziałem w systemie zamówień publicznych. Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może polegać również na badaniu dokumentacji postępowania przez nieograniczony krąg podmiotów, którą umożliwia zarówno sama ustawa Pzp jak również ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej.

Art. 96 ustawy Pzp wskazuje na obowiązek prowadzenia protokołu postępowania przez zamawiającego. Protokół jako taki jest realizacją zasady jawności postępowania i zawiera podstawowe informacje dotyczące postępowania. Jest jawny i podlega udostępnieniu każdemu i w każdym czasie. Ograniczeniem jawności protokołu jest wskazany w ustawie najwcześniejszy moment ujawniania treści ofert, ofert wstępnych, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz pozostałych załączników. Odrębną podstawą wyłączenia części protokołu jest skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę. Zamawiający może również, na podstawie delegacji w rozporządzeniu w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czasowo utajnić informację o szacowanej wartości zamówienia, ale tylko do momentu otwarcia ofert. Ograniczenie budzi wątpliwości z punktu widzenia chociażby zasady sporządzania protokołu na bieżąco oraz udostępniania protokołu w pełnym zakresie na każde żądania zainteresowanego, na każdym etapie jego sporządzania. Tylko informacje wymienione w art. 96 ust. 3 mogą być podane z opóźnieniem. Ponadto utajnianie wartości zamówienia jest sprzeczne z prawem unijnym, które stanowi, że wartość zamówienia powinna być niezwłocznie ujawniona w protokole o ile jest znana[23]. W polskich zamówieniach publicznych wartość zamó-

[23] Rozporządzenie wykonawcze Komisji UE nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005.

wienia zawsze jest znana już przed wszczęciem postępowania, niezrozumiałym jest więc rozwiązanie pozwalające ukryć tę informację przed wykonawcami. Takimi działaniami zamawiający narażać się będą na zarzut naruszenia przepisów europejskich, jak również utrudniania dokonywania kontroli społecznej zamówień, przez zainteresowane podmioty.

Obowiązki zamawiającego w zakresie udostępnienia protokołu opisuje przepis § 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego[24]. Zamawiający w pierwszej kolejności powinien uzyskać od wykonawcy informację o formie udostępnienia protokołu. Może udostępnić go w swojej siedzibie lub innym wskazanym miejscu, poprzez przesłanie kopii faksem, pocztą lub drogą elektroniczną. Prawo wyboru formy odnosi się do protokołu wraz z załącznikami. Jeżeli udostępnienie protokołu byłoby znacznie utrudnione z przyczyn technicznych lub innych przyczyn o obiektywnym charakterze, zamawiający może nie wyrazić zgody na formę udostępnienia protokołu wskazaną przez wykonawcę i narzucić inną. Od woli zamawiającego zależy również możliwość kopiowania protokołu i jego załączników. Nie może natomiast ograniczyć prawa do sporządzania odpisów oraz nie może ograniczyć częstotliwości udostępniania protokołu, jeżeli odmówił sporządzenia kopii.

Protokołem jest wyłącznie wypełniony formularz, stanowiący załączniki do rozporządzenia w sprawie wzoru protokołu, wszystkie pozostałe dokumenty wytworzone w postępowaniu oraz postępowaniu odwoławczym przez zamawiającego i wykonawców stanowią załączniki do protokołu. Załącznikiem jest również specyfikacja istotnych warunków zamówienia, choć ustawa o tym wprost nie przesądza. Ponadto załącznikami do protokołu są wymienione w art. 96 ust. 2 ustawy pzp oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania wykonawców, zawiadomienia, wnioski oraz umowa, a także inne dokumenty i informacje składane zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawców. Wbrew opinii niektórych zamawiających załącznikami są również wszelkie dokumenty wewnętrzne zamawiającego, np. notatki służbowe, czy notatki z posiedzeń komisji przetargowej czy protokoły z negocjacji.

Komplementarnym aktem prawnym w zakresie jawności informacji względem ustawy Pzp jest ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, która stanowi w art. 1 ust. 1, że „Każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu i ponownemu wykorzystywaniu na zasadach i w trybie określonych w niniejszej ustawie". Obowiązek jej stosowania mają władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne oraz inne podmioty wymienione w ustawie. Większość z nich jest zamawiającymi.

Protokół postępowania jak i załączniki do niego stanowią z całą pewnością informacje publiczne, które na każdy wniosek zainteresowanego zamawiający zobowiązany jest udostępnić. Zamawiający zawsze jednak działa, w pierwszej kolejności na podstawie ustawy Pzp, która stanowi *lex specialis* w stosunku do ustawy o dostępie do informacji publicznej. Tylko te informacje, których nie obejmuje swoją regulacją ustawa Pzp udostępnia w trybie tego drugiego aktu prawnego.

Możliwość uzyskania dostępu do protokołu i załączników do niego stanowić może i często stanowi przyczynek do dokonania kontroli danego postępowania czy to przez wykonawcę, czy dowolny inny podmiot, również na zasadach kontroli społecznej. Wyniki takiej specyficznej kontroli mogą

[24] Dz. U. z 2010 r., nr 223, poz. 1458.

stać się przyczynkiem do innego rodzaju działań, chociażby w trybie odwołania czy przystąpienia do postępowania odwoławczego, jeżeli kontrolującym był wykonawca. Każdy inny podmiot może również na podstawia badania dokumentów zawiadomić inne organy, w tym ścigania, o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez zamawiającego.

7. PODSUMOWANIE

System zamówień publicznych podlega permanentnej kontroli, sprawowanej nie tylko przez podmioty prawa publicznego, ale także przez podmioty prywatne. Ustawa Pzp wprost opisuje li tylko kontrolę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jako centralnego organu administracji publicznej sprawującego pieczę nad całym, polskim systemem zamówień publicznych. Nie oznacza to oczywiście, że zamawiający podlegają tylko takiej kontroli. Ze względu na doniosły charakter zamówień publicznych, jako formy wydatkowania środków publicznych, zamawiający podlegają również chociażby kontroli Rzecznika dyscypliny finansów publicznych, ale przede wszystkim każdego obywatela. Ustawa bowiem, nie wprost oczywiście, ale daje im możliwość kontrolowania zamawiających oraz wpływania na kształt każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, za pośrednictwem instytucji wynikających z ustawy Pzp.

Pierwszą z nich jest możliwość żądania wyjaśnień treści SIWZ – nazywana potocznie możliwością zadawania pytań do treści specyfikacji. Prawodawca przytomnie stwierdził, że zamówienie publiczne realizowane będzie przez profesjonalnego wykonawcę, który jako praktyk w swojej dziedzinie może mieć lepszą wiedzę na temat specyfiki danego zamówienia, dzięki której może zasugerować korzystne zmiany treści specyfikacji, tak by dawała szansę skutecznego przeprowadzenia postępowania. W skrajnych sytuacjach, dzięki pytaniom wykonawców do specyfikacji, zamawiający może dokonać zmiany treści SIWZ, przywracając w ten sposób postępowaniu walor zgodności z prawem. Zdarza się przecież, że zamawiający celowo lub przez przeoczenie zawierają w dokumentach postępowania treści jawnie sprzeczne z ustawa Pzp, albo z innymi aktami prawnymi. Dzięki więc kontroli wykonawców w formie pytań do treści specyfikacji uzyskują oni możliwość ingerowania w treść SIWZ.

Kolejnymi instytucjami kontroli społecznej w zamówieniach publicznych są tzw. *quasi*-odwołanie oraz odwołanie, jako środek ochrony prawnej. *Quasi* – odwołanie, czyli informacja wykonawcy o stwierdzonych naruszeniach, przysługuje wykonawcom w postępowaniach, których wartość nie przekracza kwot określonych na podstawie art. 4 pkt. 8 ustawy Pzp, na czynności, na które nie może on złożyć odwołania *sensu stricte*. Te ostatnie zaś przysługują wykonawcom w postępowaniach w dowolnej procedurze z tym, że w postępowaniach tzw. podprogrowych tylko na ściśle określone czynności lub zaniechania zamawiającego. Nie mniej jednak obie wykorzystane przez wykonawcę mogą doprowadzić do dobrowolnej lub wymuszonej zmiany działania zamawiającego. Obie również mają cechy środków kontroli nad zamawiającym, która dokonywana jest zarówno przez wykonawcę jak i organ administracji – nadzoru nad zamawiającym.

Ostatnią, ale chyba najważniejszą z instytucji kontrolnych w zamówieniach publicznych jest dostęp do dokumentacji sporządzonej w postępowaniu, realizowany zarówno na podstawie przepisów samej ustawy Pzp jak i ustawy o dostępie do informacji publicznej. Krąg bowiem zainteresowanych dostępem do dokumentów jest nieograniczony, każdy może żądać dostępu do informacji publicznej, co bezpośrednio wynika z Konstytucji. Przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz Pzp stanowią tylko doprecyzowanie jej treści. Ponadto system zamówień publicznych

kieruje się zasadą jawności i to w każdym aspekcie. To niejako stwarza możliwość, a wręcz prawo obywatelom do sprawdzania działań zamawiających. Uzyskane informacje, w wyniku badania dokumentów postępowania mogą stać się podstawą do wnioskowania do właściwych organów, nawet ścigania, do przeprowadzanie kontroli bardziej zinstytucjonalizowanej.

Demokratyczne państwo prawne, jakim jest z całą pewnością Rzeczpospolita Polska wymaga, by obywatele mieli możliwość wpływania na swoje państwo, szczególnie by mogli dokonywać kontroli jego działania oraz pracy jego organów i funkcjonariuszy. System zamówień publicznych, jako element prawa krajowego również poddawany jest kontroli obywatelskiej, czy jak ją nazywa doktryna społecznej. Możliwości jej przeprowadzania wynikają z samej ustawy Pzp jak i z innych aktów prawnych, które bezpośrednio lub pośrednio wyznaczają jej ramy. Zawsze jednak prowadzi ona do weryfikacji, najczęściej pod względem prawnym, prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na danym jego etapie, jako formy wydatkowania publicznych środków. Chroni się w ten sposób interes państwa, a z drugiej strony gwarantuje obywatelom uczestnictwo w funkcjonowaniu państwa, co jest niejako pierwszym krokiem w kształtowaniu społeczeństwa obywatelskiego. Należałoby zastanowić się, czy nie warto tę społeczną kontrolę nad zamówieniami publicznymi w Polsce bardziej uregulować.

WYKAZ LITERATURY:

E. Ura, *Prawo Administracyjne*, 2012

J. Boć, *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited 2010

W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. V, Lex dla samorządu terytorialnego, dostęp w dniu: 19.04.2013 r.

WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH:

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483)

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 482 t.j.)

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 z późn. zm.)

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

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., nr 48, poz. 280)

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r., nr 223, poz. 1458)

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2011 r., nr 282, poz. 1649)

Rozporządzenie wykonawcze Komisji UE nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005

WYKAZ ORZECZEŃ:

Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2010 r. KIO/UZP 2462/10; KIO/UZP 2475/10

Wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r. KIO 855/11

Wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2012 r. KIO 2592/12

Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2013 r. KIO 2846/12

PODMIOTY ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

POSTĘPOWANIE ODWOŁAWCZE PRZED KIO JAKO ŚRODEK KORYGUJĄCY W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Agnieszka Kurowska
Instytut Zamówień Publicznych
Doktorant Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę w przedmiocie realizacji zamówienia. Postępowanie takie rządzi się określonymi regułami. Podstawowe zasady obowiązujące w zakresie zamówień publicznym wskazane zostały w artykułach 7–9 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp". Są to: zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasada jawności, zasada pisemności, zasada języka polskiego.

Jak stanowi art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Regulację uzupełnia ust. 3 przywołanego artykułu, wskazując, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Wśród wielu narzędzi realizacji zasad udzielania zamówień publicznych, określanych również mianem środków odwoławczych czy korygujących, jest postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą.

ŚRODKI ODWOŁAWCZE W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

System szeroko rozumianych środków odwoławczych w zamówieniach publicznych uległ zmianie w wyniku nowelizacji ustawy Pzp w 2009 r. Przebudowa tego systemu wprowadzona ustawą nowelizującą z dnia 2 grudnia 2009 r. – ustawa o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778; weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r.), podyktowana była koniecznością implementacji przepisów prawa wspólnotowego wynikających ze zmian dyrektywy Rady z 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG 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. WE L Nr 395, s. 33 ze zm.) i dyrektywy Rady z 25 lutego 1992 r. nr 92/13/EWG koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, Dz. Urz. WE L Nr 76, s. 14 ze zm. (zmiany dokonane dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, Dz. Urz. UE L Nr 335, s. 31).

Jak podaje dr hab. prof. UEK Ryszard Szostak w publikacji pt. „Zmiany w zakresie środków ochrony prawnej wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne (Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych, Nr 1 2010 r., CH BECK), według art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665 do środków odwoławczych zalicza się:

a) tzw. środki tymczasowe zmierzające do zawieszenia procedury udzielenia zamówienia, celem usunięcia nieprawidłowości popełnianej przez zamawiającego oraz zapobieżenia dalszym uchybieniom i szkodom,

b) uchylenie bezprawnych rozstrzygnięć zamawiającego – organizatora na podstawie tzw. środków korygujących, w tym doprowadzenie do usunięcia dyskryminacyjnych wymagań technicznych lub ekonomicznych zawartych w warunkach zamówienia,

c) przyznanie odszkodowania konkurentom, którzy doznali uszczerbku w wyniku uchybienia popełnionego przez zamawiającego.

Szczególny status mają sankcje w postaci unieważnienia umowy i obciążenia zamawiającego karą finansową za dopuszczenie do wadliwej umowy, które funkcjonują już poza pojęciem środków odwoławczych. Wynika to zapewne stąd, że umowa nie stanowi już „czynności postępowania", poprzedzającego jej zawarcie. W zakresie powyższych uprawnień mogą orzekać odrębne organy władzy publicznej, co pozwala zachować dotychczasowe zróżnicowanie krajowych rozwiązań prawnych. W niektórych bowiem państwach o środkach korygujących orzekają organy pozasądowe (np. w Niemczech, Austrii, Czechach, Słowacji i Polsce), natomiast orzecznictwo w sprawach roszczeń odszkodowawczych należy do sądów powszechnych. W polskim prawie zamówień publicznych pominięto niemal całkowicie kwestię roszczeń odszkodowawczych (z wyjątkiem roszczenia z art. 93 ust. 4 ustawy Pzp), pozostawiając ją w obrębie odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych.

Dyrektywy europejskie o procedurach odwoławczych, a także krajowe regulacje zamówień publicznych, ograniczają się do regulacji szczególnej odpowiedzialności zamawiającego za nieprawidłowości popełnione w toku procedury o udzielenie zamówienia. Uchybienia samego zamawiającego organizującego postępowanie mają bowiem zasadniczy wpływ na jego rezultat. Zamawiający dysponuje też środkami zwalczania aktów nieuczciwej konkurencji między wykonawcami (wykluczenie, odrzucenie oferty).

Postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą może realizować dwa cele spośród wskazanych w dyrektywie 89/665. W szczególności może spełniać funkcję środka tymczasowego, zmierzającego do zawieszenia procedury udzielenia zamówienia, celem usunięcia nieprawidłowości popełnianej przez zamawiającego oraz zapobieżenia dalszym uchybieniom i szkodom. Może również pełnić rolę środka korygującego, zmierzającego do uchylenia bezprawnych rozstrzygnięć zamawiającego podjętych w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Postępowanie odwoławcze w tym drugim ujęciu jest przedmiotem niniejszego referatu.

FUNKCJE POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO PRZED KRAJOWĄ IZBĄ ODWOŁAWCZĄ

Ustawa Pzp w przedmiocie środków odwoławczych wprowadza tzw. środki ochrony prawnej i przewiduje dwie instytucje: odwołanie wnoszone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz skarga wnoszona do sądu powszechnego na orzeczenie wydane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Regulacje systemu środków ochrony prawnej w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawarte są w Dziale VI ustawy Pzp (art. 179–198g). Do postępowania odwoławczego w zakresie nieuregulowanym w ustawie Pzp znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym, na podstawie art. 185 ust. 7 ustawy Pzp. W tej materii

obowiązują nadto rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wydane w oparciu o delegację zawartą w ustawie Pzp, którymi aktualnie są:

- rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280),
- rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Postępowanie odwoławcze, a precyzyjniej postępowanie przy rozpoznaniu odwołania, przewidziane zostało jako środek ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Środki ochrony prawnej to mechanizmy, za pomocą których podmioty do tego uprawnione mogą bronić swoich interesów, które to interesy mogą być narażone na uszczerbek wynikający z nieprawidłowości zaistniałych w postępowaniach o udzielanie zamówienia publicznego.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może dojść do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający jest obowiązany skorygować „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. Najczęściej jednak sposobem przywrócenia postępowania do stanu zgodnego z prawem będzie skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Skorzystanie z tych środków wiąże się jednak z koniecznością spełnienia wielu wymogów, zarówno merytorycznych, jak i formalnych, a także określonymi kosztami. Celem przepisów zawartych w dziale VI ustawy Pzp – Środki ochrony prawnej, jest zapewnienie prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (za: G. Wicik, P. Wiśniewski [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz wraz z suplementem aktualizacyjnym. Wyd. CH BECK Warszawa 2007).

Uwzględniając powyższe, należy uznać za zasadne stanowisko, wedle którego odwołanie – jako środek ochrony prawnej, pełni funkcję ochronną. Ochrona dotyczy interesu podmiotu uprawnionego do skorzystania ze środka ochrony prawnej w uzyskaniu danego zamówienia oraz prewencji przed poniesieniem szkody przez ten podmiot w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Stąd też skuteczna realizacja uprawnienia skorelowanego z odwołaniem wymaga spełnienia kumulatywnie poniższych przesłanek:

- naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp,
- interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia,
- poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wykonawcę.

Dodatkowo, niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy szkodą a naruszeniem ustawy Pzp przez zamawiającego.

Interes w uzyskaniu zamówienia winien być nierozerwalnie związany z danym (konkretnym) zamówieniem. Przy tym prezentowane są dwa stanowiska dotyczące interpretacji wymogu istnienia interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Wedle pierwszego z tych stanowisk nie można powoływać się na inny interes w uzyskaniu zamówienia, niż chęć uzyskania tego zamówienia w danym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Zwolennicy prezentowanego poglądu nie akceptują wykazywania interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, ale w ewen-

tualnym innym postępowaniu (kolejnym). W świetle brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, unieważnienie postępowania nie mieści się w przesłance posiadania „interesu w uzyskaniu danego zamówienia", gdyż interes ten winien dotyczyć tego konkretnego postępowania, a nie podlegać realizacji np. poprzez hipotetyczny udział w kolejnym postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego. Interes w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mowa w tym przepisie, nie obejmuje czuwania nad prawidłowością przebiegu postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego danego, konkretnego zamówienia (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5.08.2011 r. sygn. KIO 1557/11).

Zatem interes w uzyskaniu zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, powinien dotyczyć tego zamówienia, którego dotyczy odwołanie, tym samym – jak podnosi się także w doktrynie – konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony (por. wyroki Izby z dnia 5.01.2012 r. sygn. KIO 2742/11; z dnia 20.12.2011 r. sygn. KIO 2588/11). Tym samym podnoszenie żądania unieważnienia postępowania wyłącza istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia. Na gruncie ustawy Pzp należy mieć na uwadze interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia w toczącym się postępowaniu. Za brakiem interesu w uzyskaniu zamówienia przemawia fakt, iż wykonawca nie zmierza do bezpośredniego uzyskania zamówienia, ale do jego unieważnienia. Nie można uznać, aby skutek w postaci unieważnienia postępowania objęty był interesem w uzyskaniu zamówienia. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie prowadzi do uzyskania zamówienia przez jakiegokolwiek wykonawcę. Co więcej, unieważnienie postępowania nie obliguje zamawiającego do wszczęcia nowego postępowania przetargowego (tak w wyroku Izby z dnia 19.07.2011 r. sygn. KIO 1412/11).

Drugie stanowisko szerzej interpretuje zagadnienie uzyskania danego zamówienia. Jego zwolennicy podkreślają, że z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika jednoznacznie, czy mowa o uzyskaniu danego zamówienia w ogóle czy też zamówienia objętego toczącą się właśnie procedurą przetargową. Dosłowne brzmienie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uzależnia bowiem interes od możliwości uzyskania zamówienia, a nie od możliwości wygrania konkretnego przetargu. Jeśli aktualnie prowadzone postępowanie zostanie unieważnione, zamawiający ogłosi kolejne postępowanie o udzielenie tego samego zamówienia. Interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia przekracza zatem ramy jednej procedury przetargowej. Interes ten w istocie polega na zamiarze podpisania z zamawiającym umowy na świadczenie określonych usług czy też wykonanie określonych dostaw albo robót budowlanych. Dla wykonawcy nie ma przy tym znaczenia, czy nastąpi to w wyniku rozstrzygnięcia aktualnego czy kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pogląd, iż interes w uzyskaniu zamówienia powinien mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków ochrony prawnej w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia, jako prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny *sensu largo*) – jako odosobniony i prezentowany w stanie prawnym obowiązującym przed nowelizacją ustawy Pzp z dnia 2 grudnia 2009 r., nie znalazł poparcia w orzecznictwie i doktrynie.

Ochrona interesu odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia jest uzasadniona jednak wówczas, gdy ma interes w uzyskaniu danego zamówienia w ogóle – nie zaś uzyskania zamówienia na konkretnych warunkach, a przy tym naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania (wniosek z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). W wyroku z dnia 24.01.2012 r. sygn. KIO 93/11, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp nie można sprowadzić do ochrony ogólnie pojętej praworządności i korygowania wszystkich nieprawidłowości,

których zamawiający dopuścił się w trakcie postępowania (nieprawidłowości irrelewantnych w stosunku do możliwości uzyskania konkretnego zamówienia przez danego wykonawcę). Nie sposób również upatrywać interesu w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mówi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w kontekście ewentualnego zagrożenia unieważnienia umowy, która byłaby zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania. Dalej, nie może uzasadniać interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – możliwość – w razie potwierdzenia zasadności zarzutów stawianych w odwołaniu – uzyskania zamówienia na korzystniejszych warunkach, ze względu na niższą cenę zaoferowaną w razie, gdyby do aukcji miało nie dojść z uwagi na złożenie mniej niż trzech ofert. Nie stanowi to o posiadaniu interesu w uzyskaniu danego zamówienia, a co najwyżej interesu w uzyskaniu zamówienia na dogodniejszych dla zainteresowanego warunkach. Powyższe jednak nie mieści się w dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Kwestia ta może być rozważana ewentualnie przez pryzmat możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W innym orzeczeniu (wyrok z dnia 4.07.2011 r. sygn. KIO 1284/11) Izba stwierdziła, że środki ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługują wykonawcom jeżeli ich interes w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zatem, legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej (w tym wypadku odwołania) służy tylko takiemu uczestnikowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Stwierdzenie, iż wykonawca będzie miał większe szanse na pozyskanie zamówienia, jest nie wystarczające, aby wykazać posiadanie interesu w złożeniu środka ochrony prawnej.

Jeżeli wykonawca składając odwołanie nie zmierza do ochrony swojej pozycji w postępowaniu, w celu utrzymania możliwości uzyskania zamówienia, lecz domaga się odrzucenia własnej oferty i unieważnienia postępowania – nie ma legitymacji do wniesienia odwołania. Zawarte w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „ma lub miał interes" nie oznacza możliwości udzielenia ochrony prawnej wykonawcom niezainteresowanym w dacie składania odwołania uzyskaniem danego zamówienia, a tym bardziej przyznającym wprost, że zamówienie nie powinno być im udzielone (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.09.2011 r. sygn. KIO 1866/11).

Odwołanie pełni również funkcję kontrolną.

Wedle jednej z definicji pojęcia kontroli jest ona procesem działania wewnątrz organizacji, którego naczelnym celem jest regulowanie i korygowanie wszelkich czynności dla zapewnienia ich przyszłej sprawności i skuteczności. Celem końcowym kontroli jest podniesienie sprawności działania przez usuwanie wszelkich nieprawidłowości, jej przyczyn i źródeł oraz pobudzanie działań konstruktywnych.

W uproszczeniu, kontrola polega na ustaleniu norm, wzorców, standardów działania, ustaleniu rzeczywistego stanu działania, porównaniu stanu rzeczywistego ze stanem pożądanym w danym działaniu (ustalonymi normami), podjęcie działań korygujących w przypadku stwierdzenia naruszeń, uchybień.

Taki charakter ma postępowanie odwoławcze. Uprawnienie do wniesienia odwołania przez wykonawcę od czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika z prawa wykonawcy do kontroli prowadzonego postępowania w celu zagwa-

rantowania realizacji interesu wykonawcy z uzyskaniu zamówienia, ale również zapewnienia prowadzenia postępowania zgodnie z ustalonymi warunkami i przepisami prawa, przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Obowiązek rozpatrzenia merytorycznego odwołania sprowadza się w praktyce do realizacji działań o charakterze kontroli, tj. ustalenia obowiązujących norm, przepisów, badania prawidłowości i zgodności z prawem czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzieleniem zamówienia publicznego, a następnie do podejmowania decyzji zmierzających do korekty stwierdzonych naruszeń.

Funkcje ochronna i kontrolna determinują charakter i przebieg postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

PRZEBIEG I SKUTKI POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO PRZED KRAJOWĄ IZBĄ ODWOŁAWCZĄ

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą – jak wynika pośrednio z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, ma charakter postępowania przed sądem polubownym (arbitrażowym), a od orzeczenia Izby przysługuje skarga do sądu okręgowego, właściwego według siedziby zamawiającego.

Sądownictwo polubowne stanowi alternatywny sposób rozpoznawania i rozstrzygania sporów cywilnych przez organ, który nie jest sądem państwowym, a który swoje uprawnienia do rozstrzygania danego sporu wywodzi z umowy stron, która eliminuje rozstrzyganie danego sporu przez sąd państwowy. Sąd polubowny jest sądem prywatnym powołanym wolą stron stosunku prawnego z zakresu prawa prywatnego. Autonomia woli obejmuje poza zapisem na sąd arbitrażowy, elementy proceduralne, konkretne reguły *modus procedendi*, wybór arbitrów, prawo (reguły materialne, decyzyjne – wyrok). Znaczna liczba norm ma charakter norm kompetencyjnych, które upoważniają sąd arbitrażowy do zastosowania określonych reguł postępowania. Normy te mają charakter norm dyspozytywnych, uzupełniających (*ius dispositivum*, *ius supletivum*). Jeżeli strony nie postanowiły inaczej, sąd arbitrażowy stosuje rozwiązanie określone w przepisie, nie może natomiast dowolnie według własnej inwencji tworzyć określonych reguł. Normy w omawianym zakresie przyznają pierwszeństwo (prymat) w regulowaniu określonych kwestii woli stron. Jeżeli strony nie skorzystały z przysługującej im autonomii woli, sąd arbitrażowy ma kompetencje – na podstawie określonych przepisów – do zastosowania własnego rozwiązania prawnego. Tylko niektóre przepisy mają charakter norm bezwzględnie obowiązujących.

Zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Zastosowanie znajdą zatem przepisy art. 1154–1217, z wyłączeniem pozostałych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Dodatkowo przepisy ustawy Pzp wyłączają swobodę uczestników postępowania przed sądem polubownym w zakresie sposobu powoływania arbitrów i przewodniczącego (superarbitra), stosowanej procedury rozpatrywania odwołania, możliwości wniesienia odwołania od wyroku, kosztów postępowania, zasad wynagradzania arbitrów (członków Krajowej Izby Odwoławczej).

Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Za czynność uznaje się takie działanie zamawiającego, które zostało przez niego podjęte na mocy odpowiednich przepisów ustawy Pzp lub

przepisów wykonawczych, ale również działanie zamawiającego nie wynikające z przepisów prawa, ale odnoszące skutki dla wykonawców.

Odwołanie służy również na bezczynność zamawiającego – zaniechanie dokonania czynności. Odnosi się to jednak do czynności obligatoryjnych, gdy zamawiający na mocy stosownych przepisów zobowiązany jest do wykonania określonych czynności. Nie dotyczy to natomiast czynności fakultatywnych, czyli takich, które zamawiający ma uprawnienie, a nie obowiązek ich wykonania.

Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Za niedopuszczalne uważa się ogólne wskazanie przepisów prawnych naruszonych przez zamawiającego, bez konkretyzacji okoliczności faktycznych, i późniejsze, już w trakcie postępowania przez Izbą, powoływanie nowych konkretnych faktów, okoliczności, które potwierdzają wskazane w odwołaniu podstawy prawne zarzutu (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.03.2010 r., sygn. KIO/UZP 99/10. Jak podnosi się w orzecznictwie i doktrynie, że nie tworzy zarzutu samo powołanie przepisów ustawy, które miałby naruszyć zamawiający. Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy, oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa (za wyrokami Izby z dnia 19.10.2011 r. sygn. KIO 2175/11, KIO 2180/11; z dnia 8.06.2009 r. sygn. KIO/UZP 662/09; z dnia 16.06.2009 r. sygn. KIO/UZP 694/09).

Zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie na piśmie (przed rozpoczęciem posiedzenia i rozprawy przed Izbą lub w trakcie), a także ustnie do protokołu już w trakcie rozprawy. Odpowiadając na odwołanie, zamawiający może wnioskować o oddalenie odwołania, ale także uwzględnić odwołanie – w całości lub w części zarzutów.

Uwzględnienie odwołania w całości zarzutów nakłada na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (z zastrzeżeniem braku sprzeciwu uczestnika postępowania odwoławczego, który zgłosił przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego, wobec dokonanego przez zamawiającego uwzględnienia zarzutów).

Dokonanie czynności przez zamawiającego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu poprzedza umorzenie postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W przypadku uwzględnienia odwołania w części zarzutów ustawa Pzp nie przewiduje obowiązku wykonania, powtórzenia lub unieważnienia przez zamawiającego czynności (odpowiadających uznanym zarzutom). Nie nakazuje też *de lege lata* zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności. Zamawiający, biorąc pod uwagę istniejące ryzyko podjęcia wcześniej działań, może kontynuować postępowanie i wykonać, powtórzyć lub unieważnić określone czynności, z jednym wyjątkiem – brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę.

Wniosek o oddalenie odwołania przenosi spór pomiędzy zamawiającym a odwołującym do rozstrzygnięcia przez Izbę.

Postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowod-

niony. Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed Izbą pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na Izbę obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobny pogląd prezentowany jest w orzecznictwie sądów okręgowych, m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 571/08. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku sygn. akt XIX Ga 92/08 uznał, iż w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania.

Odwołujący powinien zatem przedstawić konkretne dowody na okoliczność zachowania zamawiającego sprzecznego z przepisami ustawy Pzp. Nie wystarczy, że powoła się na przepis ustawy i wskaże w tym zakresie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej czy orzecznictwo sądów. W odwołaniu należy jasno wskazać, czy zamawiający naruszył przepisy i w jaki sposób to zrobił (za wyrokiem Izby z dnia 18.06.2010 r. sygn. KIO/UZP 1116/10). Zakres odwołania nie podlega uzupełnieniu po upływie terminu do wniesienia odwołania, w szczególności co do treści podniesionych zarzutów.

Przy prezentacji stanowiska zamawiającego istotne znaczenie może mieć odpowiedź na odwołanie, w szczególności uznanie całości lub części zarzutów. Uznanie przez zamawiającego całości zarzutów odwołania, a następnie dokonanie czynności przez zamawiającego (zgodnie z żądaniem odwołania) poprzedza umorzenie postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą. Inaczej przedstawia się sytuacja w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności zgodnych z żądaniem odwołania w przypadku uwzględnienia jedynie części zarzutów odwołania. Przepisy ustawy Pzp nie zwalniają Izby z obowiązku rozpoznania wszystkich zarzutów odwołania, w odniesieniu do których nie ziściły się przesłanki zawarte w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Dokonanie przez zamawiającego czynności zgodnie z żądaniami odwołania w takich okolicznościach kwalifikowane jest jako przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zdanie 2 ustawy Pzp, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W takim przypadku Izba upoważniona jest do odstąpienia od przeprowadzenia postępowania dowodowego ze skutkiem uznania podniesionych zarzutów za potwierdzone (tak w wyroku Izby z dnia 8.04.2010 r. sygn. KIO/UZP 415/10).

W trakcie rozprawy Izba może dopuścić dowód niewskazany przez stronę. Może także powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Fakty powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu nie wymagają dowodu. Nie wymagają też dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, a także jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zakaz ten jest skuteczny również w przypadku, gdy okoliczności wskazują na prawdopodobieństwo odrzucenia odwołania na podstawie przesłanek wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Zakaz obowiązuje do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę. Niedochowanie zakazu może skutkować unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zakaz zawarcia umowy realizuje zasadę efektywności (skuteczności) środków ochrony prawnej, wynikającą z przepisów dyrektywy 89/665. Skuteczność środków odwoławczych oznacza, że postępowanie odwoławcze umożliwia skuteczne (wiążące) korygowanie sprzecznych z prawem decyzji zamawiającego – zasadniczo jeszcze w trakcie trwania procedury przetargowej – doprowadzając do stanu zgodnego (udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta – zgodnie z przepisami – powinna być wybrana).

Orzeczenia składu orzekającego Izby zapadają w formie wyroku bądź postanowienia. Wyrok wydawany jest zawsze po merytorycznym rozstrzygnięciu sprawy, a więc kiedy przedmiotem rozpoznania była jej istota (zarzuty).

Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter bezwzględny i nie mogą na jego zastosowanie wpływać jakiekolwiek względy słuszności. Ustawodawca wprowadzając omawiany przepis musiał założyć możliwość zaistnienia sytuacji, że odwołanie może okazać się słuszne i zasadne, jednak jeżeli jego uwzględnienie pozostaje bez korelacji z wynikiem postępowania, należy je oddalić – priorytetem jest szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp pozostaje bez związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a więc istnieniem bądź nie interesu w uzyskaniu zamówienia (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.04.2011 r. sygn. KIO 776/11).

Wyrok może być uwzględniający albo oddalający odwołanie w całości albo w części.

Uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego – jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta.

Jeśli zamawiający – pomimo zakazu wynikającego z ustawy Pzp – zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego i zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uwzględniając odwołanie może:

a) unieważnić umowę; albo

b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo

c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa;

Wreszcie, jeżeli zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego w okolicznościach dopuszczonych w ustawie Pzp – Izba uwzględniając odwołanie może stwierdzić naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający zobowiązany jest wykonać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie i w sposób wynikający z sentencji i uzasadnienia. W przypadku stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w prowadzonym postępowaniu, zamawiający winien usunąć te naruszenia i wykonać czynności (czy też powtórzyć czynności) w zgodzie z przepisami prawa.

Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Przepis art. 781 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego stosuje się odpowiednio.

Zgodnie z art. 777 § 1 pkt 3 Kodeksu postępowania cywilnego wyrok sądu polubownego stanowi tytuł egzekucyjny, który po nadaniu mu klauzuli wykonalności staje się podstawą egzekucji. Tak więc również orzeczenie Izby może być przymusowo dochodzone w drodze egzekucji sądowej, o ile jest ono wykonalne, tj. o ile możliwe jest wyegzekwowanie *meritum* orzeczenia poprzez przymus państwowy (np. poprzez wykonanie zastępcze). Jest to zawsze możliwe w stosunku do części orzeczenia odnoszącej się do kosztów postępowania odwoławczego. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 24.11.2005 r. sygn. akt III CZP 85/05 (OSN 2006, Nr 10, poz. 161), wskazał, jeżeli wyrok zespołu arbitrów (obecnie Krajowej Izby Odwoławczej) jest skuteczny i wykonalny, to zamawiający zobowiązany jest go wykonać, a ewentualne wniesienie skargi do sądu nie wstrzymuje jego wykonania.

W konkluzji niniejszego referatu, po uwzględnieniu celu, funkcji oraz przebiegu i skutków postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, należy raz jeszcze podnieść tezę o korygującym charakterze tego środka ochrony prawnej. Uprawniając wykonawców do kontroli działań podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ustawodawca wprowadził narzędzia do weryfikacji prawidłowości tych czynności i ich zgodności z prawem. Oczywiście, kontrola taka wynika przede wszystkim z chęci ochrony własnego interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, nie należy jej jednak deprecjonować. Ramy prawne, przewidziane w ustawie Pzp dla środków ochrony prawnej, wydają się w dostatecznym stopniu ograniczać nadmierne korzystanie z tych środków. Przy tym celem postępowania odwoławczego jest nie tylko rozpoznanie odwołania, lecz rozpatrzenie zarzutów i żądań w świetle okoliczności sprawy i rozstrzygnięcie w przedmiocie prawidłowości i zgodności z prawem czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu. W wyroku z dnia 11.04.2013 r. sygn. akt IX Ga 179/13, Sąd Okręgowy w Katowicach zaznaczył, iż zasadniczym celem postępowania odwoławczego jest merytoryczne rozstrzygnięcie odwołania (przywołanie w oderwaniu od tez orzeczenia Sądu). Uwzględniając odwołanie – w zakresie całości zarzutów lub tylko ich części – Izba uprawniona jest nakazać zamawiającemu dokonania określonych czynności we wskazany sposób, zapewniający zgodność z przepisami prawa, a tym samym zmierzający do udzielenia zamówienia publicznego przy poszanowaniu zasad udzielania zamówień. Instytucja stwierdzenia wykonalności wyroku Izby wzmacnia skutek wydanego wyroku.

POZYCJA PRAWNOUSTROJOWA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Katarzyna Solecka
Doktorantka Wydziału Prawa
Uniwersytetu w Białymstoku

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: Izba, KIO) należy do instytucji, które nie posiadają jednoznacznie zdefiniowanej pozycji prawnoustrojowej. Z pewnością, ten specyficzny podmiot, łączący w sobie cechy zarówno organów administracyjnych, jak i sądowych, stanowi interesujący obiekt rozważań i dywagacji. Nie inaczej jest i tym razem. W niniejszej pracy zaprezentowane zostaną różne przymioty Izby, ze względu na które tak trudno jest ustalić jednoznacznie jej pozycję prawnoustrojową.

Krajowa Izba Odwoławcza została powołana ustawą z 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2007 r., Nr 82, poz. 560). Zgodnie z art. 172 ust. 1 tworzy się Krajową Izbę Odwoławczą przy Prezesie Urzędu, właściwą do rozpoznawania odwołań od rozstrzygnięć protestów wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wraz z powstaniem KIO, likwidacji uległy zespoły arbitrów, powoływanych z listy Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, każdorazowo do rozpoznawania konkretnej sprawy[1].

Obecnie, normy dot. funkcjonowania Izby zawarte są w następujących aktach prawnych:

- Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010, Nr 113, poz. 759, t.j.) – Rozdział IV – art. 172–176a; (dalej: Ustawa Pzp);
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2010, Nr 48, poz. 280);
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołań oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010, Nr 41, poz. 238);
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 9 lipca 2007 r. w sprawie wielokrotności kwoty bazowej stanowiącej podstawę ustalenia wynagrodzenia zasadniczego Prezesa, wiceprezesa oraz pozostałych członków Krajowej Izby Odwoławczej (Dz. U. 2007, Nr 128, poz. 885);
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 2 lipca 2007 r. w sprawie trybu przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego na członków Krajowej Izby Odwoławczej, sposobu powoływania komisji kwalifikacyjnej, a także szczegółowego zakresu postępowania kwalifikacyjnego (Dz. U. 2007, Nr 120, poz. 820).

Zgodnie z art. 173 ust. 1 Ustawy Pzp, w skład KIO wchodzi nie więcej niż 100 członków powoływanych i odwoływanych przez Prezesa Rady Ministrów spośród osób spełniających wymagania określone ustawą i które uzyskały najlepsze wyniki w postępowaniu kwalifikacyjnym.

[1] O ewolucji Krajowej Izby Odwoławczej – T. Czajkowski „Geneza powstania Krajowej Izby Odwoławczej – cele i założenia jej funkcjonowania" [w:] „Pięciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych"; materiał dostępny na stronie internetowej pod adresem: http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1038;organ.html.

Organami Izby są:

1) Prezes;

2) wiceprezes[2];

3 zgromadzenie ogólne, które tworzą członkowie Izby.

I. POZYCJA PRAWNOUSTROJOWA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Jak to już zostało zasygnalizowane powyżej, niniejsze opracowanie nie jest pierwszą próbą określenia pozycji ustrojowej Krajowej Izby Odwoławczej[3]. Wśród opracowań dotyczących Izby nie brakuje również starań o wypracowanie definicji tej Instytucji; i tak oto, odnajdujemy definicję KIO, jako *„sui generis* organ władzy publicznej orzekający w sprawach cywilnych[4] na zasadzie kontradyktoryjności (sporności), działający w strukturach administracji rządowej"[5]. Z kolei, *T. Czajkowski* postrzega KIO w sensie ustrojowym przez pryzmat systemu zamówień publicznych oraz roli, jaką w tym systemie Izba ma odgrywać[6]. *P. Pogonowski* określa Izbę jako administracyjny organ orzeczniczy, wyspecjalizowany do załatwiania odwołań w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego[7].

Jednocześnie pragnę zauważyć, chociaż wątek ten nie stanowi przedmiotu tej pracy, iż ze względu na „mieszany" charakter norm prawa zamówień publicznych (mam tu na myśli np. kwalifikację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zawieranej w jego wyniku umowy, jak również szeregu norm mających charakter *stricte* cywilny), trudno jest jednoznacznie zaszeregować sprawy rozpoznawane przez KIO do katalogu spraw cywilnych (za tym opowiadają się np. P. Granecki, czy R. Szostak). W doktrynie przedmiotu również da się zauważyć rozbieżności co do kategorycznego – cywilnego – charakteru norm prawa zamówień publicznych (np. J. Niczyporuk, A. Panasiuk), co wciąż wzbudza kontrowersje.

---

[2] W przeciwieństwie do dwóch pozostałych organów, w literaturze przedmiotu prezentowane jest stanowisko, iż wiceprezesa Izby nie można uznać za organ samodzielny, gdyż „nie ma własnych kompetencji, a zatem wykonywał będzie zadania Prezesa Izby, do którego należy bieżące kierowanie pracami Izby", tak: J. Pieróg, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz" 2007, wyd. Beck.

[3] Określenia statusu ustrojowego KIO podjęli się m.in.: J. Niczyporuk, „Krajowa Izba Odwoławcza – organ administracji regulacyjnej", [w:] „Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne", Referaty na IV Konferencję Naukową, wyd. UZP, 2011, s. 105–110; A. Panasiuk „Pozycja ustrojowa Krajowej Izby Odwoławczej" [w:] „System zamówień publicznych. Zarys wykładu", Warszawa 2013, s. 199–205.

[4] O cywilnoprawnym charakterze sprawy, zdaniem *R. Szostaka* przesądza „niewątpliwa równorzędność stron w układzie zamawiający – wykonawcy ubiegający się o zamówienie i nie traci swojego cywilnoprawnego charakteru wskutek przekazania jej do właściwości KIO, jako organu administracyjnego. R. Szostak, „Polski model rozpoznawania sporów przedumownych z zakresu zamówień publicznych – z perspektywy jego rozwoju", [w:] „Pięciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych", s. 10, materiał dostępny na stronie internetowej pod adresem: http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?F;354.

[5] R. Szostak, Komentarz do nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2007, s. 59, za: T. Czajkowski, „Geneza powstania Krajowej Izby Odwoławczej …", *op. cit.,* s. 15.

[6] T. Czajkowski, „Geneza …", *op. cit.,* s. 15.

[7] P. Pogonowski, „Status prawny Krajowej Izby Odwoławczej wg prawa zamówień publicznych, PZP, 2008, Nr 1.

Być może zatem, ze względu na ten „mieszany" charakter norm przedmiotowej ustawy, nie jest w mojej ocenie, proste i jednoznaczne ustalenie pozycji prawnoustrojowej KIO. W pracach poświęconych ustrojowi prawnemu Izby, główne „rozterki" Autorów związane są z dążeniem do jednoznacznego zakwalifikowania KIO do określonej grupy organów władzy, a w konsekwencji do przypisania jej cech władzy wykonawczej lub sądowniczej.

Jednakże, nawet orzeczenia samej Izby świadczą o braku jednolitej koncepcji co do jej pozycji w strukturze organizacyjnej władzy publicznej; oto kilka przykładów:

- Krajowa Izba Odwoławcza jest państwowym sądem polubownym o ustawowo określonej wyłącznej właściwości rzeczowej[8] (odmienne stanowisko zaprezentowano w wyroku KIO/UZP 949/2010 z 7 lipca 2010 r: „Krajowa Izba Odwoławcza nie pełni funkcji sądu polubownego, lecz jako organ państwowy rozpoznaje sprawę w kontradyktoryjnym procesie"),

- Krajowa Izba Odwoławcza jest sądem w rozumieniu prawa unijnego (art. 267 TFUE), co zostało potwierdzone zarówno przez Komisję Europejską, jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a status ten jest niesprzeczne z używanym przez Przystępującego określeniem organ orzekający inny niż sąd (w rozumieniu przepisów krajowych)[9],

- Izba to inny organ państwowy w rozumieniu przepisu art. 365 § 1 k.p.c.[10].

A) *Quasi*-sądowe cechy Krajowej Izby Odwoławczej:

Krajowa Izba Odwoławcza wypełnia swoje ustawowe zadania przez rozpoznawanie:

1) odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 172 ust. 1 Ustawy Pzp),

2) zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej i uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 167 ust. 2 i 3, art. 171a Ustawy Pzp),

3) wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (art. 183 ust. 2 Ustawy Pzp)[11].

Rozpatrując Krajową Izbę Odwoławczą w kategoriach podmiotu władzy sądowniczej, niewątpliwie na „pierwszy plan" wysuwa się realizowana funkcja orzecznicza. Izba rozpoznaje odwołania wnoszone w postępowaniu o udzielenie zamówienia[12].

„Podstawowe standardy organizacyjne w odniesieniu do rozpoznawania sporów zaistniałych w toku udzielania zamówień publicznych wyznaczają obecnie – w skali europejskiej – rozbudowane dyspozycje art. 2 ust. 9 znowelizowanej dyrektywy 89/665/EWG o procedurach odwo-

---

[8] KIO 2538/12 z 3 grudnia 2012 r.

[9] KIO 2415/2012 z 16 listopada 2012 r.

[10] KIO/KU 39/10 z 4 czerwca 2010 r.

[11] Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2011 r. – materiał dostępny na stronie internetowej pod adresem: http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;951.

[12] „Istota działania Izby to rozstrzyganie w drodze wydawania wyroków sporów między zamawiającymi a wykonawcami w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wszczynanych wskutek wniesienia odwołania"– KIO 2538/12 z 3.12.2012 r.

ławczych z zakresu udzielania zamówień publicznych"[13]. Celem wprowadzenia tej regulacji było m.in. zapewnienie adekwatnej ochrony sądowej uczestnikom postępowania. Założenie to miało zostać zrealizowane przez takie zalecenia jak: obowiązek uzasadnienia na piśmie przez organ niebędący sądem a wydający rozstrzygnięcie, czy też zapewnienie kontroli decyzji organu odwoławczego przez niezależny sąd[14]. Wskazać należy, iż ten zamiar został zrealizowany – Krajowa Izba Odwoławcza, w przeciwieństwie do poprzednio funkcjonujących zespołów arbitrów, ma charakter stały, a zgodnie z art. 198a Ustawy Pzp orzeczenia Izby podlegają zaskarżeniu[15] w trybie apelacyjnym[16] do sądu powszechnego (okręgowego)[17]. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż Izba z urzędu sporządza uzasadnienie orzeczenia, które to zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa (art. 196 ust. 3 i 4 Ustawy Pzp).

Ponadto, elementem pozwalającym na porównanie Izby do sądów, jest sposób podejmowania rozstrzygnięć oraz niezawisłość członków KIO. Odwołanie rozpoznaje Izba w składzie jednoosobowym. Prezes Izby może zarządzić rozpoznanie sprawy w składzie trzyosobowym, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na szczególną zawiłość lub precedensowy charakter sprawy. „Jest to cecha upodabniająca Izbę do sądów, które również orzekają kolegialnie, w składach określonych przepisami ustawy. Rozwiązanie przyjęte w zakresie sposobu orzekania przez KIO są zbliżone do tych przyjętych w ustawie Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[18]. Zgodnie z art. 16 tej ustawy, co do zasady sąd administracyjny orzeka w składzie trzech sędziów, chyba że ustawa stanowi inaczej. Uniezależnienie składów orzekających od Prezesa Izby i zgromadzenia ogólnego, rozumiane jest w taki sposób, że w toku orzekania członkowie składów związani są

---

[13] Dz. Urz. WE L-355 z 30 grudnia 1989, s. 33, gruntownie znowelizowana dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego z 11 grudnia 2007 r. w sprawie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych Dz. Urz. UE L-335, z 20 grudnia 2007, s. 31 i n.; za: R. Szostak, „Polski model …", *op. cit.,* s. 3.

[14] „Jak zauważył TK, przepisy ustawy o zamówieniach publicznych w szczególny sposób regulują instancyjność postępowania w sprawach sporów dotyczących protestów wobec czynności zamawiającego oraz tryb zaskarżania wyroków Zespołu Arbitrów. Konstytucja w art. 78 upoważnia jednak ustawodawcę do określania trybu zaskarżania orzeczeń (i decyzji) wydanych w I instancji. Ustawa jest zatem – jak stwierdził Trybunał w wyroku z 2.4.2001 r., SK 10/00 (OTK ZU 2001/3, poz. 52), właściwa do ukształtowania postępowania w przedmiocie zaskarżania rozstrzygnięć I instancji", P. Pogonowski, „Status prawny Krajowej Izby Odwoławczej …", *op. cit*.

[15] O przepisach regulujących zasady rozpoznawania skarg na orzeczenia KIO – A. Zając „Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jako przedmiot kontroli instancyjnej sądów okręgowych", [w:] „Pięciolecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych", materiał dostępny na stronie internetowej pod adresem: http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?F;354 .

[16] „Regulacja postępowania dowodowego prowadzonego przed KIO jest rozwiązaniem analogicznym do stosowanego w postępowaniu cywilnym art. 232 k.p.c., co świadczy o kontradyktoryjnym charakterze postępowania odwoławczego. KIO nie jest zobligowana do ustalenia tzw. prawdy materialnej. Ponadto, KIO posiada uprawnienie do dopuszczania dowodu z urzędu (sygn. akt V Ca 571/08, wyrok SO w Warszawie z 8 kwietnia 2008 r.); ponieważ celem postępowania prowadzonego przez KIO jest wyjaśnienie sprawy, KIO powinno zachowywać kontrolę nad prowadzonym postępowaniem. W celu wyjaśnienia sprawy, KIO może zarówno dopuścić dowody nie wskazane przez stronę, jak i odmówić przeprowadzenia niektórych dowodów (sygn. akt: X Ga 25/08, Wyrok SO w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 r.).

[17] R. Szostak, „Polski model rozpoznawania sporów …", *op. cit.*, s. 11.

[18] Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. (t.j. z 26.01.2012 r. Dz. U. z 2012 r., poz. 270).

wyłącznie przepisami powszechnie obowiązującego prawa"[19]. Natomiast, zgodnie z art. 174 ust. 7 członkowie składów orzekających Izby przy orzekaniu są niezawiśli i związani wyłącznie przepisami obowiązującego prawa. Podobne rozwiązanie zostało przyjęte w ustawie z 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych[20] (art. 4 stanowi, iż sędziowie są w sprawowaniu swojego urzędu niezawiśli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom).

Co więcej, członkowie Izby w zakresie wykonywania czynności określonych ustawą korzystają z ochrony prawnej przysługującej funkcjonariuszom publicznym.

Wskazać również należy na pozycję zawodową członków KIO, gdyż ta, także może być porównywalna z pozycją sędziego[21] (zakaz pełnienia funkcji publicznych, zakaz podejmowania dodatkowego zatrudnienia, czy też obowiązek złożenia oświadczenia majątkowego[22]). W doktrynie wyrażony został pogląd, iż ten bardzo ważny przepis „czyni z instytucji KIO instytucję apolityczną, nieulegającą jakimkolwiek wpływom, związaną jedynie przepisami prawa, co nadaje także KIO charakter *quasi* sądowy[23].

Orzeczenie Izby[24], po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Przepis art. 781 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego stosuje się odpowiednio.

B) Czynniki kwalifikujące Krajową Izbę Odwoławczą do organów administracji

Literatura przedmiotu bogata jest w definicje dot. organu administracyjnego, jednak wydaje się, że najpełniej charakteryzuje go ta sformułowana przez *J. Starościaka*, wskazująca na elementy konstrukcyjne pojęcia „organu administracyjnego, a mianowicie: a) działanie w imieniu państwa, b) ustalone prawem kompetencje, c) wyodrębnienie organizacyjne, d) właściwe formy działania i e) upoważnienie określonych osób do działania w imieniu organu, co pozwala stwierdzić, że organ administracyjny jest to wyodrębniona jednostka w organizacji państwowej, posiadająca ustalony prawem zakres działania (które może być zaliczane na rzecz państwa w zakresie organi-

---

19 A. Panasiuk, „Pozycja ustrojowa …", *op. cit.,* s. 202.

20 Dz. U. Nr 153, poz. 1269.

21 Jednym z elementów zapewniających niezależność członków Izby jest ukształtowanie ich adekwatnego wynagrodzenia w ustawie. Podstawę ustalenia wynagrodzenia zasadniczego Prezesa Izby, wiceprezesa oraz pozostałych członków Izby stanowi wielokrotność kwoty bazowej ustalonej w ustawie budżetowej na dany rok na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z 23.12.1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. Nr 110, poz. 1255 ze zm.) dla pracowników państwowej sfery budżetowej, o których mowa w art. 5 pkt 1 lit. b tej ustawy. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wielokrotność kwoty bazowej, o której mowa w ust. 6, mając na względzie funkcję pełnioną przez członka Izby oraz to, że wielokrotność nie może być mniejsza niż 4,5. Ponadto członkom Izby przysługuje dodatek za wieloletnią pracę wynoszący, począwszy od 6. roku pracy, 5% miesięcznego wynagrodzenia zasadniczego i wzrastający po każdym roku pracy o 1%, aż do osiągnięcia 20% miesięcznego wynagrodzenia zasadniczego. Członkom Izby przysługuje także nagroda jubileuszowa; P. Pogonowski, „Status prawny …", *op. cit*.

22 Art. 174 Ustawy Pzp.

23 Tak: P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2012.

24 „Orzecznictwo Izby nie ma mocy wykładni wiążącej, nie stanowi także prawa, a jedynie służy stosowaniu tego prawa i ocenie prawidłowości podejmowanych czynności na gruncie obowiązującego prawa" – uchwała KIO, KIO/KD 42/10 z 16 czerwca 2010 r.

zowania stosunków społecznych) oraz podejmująca to działanie za pośrednictwem określonych prawem osób i w swoistych dla niej formach prawnych[25].

Według innych, bardziej współczesnych definicji, tym co wyróżnia organ administracyjny, jest jego wyodrębnienie organizacyjne oraz związany z nim zespół cech odróżniający dany organ od innych wchodzących w skład systemu administracji publicznej. „To wyodrębnienie musi mieć postać pewnej organizacyjnej całości (odrębna nazwa, wyodrębnienie środków rzeczowych i pracowników). Musi być także dokonane na podstawie prawa i w sposób przez prawo przewidywany, stanowi ponadto konsekwencję prawnego wydzielenia kompetencji"[26].

Z kolei *M. Wierzbowski* wskazuje, iż mówiąc o organie administracji publicznej, należy zwrócić uwagę na tzw. kryterium funkcjonalne, zgodnie z którym organem administrującym czy organem administracji publicznej staje się każdy podmiot, wyposażony przez ustawy w kompetencje w zakresie administracji, niezależnie od tego, czy stanowi część struktury państwa czy też podmiotu innego niż państwo[27].

Tak jak wiele definicji organu administracji funkcjonuje w literaturze, także niemało jest kryteriów ich klasyfikacji. W mojej ocenie, do czynników pozwalających zakwalifikować KIO do organów administracji należą przede wszystkim: działanie w imieniu państwa, wyodrębniona i określona struktura organizacyjna oraz ustalone prawem kompetencje.

Za cechę zbliżającą ustrojowo KIO do organu administracji rządowej można uznać konkursowy tryb powoływania członków Izby przez Prezesa Rady Ministrów. „Nie można mówić w żadnym innym znaczeniu o KIO jako organie rządowym, bowiem domeną tej grupy organów jest podległość albo Prezesowi Rady Ministrów, albo Radzie Ministrów i działanie w układzie hierarchicznym, a te elementy w przypadku Izby nie występują"[28]. Odmienne stanowisko w kwestii włączenia Izby do katalogu organów administracji rządowej prezentuje *R. Szostak*, który określając status prawno – ustrojowy Izby, zaklasyfikował ją do kolegialnego organu administracji rządowej o funkcjach jurysdykcyjnych[29]. Trudno jednak zgodzić się z tym poglądem[30], przede wszystkim dlatego, iż co do zasady, organ administracji rządowej cechuje hierarchiczna zależność, czy to od Rady Ministrów, Prezesa Rady Ministrów, czy poszczególnych ministrów. Rola Prezesa Rady Ministrów w funkcjonowaniu Izby „ogranicza" się jedynie do powołania/odwołania członka Izby. To nie organy centralne decydują o obsadzie personalnej Izby – członkowie KIO to osoby spełniające wymagania, o których mowa w ust. 2 art. 173 Ustawy Pzp i które uzyskały najlepsze wyniki w postępowaniu kwalifikacyjnym.

---

[25] J. Starościak, „Prawo administracyjne", Warszawa 1969, s. 52.

[26] M. Stahl, „System Prawa Administracyjnego", R. Hauser/Z. Niewiadomski/A. Wróbel, Wyd. C.H. Beck, 2011, Tom 6, s. 66.

[27] M. Wierzbowsk i in., „Prawo administracyjne pod red. M. Wierzbowskiego", LexisNexis, wyd. 10, s. 112.

[28] A. Panasiuk, „Pozycja ustrojowa …", *op. cit.,* s. 201.

[29] R. Szostak, „Polski model rozpoznawania sporów …", *op. cit.*, s. 19.

[30] „Z całą pewnością Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem administracji rządowej, ponieważ mieści się poza scentralizowaną i zbudowaną hierarchicznie strukturą administracji rządowej", E. Norek, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2009, s. 329, za: J. Niczyporuk, *op. cit.,* s. 108.

Spośród innych atrybutów Izby pozwalających przypisać jej charakter organu administracji wyróżnić można: wyodrębnienie organizacyjne[31] (jak: odrębna nazwa, określona struktura organizacyjna, przydzielenie pewne liczby środków rzeczowych jak i zasobu personalnego do realizowania jego kompetencji[32]), działanie w imieniu i na rachunek państwa, czy też finansowanie w pełni z budżetu państwa. Są to cechy które zdaniem wielu administratywistów przemawiają za zakwalifikowaniem takiego podmiotu do organu administracyjnego.

II. WNIOSKI

Krajowa Izba Odwoławcza to organ specyficzny, nie dający się zakwalifikować w „sztywne" ramy żadnej definicji. Posiada wiele różnorodnych cech, właściwych zarówno organom administracyjnym, jak i sądowym. Z jednej strony orzeczniczy charakter KIO, niezależność w orzekaniu, niezawisłość członków KIO czy poddanie orzeczeń kontroli sądowej zbliża Izbę do organu sądowego. Z drugiej jednak, prezentuje ona atrybuty organu administracyjnego – świadczy o tym działanie w imieniu państwa, wyodrębnienie organizacyjne, czy też uprawnienie do korzystania ze środków władczych, jakimi pozostają rozstrzygnięcia w sprawach indywidualnych podmiotów działających w sferze publicznej.

W ocenie Autorki, pomimo, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie spełnia wszystkich przesłanek pozwalających zakwalifikować Izbę do katalogu organów administracyjnych, to jednak ze względu na określone przepisami prawa kompetencje oraz realizację pewnych funkcji na potrzeby państwa, należy uznać Izbę za organ administracyjny „szczególnego – mieszanego" rodzaju. Warto dodać, iż również na tle innych państw europejskich, Krajowa Izba Odwoławcza jest „osobliwą" instytucją powołaną do rozstrzygania sporów; bez względu na liczbę instancji w postępowaniu odwoławczym, role przypisane są albo wyłącznie organom administracyjnym (np. Francja, Hiszpania) albo sądom powszechnym czy agendom administracji centralnej (np. Litwa, Estonia, Łotwa)[33].

---

[31] Np. J. Pieróg wskazuje, iż KIO nie jest organem samodzielnym, ponieważ działa przy Prezesie UZP; J. Pieróg, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz", Warszawa 2012, komentarz do artykułu 172.

[32] A. Panasiuk, „Pozycja ustrojowa …", *op. cit.,* s. 200.

[33] P. Trepte, „Przewodnik po procedurach zamówień publicznych w wybranych krajach Unii Europejskiej", Warszawa – Katowice 2006, s. 149–182; także: „Zamówienia publiczne w innych krajach", materiał Urzędu Zamówień Publicznych dostępny na stronie internetowej pod adresem: http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1494.

GRANICE KOMPETENCJI KONTROLNYCH REGIONALNYCH IZB OBRACHUNKOWYCH W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz
Zastępca Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie
Przewodniczący regionalnej komisji Orzekającej
w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych

WSTĘP

Immanentną cechą rozwiniętego państwa prawa są istniejące regulacje w zakresie dokonywania wydatków publicznych. Takie regulacje są przyjęte zarówno w Unii Europejskiej, jak i w każdym z państw członkowskich. Można śmiało postawić tezę, że współcześnie nie ma prawidłowego rynku bez sprawnie funkcjonującego w państwie systemu dokonywania wydatków publicznych, a tym samym systemu zamówień publicznych.

Obowiązek stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) definiowany jest najczęściej w sposób podmiotowy. W art. 3 Pzp wskazane zostały bowiem jednostki i podmioty zobowiązane do stosowania tej ustawy w przypadku udzielania przez nie zamówień publicznych. W ten sposób uregulowane zostały określone zasady gospodarowania środkami przez te jednostki, w szczególności chodzi tu o środki publiczne.

Zobowiązanie do stosowania rygorów Pzp ma też inny wymiar. W art. 44 ustawy o finansach publicznych, wśród szeregu zasad wydatkowania środków publicznych, zawarto zobowiązanie jednostek sektora finansów publicznych do zawierania umów, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Zatem stosowanie przepisów Pzp zakwalifikowane zostało do zasad prowadzenia gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych na równi z podstawowymi regułami dokonywania wydatków publicznych, to jest

1 w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

   a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,

   b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów,

2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań,

3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Stosowanie przepisów Pzp ma służyć prawidłowemu pod względem prawnym i ekonomicznym rozdysponowaniu środków publicznych. Takiemu zapewnieniu służą zasady udzielania zamówień publicznych, przede wszystkim uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, jawności, czy bezstronności. Poprzez zastosowanie trybu wyboru wykonawcy z uwzględnieniem przepi-

sów o zamówieniach publicznych dopiero można w sposób legalny wykazać, że dokonany wybór wykonawcy zamówienia publicznego jest najbardziej korzystny. W tym tkwi właśnie istota i sens obowiązywania przepisów o zamówieniach publicznych. Szkodą dla finansów publicznych jest sam fakt, że o wydatkach publicznych mogą decydować osoby, które nie przestrzegają obowiązującego prawa, same decydując o tym, co będzie dla finansów publicznych lepsze[1].

Dobro finansów publicznych jest dla ustawodawcy na tyle istotne, że na jego straży postawił nie tylko szereg regulacji prawnych, ale również wyspecjalizowane instytucje, których zadaniem jest weryfikacja prawidłowości gospodarowania środkami publicznymi. Do takich zadań, już w 1992, w ustawie o regionalnych izbach obrachunkowych (dalej ustawa o r.i.o. powołane zostały regionalne izby obrachunkowe – organy państwowe wyspecjalizowane zarówno podmiotowo, jak i przedmiotowo. Potwierdzenie pozycji ustrojowej izb znalazło odzwierciedlenie w Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej.

Wykonując swoje zadania, regionalne izby obrachunkowe mają obowiązek oceny prawidłowości udzielania zamówień publicznych. Jednakże ze względu na konstytucyjną zasadę samodzielności jednostek samorządu terytorialnego działania izb odbywają się w formalno-prawnych granicach wyznaczanych przez przepisy ustawowe.

REGIONALNA IZBA OBRACHUNKOWA JAKO PAŃSTWOWY ORGAN NADZORU I KONTROLI

Podstawy prawne funkcjonowania regionalnych izb obrachunkowych znajdują się już w Konstytucji RP, w art. 171 ust. 2. W myśl tego przepisu, w związku z ust. 1, RIO są powołane do sprawowania nadzoru, z punktu widzenia legalności, nad działalnością wszystkich jednostek samorządu terytorialnego w zakresie spraw finansowych. Nadzór ten sprawowany jest obok nadzoru przyznanego Prezesowi Rady Ministrów i wojewodom. Przepis art. 171 znajduje się w rozdziale VII konstytucji, poświęconym samorządowi terytorialnemu. O ile konstytucyjna pozycja Prezesa Rady Ministrów i wojewody w zasadniczych zrębach została unormowana wcześniej – w rozdziale VI poświęconym rządowi i administracji rządowej, o tyle przemilczenie w tym rozdziale RIO i wspomnienie o nich dopiero w rozdziale poświęconym samorządowi terytorialnemu świadczy o oddzieleniu RIO od administracji rządowej. Nazwa "izba obrachunkowa" wskazuje na kolegialną strukturę i kontrolno-orzeczniczy oraz audytorski charakter omawianych organów. Audytor powinien kierować się obiektywizmem i bezstronnością w ocenie finansów podmiotu poddanego kontroli. Jednocześnie trzeba mieć na względzie, że każdy nadzór audytorski, nawet jeśli jest dokonywany tylko z punktu widzenia legalności, w ostatecznym rozrachunku ma służyć także dobrze pojętym, zgodnym z prawem interesom tegoż podmiotu, nie zaś interesom innych podmiotów. Zważywszy odrębność mienia i budżetów jednostek samorządu terytorialnego, możliwość sporów majątkowych między nimi a Skarbem Państwa, a także znaczne transfery finansowe między budżetem państwa a budżetami samorządowymi, podporządkowanie RIO, w rozumieniu art. 153 konstytucji czynnikom rządowym oznaczałoby powierzenie funkcji audytorskich stronie reprezentującej poniekąd przeciwstawne interesy w stosunku do strony poddanej nadzorowi audytorskiemu, co byłoby nie do pogodzenia z określoną wyżej istotą tego nadzoru.[2]

---

[1] Por. orzeczenie GKO z dnia 14 stycznia 2008 r., DF/GKO-4900-83/91/07/3594, Biul. NDFP 2008, nr 3, poz. 8.

[2] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 kwietnia 1999 r. sygn. akt K.3/99. (M. P. z dnia 6 maja 1999 r.)

Powyższe ustalenia wykładni językowej, systemowej i celowościowej prowadzą do wniosku, że Konstytucja wyznacza regionalnym izbom obrachunkowym status państwowych organów kontroli niezależnych zarówno od administracji rządowej, jak i od jednostek samorządu terytorialnego, służebnych wobec tychże jednostek. Odrębności tej nie przekreśla możliwość współpracy RIO w wykonywaniu ich funkcji nadzorczych z organami administracji rządowej, w tym występowania – w skrajnych przypadkach i zawsze w dobrze pojętym interesie nadzorowanej jednostki samorządu terytorialnego – do Prezesa Rady Ministrów o wszczęcie procedury przewidzianej w art. 171 ust. 3 konstytucji. W tym miejscu warto przypomnieć, że Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu w sprawie K. 9/93 stwierdził, że „Ustawa o r.i.o. kreuje regionalną izbę obrachunkową jako jeden z organów sprawujących nadzór nad działalnością organów samorządu terytorialnego, przy czym nadzór ten obejmuje określony fragment działalności komunalnej gmin"[3].

To, że w art. 1 ust. 1 ustawy z 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych, RIO zostały określone mianem "państwowych organów nadzoru i kontroli finansowej", nie jest równoznaczne z poddaniem tych organów organizacyjnej i funkcjonalnej podległości Radzie Ministrów lub któremuś z jej członków, decydującym o zaliczeniu organu do administracji rządowej. Oceny tej nie zmienia okoliczność, że ustawa nowelizująca z 18 grudnia 1998 r. wzmocniła wpływ Prezesa Rady Ministrów na skład personalny kolegiów RIO. Minister właściwy do spraw administracji publicznej sprawuje jedynie nadzór nad RIO, i to wyłącznie z punktu widzenia legalności (art. 2 ust. 1). Członkowie kolegium izby w zakresie realizacji zadań nadzorczych i funkcji kontrolnych są niezawiśli i podlegają tylko ustawom (art. 15 ust. 7)[4].

NADZORCZE I KONTROLNE ZADANIA REGIONALNYCH IZB OBRACHUNKOWYCH

Z istoty pojęcia nadzoru wynika uprawnienie podmiotu nadzorującego do władczego wkroczenia w działalność organu nadzorowanego tak, aby nadać właściwy kierunek tej działalności i eliminować z niej nieprawidłowości. Zgodnie z art. 171 ust. 1 Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej działalność samorządu terytorialnego podlega nadzorowi z punktu widzenia legalności. Warto zaznaczyć, że wyznacznikiem przy ocenie legalności nie są tylko normy Konstytucji, ustaw czy rozporządzeń, ale również normy prawa miejscowego oraz inne normy obowiązującego prawa.

Regionalne izby obrachunkowe sprawują więc nadzór nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego w zakresie spraw finansowych. Zgodnie z art. 11 ust 1 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych w zakresie działalności nadzorczej właściwość rzeczowa regionalnych izb obrachunkowych obejmuje uchwały i zarządzenia podejmowane przez organy jednostek samorządu terytorialnego w sprawach:

1) procedury uchwalania budżetu i jego zmian,

2) budżetu i jego zmian,

3) zaciągania zobowiązań wpływających na wysokość długu publicznego jednostki samorządu terytorialnego oraz udzielania pożyczek,

4) zasad i zakresu przyznawania dotacji z budżetu jednostki samorządu terytorialnego,

---

[3] OTK w 1994 r. cz. I, poz. 3, s. 16.

[4] Tamże; z tym, że do 31 grudnia 2001 r. nadzór nad działalnością izb sprawował Prezes rady Ministrów.

5) podatków i opłat lokalnych, do których mają zastosowanie przepisy ustawy – Ordynacja podatkowa,

6) absolutorium,

7) wieloletniej prognozy finansowej i jej zmian.

Izby dokonują kontroli gospodarki finansowej i zamówień publicznych:

1) jednostek samorządu terytorialnego,

2) związków międzygminnych,

3) stowarzyszeń gmin oraz stowarzyszeń gmin i powiatów,

4) związków powiatów,

5) stowarzyszeń powiatów,

6) samorządowych jednostek organizacyjnych, w tym samorządowych osób prawnych,

7) innych podmiotów, w zakresie wykorzystywania przez nie dotacji przyznawanych z budżetów jednostek samorządu terytorialnego.

Kontrola jest rodzajem działalności, w ramach której podmiot kontrolujący nie ma możliwości podejmowania działań władczych w stosunku do jednostki kontrolowanej. Jest procesem na który składają się cztery rodzaje czynności:

– ustalenie stanu obowiązującego, np. regulacji prawnych, (wyznaczeń),

– ustalenie stanu rzeczywistego (wykonań),

– porównanie wykonań z wyznaczeniami w celu ustalenia ich zgodności lub niezgodności,

– wyjaśnienie przyczyn stwierdzonej zgodności lub niezgodności między wykonaniami i wyznaczeniami[5].

W przypadku regionalnych izb obrachunkowych, istotą działalności kontrolnej mającej charakter następczy jest zatem ustalenie stanu wymaganego, zarówno prawnego, jak i faktycznego, a następnie weryfikacja obejmująca stwierdzenie, czy stan rzeczywisty jest z nim zgodny i ewentualne wyjaśnienie rozbieżności. Ustalenia kontroli zawiera się w protokole kontroli. Na podstawie wyników kontroli izba kieruje do kontrolowanej jednostki wystąpienie pokontrolne, wskazując źródła i przyczyny nieprawidłowości, ich rozmiary, osoby odpowiedzialne oraz wnioski zmierzające do ich usunięcia i usprawnienia badanej działalności.

W przypadku jednostek samorządu terytorialnego taka ocena dokonywana jest nieuchronnie i systematycznie. Izby zobowiązane są bowiem na podst. art. 7 ust. 1 ustawy o r.i.o. do przeprowadzenia co najmniej raz na cztery lata kompleksowej kontroli gospodarki finansowej tych jednostek. Daje to szersze możliwości oceny prawidłowości prowadzenia gospodarki finansowej

[5] Szerzej: L. Kurowski, E. Ruśkowski, H. Sochacka-Krysiak, Kontrola finansowa w sektorze publicznym, PWE, Warszawa 2000, s 14 i n.

i udzielania zamówień publicznych, w tym odniesienia się nie tylko do pojedynczych zdarzeń, ale również do weryfikacji przyjętych rozwiązań czy procedur.

RODZAJE KONTROLI REGIONALNYCH IZB OBRACHUNKOWYCH

Regionalne izby obrachunkowe prowadzą trzy rodzaje kontroli gospodarki finansowej:

– kompleksowe,

– problemowe,

– doraźne.

Kontrole kompleksowe obejmują całość gospodarki finansowej gminy lub powiatu, są prowadzone w odstępach nie dłuższych niż 4 lata. Problematyka tych kontroli jest najszersza, gdyż obejmują całokształt gospodarki finansowej danej jednostki. Zakres przedmiotowy tych kontroli obejmuje badania występujących w jednostkach samorządu terytorialnego procesów związanych z gromadzeniem i rozdysponowaniem środków finansowych, ich ewidencją i sprawozdawczością, gospodarowaniem majątkiem oraz udzielaniem zamówień publicznych.

Tematyka kontroli kompleksowej jest na tyle szeroka, że poszczególne problemy kontrolne są realizowane przy uwzględnieniu reprezentatywnej próby. Obszar zagadnień kontroli kompleksowej jest tak konstruowany, aby umożliwić zbadanie całokształtu gospodarki finansowej kontrolowanej jednostki i ocenę realizacji operacji publicznymi zasobami pieniężnymi, w szczególności pod kątem ich prawidłowego wydatkowania.

Kontrole problemowe obejmują wybrane zagadnienia z działu gospodarki finansowej lub zamówień publicznych. Kontrole te mogą być przeprowadzane w jednej lub większej liczbie jednostek danego rodzaju. Pozwalają one ocenić ustalony wycinek działalności kontrolowanych podmiotów. Regionalne izby obrachunkowe podejmują wspólne projekty dotyczące kontroli realizowanych na podstawie ujednoliconego programu kontroli, tzw. kontrole koordynowane. Kontrole koordynowane są w praktyce podejmowane przez poszczególne izby jako kontrole problemowe, lub też prowadzone są w ramach kontroli kompleksowych. Dają one możliwość oceny badanego problemu w szerszej skali podmiotowej, w tym na obszarze całego kraju.

Kontrole doraźne przeprowadzane są w razie potrzeby i decyzja w tym zakresie należy do prezesa określonej regionalnej izby obrachunkowej. Przesłanką do przeprowadzenia takiej kontroli mogą być sygnały o występujących nieprawidłowościach w danej jednostce. Najczęściej jednak podejmowane są one w celu rozpatrzenia skarg czy też wniosków o przeprowadzenie kontroli. Ponadto Prezes RIO ma prawo zarządzić sprawdzenie wykonania wniosków pokontrolnych, co może stanowić odrębne zadanie kontrolne. Kontrole takie umożliwiają zbadanie, czy realizowanie wniosków doprowadziło do przywrócenia działań zgodnych z prawem, a także usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości oraz usprawnienia działalności danej jednostki. Realizowanie wniosków kontrolnych jest również badane w trakcie innych kontroli, w szczególności kontroli kompleksowej .

Zamówienia publiczne były objęte programem zdecydowanej większości kontroli kompleksowych. Wyjątek od tej zasady może dotyczyć np. jednostek, które nie udzielały zamówień publicznych, ewentualnie wynikać z poziomu ryzyka nieprawidłowości indywidualnie ocenionego dla każdej kontrolowanej jednostki.

Przedmiot kontroli problemowych i doraźnych wynika z zapotrzebowani określanych na poziomie poszczególnych izb, jak również przez Krajową Radę *regionalnych* Izb Obrachunkowych w ramach tzw. kontroli problemowych koordynowanych. Stąd też nie można mówić o ustalonych tendencjach w zakresie tematyki tej kontroli. W praktyce jednak spora część tych kontroli obejmuje udzielanie zamówień publicznych.

KRYTERIA KONTROLI REGIONALNYCH IZB OBRACHUNKOWYCH

Art. 5 ustawy o regionalnych izbach obrachunkowych konstytuuje kryteria kontroli realizowanych przez izby w zależności od charakteru kontrolowanych zadań. Co do zasady izby kontrolują gospodarkę finansową, w tym realizację zobowiązań podatkowych oraz zamówienia publiczne na podstawie kryterium zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym. W przypadku gdy kontrola obejmuje gospodarkę finansową jednostek samorządu terytorialnego w zakresie zadań administracji rządowej, wykonywanych przez te jednostki na podstawie ustaw lub zawieranych porozumień, dokonywana jest także z uwzględnieniem kryterium celowości, rzetelności i gospodarności.

Ocena wyrażona przez podmiot kontrolujący musi zatem nastąpić w granicach wyznaczonych przez kryteria kontroli. Dla właściwego przeprowadzenia kontroli kluczowe staje się zatem zdefiniowanie wskazanych w przepisach ustawy pojęć:

– legalność,

– zgodność dokumentacji ze stanem faktycznym,

– celowość,

– rzetelność,

– gospodarność.

Ustawodawca nie wprowadził legalnych definicji wskazanych kryteriów. Dla systemu kontroli publicznej w Polsce istotne jest rozumienie powyższych kategorii nadane im w „Glosariuszu terminów dotyczących kontroli i audytu w administracji publicznej"[6] – opracowaniu, którego celem jest ujednolicenie terminologii dotyczącej kontroli i audytu w administracji publicznej.

Legalność została zdefiniowana jako „zgodność z obowiązującymi w badanym okresie przepisami konstytucji, ratyfikowanych umów międzynarodowych, ustaw, rozporządzeń, aktów prawa miejscowego oraz przepisów wewnętrznych". W zakresie tego kryterium mieści się zatem kontrola w odniesieniu zarówno do źródeł prawa powszechnie obowiązującego, (wskazanych w art. 87 Konstytucji RP), jak i niemających takiego charakteru aktów wewnętrznych podejmowanych w ramach kompetencji przez organy podmiotów kontrolowanych, dotyczące w szczególności ich organizacji i funkcjonowania, prowadzenia gospodarki finansowej, czy udzielania zamówień publicznych. Wzorzec przy badaniu legalności mogą stanowić również zawarte umowy, wydane decyzje w sprawach indywidualnych oraz rozstrzygnięcia sądów, czy organów nadzoru administracyjnego, itp.

---

[6] Glosariusz terminów dotyczących kontroli i audytu w administracji publicznej, Najwyższa Izba Kontroli, Warszawa 2005.

Pod pojęciem „rzetelność" rozumie się „wypełnianie obowiązków z należytą starannością, sumiennie i we właściwym czasie; wypełnianie zobowiązań zgodnie z ich treścią; przestrzeganie wewnętrznych reguł funkcjonowania danej jednostki (w szczególności określonego dla poszczególnych komórek i osób zakresu obowiązków); dokumentowanie określonych działań lub stanów faktycznych zgodnie z rzeczywistością, we właściwej formie i wymaganych terminach, bez pomijania określonych faktów i okoliczności".

Gospodarność oznacza „zgodność działalności kontrolowanej/audytowanej jednostki z zasadami efektywnego gospodarowania, tj. oszczędności, wydajności i skuteczności". Oszczędność z kolei oznacza „minimalizację kosztów działań, przy zachowaniu wymaganej jakości", zaś wydajność – „związek pomiędzy produktem, a nakładami zużytymi do jego wytworzenia, który może przybrać formę maksymalizacji produktów (o określonej jakości) możliwych do osiągnięcia przy danych nakładach" bądź „minimalizacji nakładów dla osiągnięcia danych produktów (o określonej jakości)".

Pojęcie skuteczności odniesiono natomiast do „stopnia zgodności pomiędzy zamierzonymi a faktycznymi skutkami działalności".

Wg „Glosariusza", celowość to „kryterium kontroli/audytu według którego oceniane jest, czy jednostka realizuje postawione przed nią cele". Cele jednostki oceniać należy przede wszystkim w ścisłym związku z realizowanymi przez nią zadaniami, niezależnie charakteru tych zadań (np. własne, zlecone ustawami lub na podstawie porozumień).

Regionalne izby obrachunkowe są jednymi organami prowadzącymi kontrole z uwzględnieniem kryterium „zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym". Z tego zapewne powodu w „Glosariuszu" nie zostało ono zdefiniowane jako samoistne kryterium kontroli. Kryterium to można rozumieć na kilka sposobów. Po pierwsze zachowanie zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym mieści się w zakresie zdefiniowanego wyżej pojęcia rzetelności, jednakże bez wątpienia nie są to kryteria tożsame. Po drugie, kryterium to może być rozumiane jako formalny element legalności, to jest postulat zapewnienia realizacji obowiązków dokumentacyjnych dotyczących określonych operacji. Po trzecie wreszcie podkreślenia wymaga jednoznaczne wyodrębnienie „zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym" jako samoistnego kryterium kontroli. Wydaje się więc, że najpełniejszy sposób rozumienia tego pojęcia obejmować będzie nie tylko przytoczone wyżej elementy rzetelności i legalności, ale również weryfikację oświadczeń złożonych w dokumentach, niezależnie od obowiązku ich sporządzenia i charakteru podmiotów je sporządzających.

Należy raz jeszcze zwrócić uwagę, że w przypadku zadań kontrolowanych jednostek nie będących „zadaniami administracji rządowej, wykonywanymi przez te jednostki na podstawie ustaw lub zawieranych porozumień" dopuszczalne kryteria kontroli obejmują wyłącznie legalność i zgodność dokumentacji ze stanem faktycznym. W szczególności nie ma tu więc mowy o rzetelności, czy gospodarności.

Takimi to kryteriami związane są izby również w toku prowadzenia kontroli udzielania zamówień publicznych. Należy zwrócić uwagę, że oceniając legalność postępowania izby są zobowiązane uwzględnić nie tylko przepisy Pzp, ale również każdego innego aktu prawnego, którego przedmiot regulacji dotyczy badanego postępowania (np. Prawo budowlane, ustawa o odpadach, ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach itd.).

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE JAKO PRZEDMIOT KONTROLI REGIONALNYCH IZB OBRACHUNKOWYCH W LATACH 2010–2012

Charakter dokumentacji z postępowania kontrolnego prowadzonego przez izby pozwala w szczególności na ocenę wyników kontroli co do stwierdzonych nieprawidłowości. Przedmiotem kontroli najczęściej nie jest każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w jednostce, co pozwalałoby na jednoznaczna ocenę prawidłowości stosowania przepisów przez danego zamawiającego, lecz określona próba kontrolna pozwalająca z możliwie największą dokładnością zbadać legalność udzielania zamówień.

W zakresie wyników kontroli najbardziej interesujące jest zestawienie stwierdzonych nieprawidłowości. Taka wiedza stanowi nie tylko podstawę do określenia odpowiedzialności właściwych osób za konkretne naruszenia przepisów, ale przede wszystkim daje szanse wyeliminowania podobnych w przyszłości (tzw. funkcja prewencyjna kontroli).

Realizując zadania kontrolne regionalne izby obrachunkowe przeprowadziły w 2010 roku 1303 kontrole, w 2011 r. – 1387, a w 2012 r. – 1352. Ilość poszczególnych rodzajów kontroli przedstawiono w tabeli nr 1.

Tabela 1. Ilość kontroli przeprowadzonych przez regionalne izby obrachunkowe w latach 2010–2012 wg rodzajów

Rodzaj kontroli	2010	2011	2012
Kompleksowe	787	702	759
Problemowe	329	457	369
Doraźne	148	213	196
Sprawdzające	39	15	28
Razem	**1303**	**1387**	**1352**

Źródło: Sprawozdania z działalności RIO i wykonania budżetu przez jednostki samorządu terytorialnego odpowiednio *w 2010 i 2011 r. oraz dane regionalnych izb obrachunkowych*

Uwagę zwraca największa liczba kontroli kompleksowych przeprowadzonych w poszczególnych latach. Wynika to z opisanego wyżej obowiązku ustawowego izb. W toku każdej kontroli kompleksowej weryfikacji podlegało również udzielanie zamówień publicznych.

W efekcie prowadzonych kontroli stwierdzono szereg nieprawidłowości. Nieprawidłowości te zostały zagregowane w kilku podstawowych grupach zagadnień: ustalenia ogólnoorganizacyjne, księgowość i sprawozdawczość, ogólne zagadnienia dotyczące planowania i wykonania budżetu, dochody budżetowe, wydatki budżetowe, zamówienia publiczne, rozliczenie otrzymanych i udzielonych dotacji, dług publiczny, gospodarka mieniem, rozliczenia jednostki samorządu terytorialnego z jednostkami organizacyjnymi i przedstawione w tabeli nr 2.

Tabela nr 2. Liczba nieprawidłowości stwierdzonych w wyniku kontroli regionalnych izb obrachunkowych w latach 2010–2012

Wyszczególnienie	2010		2011		2012	
	liczba	struktura w %	liczba	struktura w %	liczba	struktura w %
1	2	3	4	5	6	7
Ogółem, z tego:	16 481	100,0	15 819	100,0	15 930	100,0
Ustalenia ogólnoorganizacyjne	1 552	9,4	1 282	8,1	1 373	8,6
Księgowość i sprawozdawczość	4 505	27,3	4 290	27,1	4 535	28,5
Wykonanie budżetu, w tym:	5 882	35,7	6 143	38,8	5 955	37,4
– ogólne zagadnienia dotyczące planowania i wykonania budżetu	147	0,9	535	3,4	567	3,6
– dochody i przychody	3 608	21,9	3 560	22,5	3 289	20,5
– wydatki i rozchody	2 127	12,9	2 048	12,9	2 099	13,2
Zamówienia publiczne	2 306	14,0	1 908	12,1	1 830	11,5
Rozliczenie otrzymanych i udzielonych dotacji	593	3,6	789	5,0	750	4,7
Dług publiczny	10	0,1	63	0,4	95	0,6
Gospodarka mieniem	1 372	8,3	1 200	7,6	1 171	7,4
Rozliczenia jst z jednostkami organizacyjnymi	261	1,6	144	0,9	221	1,4

Źródło: jak w tabeli nr 1

Z ustaleń przeprowadzonych kontroli wynika, że największy udział w ogólnej liczbie stwierdzonych nieprawidłowości, analogicznie w kolejnych latach, stanowiły nieprawidłowości w zakresie działań związanych z realizacją budżetu, w tym dochodów i przychodów oraz wydatków i rozchodów, jak również w zagadnieniach tematycznych dotyczących księgowości i sprawozdawczości oraz zamówień publicznych.

W 2010 r. stwierdzono w zakresie dotyczącym zamówień publicznych 2 306 przypadków nieprawidłowości, stanowiących 14% łącznej liczby nieprawidłowości. Występowały one zarówno na

etapie przygotowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jak i ich udzielania. Najpoważniejsze i najliczniejsze nieprawidłowości oraz uchybienia dotyczyły[7]:

– nieprawidłowego sporządzenia ogłoszenia – 185 przypadków,

– nieokreślenia lub niewłaściwego określenia wartości zamówienia – 156,

– braku lub niewłaściwej specyfikacji istotnych warunków zamówienia – 154,

– naruszenia obowiązku zamieszczania ogłoszeń o postępowaniu i o zawarciu umowy – 152,

– nieprawidłowego określenia przedmiotu zamówienia (cechy techniczne i jakościowe, kosztorys, projekt) – 89,

– nieprawidłowego ustalania lub pobierania zabezpieczenia należytego wykonania umowy – 82,

– niesporządzenia lub nieprawidłowego sporządzenia protokołu postępowania – 81,

– niezłożenia oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie osoby wykonującej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienie – 66,

– nieżądania od oferentów potwierdzenia spełnienia warunków – 66,

– nierozliczania lub nieprawidłowego rozliczania kosztów inwestycji, nieprzeniesienia na stan środków trwałych zrealizowanych inwestycji – 66,

– nieodrzucenia nieprawidłowej oferty lub odrzucenia prawidłowej – 64,

– nieprawidłowego ustalania lub pobierania wadium – 60,

– nieprzestrzegania zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji – 59,

– nieprzestrzegania określonych w ustawie zasad wykluczania oferentów z postępowań – 56,

– nieprzestrzegania zasady powszechności stosowania ustawy – 52,

– naruszenia zakazu dokonywania niekorzystnych dla zamawiającego zmian umowy – 42,

– braku zawiadomienia o wyborze oferty, jej odrzuceniu lub wykluczeniu wykonawcy z postępowania – 38.

W 2011 r. stwierdzono w zakresie zamówień publicznych 1 908 przypadków nieprawidłowości, stanowiących 12,1% łącznej liczby nieprawidłowości. Występowały one zarówno na etapie przygotowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jak i ich udzielania. Najpoważniejsze i najliczniejsze nieprawidłowości dotyczyły[8]:

– nieustalenia lub niewłaściwego ustalenia wartości zamówienia – 164 przypadków,

– nieprawidłowego sporządzenia ogłoszenia – 135,

---

[7] Sprawozdanie z działalności RIO i wykonania budżetu przez jednostki samorządu terytorialnego w 2010 r.

[8] Sprawozdanie z działalności RIO i wykonania budżetu przez jednostki samorządu terytorialnego w 2011 r.

– naruszenia obowiązku zamieszczania ogłoszeń o udzielonym zamówieniu i o zawarciu umowy – 113,

– braku lub niewłaściwej specyfikacji istotnych warunków zamówienia – 84,

– ustalania lub pobierania zabezpieczenia należytego wykonania umowy – 84,

– dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (np. nieżądania dokumentów, bezpodstawnego żądania dokumentów) – 83,

– nieprawidłowego określenia zasad wnoszenia wadium lub nieprawidłowości w zakresie zwrotu i zatrzymywania wadium (np. nieterminowego zwrotu, niezatrzymania lub bezpodstawnego zatrzymania) – 74,

– niesporządzenia lub nieprawidłowego sporządzenia protokołu postępowania – 70,

– informowania o wynikach postępowania – 66,

– dokonania zmiany zawartej umowy z naruszeniem zakazu ustawowego – 65,

– niewzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów i pełnomocnictw na zasadach wynikających z art. 26 ust. 3 ustawy – 60,

– nieprawidłowego określenia przedmiotu zamówienia – 56,

– nieprzestrzegania zasady powszechności stosowania ustawy – 55,

– stosowania przesłanek odrzucenia oferty (nieodrzucenia, bezpodstawnego odrzucenia) – 50,

– warunków udziału w postępowaniu (np. niezamieszczenia ich w ogłoszeniu i SIWZ, opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania, warunków nieproporcjonalnych lub niezwiązanych z przedmiotem zamówienia) – 46,

– niewłaściwego zastosowania trybu innego niż przetarg nieograniczony i ograniczony – 44,

– niezłożenia oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie osoby wykonującej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niewyłączenia z postępowania osoby podlegającej wyłączeniu – 43,

– stosowania przesłanek wykluczenia wykonawcy (niewykluczenia, bezpodstawnego wykluczenia) – 32,

– wypłacania wykonawcom robót, dostaw lub usług zawyżonych wynagrodzeń – 25,

– zawarcia umowy niezgodnej ze specyfikacją i z treścią oferty wybranej w postępowaniu – 23,

– zmian specyfikacji lub ogłoszenia (np. nieprzedłużenia terminu składania ofert, dokonania zmian jedynie w specyfikacji) – 22,

– wypłacania wynagrodzenia za roboty, dostawy lub usługi bez potwierdzenia ich wykonania, protokołu odbioru – 19.

W 2012 r. stwierdzono w zakresie zamówień publicznych 1 830 przypadków nieprawidłowości, stanowiących 11,5% łącznej liczby nieprawidłowości. Występowały one zarówno na etapie przygotowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jak i ich udzielania. Najpoważniejsze i najliczniejsze nieprawidłowości dotyczyły[9]:

- nieustalenia lub niewłaściwego ustalenia wartości zamówienia – 155 przypadków,
- nieprawidłowego sporządzenia ogłoszenia – 109,
- naruszenia obowiązku zamieszczania ogłoszeń o udzielonym zamówieniu i o zawarciu umowy – 100,
- niesporządzenia lub nieprawidłowego sporządzenia protokołu postępowania – 98,
- dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (np. nieżądania dokumentów, bezpodstawnego żądania dokumentów) – 96,
- ustalania lub pobierania zabezpieczenia należytego wykonania umowy – 87,
- braku lub niewłaściwej specyfikacji istotnych warunków zamówienia – 86,
- informowania o wynikach postępowania – 85,
- nieprawidłowego określenia zasad wnoszenia wadium lub nieprawidłowości w zakresie zwrotu i zatrzymywania wadium (np. nieterminowego zwrotu, niezatrzymania lub bezpodstawnego zatrzymania) – 78,
- niewzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów i pełnomocnictw na zasadach wynikających z art. 26 ust. 3 ustawy – 69,
- nieprzestrzegania zasady powszechności stosowania ustawy – 60,
- warunków udziału w postępowaniu (np. niezamieszczenia ich w ogłoszeniu i SIWZ, opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania, warunków nieproporcjonalnych lub niezwiązanych z przedmiotem zamówienia) – 49,
- dokonania zmiany zawartej umowy z naruszeniem zakazu ustawowego – 43,
- nieprawidłowego określenia przedmiotu zamówienia – 42,
- stosowania przesłanek wykluczenia wykonawcy (niewykluczenia, bezpodstawnego wykluczenia) – 42,
- stosowania przesłanek odrzucenia oferty (nieodrzucenia, bezpodstawnego odrzucenia) – 34,
- niezłożenia oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie osoby wykonującej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niewyłączenia z postępowania osoby podlegającej wyłączeniu – 34,
- wypłacania wykonawcom robót, dostaw lub usług zawyżonych wynagrodzeń – 33,

[9] Dane regionalnych izb obrachunkowych.

– niewłaściwego zastosowania trybu innego niż przetarg nieograniczony i ograniczony – 32,

– zmian specyfikacji lub ogłoszenia (np. nieprzedłużenia terminu składania ofert, dokonania zmian jedynie w specyfikacji) – 29,

– dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (np. żądanie dokumentów bez opisania wymogów) – 26,

– wypłacania wynagrodzenia za roboty, dostawy lub usługi bez potwierdzenia ich wykonania, protokołu odbioru – 24,

– zawarcia umowy niezgodnej ze specyfikacją i z treścią oferty wybranej w postępowaniu – 21.

Zwraca uwagę stosunkowo duża liczba nieprawidłowości stwierdzonych w toku kontroli. Nie są one oczywiście tożsame co do istotności, czy charakteru. Te różnice bierze się pod uwagę dopiero przy dokonywaniu ich oceny oraz określaniu zakresu odpowiedzialności za ich popełnienie. Skutkować to może np. zawiadomieniem rzecznika dyscypliny finansów publicznych, czy właściwych organów ścigania.

Mówiąc zatem o efektach kontroli nie można pominąć aspektu podmiotowego. Zgodnie z przepisami, w toku kontroli stwierdza się nie tylko same naruszenia regulacji w zakresie zamówień publicznych, ale również ustala się osoby za nie odpowiedzialne.

ZAKOŃCZENIE

Istnienie systemu zamówień publicznych jako cechy pozytywnie wyróżniającej prawidłowo pod względem ustrojowym ukształtowaną gospodarkę rynkową ma sens wtedy i tylko wtedy, jeżeli funkcjonowanie tego systemu jest poddane bieżącej, systematycznej, uporządkowanej kontroli ze strony wyspecjalizowanych, wysokokwalifikowanych (eksperckich) instytucji o charakterze audytorskim, niezależnych od podmiotu kontrolowanego.

W Polsce udało się osiągnąć taki pożądany efekt za poziomie samorządowym poprzez działanie przede wszystkim regionalnych izb obrachunkowych. Ze względu na regionalny charakter izb kontrolą kompleksową (a nie są to jedyne kontrole) objętych jest corocznie co najmniej 25% jednostek samorządu terytorialnego w regionie, a tym samym, odpowiednio, w Polsce. Taką skalą pracy kontrolerskiej, a co za tym idzie wielkością próby, nie jest w stanie pochwalić się żadna instytucja kontrolująca zamówienia publiczne. To ten regionalny zasięg, ale w gruncie rzeczy doprowadzony do poziomu najmniejszej nawet jednostki samorządu terytorialnego wytwarza powszechnie odbierane poczucie nieuchronności kontroli poczynań podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp. Można tutaj w podsumowaniu powiedzieć więcej, że utrzymanie sprawności i poprawności systemu na poziomie lokalnym utrzymywane jest bez wyradzania się tego systemu poprzez prace regionalnych izb obrachunkowych.

Efekt prac kontrolerskich regionalnych izb obrachunkowych może być również bogatym źródłem informacji przy ocenie funkcjonowania samego systemu zamówień publicznych. W odróżnieniu od niewielkiej liczby zamówień o znacznej wartości udzielanych na szczeblu centralnym, na poziomie regionów izby spotykają się z pokaźną ilością zamówień o mniejszej wartości, które

dopiero po zagregowaniu zwracają uwagę dużym zaangażowaniem środków publicznych. Zróżnicowane są też warunki ekonomiczne i społeczne udzielania zamówień w poszczególnych regionach Polski. Zasadny jest zatem postulat wzięcia pod uwagę doświadczeń izb obrachunkowych w pracach nad optymalizacją systemu zamówień publicznych, nie tylko ze względu na dużą próbę jednostek i postępowań podlegających ich weryfikacji. Istotne jest również, że celem systemu jest właściwe wydatkowanie środków publicznych, stąd nie może on funkcjonować w oderwaniu od zasad gospodarowania finansami publicznymi. A w takim ujęciu działania kontrolne prowadza regionalne izby obrachunkowe.

O WŁAŚCIWOŚCI KONTROLNEJ REGIONALNYCH IZB OBRACHUNKOWYCH W SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W POLSCE

Marcin Kępa, doktorant
Katedra Finansów
Wydział Nauk Ekonomicznych
Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

Zamówienia publiczne są specyficzną i złożona dziedziną prawa, leżącą gdzieś na pograniczu prawa administracyjnego, finansowego i cywilnego. Anglosasi powiedzieliby *no-man´s land*, i rzeczywiście nie sposób jednoznacznie przyporządkować zamówienia publiczne do jednej nazwanej dziedziny prawa, ponieważ przedmiot badań wykazuje się dużą dozą interdyscyplinarności.[1] Obszarem badawczym wytworzonym przez zjawisko zamówień publicznych w równej mierze zainteresowana jest nauka prawa, co nauka ekonomii, głównie w ramach dyscypliny finanse publiczne, prowadząc niezależne badania z użyciem własnej aparatury pojęciowej i metody badawczej.

Wychodząc od kryterium efektywności ekonomicznej, system zamówień publicznych w Polsce i Unii Europejskiej można postrzegać, jako stanowiony przez prawo powszechnie obowiązujące, polityczno-ekonomiczny zespół regulacji prawnych warunkujących zakup dóbr i usług przez sektor publiczny z wykorzystaniem mechanizmu rynkowego (mechanizm popytowo-podażowo-cenowy). W tym ujęciu zamówienia publiczne, to instrument formalno-prawny, tworzący warunki negocjacyjno-regulacyjne przy użyciu, których podmioty zamawiające realizują ciążący na sektorze publicznym postulat wykonawstwa zadań publicznych. Zamówienia publiczne można rozpatrywać szerzej; z punktu widzenia polityki gospodarczej państwa, jawić się nam będą, nie tylko, jako mechanizm służący racjonalnemu i efektywnemu wydatkowaniu publicznych zasobów pieniężnych, ale jako interwencjonistyczne narzędzie ingerencji państwa w gospodarkę – nierzadko ograniczające swobodę konkurowania podmiotów gospodarujących w imię określonych politycznie preferencji.[2] W tym sensie swoboda konkurowania, immanentna cecha wolnego rynku, staje się niejako kosztem polityki makroekonomicznej państwa.

System zamówień publicznych wyraża się przez rynek zamówień publicznych – metakategorię ekonomiczną, nierozerwalnie związaną z wydatkowaniem publicznych pieniędzy w torii i praktyce kapitalistycznej gospodarki rynkowej. Rynek zamówień publicznych, jest źródłem dynamiki dla zachodzących wewnątrz jego struktury procesów gospodarczych; to przede wszystkim „miejsce spotkań" zamawiających (nabywców), którzy wykonując zadania publiczne realizują preferencje związane z maksymalizacją użyteczności oraz wykonawców (sprzedawców), którzy uczestnicząc w realizacji zamówienia publicznego maksymalizują zyski z transakcji i dążą do realizacji celów wynikających z interesów właściciela (maksymalizacja funkcji celu wyrażana długookresową

---

[1] Por. E. Przeszło, Zamówienia publiczne na tle innych dziedzin prawa w zakresie dotyczącym kontroli, [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej. Międzynarodowa konferencja naukowa 21–22 czerwca 2010 r. w Łodzi*, red.: A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska, s. 95.

[2] Na temat ograniczeń swobody konkurowania zob. A. Panasiuk, *Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na ograniczenie swobody konkurowania*, Wyd. Branta, Bydgoszcz – Warszawa 2005 r.

stopą zwrotu z zaangażowanego kapitału[3] – zazwyczaj jest to maksymalizacja zysku, jako istota prowadzenia działalności gospodarczej). Zamawiający i wykonawcy, wypełniają statyczną strukturę rynku, treścią ekonomiczną, nadając mechanizmowi alokacji zasobów dynamiczny charakter.

Rynek zamówień publicznych w Polsce cechowała w ostatniej dekadzie wyraźna dynamika wzrostu; wartość rynku w ostatnim roku badania, t. j. 2011 szacowana była na około 144,1 mld zł[4], i to licząc tylko udzielone zamówienia o wartości szacunkowej powyżej 14 tys. euro; wyraźny trend wzrostowy, zakłócony został przez konglomerat niekorzystnych zakłóceń w sferze makroekonomicznej – potocznie zwanej kryzysem gospodarczym[5], który rynek zamówień publicznych odczuł z opóźnieniem, w 2011 roku. W porównaniu z rokiem 2010, rynek zamówień publicznych „skurczył" się prawie o 14 % – Rys. nr 1.

Najliczniej reprezentowaną grupą podmiotów zamawiających na rynku zamówień publicznych w Polsce, są jednostki samorządu terytorialnego (JST). Jednostki samorządu terytorialnego (gminy, powiaty, województwa samorządowe) prowadzą samodzielną politykę finansową na podstawie budżetu, który jest rocznym planem dochodów i wydatków, przychodów i rozchodów JST. System finansów samorządu terytorialnego, przez który należy rozumieć *„zespół powiązanych przez przepisy prawa reguł i instytucji o charakterze publicznym umożliwiającym zdecentralizowane gromadzenie i rozdysponowanie środków publicznych przez JST"*[6], podlega nadzorowi i kontroli Regionalnych Izb Obrachunkowych.

Z punktu widzenia prawidłowego funkcjonowania rynku, niezmiernie istotną kwestią jest właściwa kontrola kontraktacji zamówień publicznych udzielanych przez wszystkie podmioty zamawiające. Jak się zdaje, kluczowa – ze względu na dominującą liczbę podmiotów zamawiających na rynku – jest kontrola zamówień publicznych udzielanych przez jednostki samorządu terytorialnego[7] czy szerzej sektor samorządowy. Pole do potencjalnych nadużyć jest spore, a rezultaty zakłóceń, mogą być odczuwalne dla całego rynku.

---

[3] G. Kołodko, *Dokąd zmierza świat. Ekonomia polityczna przyszłości*, Wyd. Prószyński i S-ka, Warszawa 2013 r., s. 112.

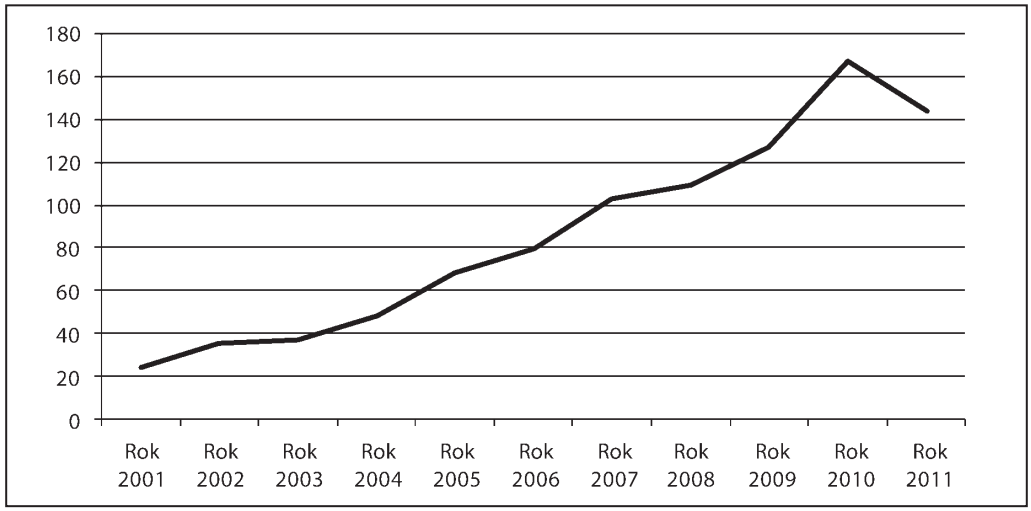
[4] *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 roku*, UZP, Warszawa 2012 r., s. 24.

[5] Na temat przyczyn kryzysu ekonomicznego lat 2008–2010? Zob. N. Roubini, S. Mihm, *Ekonomia kryzysu*, Wyd. Wolters Kluwer business, Warszawa 2011 r.

[6] L. Patrzałek, *Finanse samorządu terytorialnego*, Wyd. UE we Wrocławiu, Wrocław 2010 r., s. 11.

[7] Samych JST jako aktywnych podmiotów zamawiających jest na rynku zamówień publicznych 2874 (2479 gmin, 379 powiatów – w tym 65 miast na prawach powiatu, 16 województw samorządowych). Stan na 31 grudnia 2012 r., za *Mały rocznik statystyczny Polski*, GUS, s. 83.

Rys. Nr 1 Dynamika szacunkowego wzrostu wartości rynku zamówień publicznych w Polsce za lata 2001–2011 (w mld zł)



Na wykresie widać wyraźny trend wzrostowy od roku 2001 do roku 2010, z korektą w roku 2011.

Zestawienie własne na podstawie danych statystycznych pobranych ze *Sprawozdań Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych za lata 2001–2011*.

W roku 2013, mijają równo dwie dekady obowiązywania w Polsce prawa o regionalnych izbach obrachunkowych, które do „życia" powołała ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych[8], Dz. U. 1992 Nr 85 poz. 428 (*ustawa o RIO)*. Kompetencje RIO przyznane rzeczoną ustawą, potwierdzono w ustawie konstytucyjnej w art. 171 ust. 2 Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.[9], w której to, ustanowiono regionalne izby obrachunkowe (RIO) organami nadzoru nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego w zakresie spraw finansowych[10]. RIO w zdecentralizowanej strukturze, wymuszonej ustrojową samodzielnością[11] jednostek samorządu terytorialnego w Polsce (na terenie kraju działa 16 Regionalnych Izb Obrachunkowych przestrzegających właściwości terytorialnej – osobno dla każdego województwa) prowadzi nadzór nad gospodarką finansową JST. Powyższe wywołało, utworzenie specyficznej, dwuszczeblowej, struktury funkcjonowania RIO – na poziomie krajowym i na poziomie wojewódzkim. Na poziomie wojewódzkim, organami izby są:

---

[8] Co prawda RIO jako organu nadzór nad działalnością budżetową gmin został wprowadzony do polskiego porządku prawnego w roku 1990, ustawą z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (art. 86 tamże), ale do momentu wejścia w życie *ustawy o RIO*, przepis ten pozostawał martwy. Kompetencje RIO wykonywał wojewoda.

[9] Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, z 2001 r. Nr 28, poz. 319, z 2006 r. Nr 200, poz. 1471, z 2009 r, Nr 114, poz. 946.

[10] Por. z art. 1. ust. 1 *ustawy o RIO.*

[11] W literaturze administratywistycznej dla podkreślenia samodzielności ustrojowej JST różnych poziomów, używa się także terminu: „ustrojowa samotność jednostek samorządu terytorialnego". J. Boć, Pięć podstawowych problemów samorządu terytorialnego [w:] *Studia nad samorządem terytorialnym*, red. A. Błaś, Wyd. Kolonia Limited, Wrocław 2002 r., s. 45.

a) Kolegium Izby, składające się z:

   - Prezes Izby – pełniącego funkcje przewodniczącego Kolegium
   - Członków Izby.

b) Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych (KO przy RIO).

Ustawa o RIO w art. 1 ust. 2 stanowi, że *„Izby sprawują nadzór nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego w zakresie spraw finansowych określonych w art. 11 ust. 1*[12] *oraz dokonują kontroli gospodarki finansowej i zamówień publicznych*". Wynika z tego, że intencją legislatora było rozdzielenie kompetencji nadzorczych od kompetencji kontrolnych (dualizm kompetencyjny). Słusznie zauważa Dr P. Szustakiewicz, że *„połączenie funkcji nadzoru i kontroli ma umożliwić kompleksowe określenie sytuacji JST*". [13]

Niemniej jednak, godzi się zaznaczyć, że uprawnienia kontrolne przysługujące RIO mają odmienny charakter od uprawnień nadzorczych i pełnią inną funkcję[14]; uprawnienia kontrolne w odróżnieniu od nadzoru, pozbawione są ingerencji władczej.

W doktrynie prawa administracyjnego przyjmuje się, że kontrola to *„badanie zgodności stanu istniejącego ze stanem postulowanym; ustalenie zasięgu i przyczyn rozbieżności oraz przekazanie wyników tego ustalenia, a czasem wynikających stąd dyspozycji podmiotowi kontrolowanemu, jak i podmiotowi organizacyjnie zwierzchniemu*".[15] Kontrola służy ocenie zastanej rzeczywistości (pełni rolę informacyjną) i w razie konieczności, modelowaniu tej rzeczywistości w kierunku stanu postulowanego. Nie inaczej – co do zasady – rozumiana jest kontrola przeprowadzana przez RIO w zakresie działalności finansowej instytucji samorządowych w systemie zamówień publicznych.

Dr E. Przeszło, proponuje rozróżnić rodzaje kontroli prowadzone w ramach prawa zamówień publicznych na:

a) Kontrolę *sensu stricte* – wynikającą z *ustawy Pzp*,

b) Kontrolę *sensu largo* – wynikającą spoza *ustawy Pzp*, ale mające w niej umocowanie,

---

[12] Art. 11 ust. 1: *„W zakresie działalności nadzorczej właściwość rzeczowa regionalnych izb obrachunkowych obejmuje uchwały i zarządzenia podejmowane przez organy jednostek samorządu terytorialnego w sprawach:*
1) procedury uchwalania budżetu i jego zmian;
2) budżetu i jego zmian;
3) zaciągania zobowiązań wpływających na wysokość długu publicznego jednostki samorządu terytorialnego oraz udzielania pożyczek;
4) zasad i zakresu przyznawania dotacji z budżetu jednostki samorządu terytorialnego;
5) podatków i opłat lokalnych, do których mają zastosowanie przepisy ustawy – Ordynacja podatkowa;
6) absolutorium;
7) wieloletniej prognozy finansowej i jej zmian."

[13] Kontrola regionalnych izb obrachunkowych [w:] P. Szustakiewicz, *Kontrola zamówień publicznych. Zagadnienia praktyczne*, Wyd. C. H. Beck, Warszawa 2011 r., 53.

[14] Na temat właściwości nadzorczej RIO zob. J. Wilk, *O właściwości nadzorczej regionalnej izby obrachunkowej nad uchwałami organów jednostek samorządu terytorialnego w sprawie podatków i opłat lokalnych*, Nowe Zeszyty Samorządowe 2012, nr 1, s. 9–23.

[15] J. Boć, Kontrola prawna administracji [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wyd. Kolonia Limited, s. 376.

c) Kontrolę wynikającą z aktów prawnych nie mających bezpośredniego związku z *ustawą Pzp*.[16]

Autorka organy kontrolne RIO sytuuje w trzeciej grupie podmiotów. Rzecz oczywista, podział instytucji kontrolnych w systemie zamówień publicznych będzie wynikał z przyjętego kryterium rozróżnienia. W referacie proponuję, aby ostatecznym kwalifikatorem była, podobnie jak u Dr E. Przeszło, treść *ustawy Pzp*. W tym sensie, można uprościć powyższe i rozdzielić kontrolę zamówień publicznych na:

a) wynikającą wprost z *ustawy Pzp*,

b) wynikającą z innych źródeł prawa.

W systemie zamówień publicznych właściwość kontrolna RIO uzewnętrznia się poprzez badanie postępowań o udzielnie zamówień publicznych wszczynanych przez podmioty gospodarujące, o których mowa w art. 1 ust. 2 ustawy *o RIO*, na podstawie kryterium zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym (art. 5 ust 1 tamże). W świetle cytowanych wyżej uwag, działanie organów RIO w tym względzie, można uznać za klasyczny model kontroli. *Ustawa o RIO* przewiduje następujące rodzaje kontroli:

a) Kontrole kompleksowe,

b) Kontrole na wniosek uprawnionych organów administracyjnych.

Kontrole kompleksowe, o których mowa w art. 7 ust. 1 *ustawy o RIO*, przeprowadza się w JST obligatoryjnie raz na cztery lata, a ich przedmiotem jest całokształt gospodarki finansowej jednostki samorządowej – w tym zamówienia publiczne. Kontrola kompleksowa jest kontrolą z urzędu. Art. 7 ust. 2 pkt a) i b) *ustawy o RIO* dopuszcza także kontrolę na wniosek jednostek samorządu terytorialnego lub ich związków oraz organów administracji rządowej, agencji lub funduszy celowych w przypadku przekazania środków publicznych na rzecz podmiotów w stosunku do których organ wnioskuje o kontrolę.

W praktyce, zadania kontrolne izby realizują w ramach następujących kontroli:

a) Kompleksowych – obejmujących gospodarkę finansową gmin,

b) Problemowych – obejmujących wybrane zagadnienia w jednej lub kilku jednostkach kontrolowanych,

c) Doraźnych – podejmowanych w razie potrzeby,

d) Sprawdzających (rewizyjnych) – podejmowanych w celu ustalenia wykonania wniosków pokontrolnych.[17]

Działalność kontrolna poszczególnych izb jest prowadzona w oparciu o roczny plan kontroli, który uchwala kolegium izby. W planie kontroli ujęte są kontrole kompleksowe i problemowe na dany rok kalendarzowy. Poza planem kontroli podejmowane są kontrole doraźne i sprawdzające – o ich wszczęciu decyduje Prezes danej Izby. Do koordynowania planów i programów kontroli izb upoważ-

[16] E. Przeszło, Zamówienia publiczne … , s. 98.

[17] http://www.rio.gov.pl – data wejścia na str. 08.03.2013 r.

niono na mocy art. 25a ust. 1 pkt 6 *ustawy o RIO* Krajową Radę Regionalnych Izb Obrachunkowych; ta z kolei aktem prawa wewnętrznego zdekoncentrowała swoje uprawnieni na Komisję Koordynacji Kontroli Krajowej Rady Regionalnych Izb Obrachunkowych. Komisja ma charakter planistyczny i zajmuje się koordynacją programów kontroli poszczególnych izb w skali kraju.

W ocenie autora, systemowo najbardziej efektywnym, biorąc po uwagę skalę ujawniania naruszeń prawa dotyczącego zamówień publicznych, są kontrole kompleksowe, cechujące się najszerszym spektrum przeglądowym; przy czym nie należy, nie doceniać kontroli przeprowadzanych na wniosek uprawnionych organów. Trzeba mieć na uwadze fakt, że tego typu zawiadomienia są poprzedzone nierzadko ugruntowaną analizą sytuacji faktycznej, która w ocenie zawiadamiającego uprawdopodabnia możliwość naruszenia przepisów o dyscyplinie finansów publicznych.

Z danych zawartych w sprawozdaniu z działalności regionalnych izb obrachunkowych i wykonania budżetów przez jednostki samorządu terytorialnego za rok 2011 wynika, że tylko w tym jednym roku badania, wykryto 1908 naruszeń przepisów *ustawy Pzp*. Przytoczona ilość naruszeń ustawy zamówieniowej, stanowi 12,1% łącznej liczby nieprawidłowości wykrytych podczas kontroli prowadzonych przez RIO w badanym okresie.[18] W tab. Nr 1 zestawiono liczbę stwierdzonych nieprawidłowości w zakresie zamówień publicznych oraz udział tych naruszeń (struktura) w stosunku do liczby stwierdzonych nieprawidłowości ogółem za lata 2007–2011. Z zaprezentowanych danych wynika, że mimo, iż rok 2011 przyniósł wykrycie 1098 naruszeń zamówień publicznych, działalność podmiotów pozostających pod właściwością kontrolną RIO napawa optymizmem. Liczba stwierdzonych naruszeń w zakresie zamówień publicznych, co prawda dalej utrzymuje się na wysokim poziomie, ale jest najniższa od 5 lat. Korzystnie przedstawia się także wskaźnik udziału naruszeń w zakresie zamówień publicznych na tle pozostałych rodzajów nieprawidłowości[19] – 12,1%.

Tab. Nr 1 Liczba stwierdzonych nieprawidłowości w zakresie zamówień publicznych oraz udział tych naruszeń (struktura) w stosunku do liczby stwierdzonych nieprawidłowości ogółem za lata 2007–2011

Przedmiot kontroli	Rok 2007[1]		Rok 2008[2]		Rok 2009[3]		Rok 2010[4]		Rok 2011[5]	
	liczba	struktura w %	liczba	struktura w %	liczba	struktura w %	liczba	struktura w %	liczba	struktura w %
Zamówienia publiczne	1972	12,4	2339	13,6	2157	12,9	2306	14	1908	12,1

[1] w roku badania wykryto 15876 nieprawidłowości;
[2] w roku badania wykryto 17171 nieprawidłowości;
[3] w roku badania wykryto 16663 nieprawidłowości;
[4] w roku badania wykryto 16481 nieprawidłowości;
[5] w roku badania wykryto 15819 nieprawidłowości.

[18] *Sprawozdanie z działalności Regionalnych Izb Obrachunkowych i wykonania budżetów przez jednostki samorządu terytorialnego za rok 2011*, Warszawa 2012 r., s. 68.

[19] Podstawowe grupy zagadnień stanowiące przedmiot kontroli RIO, to obok zamówień publicznych: ustalenia ogólnoorganizacyjne, księgowość i sprawozdawczość, ogólne zagadnienia dotyczące planowania i wykonania budżetu, dochody budżetowe, wydatki budżetowe, zamówienia publiczne, rozliczenie otrzymanych i udzielonych dotacji, dług publiczny, gospodarka mieniem, rozliczenia jednostki samorządu terytorialnego z jednostkami organizacyjnymi.

Źródło: *Sprawozdanie z działalności Regionalnych Izb Obrachunkowych i wykonania budżetów przez jednostki samorządu terytorialnego za rok 2011, Warszawa 2012 r., s. 58.*

W tab. Nr 2 przedstawiono wybrane rodzaje nieprawidłowości w zakresie zamówień publicznych, ujawnione w toku kontroli RIO w latach 2007 – 2011. Z przytoczonych danych wynika, że do podstawowych problemów z jakimi borykają się samorządowe podmioty zamawiające należą tak kluczowe dla procesu udzielenia zamówień publicznych sprawy jak właściwe ustalenie wartości zamówienia, należyte przygotowywania SIWZ oraz prawidłowe protokołowanie postępowań.

Tab. Nr 2 Wybrane rodzaje nieprawidłowości w zakresie zamówień publicznych, ujawnione w toku kontroli RIO w latach 2007–2011

Rodzaj naruszenia przepisów właściwych dla zamówień publicznych	Ilość przypadków naruszenia w roku 2007	Ilość przypadków naruszenia w roku 2008	Ilość przypadków naruszenia w roku 2009	Ilość przypadków naruszenia w roku 2010	Ilość przypadków naruszenia w roku 2011
1	2	3	4	5	6
Nieustalenie lub niewłaściwe ustalenie wartości zamówienia	129	132	123	156	164
Nieprawidłowe sporządzenie ogłoszenia	161	148	157	185	135
Naruszenie obowiązku zamieszczania ogłoszeń o udzielonych zamówieniach i o zawarciu umowy	61	117	128	152	113
Brak lub niewłaściwa specyfikacja istotnych warunków zamówienia	171	161	124	154	84
Błędne ustalanie lub pobieranie zabezpieczenia należytego wykonania umowy	151	111	94	82	84

1	2	3	4	5	6
Niesporządzenie lub nieprawidłowe sporządzenie protokołu postępowania	123	98	71	81	70
Nieprawidłowe określenie przedmiotu zamówienia	108	96	65	89	56
Niezłożenie oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności powodujących wyłączenie osoby wykonującej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niewyłączenia z postępowania osoby podlegającej wyłączeniu	122	87	57	66	43

Zestawienie własne na podstawie danych statystycznych pobranych ze *Sprawozdań z działalności regionalnych izb obrachunkowych i wykonania przez jednostki samorządu terytorialnego za lata 2007 – 2011*.

Rola, jaką w systemie kontroli zamówień publicznych pełnią RIO jest niezwykle ważna z punktu widzenia prawidłowego procesu udzielania zamówień publicznych przez instytucje samorządowe wywodzące się z sektora finansów publicznych. Obok podstawowej właściwości zarysowanej w referacie, RIO pełni także rolę edukacyjno-informacyjną. Komisje Orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wywierają istotny wpływ na postrzeganie i interpretacje przepisów; w wielu przypadkach orzeczenia komisji są niemal jedynym źródłem interpretacji przepisów dokonanych przez organ orzeczniczy.[20] Podobnie rzecz się ma, z wnioskami z kontroli ujętymi w informacjach pokontrolnych, stanowiących podsumowanie ustaleń organów RIO, które nie są przedmiotem zainteresowania KO. W tym wypadku aktywność RIO, rozszerza się i przybiera praktyczną postać wykładni przepisów o zamówieniach publicznych dla tej grupy odbiorców. Wykładni, która budząc wątpliwości interpretacyjne po stronie zamawiających co do ich prawidłowego stosowania, nie podlega rozpoznaniu przez inne organy państwa. Choćby ze względu na powyższe należy wspierać i rozwijać działalność RIO w tym zakresie.

[20] M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Orzecznictwo w zakresie dyscypliny finansów publicznych*, Wyd. Wolters Kluwer business, Warszawa 2009 r., s. 11.

Na marginesie rozważań prowadzonych nad właściwością kontrolną RIO w zamówieniach publicznych, na koniec warto zasygnalizować jeszcze jeden istotny aspekt sprawy, przybierający postać problemu systemowego, którego rozwiązanie – jak sądzę – wspomogłoby znacząco proces kontroli w zakresie o jakim mowa w referacie.

Podmioty uczestniczące w zamówieniach publicznych po stronie wykonawców, to organizacje uczące się. Nieustanie podnosi się w tych organizacjach świadomość reguł gospodarowania na rynku zamówień publicznych. Wykonawcy coraz częściej korzystają z przysługujących im środków ochrony prawnej i to nie tylko tych stypizowanych wprost w *ustawie Pzp* (Krajowa Izba Odwoławcza, sąd powszechny) – rzecz dotyczy zwłaszcza procedur przetargowych w obrocie gospodarczym, ale nie jest to regułą. Wykonawcy nierzadko szukają „sprawiedliwości" w KO przy RIO, informując Prezesa Izby o możliwości naruszenia prawa zamówień publicznych przez jednostki samorządowe, próbując w ten sposób po pierwsze: wskazywać miejsca w których w ich ocenie prawo gospodarcze złamano oraz po drugie: wpływać na praktykę udzielania zamówień publicznych przez zamawiających, dążąc do wyeliminowania działań patologicznych w tych częściach rynku w których sami uczestniczą. W gestii Prezesa Izby pozostaje decyzja o powiadomieniu właściwego Rzecznika d. s. naruszenia dyscypliny finansów publicznych[21] o możliwości popełnienia czynu karalnego. *Notabene* warto zaznaczyć, że instrument prawny w postaci wszczęcia postępowania wyjaśniającego nie przysługuje Rzecznikowi z urzędu – rozwiązanie to należy ocenić jednoznacznie krytycznie. Podobnie, krytyki nie wytrzymuje, ustawowo dookreślona lista podmiotów, które mogą złożyć zawiadomienie w tej sprawie. Lista pomija wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wszczynanego przez jednostki samorządowe, a to wykonawcy jako bezpośredni uczestnicy tych postępowań mają często największą wiedzę o jego przebiegu – abstrahując już od wiedzy potencjalnych wykonawców, monitorujących tylko rynek zamówień publicznych, którzy w konkretnym procesie udzielania zamówienia aktywnego udziału nie brali. Rozszerzenie katalogu podmiotów uprawniony do wniesienia zawiadomienia o możliwości popełnienia czynu karalnego j. w., z jednoczesnym przyznaniem Rzecznikowi prerogatywy do działania z urzędu w tej sprawie, stać by się mogło ważnym instrumentem identyfikującym nieprawidłowości związane z wydatkowaniem środków JST w ramach systemu zamówień publicznych i w tym kierunku powinny podążać zmiany w prawie pozytywnym w przyszłości.

[21] Regionalne izby obrachunkowe, zgodnie z art. 70 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) zapewniają siedzibę, obsługę prawną i administracyjno-techniczną komisji orzekających oraz rzeczników i ich zastępców właściwych w sprawach tych komisji, a także ponoszą, finansowane z budżetu państwa, wydatki związane z ich funkcjonowaniem.

UMOWA JAKO PRZEDMIOT I INSTRUMENT KONTROLI W SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Dr Zdzisław Gordon
Katedra Prawa Handlowego
Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu

1. Umowa stanowi zwieńczenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jej zawarcie nadaje temu postępowaniu sens, bo dopiero wtedy można mówić o osiągnięciu jego celów. Jakkolwiek więc nie sposób przecenić znaczenia umowy w ramach zamówień publicznych, to jej charakter prawny pozostaje przedmiotem doktrynalnych wątpliwości, choć przeważa pogląd, że jest to umowa cywilnoprawna. Na takim stanowisku stoi judykatura[1], jak i większość doktryny, przy czym niektórzy autorzy stwierdzają to wprost[2], inni w sposób dorozumiany wskazując, że umowy zawierane między zamawiającym i wykonawcą tworzą stosunek obligacyjny[3], względnie podkreślając, że umowy te zazwyczaj przybierają postać określonych typów umów cywilnoprawnych[4]. Prezentowany jest jednak pogląd odmienny, zgodnie z którym *„instytucja umowy cywilnej nie może zastąpić umowy administracyjnej (publicznej) w zamówieniach publicznych, gdyż jej istota nie odpowiada występującym tutaj stosunkom administracyjnoprawnym, a ochrona sądu powszechnego (cywilnego) nie zapewnia niezbędnego […] poziomu kontroli administracji publicznej"* i dlatego *„należałoby tutaj raczej mówić o umowie administracyjnej (publicznej)"* na wzór typowego kontraktu administracyjnego w prawie francuskim[5].

2. Kontrowersje co do charakteru prawnego umowy zawieranej w ramach zamówień publicznych w znacznym stopniu mają swoje źródło w kwalifikacji przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) [6] i ich przypisaniu bądź to prawa administracyjnego bądź to do prawa cywilnego.

Za punkt wyjścia do dalszych rozważań trzeba przyjąć stwierdzenie, że powszechne i zarazem zasadne jest przekonanie, iż przepisy PZP są zorientowane na ochronę interesu publicznego. Daje to asumpt do

---

[1] Zob. np. motywy wyroków SN z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00, OSN-IC 2004, z. 7–8, poz. 112 oraz z dnia 27 lutego 2009 r., V CSK 337/08, LEX nr 488 738.

[2] Tak np. ostatnio A. Fermus-Bobowiec: Umowa w sprawie zamówienia publicznego jako szczególna umowa cywilnoprawna, Radca Prawny – Dodatek Naukowy, 2012, cz. I – z. 131, s. 8D i nast. i cz. II – z. 132, s. 6D i nast., a wcześniej m. In. P. Pełczyński (w:) S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2011, s. 612, A. Mituś: Umowy w sprawach zamówień publicznych (w:) Umowy w administracji, pod red. J. Bocia i L. Dziewięckiej-Bokun, Wrocław 2008, s. 233, R. Szostak: Glosa do wyroku SN z dnia 17 stycznia 2004 r., V CK 97/03, OSP 2005, z. 2, s. 88. Zob. także tego Autora: Przetarg nieograniczony na zamówienia publiczne – zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2005, gdzie Autor zdecydowanie opowiada się za cywilnoprawnym charakterem zarówno postępowania o udzielenie publiczne, jak i umowy zawieranej w wyniku tego postępowania.

[3] Tak np. A. Panasiuk: Umowy w zamówieniach publicznych, Poznań 2001, s. s. 13 i n.

[4] Tak np. T. Czajkowski (red.): Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 23 oraz M. Płużański: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2005, s. 13.

[5] J. Niczyporuk: Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych [w:] Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych, pod red. E. Adamowicz i J. Sadowego, Gdańsk – Warszaw 2012, s. 36.

[6] Ustawa ta dalej będzie określona skrótem PZP.

ich kwalifikacji jako przepisów publicznoprawnych i z tym poglądem należy się zgodzić, jeżeli za podstawę rozgraniczenia prawa publicznego i prawa prywatnego przyjąć wywodzącą się jeszcze od Ulpiana tzw. teorię interesu, według której z prawem publicznym mamy do czynienia wówczas, gdy unormowania prawne skierowane są na ochronę interesu publicznego, zaś z prawem prywatnym wówczas, gdy mają one na celu ochronę interesu prywatnego. Tak ujęta teoria interesu może być użyteczna w procesie wykładni oraz przy ocenie przepisów z punktu widzenia zakresu ich stosowalności, z którym wiąże się podział na przepisy imperatywne, dyspozytywne i semiimperatywne względnie semidyspozytywne. Dał temu wyraz Sąd Najwyższy, który – nawiązując do wspomnianej teorii – zakwalifikował przepisy o zamówieniach publicznych do kategorii przepisów publicznoprawnych i wyprowadził z tego wniosek o ich imperatywnym charakterze[7]. Wydaje się jednak, że teoria interesu nie może stanowić miarodajnego kryterium dla dyferencjacji systemu prawa i przypisania określonych instytucji i konstrukcji prawnych do prawa administracyjnego albo do prawa cywilnego. Zauważyć bowiem trzeba, że u podstaw tej teorii tkwi wątpliwe metodologicznie założenie, że interes publiczny zawsze pozostaje w opozycji do interesu prywatnego i odwrotnie, gdy tymczasem tak być może, ale nie musi. Co więcej, niekiedy trudno rozstrzygnąć, czy chodzi o interes publiczny czy prywatny, co łatwo zilustrować przykładem wskazując na zasadę uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na równych zasadach (art. 7 ust. 1 Pzp). Zasada ta przecież w takim samym stopniu chroni interes publiczny, jak i interes prywatny poszczególnych wykonawców. Odnotować też trzeba, że na ochronę interesu publicznego niejednokrotnie skierowane są przepisy, co do których nie można mieć wątpliwości o ich cywilnoprawnym charakterze. Tytułem przykładu można tu wskazać na klauzulę społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa, o której stanowią np. art. 5 i art. 140 k.c., i która traktowana jest jako dyrektywa nakazująca uwzględnienie interesu społecznego (publicznego) w prawie cywilnym[8].

W tej sytuacji, z punktu widzenia dyferencjacji systemu prawa, właściwsze wydaje się odwołanie do rozgraniczenia prawa publicznego i prawa prywatnego według teorii podporządkowania, która zakłada, że decydującym kryterium tego rozgraniczenia są władcze uprawnienia administracji w sferze prawa publicznego i równość stron w sferze prawa prywatnego. W istocie więc teoria podporządkowania nawiązuje do metody regulacji stosunków prawnych, uznawanej przynajmniej przez cywilistów, za podstawowe kryterium dzielące prawo administracyjne i prawo cywilne, dające zarazem podstawę do utożsamiania prawa prywatnego z prawem cywilnym[9]

3. W świetle dotychczasowych uwag nasuwa się wniosek, że dla prawnej kwalifikacji instytucji i konstrukcji uregulowanych przepisami Pzp kluczowe znaczenie ma nie kategoria interesu chronionego tymi przepisami, ale metoda regulacji, którą posłużył się ustawodawca. Wielokrotnie już wyrażałem pogląd, że kwestii tej nie da się rozstrzygnąć jednolicie[10] i nie jest to pogląd odosobniony[11].

---

[7] Wyrok SN z dnia 13 września 2001 r., IV CKN 381/00, OSN-IC 2002, z. 6, poz. 75.

[8] Zob. np. T. Justyński: Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym, Zakamycze 2000, s. 114.

[9] Zob. M. Safjan (w:) System prawa prywatnego. Tom I. Prawo cywilne – część ogólna, pod red. M. Safjana, Warszawa 2007, s. 36 i cyt. tam literatura.

[10] ob. np. Z. Gordon: Charakter prawny specyfikacji istotnych warunków zamówienia w systemie zamówień publicznych [w:] Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej, pod red. W. J. Katnera i U. Promińskiej, Warszawa 2010, s. 414, tenże: Problem obowiązku zawarcia umowy w systemie zamówień publicznych [w:] Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju, cz. I, s. 37; tenże: Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Kwartalnik PZP 2012, z. 3, s. 19.

[11] Zob. np. S. Fundowicz: Miejsce prawa o zamówieniach publicznych w prawie administracyjnym [w:] XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, pod red. H. Nowickiego i J. Sadowego, Toruń – Warszawa 2009, s. 45.

Ustawodawca stanowiąc prawo z reguły kieruje się względami pragmatycznymi, a nie teoretycznymi podziałami i stąd w wielu aktach prawnych znajduje zastosowanie jednocześnie i metoda administracyjnoprawna i metoda cywilnoprawna, co ma tę konsekwencję, że z punktu widzenia dyferencjacji systemu prawa przynależą one po części do prawa administracyjnego, a po części do prawa cywilnego. Jak się wydaje taki właśnie kompleksowy charakter mają przepisy Pzp. Stąd w ich treści niewątpliwie można znaleźć regulację administracyjnoprawną. Taki charakter mają z pewnością przepisy dotyczące statusu Prezesa UZP i jego urzędu, Rady Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a także – przynajmniej w większości – przepisy o środkach kontrolnych oraz o środkach restrykcyjnych i sankcjach. Nie da się jednak zakwalifikować do kategorii unormowań administracyjnoprawnych przepisów o stosunkach zamawiającego z wykonawcami, w tym zwłaszcza przepisów o umowie zawieranej w ramach zamówień publicznych. W związku z tym nie da się też zakwalifikować tej umowy do kategorii umów administracyjnych i kwestionować jej cywilnoprawnego charakteru.

4. Analizując problem charakteru prawnego umowy zawieranej w ramach zamówień publicznych w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na to, że prawo polskie – w przeciwieństwie do niektórych obcych systemów prawnych[12] – nie reguluje umów administracyjnych.

Warto jednak odnotować, że idea normatywnego wyodrębnienia tej kategorii umów znalazła wyraz w projekcie ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego[13]. Zgodnie z art. 41. ust. 1 tego projektu *„organ administracji publicznej właściwy do załatwienia sprawy* (z zakresu administracji publicznej) *w drodze decyzji administracyjnej lub poprzez podjęcie innego aktu lub czynności, jest uprawniony do zawarcia umowy z osobami, których interesów prawnych lub obowiązków sprawa dotyczy, o ile nie stałby temu na przeszkodzie przepisy szczególne (umowa administracyjna).”*. W tym ujęciu umowa administracyjna była pomyślana jako alternatywna forma działania administracji w sprawach, które mogłyby być załatwione w trybie władczym, co skądinąd odpowiada współczesnym trendom w działaniu administracji publicznej i poszukiwaniom konsensualnych form tego działania [14]. Nie trudno jednak dostrzec, że umowa zawierana w ramach zamówień publicznych nie mieściłaby się w pojęciu umowy administracyjnej w takiej wersji, jaką zaproponowano we wspomnianym projekcie, bo Pzp nie przewiduje możliwości ułożenia stosunku zamawiającego z wykonawcą, którego oferta została wybrana, w drodze decyzji administracyjnej ani jakiegokolwiek innego aktu administracyjnego.

Brak normatywnego punktu odniesienia dla kategorii umów administracyjnych w polskim prawie na pewno nie stoi na przeszkodzie ich wyodrębnieniu w sferze doktrynalnej. Powstaje jednak pytanie o praktyczne znaczenie takiego zabiegu, bo przecież kwalifikacja pewnych typów umów jako umów administracyjnych nie pociągałaby za sobą skutku w postaci konieczności stosowania do tych typów określonych przepisów prawnych, jako że takich przepisów brak. Co najwyżej zatem ze

---

[12] Nt. umów administracyjnych w obcych systemach prawnych zob. A. Śledzińska: Umowy administracyjne w prawie i praktyce innych krajów [w:] Umowy w administracji, pod red. J. Bocia i L. Dziewięckiej-Bokuń, Wrocław 2008, s.179–190.

[13] Trzecia wersja tego projektu została opublikowana m.in. na stronach internetowych *www.rpo.gov.pl.,* a w literaturze – co do rozwiązań dotyczących tytułowego zagadnienia – omówiła ją A. Kubiak: Koncepcja umowy administracyjnej (na tle projektu Przepisów ogólnych prawa administracyjnego), P i P 2009, z. 4, s. 46–58.

[14] Szerzej na ten temat zob. np. A. Kubiak: Perspektywy rozwoju form konsensualnych w polskim prawie administracyjnym [w:] Umowy w administracji…, s. 77–87 oraz A. Panasiuk: Konsensualne formy realizacji zadań publicznych w świetle najnowszych uregulowań prawnych [w;] XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce, pod red. H. Nowickiego i J. Sadowego, Toruń – Warszawa 2009, s. 95–100.

wspomnianej kwalifikacji płynąłby wniosek negatywny, ten mianowicie , że do umów tych nie stosuje się przepisów prawa cywilnego. Być może nawet na gruncie obecnie obowiązującego prawa takie ujęcie co do niektórych umów miałoby swoje uzasadnienie [15], ale z pewnością nie co do umów zawieranych w ramach zamówień publicznych, a to z uwagi na unormowanie z art. 139 ust. 1 Pzp.

5. Przepis art. 139 ust. 1 Pzp ma kluczowe znaczenie dla określenia charakteru prawnego interesujących nas tutaj umów . Zgodnie z jego treścią *„do umów w sprawach zamówień publicznych (…) stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej"*. Niewątpliwie jest przepis odsyłający. Zarazem – przyjmując klasyfikację zaproponowaną przez J. Wróblewskiego[16] – jest to przepis odsyłający drugiego stopnia o charakterze blankietowym *legi speciali.* Tym samym przepis ten wyznacza relację między unormowaniami PZP i k.c. na zasadzie *lex specialis – lex generalis*. Taka zaś relacja może zachodzić tylko w obrębie przepisów systemowo jednorodnych, a więc przynależnych do tej samej gałęzi prawa, bo zakres *legi speciali* musi zawierać się w zakresie *legi generali*[17] i dopiero wówczas nabiera sensu związana z tym reguła kolizyjna, w myśl której przepis szczególny uchyla działanie przepisu ogólnego. Pamiętać przy tym należy, że wspomniana reguła kolizyjna może odnosić się nie tylko do poszczególnych przepisów prawa, ale także do całych aktów normatywnych[18] i z taką sytuacją mamy do czynienia na gruncie art. 139 ust. 1 Pzp. Przesądza to o tym, że umowy zawierane w ramach zamówień publicznych są umowami cywilnoprawnymi.

6. Teza o cywilnoprawnym charakterze umów, których dotyczą niniejsze rozważania, znajduje mocne wsparcie także z innego punktu widzenia. Jeśli mianowicie – zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami – miarodajna dla rozgraniczenia stosunków administracyjnoprawnych i cywilnoprawnych jest metoda ich regulacji, to dla zakwestionowania cywilnoprawnego charakteru umów zawieranych w ramach zamówień publicznych konieczne byłoby wykazanie wspartych przymusem państwowym władczych uprawnień zamawiającego wobec wykonawcy w ramach łączącego ich stosunku umownego. Tego zaś uczynić się nie da, bo zamawiający takich uprawnień po prostu nie ma i – parząc na problem z jurydycznego punktu widzenia – nigdy nie działa wobec wykonawcy z pozycji *imperium,* nawet jeśli w praktyce wykonawcy niejednokrotnie mają takie wrażenie. Co ważne – z podobnych przyczyn – dotyczy to zarówno postępowania o udzielenie zamówienia publicznego[19], jak i interesującej nas tu umowy zawieranej w wyniku tego postępowania.

Przede wszystkim trzeba bowiem dostrzec, że do zawarcia tej umowy nigdy nie może dojść wbrew woli którejkolwiek ze stron, a ewentualny obowiązek jej zawarcia jest co najwyżej konsekwencją wcześniejszego zobowiązania stron, podjętego w warunkach autonomii woli[20]. Nikt zatem nie

---

[15] Dotyczy to np. umowy o dofinansowanie kosztów realizacji projektów ze środków europejskich, na co zasadnie zwracał uwagę R. Szostak: Kontrola zamówień publicznych finansowanych ze środków europejskich – zagadnienia organizacyjne, Samorząd Terytorialny 2011, z. 11, s. 61 i nast.

[16] Zob. J. Wróblewski [w:] W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki: Teoria prawa, Warszawa 1984, s. 349–352 oraz tego Autora: Przepisy odsyłające, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego, Seria I, z. 35, Łódź 1964, s. 3 i nast.

[17] L. Morawski: Zasady wykładni prawa, Toruń 2006, s. 227, a także J. Wróblewski: Przepisy…, s. 3 i nast.

[18] L. Morawski: Zasady…, s. 228. Tak samo w uchwale SN z dnia 5 października 2004 r., III UZP 2/04, OSN-IP 2005, z. 2, poz. 24 oraz w orzeczeniu TK z dnia 18 października 1994 r., K 2/94, OTK, z. 2, poz. 36.

[19] Na temat tej tezy co do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zob. Z. Gordon: Charakter prawny postępowania…, passim.

[20] Szerzej na ten temat zob. Z. Gordon: Problem obowiązku zawarcia umowy…, s. 37 i nast. Zob. także R. Szostak: Obowiązek zawarcia umowy, Zamówienia publiczne – Doradca 2005, z. 10, s. 3 i nast. oraz P. Kunicki: Konsekwencje uchylania się wykonawcy od zawarcia umowy, Zamówienia publiczne – Doradca 2008,

może stronom ani nakazać ani zakazać zawarcia umowy, w szczególności nie może tego uczynić zamawiający wobec wykonawcy. Zasadnie zwrócono na to uwagę w orzecznictwie, podkreślając, że także *„wykonawca ma swobodę zwarcia umowy"* ponieważ *„żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, ani (…) zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada"* [21].

Jest prawdą, że w systemie zamówień publicznych warunki umowy są w zasadzie jednostronnie kształtowane przez zamawiającego i wykonawca może je co najwyżej przyjąć lub odrzucić. W cywilistyce nie jest to jednak żaden ewenement. Wszak praktyka już od XIX wieku zna umowy adhezyjne, których treść kształtuje tylko jedna ze stron. Nikt jednak nie twierdzi, że tracą one przez to cywilnoprawno prawny charakter, bo nie ma tu elementu władztwa opartego na przymusie państwowym. Z umowami zawieranymi w ramach zamówień publicznych jest podobnie i dlatego często wskazuje się, że przypominają one właśnie umowy adhezyjne[22].

Nie są też przejawem władztwa typu administracyjnoprawnego przypadki, w których w ramach stosunku umownego jedna ze stron ma możliwość jednostronnego działania wiążącego drugą stronę. Można tu wskazać na zaczerpnięte z praktyki przykłady dotyczące umowy o roboty budowlane. Niejednokrotnie umowy takie zawierają klauzulę przyznającą zamawiającemu, działającemu poprzez inspektora nadzoru inwestorskiego, kompetencję do wstrzymania robót[23], czy też – niestety, poza systemem zamówień publicznych – klauzulę przyznającą wykonawcy kompetencję do tzw. jednostronnego odbioru, dającego podstawę do wystawienia faktury i dokonania rozliczeń w przypadkach, w których inwestor uchyla się od dokonania odbioru. Źródłem kompetencji w tym zakresie jest umowa oparta na autonomicznych oświadczeniach woli stron i bez tak rozumianej umowy nie wchodziłyby one w grę. Zarazem – jak pokazują przytoczone przykłady – wspomniane kompetencje mogą przysługiwać nie tylko zamawiającemu, ale każdej ze stron, tym bardziej więc trudno byłoby tu mówić o działaniu w sferze *imperium*.

Jest tak nie tylko wówczas, gdy wspomniana kompetencja wynika wprost z umowy, ale także wtedy, gdy wynika z przepisów prawa. Zawierając umowę strony godzą się bowiem nie tylko na skutki bezpośrednio w niej wyrażone, ale również i te, które wynikają z ustawy, a nadto także z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów (art. 56 k.c.). Nie można zatem wykluczyć, że z treści przepisów prawnych, których działanie wobec stron umowa „zaktualizuje", będą dla nich wynikać uprawnienia do jednostronnych działań wiążących drugą stronę. Tytułem przykładu można tu wskazać na uprawnienie zamawiającego do żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 147 ust. 1 Pzp) oraz uprawnienie wykonawcy do zmiany ustalonej w umowie formy tego zabezpieczenia (art. 148 ust. 1 Pzp). Innym przykładem może być ustawowe prawo odstąpienia od umowy, przysługujące zamawiającemu w przypadkach określonych w art. 145 ust. 1 Pzp, ale również – z mocy

---

z. 3, s. 12 i nast., a w judykaturze np. wyrok SA w Poznaniu z dnia 7 lutego 2008 r., I ACa 1050/07, niepubl. oraz wyrok SO w Warszawie z dnia 16 lipca 2009 r., XVI GC 682/08, niepubl., omówione przez I. Trześcińską i A. Dębską, Rzeczpospolita 2009, nr 240 oraz orzecz. KIO z dnia 21 lutego 2011 r., KIO 279/2011. LEX nr 772 882.

[21] Z motywów wyroku SO w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., XII Ga 314/11, niepubl.

[22] Zob. np. R. Szostak: Przetarg…, s. 28 oraz A. Fermus-Bobowiec: *op. cit.,* cz. I, s.10D, a w orzecznictwie wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r., KIO 461/11.

[23] Rozwiązanie takie zawiera np. pkt 5.5. projektu wzorcowej umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane dotyczące obiektów liniowych, przygotowanego przez Prezesa UZP.

art. 491–493 k.c. – każdej ze stron, zatem także wykonawcy[24]. Także we wskazanych przypadkach nie ma mowy o działaniu stron w ramach *imperium*. W istocie bowiem chodzi o prawo kształtujące, będące elementem treści stosunku umownego, którego źródłem jest umowa oparta na autonomicznych oświadczeniach woli stron i bez tak rozumianej umowy nie wchodziłyby one w grę.

7. Cywilnoprawny charakter umów zawieranych w ramach zamówień publicznych nie wyłącza jednak tych umów spod kontroli. Jakkolwiek bowiem kontrolę tradycyjnie postrzega się jako domenę prawa administracyjnego i doktryna koncentruje się przede wszystkim na kontroli w administracji, to jednak przedmiotem kontroli mogą być wszelkie zdarzenia, zarówno faktyczne, jak i prawne, w tym również zdarzenia o cywilnoprawnym charakterze. Wynika to z samej istoty kontroli, którą określa się zazwyczaj jako *„obserwowanie, ustalanie czy wykrywanie stanu faktycznego, porównywanie rzeczywistości z zamierzeniami, występowanie przeciwko zjawiskom niekorzystnym i sygnalizowanie jednostkom kompetentnym o dokonanych spostrzeżeniach – bez decydowania jednak o zmianie kierunku działania jednostki skontrolowanej”* [25]. Jej cechą jest bowiem brak władczej ingerencji, zatem nie narusza ona cywilistycznej konstrukcji umowy, opartej na autonomii woli stron i ich równorzędności, co jednak nie wyklucza podjęcia czynności pokontrolnych, mających na celu doprowadzenie istniejącego stanu do stanu zgodnego z prawem[26]. Przykładem takiej czynności może być powództwo o unieważnienie umowy albo jej części wytaczane przez Prezesa UZP w trybie art. 144a oraz art. 146 ust. 6 Pzp.

Wypada przy tym zauważyć, że interesujące nas umowy podlegają kontroli już na etapie ich przygotowania w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kwestia jest istotna, bo w gruncie rzeczy już wtedy dochodzi do ukształtowania treści przyszłej umowy. Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykracza jednak poza ramy tego opracowania, zatem przedmiotem dalszych rozważań będzie tylko zawarta już umowa. Warto jednak odnotować, że skoro w umowie splatają się wątki podjęte w toku wspomnianego postępowania, to stanowi ona nie tylko samoistny przedmiot kontroli, ale jest także instrumentem kontroli prawidłowości przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Umowę jako instrument kontroli można postrzegać także przez pryzmat wykonania wynikających z niej zobowiązań, ale i ta kwestia wykracza poza ramy niniejszego opracowania. W tym zakresie trzeba więc poprzestać na konstatacji, że w systemie zamówień publicznych umowom można przypisać m. in. funkcję kontrolną.

8. Postrzegając umowę o zamówienie publiczne jako przedmiot kontroli w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na to, że kompetencje kontrolne w tym zakresie znajdują się w gestii różnych organów. W grę wchodzą m. in. organy instytucjonalnej kontroli państwowej, w tym zwłaszcza Najwyższa Izba Kontroli[27] oraz regionalne izby obrachunkowe[28]. Podstawowe znaczenie ma

---

[24] Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie np. w wyroku SN z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00, OSN-IC 2004, z. 7–78, poz. 112.

[25] Tak J. Starościak; Zarys nauki administracji, Warszawa 1971, s. 356. Podobnie inni autorzy, np. J. Jagielski: Kontrola administracji publicznej, Warszawa 1999, s. 9.

[26] Na ten typ kontroli, obejmujący swoiste czynności egzekucyjne, wskazywał w swoim czasie J. Wróblewski. Zob. tego Autora: Kontrola w państwie i jej aksjologia (pojęcia podstawowe), Acta Universitatis Lodziensis, Folia Iuridica, Łódź 1981, z. 6, s. 105.

[27] Zob. M. Cichosz: Zamówienia publiczne w świetle kontroli Najwyższej Izby Kontroli (w niniejszej publikacji).

[28] Zob. M. Winiarz: Granice kompetencji kontrolnych Regionalnych Izb Obrachunkowych w zakresie zamówień publicznych (w niniejszej publikacji).

jednak kontrola sprawowana przez Prezesa UZP[29] oraz przez sądy powszechne[30], chociaż legislacyjne ujęcie kompetencji Prezesa UZP może budzić pewne wątpliwości. Przepis art. 161 ust. 2 Pzp stanowi bowiem, że celem kontroli sprawowanej przez Prezesa UZP *„jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami ustawy"*. Rzecz w tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się wyborem najkorzystniejszej oferty, zatem zawarcie umowy i jej wykonanie następuje już poza tym postępowaniem, co mogłoby sugerować, że umowy kontroli Prezesa UZP nie podlegają. Sugestii tej w żadnym razie nie można zaakceptować, już choćby z uwagi na kompetencje tego organu do zaskarżania umów przewidziane w art. 144a i w art. 146 ust. 6 Pzp, bo skorzystanie z tych kompetencji wymaga przecież uprzednich czynności kontrolnych.

Umowy nie podlegają natomiast kontroli Krajowej Izby Odwoławczej. Uprawnienia KIO ograniczają się bowiem jedynie do rozpoznawania środków ochrony prawnej (odwołań) wobec czynności , których zamawiający dokonał albo zaniechał w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 172 ust. 1 Pzp), zatem nie mogą wykraczać poza to postępowanie, a kończy się ono – jak była o tym mowa – wyborem najkorzystniejszej oferty [31]. Wypada przy tym zaznaczyć, że nie stanowi wyjątku od zasady przyznana Izbie kompetencja do unieważnienia umowy w całości albo w zakresie zobowiązań niewykonanych (art. 192 ust. 3 pkt 2 Pzp). Izba może bowiem skorzystać z tej kompetencji tylko przy rozpoznawaniu odwołania od działań lub zaniechań zamawiającego zaistniałych w toku postępowania, jeżeli rozpoznaje odwołanie już po zawarciu umowy i jednocześnie zachodzi jedna z okoliczności przewidzianych w art. 146 ust. 1 Pzp. W istocie więc Izba bada nie umowę, ale poprzedzające jej zawarcie zachowania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a unieważnienie umowy jest tylko skutkiem stwierdzenia, że zachowania te naruszały prawo w zakresie wskazanym w przywoływanym już art. 146 ust. 1 Pzp.

9. Umowa może i powinna podlegać kontroli przede wszystkim pod kątem jej zgodności z przepisami prawa i to co najmniej w czterech aspektach. Po pierwsze – chodzi o rygory co do zwarcia umowy i formy, w której powinna być zawarta, po drugie – o rygory co do treści stosunku umownego i jego zmiany, po trzecie – o rygory co do przekształceń podmiotowych i wreszcie po czwarte –.rygory co do rozwiązania stosunku umownego. Każdemu z tych aspektów można byłoby poświęcić odrębne opracowanie. Zarazem wiele kwestii jest tu oczywistych, rozstrzygniętych w orzecznictwie i opracowanych w literaturze, jak choćby to, że:

– Pzp przewiduje konstrukcję *standstill period,* zgodnie z którą umowa nie może być zawarta przed upływem terminów przewidzianych w art. 94 ust. 1 Pzp, a jeżeli zostało wniesione odwołanie – przed zakończeniem postępowania odwoławczego (art. 183 ust. 1 Pzp)[32], przy czym umowa zawarta z naruszeniem tych zasad podlega unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 3 Pzp, w grę wchodzi zatem sankcja nieważności względnej;

---

[29] Zob. J. Sadowy: Kontrola Prezesa UZP jako instrument ochrony systemu zamówień publicznych (w niniejszej publikacji).

[30] Zob. H. Nowicki: Sądowa kontrola częścią systemu prawnej kontroli zamówień publicznych (w niniejszej publikacji).

[31] Tak też KIO w wyroku z dnia 27 października 2008 r., KIO/UZP 1106/08, Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze, Warszawa 2009, z. 3, poz. 148.

[32] Szerzej nt. istoty i aktualnej regulacji *standstill period* zob. np. D. Piasta: Zmiany w procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej (w:) Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r., pod red. J. Sadowego, Warszawa 2010, s. 43 i nast. oraz H. Nowicki, I. Łazuga, J. Wyżgowski: Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji, Warszawa 2010, s. 67 i nast.

– z uwagi na unormowania z art. 140 ust. 1, art. 89 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp przedmiot umowy – rozumiany jako świadczenie wykonawcy[33] – musi być zgodny z przedmiotem zamówienia w takim kształcie, w jakim przedmiot zamówienia – stosownie do reguł z art. 29 – 31 Pzp – został opisany w SIWZ i pod rygorem sankcji nieważności względnej niedopuszczalne jest jego inne określenie, przy czym sankcja ta znajduje zastosowanie nie tylko wówczas, gdy przedmiot umowy jest określony szerzej niż przedmiot zamówienia, ale także wówczas, gdy określony jest zawężająco w stosunku do przedmiotu zamówienia, bo takie zawężenie mogłaby naruszać zasadę uczciwej konkurencji, eliminując z kręgu potencjalnych wykonawców te podmioty, które nie miałyby zdolności wykonania zamówienia w jego kształcie określonym w specyfikacji, ale byłyby w stanie wykonać zamówienie o zawężonym zakresie przyjętym ostatecznie w umowie [34];

– nie wchodzi w grę umowne ustalenie ceny innej niż wskazana w ofercie;

– umowy zawierane w ramach zamówień publicznych przynajmniej co do zasady mają charakter umów terminowych (art. 142 Pzp), zatem – z wyjątkiem przypadków wyraźnie wskazanych w ustawie – mogą być zawarte tylko na czas oznaczony;

– pod rygorem nieważności względnej niedopuszczalne są wszelkie zmiany treści umowy w stosunku do treści oferty (a co za tym idzie – w stosunku do wskazań dotyczących istotnych postanowień umowy, zawartych w SIWZ), chyba że możliwość takiej zmiany i jej warunków została przewidziana w ogłoszeniu lub w specyfikacji (art. 144 ust. 1 Pzp) i to nawet wówczas, gdyby w grę wchodziły zmiany korzystniejsze dla zamawiającego[35];

– niedopuszczalne są podmiotowe przekształcenia stosunku umownego co do osoby wykonawcy, chyba że w grę wchodzi sukcesja generalna[36].

– umowy zawierana w ramach zmówień publicznych i wszelkie ich zmiany wymagają co najmniej formy pisemnej i to pod rygorem nieważności bezwzględnej (art. 139 ust. 2 Pzp).

10. Nie wszystkie kwestie związane z umowami w ramach zamówień publicznych są tak oczywiste, jak te, które zostały wyżej wskazane. Zwłaszcza na styku unormowań szczególnych, zwartych w Pzp, i unormowań ogólnych, zawartych w k.c., wyłaniają się co najmniej trzy godne odnotowania zagadnienia, które powinny być brane pod uwagę także przez organy kontrolne w ramach kontroli interesujących nas tu umów.

---

[33] Nt. takiego rozumienia pojęcia „przedmiot umowy" zob. Z. Gordon: Przedmiot umowy o roboty budowlane (w:) Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego, Warszawa 2010, s. 216.

[34] Tak trafnie m. In. T. Czajkowski (red.): Prawo…, s. 412 oraz A. Fermus-Bobowiec: *op. cit.,* cz. I, s. 10D.

[35] Zob. J. Czarnecka: Dostosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych do dyrektyw unijnych (w:) Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., pod red. J. Sadowego, Warszawa, s. 129 i przywołane tam stanowisko Komisji Europejskiej, zgodnie z którym wszelkie zaminy istotnych postanowień umowy wiążą się z obowiązkiem udzielenia nowego zamówienia zgodnie z odpowiednią procedurą konkurencyjną.

[36] Zob. np. wyrok SN z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/2003, OSN-IC 2005, z. 2, poz. 34, a w piśmiennictwie A. Kowalczyk: Zmiany po stronie wykonawcy, Zamówienia Publiczne – Doradca, 2012, z. 4 s. 46 i nast.

11. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na materię w zasadzie nie objętą regulacją Pzp, ale o fundamentalnym znaczeniu, mianowicie na reprezentację przy zawieraniu umowy. Wadliwa reprezentacja z reguły bowiem wiąże się, a co najmniej może się wiązać, z sankcją bezwzględnej nieważności, która działa *ex tunc* i na którą każdy może się powołać oraz która – w dalszej kolejności – może prowadzić do obowiązku zwrotu świadczeń, jeżeli zostały one już spełnione (art. 410 k.c.).

Źródłem problemów w tym zakresie może być przede wszystkim zróżnicowane kompetencji do reprezentacji. W odniesieniu do osób prawnych wchodzi bowiem w grę reprezentacja przez organy (art. 38 k.c.), w odniesieniu do handlowych spółek osobowych – reprezentacja przez przedstawicieli ustawowych, którymi są w spółkach jawnych i partnerskich wspólnicy (art. 29 § 1 i art. 96 § 1 k.s.h.) , zaś w spółkach komandytowych i komandytowo-akcyjnych – wspólnicy będący komplementariuszami (art. 117 i art. 137 § 1 k.s.h.). Z przedstawicielstwem ustawowym mamy też do czynienia w przypadku spółki cywilnej (art. 866 k.c.). Zarazem należy pamiętać, że w każdym ze wskazanych przypadków w grę wchodzą różne sposoby reprezentacji: reprezentacja samoistna (jednoosobowa) i reprezentacja łączna (wymagająca współdziałania co najmniej dwóch umocowanych osób) oraz formy pośrednie między tymi dwoma podstawowymi sposobami. Możliwa jest także reprezentacja przez pełnomocników, co aktualizuje konieczność dokonania stosownych ocen przez pryzmat przepisów o pełnomocnictwie (art. 98–109^9 k.c.) , w tym zwłaszcza jego szczególnej postaci, jaką jest prokura (art. 109^1–109^9 k.c.).

W ramach uwag dotyczących reprezentacji przy zawieraniu umów w systemie zamówień publicznych należy podnieść jedną jeszcze kwestię, na ogół dyskretnie przemilczaną przez doktrynę.

Chodzi o tzw. zdolność kontraktową, czyli możliwość występowania w charakterze strony umowy[37], która należy do kategorii tzw. zdolności czynnych[38]. Zdolność kontraktowa jest pochodną zdolności prawnej, choć ma od niej węższy zakres. Zdolność kontraktowa mają zatem te tylko podmioty, które mają zdolność prawną, a więc osoby fizyczne, osoby prawne i ułomne osoby prawne. W efekcie te tylko osoby mogą stronami umów. Łatwo zauważyć, że zachodzi tu dysonans między regulacja cywilnoprawną a przepisami Pzp, które – stanowiąc o zamawiającym – nie wiążą jego statusu z podmiotowością w sferze prawa cywilnego. W moim przekonaniu nie zmienia to jednak faktu, że w kategoriach cywilistycznych stroną umowy jest zawsze podmiot prawa cywilnego. Jeśli więc zamawiającym nie jest państwowa względnie komunalna osoba prawna, to stroną umowy będzie Skarb Państwa albo jednostka samorządu terytorialnego, a nie pozbawiona osobowości prawnej państwowa albo komunalna jednostka organizacyjna wykonująca czynności zamawiającego, zatem np. gmina, a nie tzw. szkoła gminna. W konsekwencji reprezentacja przy zawarciu umowy musi uwzględniać zasady właściwe dla reprezentacji Skarbu Państwa, gminy, powiatu albo województwa[39].

12. Wspomniano już o tym, że umowa w systemie zamówień publicznych powinna być zawarta w formie pisemnej, chyba że odrębne przepisy wymagają formy szczególnej. W praktyce to ostat-

---

[37] Nt. istoty zdolności kontraktowej zob. zwłaszcza M. Jasiakiewicz, K. Oplustil (w:) System prawa handlowego. Tom 5. Prawo umów handlowych, pod red. S. Włodyki, Warszawa 2011. s. 100–102.

[38] Szerzej na ten temat zob. M. Pazdan (w:) System prawa prywatnego. Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna, pod red. M. Safjana, Warszawa 2007, s. 923–924 i cyt. tam literatura.

[39] Na temat tych zasad zob. G. Bieniek: Reprezentacja Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego w postępowaniu cywilnym, Warszawa 2002.

nie zastrzeżenie nie ma istotnego znaczenia. Na gruncie *legis latae* forma szczególna jest bowiem przewidziana dla umów, które nie podlegają przepisom PZP, np. dla umów dotyczących obrotu nieruchomościami, a te są wyłączone spod działania PZP (art. 4 pkt 3 lit. i PZP)[40].

Wymóg formy pisemnej koresponduje z zasadą pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 9 ust. 1 Pzp) i zastrzeżony jest pod rygorem nieważności, przy czym w grę wchodzi w tym przypadku nieważność bezwzględna. Sankcja ta nie znajdzie jednak zastosowania nie tylko wówczas, gdy będzie istniał jeden tylko dokument podpisany przez obie strony, ale także wtedy, gdy mieć będziemy do czynienia z odrębnymi dokumentami pochodzącymi od każdej ze stron, jeżeli tylko są one ze sobą zgodne co do treści (art. 78 § 1 k.c.), przy czym na równi z takim dokumentami traktuje się oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 78 § 2 k.c.). W związku z tym nasuwa się pytanie, czy za owe dokumenty nie można uznać sporządzonych w formie pisemnej oferty wykonawcy i oświadczenia zamawiającego o wyborze tej oferty. Jeśli tak, to do obrony byłby pogląd, że w analizowanym przypadku forma pisemna została zachowana, tyle tylko, że umowa została zawarta z dorozumianym zastrzeżeniem terminu o charakterze zawieszającym, wynikającym z przepisów o *standstill period*. Kwestia jest jednak co najmniej dyskusyjna.

13. Ostatnia, a zarazem najważniejsza kwestia, na którą należy zwrócić uwagę, wiąże się z pojęciem istotnych warunków umowy o zamówienia publiczne. Kluczowe znaczenie ma tu unormowanie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, zgodnie z którym specyfikacja istotnych warunków zamówienia musi zawierać m. in. istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy względnie określać ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga zawarcia umowy na takich warunkach. Z tym unormowaniem skorelowany jest przepis art. 82 ust. 3 Pzp, który stanowi, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Płynie z tego wniosek, że oferta wykonawcy – choćby w sposób dorozumiany – musi zawierać akceptację istotnych postanowień umowy określonych w specyfikacji. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że istotnych postanowień umowy nie można utożsamiać z jej elementami przedmiotowo istotnymi (tzw. *essentialiarium negotii*) [41], jak to czyniono w dawniejszej literaturze cywilistycznej[42] i w ślad za tym czyni się obecnie w piśmiennictwie z zakresu zamówień publicznych[43]. Jak bowiem trafnie wykazał Z. Radwański „istotne postanowienia umowy" to co najmniej elementy konieczne konsensu, czyli elementy, które muszą być objęte konsensem, aby umowa w ogóle doszła do skutku i które mogą być uzupełnione o dalsze elementy podniesione do rangi istotnych z woli stron, tradycyjnie określone mianem elementów podmiotowo istotnych (*accidentaia negotii)* [44].

---

[40] Tak zasadnie T. Czajkowski (red.): *op. cit.,* s. 409.

[41] Co do syntetycznego uzasadnienia tego poglądu zob. Z. Gordon: Kara umowna jako instrument stymulujący realne wykonanie zobowiązania w systemie zamówień publicznych (w:) Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych, pod red. E. Adamowicz i J. Sadowego, Gdańsk – Warszawa 2012, 186 –187 i cyt. tam literatura.

[42] Zob. np. S. Grzybowski: Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, Warszawa 1974, s. 222 i A. Wolter: Prawo cywilne. Zarys części ogólnej, Warszawa 1979, s. 269.

[43] Zob. np. T. Czajkowski (red.): Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 175 i P. Granecki: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2009, s. 179.

[44] Zob. Z. Radwański: Teoria umów, Warszawa 1977, s. 251 i nast. Zob. także M. Jasiakiewicz: Zawarcie umowy w obrocie handlowym, Toruń 1995, s. 22.

W świetle poczynionych uwag oczywisty jest wniosek, że to zamawiający w SIWZ określa wszystkie istotne postanowienia umowy o zamówienie publiczne, w tym także te, które z jego woli do tej rangi zostają podniesione. W tym kontekście istotnego znaczenia nabiera okoliczność, że specyfikacja w swej prawnej naturze stanowi jednostronną czynność prawną zamawiającego[45]. Taka kwalifikacja SIWZ oznacza, że jej skutki trzeba oceniać przez pryzmat przepisów ogólnych o czynnościach prawnych, w tym m.in. przez pryzmat unormowania art. 56 k.c., który stanowi, że *„czynność prawna wywołuje skutki nie tylko w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów*". Unormowanie to sprawia, że w kwestiach, w których specyfikacja „milczy", ale które są uregulowane w obowiązującym prawie, nie można mówić o lukach w specyfikacji i o uznaniu tych kwestii przez zamawiającego za prawnie indyferentne. Istnienie luki jest tu bowiem pozorne, jako że brak wyraźnej wypowiedzi zamawiającego co do danej kwestii oznacza konieczność odwołania się w tej kwestii do dyspozycji wynikających z przepisów prawa i tym sposobem następuje jej „wypełnienie". Jeśli więc np. wśród istotnych postanowień umowy wskazanych w specyfikacji nie znajdzie się klauzula dotycząca odsetek za opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia, to przecież nikt nie będzie miał wątpliwości, że odsetki będą się należały z mocy art. 481 k.c. Mechanizm ten działa też odwrotnie, jeżeli warunkiem zastosowania *In casu* określonej instytucji lub konstrukcji prawnej jest stosowna klauzula umowna, co dotyczy np. kar umownych. Zatem brak choćby wzmianki o tych karach w specyfikacji ma ten skutek, że w danym przypadku kary nie wchodzą w grę, a naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania będzie mogło nastąpić wyłącznie poprzez zapłatę odszkodowania na zasadach ogólnych[46]. Kontrola umów powinna więc uwzględniać także ten wątek i to nie tylko w zakresie podanych przykładów, skądinąd dość oczywistych, ale w pełnym zakresie, z uwzględnieniem zarówno ogólnych przepisów o umowach, jak i przepisów szczególnych, dotyczących określonych typów umów nazwanych, oczywiście jeżeli realnie zawartą umowę do któregokolwiek typu umowy nazwanej będzie można przypisać.

---

[45] Szerzej na ten temat zob. Z. Gordon: Charakter prawny specyfikacji…, passim. Tak samo W. Dzierżanowski, J. Jurzykowski, M. Stachowiak: Prawo zamówień publicznych, LEX 2007 oraz – jak się wydaje – R. Szostak: Przetarg nieograniczony na zamówienia publiczne – zagadnienia konstrukcyjne, Kraków 2005, s. 45 i nast.

[46] Szerzej na ten temat zob. Z. Gordon: Kara umowna…, s. 188–189.

IDENTYFIKOWANIE RYZYKA W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH NA PODSTAWIE OBOWIĄZUJĄCYCH REGULACJI PRAWNYCH

Dr Mirosław Urbanek
Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

WSTĘP

Znowelizowana w sierpniu 2009 r. ustawa o finansach publicznych wskazując na konieczność systemowego podejścia do kontroli nałożyła na jednostki sektora finansów publicznych obowiązek wprowadzenia mechanizmów kontroli zarządczej[1]. Kontrola zarządcza to przyjęty w jednostce sektora finansów publicznych system wspomagający zarządzanie obejmujący: procedury, instrukcje, zasady, mechanizmy, który służy do uzyskania – przez kierownictwo – pewności, że cele jednostki zostaną osiągnięte[2]. Ich sprawne funkcjonowanie ma zapewnić realizację celów i zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy[3]. To ustawowe ujęcie definicji kontroli zarządczej rozszerza zakres przedmiotowy kontroli w jednostce sektora finansów publicznych na wszystkie dziedziny jej aktywności związane z realizacją zadań i celów. Z tego względu również obszar zamówień publicznych powinien zostać objęty mechanizmem kontroli zarządczej.

POJĘCIE I ETAPY ZARZĄDZANIA RYZYKIEM

Wskazuje się, że celem kontroli zarządczej jest zapewnienie w szczególności[4]:

1) zgodności działalności z przepisami prawa oraz procedurami wewnętrznymi;
2) skuteczności i efektywności działania;
3) wiarygodności sprawozdań;
4) ochrony zasobów;
5) przestrzegania i promowania zasad etycznego postępowania;
6) efektywności i skuteczności przepływu informacji;
7) zarządzania ryzykiem.

---

[1] Ustawa o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r., Dz. U. n 2009 r. nr 157, poz. 1240 z późn. zm., Rozdział 6.

[2] Płoskonka J., Pojęcie kontroli w ujęciu zarządczym, Kontrola Państwowa nr 2/2006, NIK, Warszawa 2006, s. 8.

[3] Ustawa o finansach…, ust. cyt., art. 68 ust. 1.

[4] Tamże, art. 68 ust. 2.

Należy podkreślić, iż pozostawiając otwarty katalog celów kontroli zarządczej ustawodawca obligatoryjne nakazał wprowadzenie zarządzania ryzykiem w całej jednostce sektora finansów publicznych (tj. we wszystkich obszarach jej działalności) w odniesieniu do realizowanych przez nią celów.

Zarządzanie ryzykiem to obok zarządzania strategicznego i zarządzania operacyjnego kluczowa funkcja organizacji, na którą składają się działania mające pomóc zrealizować postawione cele i zadania jednostki[5]. Jest to proces, w ramach którego organizacja w sposób metodyczny rozwiązuje problemy związane z ryzykiem[6], które towarzyszy jej działalności, w taki sposób, aby ta działalność – zarówno w poszczególnych obszarach jak i traktowana jako całość – przynosiła trwałe korzyści[7], rozumiane jako osiąganie założonych celów. Zarządzanie ryzykiem powinno być procesem ciągłym i stale udoskonalanym, który obejmuje wszystkie obszary aktywności jednostki. Zagrożenia realizacji przyjętych celów mogą mieć swoje źródło zarówno wewnątrz jak i na zewnątrz organizacji.

Wyróżnia się następujące, cyklicznie powtarzające się działania, składające się na proces zarządzanie ryzykiem:

a) identyfikacja ryzyka (mająca na celu rozpoznanie wszystkich istotnych obszarów funkcjonowania jednostki i związanych z nim ryzyk),

b) analiza ryzyka (wynika z potrzeby zrozumienia istoty zidentyfikowanego ryzyka, ma m.in. określić przyczyny i skutki zidentyfikowanego ryzyka, ich wzajemne powiązania oraz wpływ na cele i zadania jednostki),

c) hierarchizacja ryzyka (uporządkowanie ryzyk wg ich istotności),

d) wybór metody postępowania z ryzykiem (manipulowanie ryzykiem, tj. wybór sposobu postępowania z ryzykiem w celu jego eliminacji lub zmniejszenia poprzez ograniczenie skutków występujących w związku z jego realizacją lub zmniejszenie prawdopodobieństwa jego wystąpienia),

e) kontrola ryzyka (polegająca na wykonywaniu okresowych przeglądów w celu określenia czy ryzyko uległo zmianie lub czy podjęte działania przyniosły oczekiwane efekty).

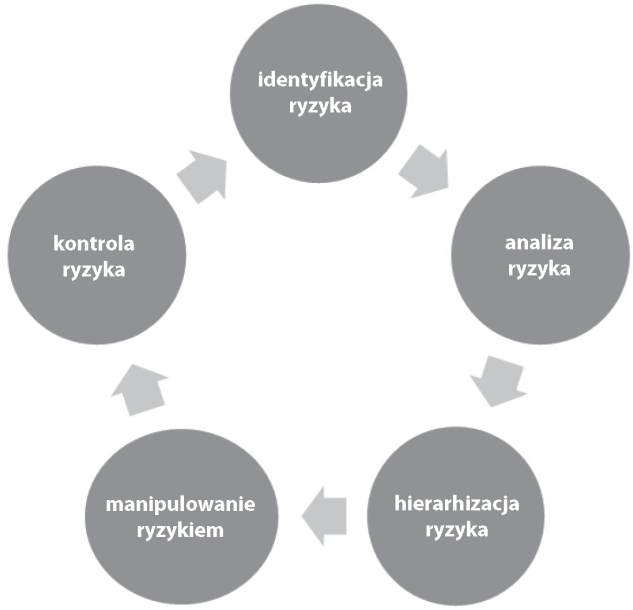
---

[5] Por. Williams C.A., Smith M.L., Young P.C., Zarządzanie ryzykiem a ubezpieczenia, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, s. 58.

[6] Ryzyko to kombinacja dwóch parametrów: prawdopodobieństwa wystąpienia zdarzenia i jego możliwych konsekwencji zarówno pozytywnych jak i negatywnych – zob. Strupczewski G., Zarządzanie ryzykiem – systematyka pojęć, Wiadomości Ubezpieczeniowe nr 5–6/2004, s. 68.

[7] Standard zarządzania ryzykiem, Federation of European Risk Management Associations – FERMA 2003, s. 3.

Rys. 1. Proces zarządzania ryzykiem (jako algorytm cyklicznego działania).



Źródło: opracowanie własne.

Skuteczne realizowany proces zarządzania ryzykiem umożliwia wyeliminowanie lub ograniczenie istotnych zagrożeń[8], a także właściwe reagowanie jednostki na zachodzące zmiany i wykorzystanie pojawiających się możliwości. Umiejętne zarządzanie ryzykiem polega zatem na wzmacnianiu odporności organizacji na pojawiające się zagrożenia, a jednocześnie podejmowaniu działań wyprzedzających umożliwiających optymalne wykorzystywanie dostępnych zasobów oraz pojawiających się możliwości rozwoju. Właściwie zbudowany proces zarządzania ryzykiem powinien wykorzystywać funkcjonujące w organizacji struktury i procesy oraz kanały komunikacji. Realizacja tej funkcji nie powinna odbywać się kosztem wzrostu biurokracji – tworzeniem dodatkowych działów oraz wydzielaniem sposobu zbierania i przetwarzania zebranych informacji z obecnie funkcjonujących rozwiązań. Zarządzanie ryzykiem, nie powinno powodować wzrostu kosztów jednostki ale je racjonalizować.

IDENTYFIKACJA RYZYKA

Rozpoznanie wszystkich obszarów funkcjonowania jednostki i związanych z nimi ryzyk jest istotą identyfikacji ryzyka. Proces ten może się odbywać:

a) odgórnie – kierownik jednostki i pozostali kierownicy wyższego szczebla identyfikują ryzyko w organizacji,

[8] Tj. zagrożeń, które w przypadku wystąpienia są źródłem konsekwencji finansowych o znacznej wartości lub występujących z dużą częstotliwością.

b) oddolnie – pracownicy identyfikują ryzyko związane z wykonywanymi zadaniami i działaniami,

c) w sposób mieszany – tj. równocześnie oddolnie i odgórnie.

Działania te mogą być realizowane samodzielnie lub przy wsparciu podmiotu zewnętrznego. Należy podkreślić, że nie ma „właściwego, najlepszego" procesu identyfikacji ryzyka. Każda jednostka wypracowuje własny model, który uwzględnia doświadczenie, wielkość i specyfikę organizacji. Przyjęte rozwiązanie powinno jednak zapewnić jednostce utrzymanie odpowiedniej wiedzy o ryzyku. Z tego względu identyfikacja ryzyka powinna zostać wbudowana w podstawowe procesy operacyjne i kierownicze jednostki. Pozwoli to na ciągłe posiadanie aktualnego obrazu (mapy) ryzyka związanego z działaniami i zadaniami podejmowanymi przez jednostkę dla realizacji założonych celów.

Realizując proces identyfikacji ryzyka organizacja może wykorzystywać różne techniki. Do najczęściej wykorzystywanych należą:

1) burza mózgów. Skuteczność tej metody wymaga uczestnictwa w poszczególnych sesjach osób z różnych szczebli organizacji, zdolnych określić występujące problemy związane z bieżącą realizacją jej zadań oraz posiadających kompleksową znajomość jednostki i realizowanych przez nią działań. Metoda ta wymaga oceny wszystkich obszarów funkcjonowania jednostki w celu znalezienia źródeł ryzyka pochodzących zarówno z czynników wewnętrznych jak i zewnętrznych. Poszczególne sesje powinny być tak zorganizowane, aby zapewnić systematyczną identyfikację ryzyka. Wskazuje się, iż proces ten powinien się rozpocząć od analizy ryzyka związanego z realizacją przyjętych w planie rzeczowo – finansowym celów operacyjnych i strategicznych jednostki na bieżący rok;

2) kwestionariusze. Grupa osób odpowiadając na pytania określone w kwestionariuszu wskazuje obszary ryzyka. Problemem tej metody może być sporządzenie takiej listy pytań, która uniemożliwi prawidłową identyfikację obszarów ryzyka. Dla zabezpieczenia się przed taką sytuacją należy wprowadzić pytania otwarte. Ponadto uczestnik kwestionariusza wskazując obszary ryzyka, wypowiadając się otwarcie nie będzie narażony na restrykcje. Kwestionariusze powinny być regularnie weryfikowane, odpowiednio do rozpatrywanych obszarów działalności operacyjnej jednostki.

oraz

3) analizy działalności[9],

4) porównania z wzorcowymi rozwiązaniami;

5) analiza scenariuszy;

6) warsztaty w zakresie oceny ryzyka;

7) badanie wypadków;

8) audyt i kontrole.

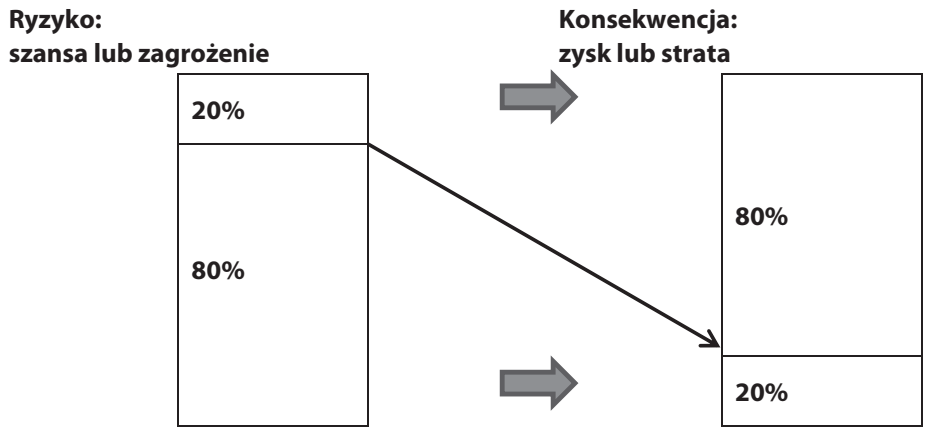
[9] Opisując poszczególne obszary funkcjonowania jednostki, służące realizacji założonych celów, omawiają zarówno procesy wewnętrzne jak i czynniki zewnętrzne, które mają istotny wpływ na realizowane procesy prowadzące do wypełnienia postawionych zadań.

Inną techniką identyfikacji ryzyka może być badanie obowiązujących regulacji prawnych. Taki sposób identyfikacji opiera się na szczegółowej analizie rozwiązań prawnych dotyczących wybranego obszaru działalności jednostki sektora finansów publicznych. Zawarte tam zapisy w przypadku braku ich realizacji mogą stanowić istotne źródło ryzyka. Na tym etapie należy wskazać te zapisy, które muszą być bezwzględnie przestrzegane i oddzielić je od tych, które nie podlegają takiemu rygorowi. Tak stworzona mapa ryzyk pozwala na ich kontrolę.

Według reguły Pareto, w każdej organizacji ok. 20% kluczowych czynników ryzyka odpowiada za 80% potencjalnych strat lub niewykorzystanie 80% możliwych szans.

Podobne mechanizmy działają w jednostkach sektora finansów publicznych. Dlatego kierownicy tych jednostek powinni skupić się na tych 20% czynników, zarówno pozytywnych, polegających na wykorzystaniu możliwości, jak i negatywnych, związanych z materializacją zagrożeń. Ich zidentyfikowanie pozwoli na skuteczne kontrolowanie ryzyka.

Rys. 2. Zasada Pareto w zarządzaniu ryzykiem.



Źródło: opracowanie własne.

IDENTYFIKACJA RYZYKA W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH NA PODSTAWIE OBOWIĄZUJĄCYCH REGULACJI PRAWNYCH[10]

Identyfikacja rozpoczyna się od określenia wszystkich regulacji prawnych dotyczących wybranego obszaru działalności jednostki. Ich wnikliwa analiza pozwala wskazać przepisy, które są bezwzględnie obowiązujące, a ich niestosownie będzie skutkowało istotnymi sankcjami w odróżnieniu od przepisów, które są zaleceniami, wskazówkami, a wybór konkretnych rozwiązań zależy od uznania jednostki. Pierwsze z nich należy określić jako ryzyka. To w stosunku do nich powinny być podejmowane działania, aby zmniejszyć skutki ich wystąpienia.

[10] Opracowano na podstawie: Lipiec-Warzecha L., Komentarz do art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych http://lex.umcs.lublin.pl/lex.

Skupiając się na identyfikacji ryzyka w zamówieniach publicznych analizie zostanie poddana ustawa o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych[11]. W przypadku tej regulacji znajdowanie ryzyk jest stosunkowo proste. Artykuł 17 wskazuje na różnego rodzaju działania, które stanowią naruszenie dyscypliny związanej z zamówieniami publicznymi. Należy do nich:

a) naruszenie przepisów postępowania. Sankcją naruszenia dyscypliny finansów publicznych związaną z przygotowaniem lub prowadzeniem postępowania, objęte są następujące działania lub zaniechania, niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych:

   1) opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;

   2) ustalenie wartości zamówienia publicznego lub jego części, jeżeli miało to wpływ na obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych albo na zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości;

   3) opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, wbrew art. 22 ust. 4 Pzp.;

   4) określenie dyskryminujących kryteriów oceny ofert;

   5) nieprzekazanie do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia;

   6) niezawiadomienie w terminie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

      Należy podkreślić, iż naruszeniem dyscypliny jest sama nieprawidłowość (działanie lub zaniechanie a nie udzielenie zamówienia publicznego poprzedzone tą nieprawidłowością. Dla pełności obrazu należy wskazać, iż ust. 1a–1c art. 17 określa dwie okoliczności wyłączające bezprawność postępowań wymienionych w ust. 1. Nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych, działanie lub zaniechanie jeżeli zostało skorygowane w sposób zapewniający zgodność danej czynności i toku postępowania z przepisami o zamówieniach publicznych. Ponadto, jeżeli nie doszło do udzielenia zamówienia poprzedzonego postępowaniem dotkniętym błędami wyliczonymi w ust. 1 art. 17, tzn. nie miało miejsca wydatkowanie środków w sposób niezgodny z prawem (czyli nieudzielono zamówienia publicznego) nie mam mowy o odpowiedzialności za naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych;

b) wadliwe udzielenie zamówienia publicznego. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego[12]:

   1) wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych;

---

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

[12] Ustawa o naruszeniu …, ust. cyt., art. 17 ust. 1b.

2) z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę.

Udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Postępowanie takie łamie jedną z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych tzw. zasadę powszechności. Katalog trybów udzielania zamówień publicznych ma charakter zamknięty i obejmuje: przetarg nieograniczony (art. 39–46 Pzp), przetarg ograniczony (art. 47–53 Pzp), negocjacje z ogłoszeniem (art. 54–60 Pzp), dialog konkurencyjny (art. 60a–60e Pzp), negocjacje bez ogłoszenia (art. 61–65 Pzp), zamówienia z wolnej ręki (art. 66–68 Pzp), zapytanie o cenę (art. 69–73 Pzp), licytację elektroniczną (art. 74–81 Pzp). Znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych kwalifikowanego w art. 17 ust. 1b pkt 1 u.d.f.p. wypełnia każda sytuacja, gdy podmiot ustawowo zobligowany do stosowania prawa zamówień publicznych w sposób zawiniony zaniechał wypełnienia tego obowiązku, tj. zawarł umowę bez zastosowania jakiegokolwiek trybu udzielenia zamówienia publicznego. Należy zaznaczyć, iż znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych związane ze złamaniem zasady powszechności wypełnia podział zamówienia publicznego na części. Prawo zamówień publicznych a priori nie wyłącza możliwości dokonywania podziałów zamówienia. Z art. 32 ust. 2 Pzp wynika tylko, że zamawiający nie może dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

c) naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych mające wpływ na wynik postępowania, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. Czynnością podlegającą karze nie jest udzielenie zamówienia publicznego, czyli podpisanie umowy po przeprowadzeniu postępowania obarczonego wadami wpływającymi na jego wynik, ale naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych. Oznacza to, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie jest ograniczona jedynie do osób, które składają podpis pod umową, ale obejmuje każdego, kto dopuścił się naruszenia przepisów o zamówieniach publicznych. Warto również zwrócić uwagę na fakt, że użyta przez ustawodawcę liczba mnoga przy określaniu znamion czynu karalnego wskazuje, że dla przypisania odpowiedzialności konieczne jest naruszenie co najmniej dwóch przepisów. Naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób, mające wpływ na wynik postępowania, pozostaje bez sankcji, jeżeli nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego. Naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, wpływającym na wynik postępowania, zgodnie z orzecznictwem GKO, są m.in. następujące okoliczności:

1) odrzucenie najtańszej oferty z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji miało wpływ na wynik postępowania i skutkowało udzieleniem zamówienia droższemu oferentowi[13];

2) niedokonanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy najkorzystniejsza oferta przewyższała kwotę, jaką zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie ma znaczenia, że stan środków własnych jednostki był na tyle dobry, że nie istniało zagrożenie dla sfinansowania udzielonych zamówień[14];

[13] Orzeczenie GKO z dnia 8 lutego 2010 r., BDF1/4900/97/98/09/3375, LEX nr 794561.

[14] Orzeczenie GKO z dnia 3 lipca 2008 r., DF/GKO/4900/36/34/08/1434, niepubl.

3) zaniechanie obowiązku odrzucenia oferty, co oznaczałoby złożenie w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę tylko jednej ważnej oferty, a tym samym konieczność unieważnienia postępowania przez zamawiającego (art. 93 ust. 1 pkt 2 Pzp). Nieodrzucenie oferty, która takiemu odrzuceniu podlegała doprowadziło do rozstrzygnięcia postępowania i udzielenia w jego wyniku zamówienia publicznego[15];

4) udzielenie zamówienia publicznego wybranemu wykonawcy, pomimo niezłożenia przez niego oświadczenia określonego w art. 22 ust. 1 Pzp Zgodnie z art. 68 ust. 2 Pzp, najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Bezprawności zachowania nie zmienia fakt, że wykonawca, jako uczestnik wielu postępowań o zamówienie publiczne organizowane przez zamawiającego, składał wymagane oświadczenia wielokrotnie, co uznano za wystarczające. Nie można zaakceptować twierdzenia, że zamawiający zna sytuację osoby ubiegającej się o zamówienie publiczne. Zaniechanie żądania oświadczenia bez wątpienia miało wpływ na wynik postępowania. Postępowanie o zamówienie publiczne może być uznane za zgodne z prawem, jeżeli zostaną spełnione przez obie strony postępowania, obligatoryjne elementy formalne postępowania. Ponieważ w ocenianym postępowaniu organizowanym w trybie zamówienia publicznego udzielono zamówienia uzupełniającego zgodnie z przesłanką określoną w art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp, oczywiste jest, że ustawa wskazuje wykonawcę, z którym to zamówienie może być realizowane. Skoro w postępowaniu nie spełniono wymogu formalnego uzyskania obligatoryjnego oświadczenia wykonawcy z art. 22 ust. 1 Pzp, to tym samym postępowanie dotknięte było wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne, a to stanowiło podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Z wykonawcą, który zaniechał złożenia wymaganego oświadczenia nie można było zawrzeć umowy o zamówienie, postępowanie o zamówienie należało unieważnić na wskazanej postawie prawnej i taka argumentacja dowodzi, iż naruszenie przypisane obwinionemu miało wpływ na wynik postępowania, albowiem wybór wykonawcy był dotknięty wadą prawną[16];

5) zaproszenie do udziału w etapie składania ofert w przetargu ograniczonym, a następnie wybór jako zwycięskiej firmy, która złożyła nieaktualny dokument zaświadczenia o braku zaległości w płatnościach podatków, bo wystawiony w terminie ponad trzymiesięcznym od daty ustalonej jako termin składania ofert, wypełnia znamiona czynu karalnego. „Przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a na późniejszym etapie oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Cechą charakterystyczną wyróżniającą przetarg ograniczony od trybu przetargu nieograniczonego jest możliwość złożenia oferty jedynie przez zakwalifikowanych, spełniających warunki podmiotowe w najwyższym stopniu wykonawców. Zamawiający zaprasza do kolejnego etapu postępowania tylko tych wykonawców, którzy zostali zakwalifikowani na podstawie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a kwalifikacji dokonuje się na podstawie dokumentów wymaganych postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu określającego warunki udzielenia zamówienia”[17];

---

[15] Orzeczenie GKO z dnia 2 czerwca 2008 r., DF/GKO/4900/23/21/08/989, niepubl.

[16] Orzeczenie GKO z dnia 13 czerwca 2011 r., BDF1/4900/24/28/11/1173, Biul. NDFP 2011, nr 3, poz. 7.

[17] Orzeczenie GKO z dnia 24 maja 2010 r., BDF1/4900/11/13/10/209, LEX nr 786477.

6) udzielenie zamówienia publicznego pomimo niezłożenia przez wykonawcę oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 68 ust. 2 Pzp najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. „Nie można, zdaniem GKO zatem wywieść, iż wcześniej złożone oświadczenia dla potrzeb innego postępowania, w innym trybie są wystarczające w postępowaniu w trybie z wolnej ręki, zwłaszcza gdy pomiędzy zawarciem umowy głównej i umowy dodatkowej może upłynąć dużo czasu”[18];

d) wadliwe zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wady dotyczące samej umowy w sprawie zamówienia publicznego kwalifikowane są jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych w trzech obszarach. Karalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego:

1) bez zachowania formy pisemnej;

2) na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych lub na czas nieoznaczony, z wyłączeniem przypadków dopuszczonych w przepisach o zamówieniach publicznych;

3) przed ogłoszeniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

Podstawę odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającą na zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego bez zachowania formy pisemnej, stanowi art. 9 ust. 1 Pzp, nakładający obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, z zachowaniem formy pisemnej, oraz art. 139 ust. 2 Pzp, określający nakaz zachowania formy pisemnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, pod rygorem nieważności, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Wymóg prowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego z zachowaniem formy pisemnej służy zachowaniu zasady jawności postępowania, bez którego właściwe funkcjonowanie pozostałych zasad udzielania zamówień publicznych, a zwłaszcza kontrola ich przestrzegania, nie byłaby możliwa[19]. Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu, jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Nie można mówić o zachowaniu formy pisemnej w sytuacji, gdy umowa podpisana została jedynie przez zamawiającego, brak natomiast podpisu wykonawcy. Natomiast w sytuacji, gdy w treści protokołów konieczności podano osoby ze strony zamawiającego i wykonawcy, zakres rzeczowy zlecenia (uwzględniający załączony kosztorys ofertowy dla danego zakresu robót) i koszt tych robót oraz zasady ich rozliczania, a protokoły te zostały podpisane przez wymienionych w ich treści przedsta-

[18] Orzeczenie GKO z dnia 4 października 2010 r., BDF1/4900/66/73/10/1785, LEX nr 793181.

[19] Orzeczenie GKO z dnia 16 marca 2006 r., DF/GKO/Odw.–55/72/2005/487, niepubl.

wicieli wykonawcy i zamawiającego, mają one cechy wymagane dla tego typu umów zawartych na piśmie, w tym przepisów kodeksu cywilnego i art. 139 ust. 2 Pzp[20].

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego na czas dłuższy niż określony w przepisach o zamówieniach publicznych lub na czas nieoznaczony. Zawieranie umów na czas dłuższy utrudniałoby konkurencję, pozostając w sprzeczności z prawem dostępności do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych, przysługującym ogółowi podmiotów, z zastrzeżeniem ustawowo określonych wyjątków (art. 43 u.f.p.).

Zawarcie umowy na okres dłuższy dopuszczalne jest jedynie w przypadkach określonych w ustawie. Prawo zamówień publicznych określa dwa wyjątki od reguły sformułowanej w art. 142 ust. 1 Pzp Możliwe jest zawarcie umowy:

1) na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli przedmiotem umowy są świadczenia okresowe lub ciągłe i wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty (art. 142 ust. 2 Pzp);

2) na czas nieoznaczony, jeżeli przedmiotem umowy są dostawy wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci, gazu z sieci gazowej, ciepła z sieci ciepłowniczej, licencji na oprogramowanie komputerowe oraz usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego (art. 143 ust. 1 i 1a Pzp).

e) unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania. Przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego reguluje art. 93 ust. 1 i 1a Pzp Katalog przesłanek sformułowany w art. 93 ust. 1 Pzp ma charakter zamknięty, a unieważnienie postępowania na innej podstawie niż wymieniona w art. 93 ust. 1 Pzp skutkuje odpowiedzialnością z art. 17 ust. 3 u.d.f.p. Katalog ten ma równocześnie charakter imperatywny i wystąpienie chociażby jednej z ustawowo wymienionych przesłanek obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania, wykluczając jakąkolwiek uznaniowość w tej materii. Unieważnienie postępowania na innej podstawie niż wymienione w art. 93 Pzp jest prawnie bezskuteczne. Natomiast kontynuowanie postępowania, pomimo istnienia okoliczności wymienionych w art. 93 ust. 1 Pzp, może być kwalifikowane jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 1c u.d.f.p. (inne naruszenie przepisów ustawy mające wpływ na wynik postępowania).

f) niezłożenie oświadczeń wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych. Na podstawie art. 17 ust. 4 u.d.f.p. naruszenie dyscypliny finansów publicznych obejmuje niezłożenie oświadczenia przez osobę wykonującą czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie zamawiającego. Postępowaniem o udzielenie zamówienia jest postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynego-

[20] Orzeczenie GKO z dnia 22 marca 2010 r., BDF1/4900/16/18/10/294, LEX nr 786485.

cjowania postanowień takiej umowy (art. 2 pkt 7a Pzp). Znamiona naruszenia finansów publicznych oparte zostały na dwóch momentach: podmiotowym oraz przedmiotowym. Oświadczenia składa się w każdym postępowaniu, niezależnie od wartości przedmiotu zamówienia. Krąg osób zobowiązanych do składania oświadczeń jest szeroki, zalicza się do niego wszystkie osoby wykonujące czynności w postępowaniu, niezależnie od terminu i sposobu wykonywania tych czynności. Do złożenia oświadczeń zobligowany jest członek komisji przetargowej lub inna osoba wykonująca czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie zamawiającego. Chodzi w szczególności o pracownika zamawiającego, któremu kierownik zamawiającego powierzył wykonanie zastrzeżonych dla siebie czynności lub biegłego. Imperatywny zapis art. 17 ust. 2 Pzp, stwierdzający konieczność składania pisemnych oświadczeń o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 Pzp, nie przewiduje żadnych wyjątków i ma zapewnić bezstronność osób uczestniczących w postępowaniu w imieniu zamawiającego. Jest on środkiem prawnym gwarantującym zachowanie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp), zapewniającym obligatoryjne wyłączenie z postępowania osób, których bezstronność mogłaby budzić wątpliwość[21]. Składanie oświadczeń nie jest tylko czynnością formalną, ale ma być wynikiem wnikliwej analizy podmiotów występujących w postępowaniach w sprawach zamówień publicznych i ma to istotny wpływ na realizację materialnej zasady bezstronności[22]. Oświadczenia składane przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczą następujących kwestii:

1) ubiegania się o udzielenie tego zamówienia;

2) pozostawania w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub związania z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

3) pozostawania, przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub bycia członkiem organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

4) pozostawania z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;

5) prawomocnego skazania za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

Oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności uzasadniających wyłączenie od udziału w postępowaniu składane są przez osobę wykonującą czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania. Karalność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych obejmuje niezłożenie oświadczenia zarówno o istnieniu okoliczności skutkujących wyłączeniem z postępowania, jak również o braku istnienia takich okoliczności. Złożenie oświadcze-

[21] Orzeczenie GKO z dnia 14 października 2010 r., BDF1/4900/74/81-84/10/2159, LEX nr 793195.

[22] Orzeczenie GKO z dnia 23 października 2006 r., DF/GKO/Odw.-4900-73/91/06/2242, Biul. NDFP 2007, nr 1, poz. 13.

nia nieszczerego lub nieprawdziwego nie podlega penalizacji za naruszenie dyscypliny finansowej, skutkuje natomiast odpowiedzialnością karną z art. 233 § 1 w zw. z § 6 k.k. Składanie oświadczeń określonych w art. 17 ust. 2 Pzp stanowi instytucjonalne wcielenie i gwarancję zasady uczciwej konkurencji, bezstronności i obiektywizmu (art. 17 ust. 2 Pzp). Z tego względu przybierają one formę pisemną oraz obwarowane są rygorem odpowiedzialności za składanie fałszywych zeznań. Ustawowych wymogów nie spełnia składanie ustnych oświadczeń adresowanych do przewodniczącego komisji przetargowej[23]. Z niezłożeniem przez członka komisji przetargowej lub inną osobę wykonującą czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie zamawiającego oświadczeń wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych koresponduje naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 5 u.d.f.p., tj. niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania.

Obowiązek wyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje zarówno wyłączenie osoby, która nie złożyła oświadczenia wymaganego przez art. 17 ust. 2 Pzp, jak również osoby, która w złożonym oświadczeniu ujawniła istnienie przesłanki wymienionej w art. 17 ust. 1 Pzp, skutkującej wyłączeniem jej z postępowania (oświadczenie obejmuje zarówno brak, jak też istnienie okoliczności skutkujących wyłączeniem ex lege). Wyłączenie z postępowania w razie zaistnienia danej okoliczności wymienionej w art. 17 Pzp ma charakter obligatoryjny, ustawodawca nie wymaga uzasadniania wpływu istnienia okoliczności na bezstronność członka komisji przetargowej lub innej osoby występującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu zamawiającego 237.

g) zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Podstawą odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określoną w art. 17 ust. 6 u.d.f.p., jest art. 144 ust. 1 Pzp, zakazujący istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

   Zakaz dokonywania zmian umowy, skutkujący naruszeniem dyscypliny finansów publicznych w razie przekroczenia ustawowych przesłanek dopuszczalności, nie dotyczy każdej zmiany umowy, ale jedynie zmian istotnych;

h) niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania. Z niezłożeniem przez członka komisji przetargowej lub inną osobę wykonującą czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie zamawiającego oświadczeń wymaganych przepisami o zamówieniach publicznych koresponduje naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 5 u.d.f.p., tj. niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego osoby podlegającej wyłączeniu z takiego postępowania. Obowiązek wyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje zarówno wyłączenie osoby, która nie złożyła oświadczenia wymaganego przez art. 17 ust. 2 Pzp, jak również osoby, która w złożonym oświadczeniu ujawniła istnienie przesłanki wymienionej w art. 17

[23] Orzeczenie GKO z dnia 19 stycznia 2006 r., DF/GKO/Odw.-86/113/2005/735.

ust. 1 Pzp, skutkującej wyłączeniem jej z postępowania (oświadczenie obejmuje zarówno brak, jak też istnienie okoliczności skutkujących wyłączeniem ex lege). Wyłączenie z postępowania w razie zaistnienia danej okoliczności wymienionej w art. 17 Pzp ma charakter obligatoryjny, ustawodawca nie wymaga uzasadniania wpływu istnienia okoliczności na bezstronność członka komisji przetargowej lub innej osoby występującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu zamawiającego;

i) zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych. Prawnomaterialną podstawą odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, określoną w art. 17 ust. 6 u.d.f.p., jest art. 144 ust. 1 Pzp, zakazujący istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zakaz dokonywania zmian umowy, skutkujący naruszeniem dyscypliny finansów publicznych w razie przekroczenia ustawowych przesłanek dopuszczalności, nie dotyczy każdej zmiany umowy, ale jedynie zmian istotnych. Przepisy nie precyzują, jakie zmiany należy uznać za istotne. „Istotny" oznacza charakterystyczny, główny, podstawowy, ważny, zasadniczy. Z kolei zmiany nieistotne należy rozumieć w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania. Wypełnienie znamion naruszenia następuje w przypadku, gdy uprawniona do tego osoba swoim działaniem doprowadza do skutecznej zmiany zawartej umowy, a zmiana ta nie mieści się w granicach dopuszczonych przez obowiązujące przepisy o zamówieniach publicznych[24].

Identyfikując ryzyka dotyczące zamówień publicznych na podstawie analizy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych należy wskazać na artykuł 18 c. Penalizuje on odpowiedzialność kierownika jednostki za niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków w zakresie kontroli zarządczej, jeżeli miało to wpływ na wystąpienie enumeratywnie wyliczonych nieprawidłowości. Odpowiedzialność z tego tytułu ponosi kierownik jednostki sektora finansów publicznych, który powinien zapewnić funkcjonowanie adekwatnej, skutecznej i efektywnej kontroli zarządczej[25] we wszystkich obszarach działania jednostki nie wyłączając zamówień publicznych.

Innym przepisem, który może mieć istotne znaczenie dla identyfikacji ryzyk omawianego obszaru jest artykuł 4. Wskazuje on, iż odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają:

1) członkowie kolegialnych organów wykonawczych,

2) kierownik jednostki sektora finansów publicznych,

3) osoba, której powierzono wykonywanie określonych obowiązków,

4) osoby spoza sektora finansów publicznych.

---

[24] Orzeczenie GKO z dnia 17 czerwca 2010 r., BDF1/4900/38/44/10/1152.

[25] Ustawa o finansach …, ust. cyt., art. 69 ust. 1, pkt 3.

Przeniesienie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych na pracowników jednostek sektora finansów publicznych lub inne osoby, którym odrębną ustawą lub na jej podstawie powierzono wykonywanie w jednostce czynności, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych może mieć charakter edukacyjny. Uświadamia to tym osobom, że w przypadku wystąpienia nieprawidłowości będą odpowiadały dyscyplinarnie. Znajomość tej sytuacji powoduje, że osoby, którym powierzono określone obowiązki wykonują je dokładniej i wnikliwiej. Możliwość uzyskania tego efekty zależy od poprawności powierzenia obowiązków przez kierownika. Powinien on wiedzieć, że jeśli nie powierzy określonych obowiązków pracownikom lub uczyni to niezgodnie z obowiązującymi w tym zakresie uregulowaniami, to tylko on podlega odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Podobne analizy przeprowadza się w odniesieniu do innych regulacji prawnych dotyczących zamówień publicznych. Tak przeprowadzona identyfikacja daje mapę ryzyk zagrażających prawidłowej realizacji tego obszaru funkcjonowania jednostki.

ZAKOŃCZENIE

Identyfikacja ryzyk w zamówieniach publicznych na podstawie analizy obowiązujących regulacji prawnych jest jedną z wielu możliwych do zastosowania technik. O wyborze jednej z nich decyduje samodzielnie jednostka sektora finansów publicznych. Ważne jest, aby wybrana metoda pozwoliła zidentyfikować wszystkie ryzyka, które mają istotny wpływ na realizację procesu zamówień publicznych. Dla uzyskania pełniejszego obrazu mapy ryzyk można zastosować różne kombinacje technik identyfikacji. Należy przypomnieć, iż identyfikacja jest początkiem procesu zarządzania ryzykiem. Z tego względu pominięcie na tym etapie istotnych faktorów ryzyka w zamówieniach publicznych może wpływać na malejącą efektywność wybranej metody manipulacji ryzykiem. Jej istotą jest zapewnienie efektywności ekonomicznej wydatków dokonywanych ze środków publicznych.

BIBLIOGRAFIA

1. Lipiec-Warzecha L., Komentarz do art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych http://lex.umcs.lublin.pl/lex
2. Płoskonka J., Pojęcie kontroli w ujęciu zarządczym, Kontrola Państwowa nr 2/2006, NIK, Warszawa 2006.
3. Standard zarządzania ryzykiem, Federation of European Risk Management Associations – FERMA 2003, s. 3.
4. Strupczewski G., Zarządzanie ryzykiem – systematyka pojęć, Wiadomości Ubezpieczeniowe nr 5–6/2004, s. 68.
5. Williams C.A., Smith M.L., Young P.C., Zarządzanie ryzykiem a ubezpieczenia, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002.
6. Ustawa o finansach publicznych, Dz. U. n 2009 r. nr 157, poz. 1240 z późn. zm.

7. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.
8. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 (tekst jedn.) z późn. zm.
9. Orzeczenie GKO z dnia 8 lutego 2010 r., BDF1/4900/97/98/09/3375, LEX nr 794561
10. Orzeczenie GKO z dnia 3 lipca 2008 r., DF/GKO/4900/36/34/08/1434, niepubl.
11. Orzeczenie GKO z dnia 2 czerwca 2008 r., DF/GKO/4900/23/21/08/989, niepubl.
12. Orzeczenie GKO z dnia 13 czerwca 2011 r., BDF1/4900/24/28/11/1173, Biul. NDFP 2011, nr 3, poz. 7.
13. Orzeczenie GKO z dnia 24 maja 2010 r., BDF1/4900/11/13/10/209, LEX nr 786477.
14. Orzeczenie GKO z dnia 4 października 2010 r., BDF1/4900/66/73/10/1785, LEX nr 793181.
15. Orzeczenie GKO z dnia 16 marca 2006 r., DF/GKO/Odw.-55/72/2005/487,niepubl.
16. Orzeczenie GKO z dnia 22 marca 2010 r., BDF1/4900/16/18/10/294, LEX nr 786485.
17. Orzeczenie GKO z dnia 14 października 2010 r., BDF1/4900/74/81-84/10/2159, LEX nr 793195.
18. Orzeczenie GKO z dnia 23 października 2006 r., DF/GKO/Odw.-4900-73/91/06/2242, Biul. NDFP 2007, nr 1, poz. 13.
19. Orzeczenie GKO z dnia 19 stycznia 2006 r., DF/GKO/Odw.-86/113/2005/735.
20. Orzeczenie GKO z dnia 17 czerwca 2010 r., BDF1/4900/38/44/10/1152.

KONTROLA ZARZĄDCZA A UDZIELANIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH – ZARYS PROBLEMATYKI

dr Ambroży Mituś
Katedra Prawa Publicznego Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

Maciej Gnela
Katedra Gospodarki i Administracji Publicznej Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

POJĘCIE I ISTOTA KONTROLI ZARZĄDCZEJ

I. W ujęciu tradycyjnym „kontrola" polega na porównaniu stanu wyznaczonego, określonego w stosownym wzorcu lub normie postępowania, ze stanem faktycznym i sformułowaniu na tej podstawie osądu[1]. W przypadku rozbieżności między stanem faktycznym a stanem wyznaczonym dokonuje się ustalenia przyczyn tych rozbieżności oraz wskazuje się sposób ich uniknięcia (tj. ujawnionych nieprawidłowości) w przyszłości. W ramach tak ujętej kontroli wyróżnia się kontrolę zewnętrzną oraz kontrolę wewnętrzną.

Kontrola wewnętrzna obejmuje swoim zakresem tzw. kontrolę wewnętrzną instytucjonalną i funkcjonalną oraz samokontrolę[2]. Pod pojęciem kontroli wewnętrznej instytucjonalnej rozumie się kontrolę sprawowaną przez upoważnionego pracownika ds. kontroli lub kontrolę sprawowaną przez wyodrębnioną w danej jednostce komórkę ds. kontroli. Natomiast kontrola wewnętrzna funkcjonalna polega na wykonywaniu czynności kontrolnych przez kierowników różnych szczebli zarządzania, którzy z racji zajmowanego stanowiska sprawują nadzór nad podległymi im pracownikami i zespołami pracowniczymi[3].

Współcześnie tradycyjne rozumienie „kontroli wewnętrznej" w administracji publicznej – jak podkreślają A. Mikołajczak-Waligórska i Michał A. Waligórski – jest niewystarczające. Według nich kontrola wewnętrzna „powinna obejmować wszystkie aspekty funkcjonowania jednostek administracji publicznej, jak też oceniać czy jednostka jest właściwie przygotowana do realizacji powierzonych jej zadań oraz czy zadania te są poprawnie sformułowane przez kierownictwo oraz rozumiane i akceptowane przez pracowników"[4]. Takie ujęcie kontroli wewnętrznej zwraca uwagę na „planowanie" i „zarządzanie" w administracji publicznej, stanowiąc jednocześnie podłoże dla „kontroli zarządczej".

---

[1] *Kontrola zarządcza w sektorze finansów publicznych. Istota, unormowania prawne i otoczenie. Kompendium wiedzy (wersja 1.0)*, Ministerstwo Finansów, Warszawa 2012, s. 21, dostępne: http://www.mf.gov.pl/ministerstwo-finansow/dzialalnosc/finanse-publiczne/kontrola-zarzadcza-i-audyt-wewnetrzny/kontrola-zarzadcza-w-sektorze-publicznym/baza-wiedzy (25.04.2013).

[2] A. Mikołajczak-Waligórska, M. A. Waligórski, *Kontrola zarządcza w zamówieniach publicznych*, [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne. Część I* (referaty na IV Konferencję Naukową 20–21.06.2011 r. Kazimierz Dolny), Warszawa 2011, s. 91.

[3] *Op. cit.,* s. 92.

[4] *Op. cit.,* s. 91–92.

II. Termin „kontrola zarządcza" został wprowadzony do systemu prawa polskiego ustawą z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych[5]. Ustawodawca wprowadzając to określenie zaniechał posługiwania się, funkcjonującym pod rządami ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych[6], terminem „kontrola finansowa". Niemniej jednak, choć obowiązująca ustawa o finansach publicznych nie posługuje się pojęciem kontroli finansowej, to jednak zawiera wiele określeń dotyczących tego rodzaju kontroli (np. art. 1 pkt 4 u.f.p.)[7].

Kontrola zarządcza w jednostkach sektora finansów publicznych – w myśl art. 68 ust. 1 u.f.p. – stanowi ogół działań podejmowanych dla zapewnienia realizacji celów i zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny (tzn. najlepsza możliwa relacja pomiędzy ponoszonymi nakładami a osiąganymi efektami), oszczędny (tzn. najniższy możliwy kosztu realizacji celów i zadań przy odpowiedniej jakości wykonania) i terminowy (tzn. wykonanie celów i zadań w odpowiednim czasie bez wzrostu ponoszonych nakładów lub utraty jakości)[8]. Celem tak sformułowanej kontroli zarządczej jest w szczególności zapewnienie: zgodności działalności z przepisami prawa oraz procedurami wewnętrznymi; skuteczności i efektywności działania; wiarygodności sprawozdań; ochrony zasobów; przestrzegania i promowania zasad etycznego postępowania; efektywności i skuteczności przepływu informacji oraz zapewnienie zarządzania ryzykiem (art. 68 ust. 2 u.f.p.).

W ujęciu ustawowym kontrola zarządcza odnosi się do całokształtu funkcjonowania jednostki i ma aktywny (dynamiczny) charakter[9]. W literaturze podnosi się, że kontrola zarządcza jest szczególnym reżimem prawnym[10]; że jest „procesem zintegrowanym z bieżącą działalnością jednostki"[11]; że dotyczy „procesów zarządzania (kierownictwa)"[12]; że jest „praktyką świadomego i ustawicznego kształtowania organizacji. Polega na ciągłym lub cyklicznym wykonywaniu działań kierowniczych ujmowanych w cztery sprzężone ze sobą funkcje: planowanie, organizowanie, motywowanie i kontrolowanie"[13].

Wydaje się, że tak zdefiniowana kontrola zarządcza „wchłonęła" kontrolę wewnętrzną, w tym finansową, funkcjonującą w tradycyjnym ujęciu. Za takim rozumieniem kontroli zarządczej opowiada się R. Szostak[14], który mając na uwadze kompleksowy charakter kontroli zarządczej podnosi „brak dostatecznych podstaw ustawowych do przeciwstawienia kontroli zarządczej jakimś odrębnym kontrolom wewnętrznym: gospodarki finansowej, zamówień publicznych, gospodarki mieniem itd. Zmienia się jedynie zakres (przedmiot), a przede wszystkim sposób kontroli dotychczas funkcjonującej. Z uwagi na jej kompleksowy charakter nie powinno się interpretować ustawy tak, aby poza kontrolą zarządczą (pogłębioną) pozostawała jeszcze jakaś inna

---

[5] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240), dalej jako u.f.p.

[6] Ustawa z dnia 30 czerwca 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104).

[7] Szerzej: E. Chojna-Duch, *Próba systematyzacji pojęć i zadań z dziedziny kontroli i audytu wewnętrznego na podstawie ustawy o finansach publicznych*, Kontrola Państwowa Nr 1(330)/2010, s. 50.

[8] *Kontrola zarządcza w sektorze finansów publicznych* ..., s. 20.

[9] M. Matysek, *Projektowanie modelu systemu kontroli zarządczej*, Kontrola Państwowa Nr 2(337)/2011, s. 39.

[10] Na temat kontroli zarządczej jako szczególnego reżimu prawnego zob. A. Szpor, *Kontrola zarządcza a mediacja w administracji publicznej*, Kontrola Państwowa 5(340)/2011, s. 22 i n.

[11] Zob. R. Szostak, *Kontrola zarządcza w jednostkach sektora finansów publicznych – charakterystyka ogólna*, Kontrola Państwowa Nr 5(334)/2010, s. 5.

[12] E. Chojna-Duch, *Próba systematyzacji pojęć* ..., s. 48.

[13] M. Matysek, *Projektowanie modelu* ..., s. 40.

[14] Zob.: R. Szostak, *Kontrola zarządcza* ..., s. 3–20.

kontrola prewencyjna w ramach szeroko pojętej kontroli wewnętrznej"[15]. Podobnie C. Kosikowski, według którego kontrola zarządcza to „dotychczasowa kontrola finansowa (...), która ma charakter kontroli wewnętrznej – obecnie w szerszym ujęciu"[16]. Jak zauważa E. Chojna-Duch do takiego wniosku może prowadzić fakt, że standardy kontroli zarządczej zasadniczo nie różnią się od uprzednich standardów kontroli finansowej. Ponadto uwzględniając „szerokie ujęcie kontroli zarządczej w ustawie" oraz jej różnorodne cele, stwierdza, że może to też oznaczać „połączenie obydwu funkcji: z zakresu zarządzania i kontroli w jednostce". W takim ujęciu „klasyczne rozdzielenie zarządzania i kontroli (...) traci rację bytu [17].

Odmienne stanowisko wydaje się prezentować L. Marcinkowski uważając, że kontrola zarządcza funkcjonuje obok kontroli wewnętrznej. Między innymi stwierdza, że wprowadzenie pojęcia kontrola zarządcza „nie ma bezpośredniego wpływu na zadania i organizację kontroli wewnętrznej w znaczeniu instytucjonalnym"[18]. Na potwierdzenie tego podnosi, że w literaturze podkreśla się, iż kontrola zarządcza „pociąga za sobą dosyć wyraźne konsekwencje w sposobie funkcjonowania systemu kontroli wewnętrznej"[19]. Wydaje się, że wypowiedzi te, wyrwane z kontekstu, nie stoją w opozycji do przywołanej wcześniej tezy, że kontrola zarządcza „wchłonęła" kontrolę wewnętrzną – pod warunkiem, że kontrolę wewnętrzną traktujemy jako komponent kontroli zarządczej.

III. Kontrola zarządcza opiera się na modelu kontroli wewnętrznej COSO oraz wskazówkach dla standardów kontroli wewnętrznej INTOSAI[20]. Ten fakt potwierdzają same standardy kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych, które *expressis verbis* stanowią, że przy ich opracowywaniu uwzględniono następujące międzynarodowe standardy:

a) „Kontrola wewnętrzna – zintegrowana koncepcja ramowa" oraz „Zarządzanie ryzykiem w przedsiębiorstwie"[21],

b) „Wytyczne w sprawie standardów kontroli wewnętrznej w sektorze publicznym"[22],

c) „Zmienione Standardy Kontroli wewnętrznej służące skutecznemu zarządzaniu"[23].

---

[15] R. Szostak, *Na czym polega kontrola zarządcza. Listy, polemiki*, Kontrola Państwowa Nr 1(336)/2011, s. 130.

[16] C. Kosikowski: *Reforma finansów w Polsce w świetle nowej ustawy o finansach publicznych*, Państwo i Prawo Nr 12/2009, cyt. za: E. Chojna-Duch, *Próba systematyzacji pojęć* ..., s. 60.

[17] E. Chojna-Duch, *Próba systematyzacji pojęć i zadań z dziedziny kontroli i audytu wewnętrznego na podstawie ustawy o finansach publicznych*, Kontrola Państwowa Nr 1(330)/2010, s. 60.

[18] L. Marcinkowski, *Kontrola zarządcza w jednostkach sektora finansów publicznych – polemika*, Kontrola Państwowa Nr 6(335)/2010, s. 109.

[19] L. Marcinkowski, *Kontrola zarządcza* ..., s. 109. Autor przywołuje w tym miejscu następujące pozycje: K. Puchacz, *Nowe standardy kontroli zarządczej w jednostkach sektora finansów publicznych*, Gdańsk 2010, s. 8 oraz E. Sławińska-Tomtała, *Kontrola zarządcza w sektorze publicznym*, Warszawa 2010, s. 3.

[20] *Kontrola zarządcza w sektorze finansów publicznych* ..., s. 21. Na temat fundamentów ideowych instytucji kontroli zarządczej zob. A. Szpor, *Kontrola zarządcza* ..., s. 14–16.

[21] Raporty opracowane przez Komitet Organizacji Sponsorujących Komisję Treadway (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission – COSO*); zob.: www.coso.org

[22] Przyjęte w 2004 r. przez Międzynarodową Organizację Najwyższych Organów Kontroli/Audytu (*International Organization of Supreme Audit Institutions – INTOSAI*); zob.: www.intosai.org.

[23] Dokument Komisji Europejskiej przyjęty w 2007 r., *The Revised Internal Control Standard for Effective Management SEC (2007) 1341 appendix 1*.

Standardy kontroli zarządczej stanowią zbiór wskazówek (mechanizmów, instrumentów), które można wykorzystać do „tworzenia, oceny i doskonalenia systemów kontroli zarządczej" w danej jednostce[24]. Celem standardów jest „promowanie spójnego i efektywnego modelu kontroli zarządczej"[25].

Według standardów kontroli zarządczej[26], kontrola zarządcza powinna funkcjonować na dwóch poziomach (płaszczyznach), tj. na poziomie jednostki sektora finansów publicznych (I poziom kontroli zarządczej) oraz na poziomie działu administracji rządowej albo jednostki samorządu terytorialnego (II poziom kontroli zarządczej). W tym ostatnim przypadku może ona polegać na nadzorowaniu działań jednostek organizacyjnych wchodzących w skład działu administracji rządowej albo jednostki samorządu terytorialnego, np. w zakresie funkcjonowania systemu zamówień publicznych, czy też w zakresie zwiększenia spójności celów wszystkich jednostek.

Zapewnienie funkcjonowania adekwatnej, skutecznej i efektywnej kontroli zarządczej jest obowiązkiem: ministra (w kierowanych przez niego działach administracji rządowej); wójta, burmistrza, prezydenta miasta, starosty, marszałka województwa (w odniesieniu do jednostki samorządu terytorialnego) oraz kierownika jednostki (art. 69 ust. 1 pkt 1–3 u.f.p.).

ELEMENTY SYSTEMU KONTROLI ZARZĄDCZEJ

I. Wszelkie jednostki sektora finansów publicznych tworzone są celem realizacji nałożonych na nie zadań publicznych (usług administracyjnych, społecznych, technicznych). Realizacja postawionych przed jednostką sektora finansów publicznych zadań (celów) zawsze obciążona jest ryzykiem, definiowanym jako zdarzenie negatywnie wpływające na osiągnięcie określonych celów i zadań[27]. Ograniczenie ryzyka jest możliwe dzięki „zarządzaniu ryzykiem" na które składa wiele procedur i skoordynowanych działań, które „poprzez identyfikację i analizę ryzyka oraz określanie adekwatnych reakcji na ryzyko zwiększają prawdopodobieństwo osiągnięcia celów i realizacji zadań"[28].

Wprowadzenie mechanizmów kontroli zarządczej zasadniczo nie oznacza tworzenia nowych i nieznanych rozwiązań. Przeważająca większość z nich już w jednostkach istnieje, jak np. regulacje wewnętrzne z zakresu udzielania zamówień publicznych. Kontrola zarządcza w tym ujęciu polega na uporządkowaniu (skatalogowaniu) obowiązujących procedur w zakresie zarządzania jednostką[29]. Jeżeli są wprowadzane nowe mechanizmy to jest to wynikiem przeprowadzonej analizy, z której wynika, że pewne istotne ryzyka nie były dotychczas brane pod uwagę.

---

[24] Komunikat Nr 23 Ministra Finansów z dnia 16 grudnia 2009 r. w sprawie standardów kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych (Dz. UrzMF. Nr15, poz. 84), dalej jako „Standardy kontroli zarządczej".

[25] R. Szostak, *Kontrola zarządcza* ..., s. 14.

[26] Standardy oraz szczegółowe wytyczne w zakresie kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych określa w formie komunikatu Minister Finansów. Szczegółowe wytyczne w zakresie kontroli zarządczej dla danego działu administracji rządowej może także określić sam minister kierujący danym działem.

[27] Komunikat Nr 6 Ministra Finansów z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie szczegółowych wytycznych dla sektora finansów publicznych w zakresie planowania i zarządzania ryzykiem (Dz. UrzMF. poz. 56) – Szczegółowe wytyczne dla jednostek sektora finansów publicznych w zakresie planowania oraz zarządzania ryzykiem, s. 2.

[28] *Ibidem*, s. 2.

[29] *Kontrola zarządcza w sektorze finansów publicznych* ..., s. 19.

II. Według standardów „system kontroli zarządczej" tworzy pięć elementów (płaszczyzn), tj. środowisko wewnętrzne; cele i zarządzanie ryzykiem; mechanizmy kontroli; informacja i komunikacja oraz monitorowanie i ocena. Wszystkie te elementy systemu kontroli zarządczej (występujące zarówno na poziomie jednostki, jak i jej komórek organizacyjnych[30]) są jednakowo ważne i w praktyce tworzą w ramach danego elementu i pomiędzy elementami sieć wzajemnych powiązań. Z tych elementów można stworzyć system kontroli zarządczej, który będzie elastyczny i dostosowany do specyfiki danej jednostki sektora finansów publicznych, w tym do specyfiki komórki ds. zamówień publicznych w tej jednostce. Dlatego nie ma, ani wzorcowego modelu systemu kontroli zarządczej, ani dwóch identycznych systemów kontroli zarządczej[31]. Ponadto nigdy nie można powiedzieć, że kontrola zarządcza została „wdrożona"[32], gdyż jest ona procesem ciągłym, którego celem jest samodoskonalenie się jednostki w obszarze zarządzania.

A. Środowisko wewnętrzne

Prawidłowy przebieg procesu udzielania zamówienia publicznego – począwszy od momentu jego planowania, następnie poprzez samo postępowanie o udzielenie zamówienia, a na wyborze oferty oraz podpisaniu umowy i wykonaniu zamówienia publicznego kończąc – w dużej mierze zależy od zasobów osobowych zamawiającego. Według standardów bardzo ważne jest, aby przygotowywaniem i przeprowadzaniem postępowań o zamówienie publiczne zajmowały się osoby mające stosowną „wiedzę, umiejętności i doświadczenie pozwalające skutecznie i efektywnie wypełniać powierzone zadania". W tym zakresie niezbędne jest dopasowanie wiedzy, umiejętności i kompetencji pracownika do danego stanowiska; zarówno zbyt niskie, jak i zbyt wysokie kwalifikacje mogą być źródłem wielu nieprawidłowości. Nie mniej istotną rolę odgrywa także świadomość tych osób o istnieniu i obowiązywaniu u zamawiającego określonych zasad etycznego postępowania i ich przestrzeganie przy wykonywaniu powierzonych zadań.

W ramach tego elementu systemu kontroli zarządczej należy zadbać, aby struktura organizacyjna jednostek, w tym komórek ds. zamówień publicznych oraz ich usytuowanie w strukturze organizacyjnej jednostki (zamawiającego) była dostosowana do celu i zadań, jakim – w przypadku komórek ds. zamówień publicznych – jest prawidłowe udzielanie zamówień publicznych[33]. Wymaga to także, aby zakres zadań, uprawnień i odpowiedzialności jednostek, w tym komórek ds. zamówień publicznych, oraz ich pracowników był określony „w formie pisemnej w sposób przejrzysty i spójny"[34]. Pracownicy powinni mieć prawidłowo opisane stanowiska pracy (w szczególności w zakresie delegowanych uprawnień) wraz ze wskazaniem zakresu podległości służbowej. Jednakże, aby wszelkie podejmowane działania były zgodne ze standardami, niezbędne jest, aby kierownictwo i osoby zarządzające jednostką cechowały się określoną postawą i zachowaniami, zgodnymi nie tylko z obowiązującym prawem, ale też z ogólnymi lub przyjętymi w jednostce zasadami etycznymi.

---

30 *Kontrola zarządcza w sektorze finansów publicznych* ..., s. 50.

31 Zob. Szczegółowe wytyczne dla jednostek sektora finansów publicznych w zakresie planowania oraz zarządzania ryzykiem, s. 3.

32 *Kontrola zarządcza w sektorze finansów publicznych* ..., s. 18.

33 Zob. Standardy kontroli zarządczej oraz R. Sołowiej, *Kontrola zarządcza w zamówieniach publicznych*, cyt. za: K. Zawadzki, *Kontrola zarządcza w zamówieniach publicznych. Kilka cennych rad*, http://finanse-publiczne.pl/artykul.php?view=1652 (25.04.2013).

34 Zob. standardy kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych.

Implementowanie tego elementu kontroli zarządczej może wymagać m.in. wydania np. kodeksu zasad etyki funkcjonariusza publicznego/urzędnika; przeprowadzanie szkoleń; nagradzanie określonych postaw i zachowań.

B. Cele i zarządzanie ryzykiem

Cel istnienia jednostki, w tym jej komórek organizacyjnych, warto krótko i syntetycznie opisać w misji jednostki. Opis ten może sprzyjać właściwemu ustawieniu hierarchii celów i zadań (jednostki i jej komórek organizacyjnych, w tym komórki ds. zamówień publicznych) oraz efektywnemu zarządzaniu ryzykiem, którego celem jest zwiększenie prawdopodobieństwa osiągnięcia celów i realizacji nałożonych zadań[35].

Stawiane cele i zadania wynikają z przepisów prawa, dokumentów strategicznych, planów działania jednostki, oczekiwań pracowników i interesantów[36]. Są one także uwarunkowane działalnością jednostki i jej wynikami w poprzednich okresach oraz zmianami jej otoczenia (prawne, ekonomiczne)[37]. Formułowane cele muszą być osiągalne i mierzalne, a przede wszystkim istotne. Jak zauważamy, wprowadzenie kontroli zarządczej spowodowało zwrócenie uwagi na fakt, że na realizację celów i zdań jednostki wpływa wiele czynników do których należy zaliczyć nie tylko przepisy prawne, ale także wielkość jednostki, czy skalę jej działalności.

Określając cele (rezultaty działania) i zadania należy wskazać właściwą komórkę organizacyjną lub osoby odpowiedzialne za ich wykonanie oraz należy wskazać zasoby (osobowe, rzeczowe, finansowe) przeznaczone do ich realizacji. Dla przykładu zadania do wykonania przez komórkę ds. zamówień publicznych, w założonym przedziale czasu, będą określone w szczególności w „planach zamówień".

Wykonywane zdania i osiągane cele powinny być monitorowane. W tym celu powinien być stworzony system monitorowania realizacji celów i zadań przy pomocy stosownych kryteriów (mierników), w szczególności pod względem kryterium oszczędności, efektywności i skuteczności[38]. Osiągnięcie celu, jakim jest udzielenie zamówienia publicznego „zgodnie z prawem, w sposób efektywny, oszczędny i terminowy" będzie tym pewniejsze, a prawdopodobieństwo jego osiągnięcia tym wyższe im właściwsze będzie zidentyfikowanie ryzyk[39].

Ryzkiem określa sie te zdarzenia i czynniki, które mają wpływ na osiągnięcie celu lub zadania (np. ryzyko braków kadrowych). Ryzyka mają swoje źródła na zewnątrz i wewnątrz jednostki. Ryzyka wewnętrzne to np. kwalifikacje pracowników, ich postawa, komunikacja pomiędzy nimi i kierownictwem, postawa kierownictwa. Ryzyka zewnętrzne to np. zmiany przepisów prawa.

---

35 *Ibidem*.

36 Szczegółowe wytyczne dla jednostek sektora finansów publicznych w zakresie planowania oraz zarządzania ryzykiem, s. 7.

37 *Ibidem*, s. 7.

38 Zob. standardy kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych.

39 R. Sołowiej, *Kontrola zarządcza w zamówieniach publicznych*, cyt. za: K. Zawadzki, *Kontrola zarządcza w zamówieniach publicznych. Kilka cennych rad*, http://finanse-publiczne.pl/artykul.php?view=1652 (25.04.2013).

Właściwa identyfikacja ryzyk w procesie planowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nie do przecenienia. Identyfikacji ryzyka służą różne techniki, m.in. analiza procesów, kwestionariusze oraz tzw. „burza mózgów"[40]. Każde zidentyfikowane ryzyko wymaga przypisania do określonej komórki i osób odpowiedzialnych za jej funkcjonowanie.

W zamówieniach publicznych „ryzyko" jest obecne w zasadzie na każdym etapie procesu udzielania zamówienia. Natomiast – poszczególne ryzyka – różnią się prawdopodobieństwem ich wystąpienia i powstałymi skutkami. Stąd zidentyfikowane ryzyka poddaje się analizie (prawdopodobieństwo – skutki), w efekcie której określa się akceptowalny poziom ryzyka. W zamówieniach publicznych przykładowymi obszarami występowania ryzyk (czynnikami ryzyka) są np.: niejednolite stosowanie przepisów z zakresu zamówień publicznych[41]; naruszenia zasad zamówień publicznych; naruszenia trybu postępowania; nieprawidłowe szacowanie wartości zamówienia; nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia; nieprawidłowe sporządzenie SIWZ; zmiany prawa i niejednolite orzecznictwo.

Oczywiście należy zarządzać tylko istotnymi, z punktu widzenia jednostki, ryzykami. Nie jest ani możliwe, ani celowe zarządzanie wszystkimi ryzykami. Istotność ryzyka to nic innego, jak prawdopodobieństwo jego wystąpienia i zakres powstałych skutków[42]. W odniesieniu do istotnego ryzyka powinny być określone rodzaje działań (reakcji) określane ogólnie jako: tolerowanie, przeniesienie, wycofanie się i działanie[43]. Jeżeli dane ryzyko jest duże należy określić działanie/działania, których celem będzie jego zmniejszenie do akceptowalnego poziomu. Na przykład, w przypadku ryzyka braków kadrowych (odejście, urlopy chorobowe) zarządzanie ryzykiem będzie polegało na odpowiedniej polityce zastępstw. System kontroli zarządczej dając możliwość reakcji na pojawiające się zmiany, umożliwia efektywne wykorzystanie zasobów osobowych jednostki zapewniając ciągłość i sprawność działania na niezmienionym poziomie.

System „wyznaczania oraz monitorowania celów i zadań" oraz „system zarządzania ryzykiem" stanowią kluczowe elementy kontroli zarządczej, gdyż tworzą one „system planowania celów i zadań oraz mierników ich wykonania"[44].

C. Mechanizmy kontroli

Odpowiedzią na zidentyfikowane ryzyka są odpowiednie mechanizmy kontroli, które „umożliwiają wykonanie zaplanowanych celów i zadań oraz stanowią odpowiedź na ryzyka"[45]. Mechanizmy kontroli tworzą różnego rodzaju procedury wewnętrzne, regulaminy, wytyczne, instrukcje i inne dokumenty określające zakres obowiązków, uprawnień i odpowiedzialności. Stanowią one jednocześnie dokumentację systemu kontroli zarządczej, na którą składa się także dokumentacja dotycząca zarządzania ryzykiem. Taka dokumentacja powinna być spójna i dostępna dla pracowników.

---

[40] Szczegółowe wytyczne dla jednostek sektora finansów publicznych w zakresie planowania oraz zarządzania ryzykiem, s. 13–14.

[41] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759).

[42] Szczegółowe wytyczne dla jednostek sektora finansów publicznych w zakresie planowania oraz zarządzania ryzykiem, s. 15.

[43] Zob. Standardy kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych.

[44] *Kontrola zarządcza w sektorze finansów publicznych* ..., s. 55.

[45] *Op. cit.*, s. 56.

W obszarze zamówień publicznych takimi mechanizmami kontroli może być taki podział obowiązków, który umożliwia wykrywanie i korygowanie nieprawidłowości, np. poprzez wzajemne kontrolowanie się pracowników komórki zamówień publicznych, czy też wyznaczenie pracownika odpowiedzialnego za kontrolę dokonywanych czynności w procesie udzielania zamówień publicznych[46]. Jednym z zasadniczych elementów systemu kontroli jest także nadzór w ramach hierarchii służbowej.

Oczywiście o zakresie i rodzaju wdrażanych mechanizmów kontroli decydują uzyskiwane korzyści (akceptowalny poziom ryzyka), które powinny być wyższe niż ponoszone koszty zabezpieczenia przed ryzykiem. Przy czym wdrożenie najlepszych rozwiązań i systemów nic nie zmieni, jeśli dane z tego systemu nie będą pobierane i analizowane.

Implementowanie tego elementu „systemu kontroli zarządczej" może polegać m.in. na tym, że system danej jednostki będzie posiadał szczegółowe mechanizmy kontroli dotyczące operacji finansowych i gospodarczych. System ten może posiadać mechanizmy służące zapewnieniu bezpieczeństwa gromadzonych, przetwarzanych i wytwarzanych danych (informacji), do których dostęp powinny mieć tylko upoważnione osoby, świadome wartości tych danych[47].

W procesie zamówień publicznych system kontroli zarządczej może zawierać m.in. następujące instrumenty/rozwiązania będące odpowiedzią na zidentyfikowane ryzyka:

- regulamin udzielania zamówień publicznych dla zamówień i konkursów o wartości powyżej i poniżej 14 tys. euro. Dla tych pierwszych regulamin ma charakter techniczno-organizacyjny, osądzający procedurę zamówień publicznych w strukturze i formie prawno-organizacyjnej danego zamawiającego. Dla wartości poniżej 14 tys. euro regulamin określa także procedurę i tryby udzielenia zamówienia kształtowane w ramach przepisów kodeksu cywilnego i przepisów ustawy o finansach publicznych zobowiązujących do celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych[48]. Takie regulaminy powinny posiadać wzory wybranych dokumentów niezbędnych w procedurze udzielania zamówienia publicznego;
- pisemny zakres czynności pracowników komórki ds. zamówień publicznych. Przyjęcie obowiązków przez pracownika powinno być potwierdzone jego podpisem;
- procedurę kierowania pracownika na adekwatne do stanowiska kursy i szkolenia;
- wniosek o udzielenie zamówienia publicznego akceptowany pod względem merytorycznym i finansowym przez odpowiednich pracowników jednostki;
- procedurę kontroli i weryfikacji dokumentów postępowania pod względem merytorycznym.

Szczegółowe propozycje rozwiązań będące „odpowiedzią" na zidentyfikowane ryzyka przedstawia część zatytułowana „Czynności autokontrolne u zamawiającego".

---

[46] R. Sołowiej, *Kontrola zarządcza w zamówieniach publicznych*, cyt. za: K. Zawadzki, *Kontrola zarządcza w zamówieniach publicznych. Kilka cennych rad*, http://finanse-publiczne.pl/artykul.php?view=1652 (25.04.2013).

[47] Zob. Standardy kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych.

[48] Zob. art. 44 ust. 3 u.f.p.

Swoiste mechanizmy kontroli, w zakresie zamówień publicznych, wprowadzają „Zasady dotyczące prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego finansowanych ze środków EFS"[49], których głównym celem jest „zagwarantowanie wprowadzenia mechanizmów, które pozwolą zminimalizować ryzyko występowania nieprawidłowości oraz odpowiednie ich wykrywanie i usuwanie w zakresie przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego"[50].

Zgodnie z Zasadami EFS zaleca się, aby zamawiający posiadał instrukcje, regulaminy dotyczące udzielania zamówień publicznych, które określać będą najważniejsze etapy postępowania i najważniejsze czynności podejmowane w jego toku wraz ze wskazaniem maksymalnych terminów dokonywania poszczególnych czynności oraz stanowisk (pracowników) odpowiedzialnych za ich dokonanie[51].

Zasady EFS, w celu zapewnienia ścieżki audytu oraz kwalifikowalności wydatków, wymagają dokumentowania wszystkich czynności, które zawsze powinny być wykonywane z należytą starannością. Podkreślają, że planując zamówienie należy właściwie planować obciążenie pracą w celu „wyeliminowania presji spowodowanej nierealnymi terminami[52] i planowanymi do osiągnięcia rezultatami". Określając pracochłonność przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy brać pod uwagę przede wszystkim przedmiot zamówienia i jego złożoność[53]. Ten stan rzeczy wymusza konieczność ciągłej analizy zasobów osobowych, tj. czy dana liczba pracowników w danym momencie jest wystarczająca do wykonania przewidzianych zadań[54].

Zasady EFS, w odniesieniu do najbardziej złożonych postępowań (tj. postępowań o dużym stopniu ryzyka), wymagają opracowania szczegółowego planu prac[55]. Taki plan prac powinien być przygotowany/opracowany przed przeprowadzeniem postępowania. Powinien być sporządzony w formie tabeli (najlepiej w formie arkusza kalkulacyjnego), która będzie zawierać „informacje o każdym przetargu oraz terminie zakończenia każdego etapu/zadania (od momentu przygotowania dokumentacji do momentu wykonania i rozliczenia zamówienia) wraz ze wskazaniem osób odpowiedzialnych"[56]. Podkreśla się, że istotnym – ale często pomijanym – etapem zamówienia jest również jego odbiór, który powinien być potwierdzony protokołem odbioru stwierdzającym, że dane zamówienie zostało wykonane należycie; że posiada parametry przedstawione przez wykonawcę w ofercie[57].

---

[49] Dalej jako „Zasady EFS".

[50] Minister Rozwoju Regionalnego, Narodowe Strategiczne Ramy Odniesienia 2007–2013. *Wytyczne w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki*, MRR/KL/1(8)/8/12, Warszawa, 14 września 2012 r. – Załącznik nr 1: Zasady dotyczące prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego finansowanych ze środków EFS, s 53.

[51] Ibidem, s. 53.

[52] Stawianie realnych terminów dotyczy nie tylko czynności zamawiającego, ale także terminów realizacji zamówienia (wykonania umowy).

[53] Zasady EFS, s. 54.

[54] *Op. cit.*, s. 56.

[55] *Ibidem*, s. 56.

[56] Zasady EFS, s. 56.

[57] *Op. cit.*, s. 62.

D. Informacja i komunikacja

System kontroli zarządczej zakłada, że kierownictwo jednostki oraz jej pracownicy mają dostęp do wszelkich informacji niezbędnych do prawidłowego wykonywania powierzonych im obowiązków. System wymiany informacji musi umożliwiać zarówno komunikację wewnętrzną (poziomą i pionową), jak i komunikację zewnętrzną, zwłaszcza z podmiotami mającymi wpływ na osiąganie celów i realizację zadań[58]. Oznacza to, że wprowadzane procedury zawsze muszą być odpowiednio zakomunikowane, a podana informacja powinna być właściwa, aktualna, rzetelna i zrozumiała przez jej odbiorców. Powinna być także udostępniana w odpowiedniej formie i czasie. Może także zawierać uzasadnienie wraz z wskazaniem osoby/osób, które mogą udzielić dodatkowych informacji lub pomóc w rozwiązaniu zaistniałego problemu.

W zamówień publicznych, w ramach tego elementu, może być wprowadzona procedura przekazywania pracownikom jednostki stosownych informacji z zakresu zmian prawa w tym obszarze.

E. Monitorowanie i ocena

Monitorowanie i ocena systemu kontroli zarządczej wymaga, aby poszczególne elementy tego systemu były stale monitorowane pod względem ich skuteczności, co umożliwia natychmiastowe rozwiązywanie zidentyfikowanych problemów[59]. Oprócz monitorowania źródłem informacji o stanie kontroli zarządczej mogą być w szczególności wyniki samooceny[60] (dokonywane przez kierownictwo i pracowników) oraz wyniki przeprowadzonych audytów i kontroli. Niezależną i obiektywną ocenę kontroli zarządczej umożliwia audyt wewnętrzny.

III. Zgodnie z art. 272 ust. 1 u.f.p. audyt wewnętrzny jest „działalnością niezależną i obiektywną, której celem jest wspieranie ministra resortowego lub kierownika jednostki w realizacji celów i zadań przez „systematyczną ocenę kontroli zarządczej oraz czynności doradcze". Audyt wewnętrzny zajmuje się sprawdzeniem prawidłowości działania (np. jednostki) oraz ocenia procesy zarządzania ryzykiem, kontroli i ładu organizacyjnego oraz przyczynia się do poprawy działania (usprawnienia) tych procesów[61]. Oceny kontroli zarządczej dokonuje się w szczególności wg kryterium adekwatności, skuteczności i efektywności.

Jak podkreśla R. Szostak „audyt od kontroli odróżniają głównie odmienne cele (weryfikacja dorobku kontroli i doradztwo), ma on zatem charakter pomocniczo-służbowy i instrukcyjny"[62].

Podstawowe zasady umożliwiające dokonanie obiektywnej oceny jednostki oraz podstawowe wymagania i zalecenia dotyczące budowy i funkcjonowania systemu audytu wewnętrznego

---

58 Zob. Standardy kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych.

59 *Ibidem*.

60 Zob. Komunikat Nr 3 Ministra Finansów z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie szczegółowych wytycznych w zakresie samooceny kontroli zarządczej dla jednostek sektora finansów publicznych (Dz. UrzMF. Nr 2, poz. 11).

61 Instytut Audytorów Wewnętrznych, *Rola audytu w zarządzaniu sektorem publicznym*, s. 12 (*Tłumaczenie na język polski: Katarzyna Lenczyk-Woroniecka)*, http://www.iia.org.pl.

62 R. Szostak, *Kontrola zarządcza* ..., s. 8.

w jednostkach sektora finansów publicznych[63] określają standardy audytu wewnętrznego dla jednostek sektora finansów publicznych[64]. Ich celem jest „jak najwyższa jakość oraz ujednolicenie systemu audytu wewnętrznego w tych jednostkach"[65].

Przepisy ustawy o finansach publicznych określają, że audyt wewnętrzny prowadzi się:

- obligatoryjnie w określonych ustawowo jednostkach (art. 274 ust. 1 pkt 1–8 u.f.p.);
- w określonych ustawowo jednostkach, gdy ich kwota dochodów i przychodów lub kwota wydatków i rozchodów przekroczyła wysokość 40 000 tys. zł (art. 274 ust. 2–3 u.f.p.);
- w jednostkach sektora finansów publicznych, których kierownicy podejmą decyzję o prowadzeniu audytu wewnętrznego (art. 274 ust. 4 u.f.p.);
- w jednostkach w dziale wskazanych przez właściwego ministra kierującego działem (art. 274 ust. 5 u.f.p.).

Mając na uwadze pojęcie i elementy systemu kontroli zarządczej, można powiedzieć, że kontrola zarządcza to obligatoryjna „kontrola wewnętrzna", ale we współczesnym ujęciu, podkreślającym jej „zarządczy charakter"[66]. Kontrola zarządcza nie jest remedium na wszelkie nieprawidłowości w funkcjonowaniu jednostek administracji publicznej, w tym w obszarze zamówień publicznych. Kontrola zarządcza nie chroni przed złymi wyborami celów i nie chroni przed celowym działaniem, będącym obejściem zastosowanych mechanizmów[67]. Ale jeżeli jest adekwatna i jej mechanizmy/procedury są konsekwentnie przestrzegane to zapewnia oszczędną i efektywną realizację zadań, w tym w zakresie procesu przygotowania, udzielania i wykonania zamówienia publicznego. Niewątpliwie kontrola zarządcza wymaga świadomego i rozsądnego podejścia.

CZYNNOŚCI AUTOKONTROLNE U ZAMAWIAJĄCEGO

I. Kontrolę w ujęciu ogólnym należy rozumieć jako narzędzie mające na celu zdiagnozowanie funkcjonowania badanej jednostki, by w razie potrzeby przywrócić lub wdrożyć pożądane działanie[68]. Oczekiwanym efektem tej kontroli jest nie tylko działanie jednostki w zgodzie z prawem powszechnie obowiązującym, ale i z regulacjami wewnątrz-organizacyjnymi. Te ostatnie nie powinny pozostawać w oderwaniu od potrzeby transparentnego i sprawnego działania zamawiającego, zmierzającego do realizacji jego polityki zarządzania i zadań własnych (statutowych). Przekłada się to na takie ułożenie struktury kontrolowanej jednostki, aby działała gospodarnie, celowo i nade wszystko efektywnie. Celem działań kontrolnych jest również podniesienie spraw-

---

63 Szerzej: E. Chojna-Duch, *Próba systematyzacji pojęć* ..., s. 53–55.

64 Zgodnie z § 1 Komunikatu Nr 4 Ministra Finansów z dnia 20 maja 2011 r. (poz. 23) Międzynarodowe Standardy Praktyki Zawodowej Audytu Wewnętrznego (tłumaczenie na język polski) są standardami audytu wewnętrznego dla jednostek sektora finansów publicznych.

65 E. Chojna-Duch, *Próba systematyzacji pojęć* ..., s. 53.

66 *Kontrola zarządcza w sektorze finansów publicznych* ..., s. 24.

67 *Op. cit.,* s. 20.

68 J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 14–19.

ności jednostki, a także zniwelowanie źródeł powstawania nieprawidłowości[69]. Proces weryfikacyjny nie może być utożsamiany wyłącznie z władczymi aktami organów zewnętrznych, ale także z samodzielnymi czynnościami zmierzającymi do poprawnego funkcjonowania. Autokontrola to również sposobność należytego przygotowania dokumentacji do ewentualnych działań instytucji kontroli i nadzoru, które będą upoważnione ustawowo (rzadziej umownie) do weryfikacji wdrożonych procedur związanych z udzielaniem i realizacją zamówień publicznych. Własne instrumenty kontrolne stają się narzędziem w rękach zamawiającego, umożliwiając przeprowadzenie symulacji przyszłej kontroli o charakterze zewnętrznym.

Zamawiający, oprócz realizacji obowiązku poddawania się kontroli zewnętrznej lub wewnątrzadministracyjnej (resortowej), powinien samodzielnie badać czynności i zdarzenia (okoliczności) jakie zachodzą w związku z szeroko rozumianym systemem zamówień publicznych w jednostce. Innymi słowy ma swobodę w zakresie weryfikacji własnych działań, jak również wdrażania procedur sprawdzających czy nałożone zobowiązania są realizowanie poprawnie. W praktyce najczęściej takie działania są podejmowane tuż przed samymi czynnościami organu kontroli zewnętrznej. Mając na względzie korzyści wynikające z możliwości wychwycenia niezgodności procesów (procedur wewnętrznych) zamawiającego, naruszających choćby w minimalnym stopniu przepisy ustaw, w tym dotyczące zamówień publicznych, ewentualny zarzut wydłużenia procesu udzielania zamówienia publicznego, wydaje się być bezpodstawny. Dołożenie należytej staranności przy samodzielnym badaniu procedur związanych z udzielaniem zamówień publicznych może przynieść wyłącznie korzyści, w postaci usprawnienia istniejących reguł postępowania.

II. Kierownik jako organ zarządzający zamawiającego, ma swobodę w przyjęciu form autokontroli, mającej na celu usprawnianie i szanowanie działań dokonywanych w ramach procedury, np. zamówień publicznych. Jedyne ograniczenie tej swobody odnosi się do kryterium legalności, czyli powinności procedowania (prowadzenia kontroli wewnętrznej) w granicach i na podstawie prawa powszechnie obowiązującego.

Zakres kontroli organizacyjnej nie musi się ograniczać tylko i wyłącznie do zgromadzonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumentów i informacji przekazywanych przez wykonawców, ale może odnosić się również do samej procedury wewnątrz-organizacyjnej, stosowanej przy udzielaniu zamówień publicznych przez zamawiającego, jak i do czynności poprzedzających samą procedurę. Działania kontrolne w przeważającej mierze będą miały charakter weryfikacji bieżącej procedury lub czynności. Rzadziej będą występowały jako kontrola następcza, choćby z tego względu, że system zamówień publicznych nie przewiduje, lub czasami wręcz wyklucza, powtarzanie czy też uzdrawianie dokonanych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wszystko celem zachowania naczelnych zasad prawa zamówień publicznych takich jak równość traktowania wykonawców i transparentność postępowań w przedmiocie udzielania zamówień publicznych. Należy podkreślić, że skoro art. 18. ust. 1 ustawy Pzp odpowiedzialnością za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania zawsze obciąża kierownika zamawiającego, to kontrola organizacyjna przynajmniej w pewnym stopniu może zminimalizować ryzyko powstania tej odpowiedzialności (administracyjnej, karnej lub cywilnoprawnej).

Wydaje się, że autokontroli można poddać wszystkie czynności związanie nie tylko z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale także sam proces identyfikacji przedmiotowej zamówienia, jak również kwestie związane z realizacją zawar-

[69] I. Majsterkiewicz, *Regulamin kontroli wewnętrznej*, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr Sp. z o.o., Gdańsk 2011, s. 9.

tej umowy o zamówienie publiczne. Badanie czynności przygotowawczych musi mieć charakter dynamiczny i polegać na niezależnym działaniu osób upoważnionych przez kierownika zamawiającego, tak aby uchwycić punkt widzenia badającego w odniesieniu do osoby dokonującej sprawdzanej aktywności.

Wydaje się, że w procesie kontroli powinny być wzięte pod uwagę wymienione niżej zagadnienia.

A. W pierwszej kolejności należy poddawać autokontroli sam proces decyzyjny w zakresie zgłaszanego przez zamawiającego zapotrzebowania na dostawę, usługę czy też robotę budowlaną. Należy postawić pytanie, jaka potrzeba ma być zaspokojona w związku z realizacją zamawianego przedmiotu. Nawet w razie potwierdzenia „istnienia potrzeby", wdrożenie procedury zamówienia publicznego może okazać się zbędne już na etapie planowania, w dwóch przypadkach. Pierwszy, gdy zamawiający dysponuje już odpowiednimi zasobami (materialnymi lub pracowniczymi) niezbędnymi do zrealizowania niezaspokojonej potrzeby. Drugi, gdy dostawa, usługa lub robota budowlana co prawda jest celowa, ale nie jest niezbędna dla zamawiającego (np. może być zaspokojona w inny sposób, lub w późniejszym czasie przy zdecydowanie mniejszych kosztach. Dzięki właściwemu badaniu projektowanego zamówienia publicznego, można uniknąć marnotrawstwa, lub multiplikowania kosztów własnych.

Drugie pytanie jakie powinien sobie zadać kierownik zamawiającego powinno zmierzać do uzyskania odpowiedzi, czy na przedmiot zamówienia będą mogły zostać przeznaczone odpowiednie środki finansowe. W tym celu należy wstępnie oszacować wartość zamówienia. Pomocne może okazać sie odniesienie do poprzednio udzielonych zamówień podobnych lub ogólne oszacowanie wartości zamówienia, uwzględniające należne obciążenia publicznoprawne (np. akcyzę, cło lub podatek od towarów i usług). Samo posiadanie środków nie jest wystarczające do stwierdzenia racjonalności zamówienia. Odpowiednie badania finansowo-rachunkowe powinny odpowiedzieć na pytanie, czy wydatek nie zaburzy struktury budżetowej jednostki, lub nie spowoduje jej nadmiernego zadłużenia. Warto podkreślić, że zalecane jest wszczynanie tylko takich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, na realizację którego zarezerwowano kwotę stanowiącą co najmniej równowartość szacunku, powiększonego o należny podatek VAT[70].

B. Stopień poprawności przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uzależniony od pilności (niezwłoczności) uzyskania przedmiotu zamówienia. W szczególności w postępowaniach poniżej progów ustalonych w oparciu o przepisy wydane na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, brak autodyscypliny w zakresie badania przygotowywanej dokumentacji powoduje, że błędy wychwytywane są dopiero później (o ile w ogóle), w czasie otwartej procedury. Tak np. nieprecyzyjny lub niekompletny opis przedmiotu zamówienia, który w dalszej kolejności należy uzupełniać w drodze zmiany SIWZ, przekłada się na przedłużenie czasu trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ta okoliczność może być przyczyną „jałowości" postępowania, czyli braku zainteresowania postępowaniem po stronie wykonawców. Tutaj zastosowanie dialogu technicznego może zostać wykorzystane jako instrument nie tylko zbudowania opisu parametrów, ale może także służyć zbadaniu studium wykonalności projektowanego zamówienia publicznego.

Kierownik zamawiającego może zbędnie sformalizować postępowanie o zamówienie publiczne poniżej „progów unijnych", co przełoży się na przewlekłość tego postępowania. Dotyczy

---

[70] R. Szostak, *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych. Wartość zamówienia publicznego*, Zamówienia Publiczne. Doradca Nr 1/2007, s. 26, także S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 410.

to w szczególności „automatycznego" powoływania komisji przetargowej. Funkcjonowanie tej komisji jest uzasadnione w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Natomiast nie jest niezbędne jej powoływanie przy większości zamówień publicznych poniżej progów unijnych. Powoływanie zespołu pomocniczego jest niecelowe wówczas, gdy kwestia oceny i badania ofert oraz właściwości wykonawców może zostać rozstrzygnięta przez jedną osobę, powołaną przez kierownika zamawiającego na podstawie art. 18 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, żądanie przedkładania w nadmiernej ilości dokumentów może zostać uznane przez wykonawców za nieadekwatne do rangi udzielanego zamówienia publicznego. Dlatego ważnym elementem badania treści SIWZ jest wyważenie potrzeby wyeliminowania wykonawców niezdolnych do realizacji planowanego zamówienia publicznego, przy jednoczesnym umożliwieniu udziału w postępowaniu[71] wszystkim wykonawcom posiadającym zdolność do należytego zrealizowania zaciągniętego zobowiązania.

C. Przed wszczęciem postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, organ zarządzający powinien zadbać o zbadanie przygotowanej, zwłaszcza w kontekście tożsamości, treści SIWZ i treści ogłoszenia. Na tym etapie procedury mogą być wychwycone sprzeczności, które mogłyby uniemożliwić przeprowadzenie legalnego postępowania o zamówienie publiczne, oraz mogą być zidentyfikowane oczywiste omyłki lub błędy językowe. Badaniu na tym etapie podlega także zgodność projektowanej dokumentacji zamówienia z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Trzeba pamiętać, że skoro wszelakie nieścisłości SIWZ nie mogą obciążać wykonawcy[72], odpowiedzialność z tego tytułu będzie po stronie zamawiającego.

W omawianym etapie zamawiający powinien zbadać czy w ostatnim roku budżetowym nie udzielono podobnych zamówień publicznych, które przy zsumowaniu mogą przekroczyć próg unijny, lub równowartość wyrażonej w złotych 14 000 euro, która nakłada wymóg zastosowania ustawy Pzp. Dlatego zamawiający powinni prowadzić specjalny wykaz (rejestr) przeprowadzanych zamówień (według podziału CPV). Te działania nie doprowadzą do naruszenia art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, który zabrania dzielenia zamówień publicznych celem uniknięcia stosowania rygorów wynikających z wymienionego aktu prawnego. Takie sytuacje mają w praktyce miejsce w dużych instytucjach zamawiających, w których może być więcej niż jedna komórka organizacyjna upoważniona do przeprowadzania zamówień publicznych w imieniu zamawiającego.

D. Czynności sprawdzające w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mogą być inicjowane w pierwszej kolejności przez wykonawców, w drodze zapytań (art. 38 ustawy Pzp) lub w dalszej kolejności – w drodze „zgłoszeń sygnalizacyjnych" (art. 181 ust. 1 ustawy Pzp). W żaden sposób nie oznacza to kompetencji uczestników postępowania do wydawania wiążących poleceń zamawiającemu. Ich działania mogą jednak okazać się przydatne do prostowania ewentualnych omyłek proceduralnych lub innych, związanych z przedmiotem zamówienia.

E. Ze względu na niepowtarzalność czynności otwarcia ofert[73], przed ujawnieniem ich treści, należy zbadać w strukturze organizacyjnej zamawiającego, czy zostały zlokalizowane i zidentyfikowane wszystkie oferty złożone w ramach tej struktury. Wykonawca nie może ponosić nega-

---

[71] Wyrok KIO z 03.01.2012 (sygn. akt KIO 2683/11).

[72] Wyrok KIO z 07.12.2012 (sygn. akt KIO 2584/12).

[73] Nie można jej powtórzyć, a stwierdzenie jakichkolwiek uchybień związanych z tym zdarzeniem powoduje obligatoryjne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp).

tywnych konsekwencji nieumiejętnego zarządzania strukturą organizacyjną zamawiającego. Wykonawca składając ofertę osobie, która poświadcza jej odbiór w imieniu zamawiającego, ma prawo przyjąć, że zostanie ona przedłożona kompetentnym osobom. Odmienna reguła naruszyłaby między innymi zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców[74]. Kontrola tego rodzaju okoliczności powinna obciążać konkretną osobę, uprawnioną do zbadania czy w jednostkach organizacyjnych zamawiającego, odpowiedzialnych za przyjmowanie oświadczeń od osób trzecich, nie ma złożonych ofert w ramach konkretnej procedury o zamówienie publiczne.

F. Badanie i ocena ofert powinny być obarczone szczególnymi rygorami autokontrolnymi. Optymalnym rozwiązaniem, rzadko stosowanym w praktyce, jest niezależne od siebie badanie złożonej dokumentacji przez wszystkich członków komisji. Wyniki ich pracy powinny być konfrontowane pod względem spójności, a efektem tej kontroli powinno być eliminowanie wykrytych sprzeczności. Jeżeli komisja przetargowa z jakiegokolwiek dopuszczalnego prawem powodu nie została powołana, wówczas kierownik zamawiającego powinien przyjąć inny sposób sprawdzenia procesu decyzyjnego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty. Może np. podjąć się wykonania takiego zadania osobiście, lub zlecić je specjaliście z zakresu zamówień publicznych.

G. W procesie zawierania umowy o zamówienie publiczne można przeanalizować cały proces wyboru oferty, kładąc szczególny nacisk na determinanty kształtujące przekonanie, że najkorzystniejsza oferta nie podlega odrzuceniu, i została ona złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu. W okresie *„stand still"* można podjąć decyzję co do powtórzenia niektórych czynności, np. ustalenia istnienia rażąco niskiej ceny, lub innych przesłanek odrzucenia złożonej oferty. Nie ma tu znaczenia, kiedy i w jaki sposób zamawiający powziął informacje kwalifikujące ofertę do odrzucenia. Najczęściej będą to zgłoszenia kierowane przez wykonawców, jednak nie można wykluczyć samodzielnego podjęcia decyzji przez instytucję zamawiającą w przedmiocie powtórzenia czynności.

H. Realizacja zamówienia publicznego, nie powinna pozostać poza obszarem zainteresowania zamawiającego. Pomyślne zakończenie zamówienia publicznego nie kończy się z chwilą zawarcia umowy o treści przedłożonej oferty, uznanej za najkorzystniejszą. Należyte wykonanie umowy przez wykonawcę, to nie tylko wykonanie zobowiązań wynikających bezpośrednio z jej treści, ale również z przepisów ustawy. Tak np. przekazanie instytucji zamawiającej (zamawiającemu) przedmiotu określonej dostawy, nie może zostać uznane za prawidłowe wykonanie umowy, jeżeli dostarczone rzeczy – w myśl art. 357 k.c. – nie są co najmniej średniej (czyli dobrej) jakości. Ten przepis chroni zamawiającego, gdyż wykonawca nie może zwolnić się ze zobowiązania poprzez świadczenie rzeczy należących wprawdzie do tego samego gatunku, lecz gorszej od średniej (czyli dobrej) jakości[75]. W takiej sytuacji zamawiający może dochodzić dostarczenia przedmiotu dostawy o co najmniej dobrej jakości (jeżeli nie umówiono się o wyższą jakość). Podobnie samo przyjęcie roboty budowlanej przez zamawiającego poprzez złożenie oświadczenia w protokole odbioru prac, nie rodzi obowiązku wypłaty wynagrodzenia, jeżeli robota okaże się niezgodna ze sztuką budowlaną (zwyczajem) i przepisami prawa[76]. Wobec tego celem uniknięcia ewentualnych sporów w praktyce można w treści umowy określić te wymogi, które wynikają z przepisów praw-

---

[74] Wyroki KIO z dnia 16 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1291/10); 4 kwietnia 2011 roku (sygn. akt KIO 619/11 620/11).

[75] A. Rzetecka-Gil, Komentarz do artykułu 357 k.c. [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna, Lex 2011.

[76] Wyrok KIO z 1 marca 2013 roku (KIO 363/13).

nych albo co najmniej zbadać, czy treść umowy w zestawieniu z dotyczącymi jej przepisami prawa gwarantuje należyte wykonanie umowy. Treść umów powinna być zatem badana w odniesieniu do przepisów Kodeksu cywilnego i innych ustaw, mających zastosowanie do umowy. Nie można również uznać umowy za możliwą do wykonania, jeżeli świadczenie nie może być zrealizowane według kryteriów obiektywnych przez żadnego wykonawcę[77], w szczególności ze względu zbyt krótki, z obiektywnego punktu widzenia, czas realizacji zamówienia. Podane przykłady mogą stanowić uzasadnienie potrzeby tworzenia treści umów o zamówienie publiczne z uwzględnieniem wszystkich dotyczących ich przepisów prawnych, a nie tylko ograniczać się do formalnego przestrzegania zasady pisemności (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp). Warto również racjonalnie określać w umowie wysokość kar umownych, które z jednej strony mają za zadanie dyscyplinować wykonawców do prawidłowego, w tym terminowego realizowania przedmiotu umowy[78], ale z drugiej nie powinny być zastrzegane w wysokości zniechęcającej wykonawców do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

III. Wskazane jest powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne, jeżeli zamawiający nie ma pewności o poprawności dokonanych rozstrzygnięć. Orzecznictwo KIO wspiera zamawiającego przez potwierdzanie posiadania przez niego kompetencji „śledczych". Zamawiający nie musi bowiem poprzestać na badaniu złożonej przez wykonawcę dokumentacji, a dotyczącej w szczególności zdolności do realizacji zamówienia publicznego, jak i też niespełniania przesłanek co do wykluczenia z udziału w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązkiem zamawiającego jako gospodarza procedury jest ustalenie rzeczywistego stanu rzeczy. Nie może on zatem poprzestać na wyjaśnieniach i dokumentach złożonych przez wykonawcę. Ustawa Pzp, wprowadza co prawda ograniczenia natury dowodowej (art. 25 ust 1 ustawy Pzp), jednak nie wyłączają one możliwości samodzielnego zbadania przez instytucję zamawiającą, oferentów ubiegających się udzielenie zamówienia publicznego.

Samo badanie treści zawartych umów o zamówienie publiczne jest ograniczone, ze względu na brak możliwości aneksowania zawartych umów, ze względu na rygory art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Jednak w pewnym zakresie można dokonać identyfikacji błędów, które mogą zostać zmienione w następstwie samodzielnych działań, nie prowadzących do unieważnienia zawartej umowy. W sytuacji sprzeczności zawartej umowy ze złożoną ofertą lub specyfikacją istotnych warunków zamówienia należy dokonywać korekt oczywistych omyłek pisarskich, lub nieścisłości nieistotnych z punktu widzenia wzajemnych zobowiązań stron.

IV. Ustawa Pzp wymaga aby zamawiający wdrożył jedynie regulamin prac komisji przetargowej, jednak powszechną praktyką są regulaminy dotyczące zasad udzielania zamówień publicznych przez zamawiającego. Regulaminy mają sens tylko i wyłącznie jeżeli stanowią niezbędne uzupełnienie i uszczegółowienie przeprowadzanych procesów związanych z udzielaniem zamówień publicznych. Niedopuszczalne wydaje się przepisywanie wprost do regulaminu tylko regulacji ustawowych. W takiej sytuacji badanie posiadanych procedur powinno dać ocenę negatywną.

Procedury wewnętrzne zamawiającego, powinny być sprawdzane pod kątem ich celowości i skuteczności. Nierzadko ich wdrażanie powoduje zbędną biurokratyzację systemu zamówień publicznych jednostki zamawiającej, lub niezamierzoną przewlekłość postępowania. Zbędne lub nieprawidłowe procedury mogą skutkować nieporządnymi zjawiskami w zależności od tego czy

---

[77] Wyrok SN z 18.05.2011 (III CSK 217/10).

[78] Wyrok KIO z 29 stycznia 2013 roku (KIO 113/13; KIO 117/13).

stanowią nadregulację czy też „niedoregulację" pewnych zagadnień. Weryfikacja określonych procedur wewnętrznych powinna podlegać periodycznej kontroli z punktu widzenia ich czasochłonności i racjonalności. W pierwszej kolejności zaleca się zbadanie, czy należycie określono terminy końcowe dla poszczególnych odcinków (etapów) procedury. Nieumiejętne wskazanie terminu czynności lub też jego pominięcie może spowodować nadmierną przewlekłość postępowania. To samo dotyczy czasu przeznaczonego na podjęcie kontrasygnaty. Regulacje przyjęte z systemu prawa administracyjnego bardzo często umożliwiają jednostronne decyzje, bez podawania uzasadnienia, czyli według własnego uznania. Niekiedy uprawnione osoby nie mają wskazanego terminu końcowego na podjęcie działań, do których są zobowiązani na podstawie regulaminu. Samo rozbudowanie systemu kontrasygnat u zamawiającego, często może okazać się próbą rozmycia odpowiedzialności za decyzję w zakresie podjęcia procedury udzielenia zamówienia publicznego. Niestety zamiast weryfikacji zasadności procedury, w praktyce wydłuża się tylko czas jej trwania. Celem regulaminu powinno być uporządkowanie prowadzonych postępowań, a nie bezskuteczna próba stworzenia podstawy do przerzucenia odpowiedzialności, i tak obciążającej kierownika zamawiającego. Regulamin nie powinien być także podstawą do gromadzenia dokumentacji, rzekomo poświadczającej wielotorowość badania zasadności i celowości przeprowadzanego zamówienia publicznego, i przez to stanowić w istocie przyczynę zbędnej biurokracji.

V. Badanie udzielenia zamówienia publicznego nie powinno sprowadzać się do poprawności proceduralnej, ale przede wszystkim do badania przesłanek jego należytego wykonania, w tym otrzymania przedmiotu zamówienia zgodnego z potrzebą, którą zamawiający chce zaspokoić. Dlatego autokontrola zamawiającego wydaje się niezbędnym elementem procesu zarządzania tym podmiotem. Pomijając obciążenia natury finansowej i czasowej, własne procedury kontrolne w sposób bezpośredni wychwytują ewentualne pomyłki, niedociągnięcia czy też rażące błędy skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kierownik zamawiającego nie może zapomnieć o ciążącym na nim obowiązku przeciwdziałania zjawisku przewlekłości proceduralnej we własnej jednostce.

VI. W systemie zamówień publicznych ciężar poprawności prawno-merytorycznej spoczywa z reguły na zamawiającym, niezależnie od profilu funkcjonowania jednostki. Innymi słowy wymaga się od zamawiających należytej staranności, którą można przyrównać do należytej staranności wymaganej od przedsiębiorców (art. 355 § 2 k.c.). W zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający powinien być traktowany jak profesjonalista. Dlatego przy wdrażaniu procedur wewnętrznych powinien pamiętać o potrzebie systematyzowania jej strategii, analizowania ryzyk płynących z poszczególnych działań organizacyjnych, przy jednoczesnym wyważeniu przeznaczenia posiadanych zasobów na realizację niezbędnych celów. Procesy autokontroli powinny prowadzić do tego, aby zamawiający był zdolny do uczenia się[79], czyli adaptowania pożądanych wzorców działania przy jednoczesnym eliminowaniu nieprawidłowości w procesie udzielania zamówień publicznych i ich realizacji.

[79] B. R. Kuc, *Metodologia badań organizacyjnych*, [w:] S. Duchniewicz (red.), *Metody organizacji i zarządzania. Teoria i praktyka (praca zbiorowa)*, Wydawnictwo menadżerskie PTM, Warszawa 2005, s. 25.

SĄDOWA KONTROLA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH – ASPEKTY PRAKTYCZNE I PRAWNE

Małgorzata Kartasiewicz – doktorant Wydziału Prawa UwB

Jerzy Pieróg – radca prawny

WPROWADZENIE

Zadaniem podstawowym każdej kontroli jest weryfikacja stanu rzeczywistego ze stanem pożądanym. W zamówieniach publicznych zadaniem kontroli jest sprawdzenie prawidłowości przeprowadzonych procedur wyboru wykonawcy w świetle obowiązujących przepisów, tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 Nr 113, poz. 759 ze zm. – dalej jako ustawa Pzp) i przepisów wykonawczych. Kontrola ta zatem odnosi się do aspektów formalnych, czyli procedury, w jakiej zamówienie zostało udzielone, nie zaś do aspektów materialnych, czyli zasadności udzielenia zamówienia lub słuszności wyboru danej oferty. Dla zrealizowania tego zadania w ustawie Pzp przewidziano dwa rodzaje środków kontroli:

– bezpośrednie, stosowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako Prezes UZP), działającego w imieniu władzy publicznej,

– pośrednie, stosowane przez wykonawców, działających w imieniu i w interesie własnym, ale zapewniające weryfikację postępowania zamawiającego.

Środki te, niezależnie od partykularnych interesów wykonawców, mają zapewnić przestrzeganie procedur, co w efekcie ma się przełożyć na dokonanie wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w ujęciu ogólnym – na efektywne i przejrzyste realizowanie zadań publicznych. Dlatego też wykonawcy zostali wyposażeni w środki ochrony prawnej, które – dając im prawo do zabezpieczenia swoich interesów – pozwalają na bieżącą weryfikację poczynań zamawiającego. Prezes UZP natomiast dostał instrumenty kontroli bieżącej (kontrola uprzednia), jak i kontroli następczej (kontrola doraźna). Ten pierwszy instrument wiąże się z zamówieniami współfinansowanymi ze środków Unii Europejskiej, a przepisy ustawy Pzp nie są jedynymi, które pozwalają na kontrolę takich wydatków. Weryfikację działań zamawiających przeprowadzają też instytucje zarządzające, które weryfikując zgodność postępowania z ustawą Pzp, decydują o kwalifikowalności wydatków, a tym samym przesądzają o wypłacie środków finansowych.

Opisane wyżej rodzaje kontroli zamówień publicznych można nazwać specjalistycznymi, charakterystycznymi tylko dla tej dziedziny stosunków społeczno – gospodarczych. Mają one charakter interwencji władczej określonych organów (Prezes UZP, Krajowa Izba Odwoławcza – dalej jako KIO, instytucje zarządzające), dlatego też działalność tych organów poddana została kontroli sądowej. Z uwagi na cywilistyczny charakter ustawy Pzp, kontrola sądowa sprawowana jest przede wszystkim przez sądy powszechne. I na tych aspektach kontroli, wykonywanych przez sądy cywilne, skupia się niniejsza praca. Dla jej zrealizowania, analizie poddano działalność sądów skupioną na czterech płaszczyznach:

– instancyjnej weryfikacji orzeczeń KIO,

– unieważnienia umowy,

– dochodzenia zwrotu zatrzymanego wadium,

– odmowy wypłacenia środków unijnych.

Nie wyklucza to oczywiście innych płaszczyzn kontroli sądów, i to zarówno sądów cywilnych, jak i administracyjnych (np. wpis na tzw. czarną listę, odmowa przyznania środków unijnych). Sprawy te pozostają poza przedmiotem zainteresowania niniejszej pracy.

Zgodnie z tytułem analiza, opierając się na konkretnych przykładach, podejmuje prawne aspekty działalności kontrolnej sądów powszechnych pod kątem jej przydatności i wpływu na system zamówień publicznych w Polsce.

Sądowa kontrola zamówień publicznych nie jest wprost opisana w ustawie Pzp, gdyż odbywa się na podstawie przepisów powszechnie obowiązujących. Jedynie niektóre zagadnienia dotyczące skargi na wyrok KIO zostały uregulowane w tej ustawie. Wynika to z faktu, iż sądowa kontrola nie skupia się jedynie na ocenie czynności podjętych przez zamawiającego pod kątem ich zgodności z procedurami opisanymi w ustawie Pzp, ale weryfikuje wszelkie zdarzenia wynikłe w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, od działań wykonawców zmierzających do uzyskania zamówienia, po zgodne z prawem krajowym i europejskim wydatkowanie środków publicznych. Wykraczając poza ustawę Pzp sądowa kontrola wchodzi na grunt stosunków cywilnoprawnych, dlatego też często działania te warunkowane są przez pryzmat ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm. – dalej jako KC).

SKARGA NA ORZECZENIE KIO

A. Prawo

W obecnym stanie prawnym skarga jest jednym z dwóch środków ochrony prawnej i przysługuje na wyrok KIO lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze. Ustawodawca wprowadzając instytucję skargi miał na uwadze, z jednej strony, zapewnienie kontroli zamówień publicznych przez niezależny i niezawisły sąd, z drugiej zaś – zapewnienie szybkości postępowania, co miało zostać osiągnięte przez wyłączenie możliwości cofnięcia sprawy do ponownego rozpoznania oraz wyznaczenie terminu do rozpoznania skargi (1 miesiąc od jej wpływu do sądu). Skargi na orzeczenia KIO rozpoznają sądy okręgowe właściwe dla siedziby zamawiającego. W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (dalej jako KPC) o apelacji, o ile przepisy nie stanowią inaczej.

Celem skargi, podobnie jak apelacji, jest ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy w zakresie żądań zgłoszonych w odwołaniu (wyrok SO w Nowym Sączu z 30.9.2008 r., III Ca 454/08, niepubl.). Uwzględniając skargę, sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka co do istoty sprawy. Wniesienie skargi nie wstrzymuje jednak podpisania umowy (art. 183 ust. 1 ustawy Pzp). Ale też samo zawarcie przez zamawiającego umowy z wykonawcą nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu skargi przez sąd. Sąd Najwyższy, przyjmując dopuszczalność rozpoznawania skargi w sytuacji, gdy umowa jest wykonywana (ale nie jest wykonana), podkreślił konieczność uwzględnienia przez sąd wszelkich możliwych konsekwencji mającego zapaść orzeczenia, wskazując, że samo zawarcie

przez zamawiającego umowy z wybranym oferentem nie skutkuje utratą legitymacji do zaskarżenia skargą wyroku zespołu arbitrów (uchwała SN z 14.10.2005 r. III CZP 73/05, OSN 2006, Nr 7–8, poz. 121; uchwała SN z 18.10.2007 r. III CZP 87/07, OSN 2008, Nr 10, poz. 115 – aktualne również pod rządami obecnych przepisów).

Warto zauważyć, iż chociaż skarga jest jednym ze środków ochrony prawnej, to prawo do jej wniesienia posiada także zamawiający (art. 198a ust. 1). Jak pokazują statystyki, zamawiający coraz częściej z tego uprawnienia korzystają. W 2005 roku 15% skarg wniesionych na wyrok KIO (wtedy zespołu arbitrów) zostało złożonych przez zamawiających, natomiast w 2011 r. było to już 25%.

W 2010 r. weszło w życie szereg istotnych zmian w zakresie środków ochrony prawnej (m. in. zlikwidowano instytucję protestu). Wraz ze zmianami w tym zakresie wprowadzono też nowe opłaty od skargi. Dotychczasowy wpis na poziomie 3000 zł został uzależniony od wysokości wpisu od odwołania i wynosi pięciokrotność tej opłaty, czyli kwotę od 37 500 do 100 000 złotych. Jeżeli natomiast skarga dotyczy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjętych po otwarciu ofert, jest to opłata stosunkowa w wysokości 5 proc. wartości zamówienia, nie więcej niż 5 milionów złotych.

Uprawienie do złożenia skargi ma również Prezes UZP, jednakże on z uprawnienia tego korzysta stosunkowo rzadko.

B. Praktyka

Z informacji publikowanych przez UZP wynika, że od początku działania KIO (grudzień 2007 r.) do końca 2008 r. wpłynęło 280 skarg (przy 2009 odwołaniach), w tym 3 wniesione zostały przez Prezesa UZP. Ze 176 rozstrzygnięć wynika, że:

- 27 skarg odrzucono (15%);
- 97 skarg oddalono (55%);
- 29 skarg uwzględniono (17%);
- 23 postępowania skargowe umorzono (13%).

W 2009 roku na 1416 rozpoznanych odwołań wniesiono 316 skarg do sądu, w tym 11 wniesionych zostało przez Prezesa UZP. Rozpoznanych zostało 196, z czego:

- 26 zostało odrzuconych (13%),
- 113 zostało oddalonych (58%),
- 35 zostało uwzględnionych (18%),
- w 22 sprawach sąd umorzył postępowanie skargowe (11%).

W 2010 roku wpłynęło 2067 odwołań, natomiast skarg do sądów skierowanych zostało 225, w tym 146 skarg dotyczyło orzeczeń wydanych w postępowaniach wszczętych przed wejściem w życie nowelizacji z 2 grudnia 2009 r. (65%) oraz 79 skarg dotyczyło orzeczeń wydanych w postępowa-

niach wszczętych od dnia 29 stycznia 2010 r. (35%). 3 spośród tych skarg wniósł Prezes UZP. Na podstawie przekazanych Krajowej Izbie Odwoławczej orzeczeń sądów okręgowych ustalono, że w 2010 r. rozpoznano 165 skarg, z których:

- 45 zostało odrzuconych (27%),
- 80 zostało oddalonych (49%),
- 23 zostały uwzględnione (14%),
- w 17 sprawach sąd umorzył postępowanie skargowe (10%).

W 2011 roku natomiast wniesiono 148 skarg na orzeczenia KIO (co stanowi 5% odwołań rozpoznanych w 2011 r.). Sądy okręgowe rozpoznały 98 skarg, z których:

- 55 zostało odrzuconych (56%),
- 22 zostały oddalone (23%),
- w 12 sprawach sąd uwzględnił skargę (12%),
- w 9 sprawach sąd umorzył postępowanie skargowe (9%).

Z przedstawionych wyżej informacji wynika, iż w każdym roku na orzeczenia KIO wpływało od 5% do 23% skarg. Z tym, że bliżej 23% było przed zmianą przepisów odnoszących się do wysokości wpisu. W 2011 roku było to już tylko 5%.

C. Wnioski

1. Zauważalny jest znaczący, bo prawie pięciokrotny, spadek liczby rozpatrywanych skarg po wejściu w życie przepisów drastycznie zmieniających wysokość wpisu od skargi.

2. Obserwuje się coraz większy odsetek skarg odrzucanych. Do czasu zmiany przepisów w zakresie wysokości wpisów merytorycznemu rozstrzygnięciu podlegało prawie 85% wniesionych skarg, odrzuceniu podlegało około 15% skarg. Od czasu zmiany przepisów statystyki te drastycznie się odwróciły. W 2010 roku na 225 wniesionych skarg tylko 167 rozpoznano, z czego 27% podlegało odrzuceniu. W 2011 roku na 148 wniesionych skarg rozpoznano 98, ale aż 56% zostało odrzuconych. Przez wiele miesięcy istniał przy tym spór dot. wysokości wpisu. Ostatecznie kwestię tę rozwiązał Sąd Najwyższy, który w uchwale Izby Cywilnej z 17 grudnia 2010 r. (III CZP 103/10) wyjaśnił, że od skargi na orzeczenie KIO wniesionej do sądu po 22 grudnia 2009 pobiera się opłatę w wysokości przewidzianej w art. 34 ustawy o kosztach w brzmieniu nadanym w nowelizacji ustawy Pzp z 5 listopada 2009 r. Stąd już w 2011 roku liczba odrzuconych skarg wzrosła do 56%. Co prawda nie ma informacji o przyczynach odrzucenia, jednakże zbieg daty ogłoszenia uchwały Sądu Najwyższego z radykalną zmianą w statystykach świadczyć może o niewłaściwym opłaceniu skargi lub w ogóle o pozostawieniu jej bez opłaty.

3. Biorąc pod uwagę liczbę sądów okręgowych w Polsce (45), statystyka wskazuje, iż przeciętnie rocznie rozpatrywanych jest w jednym sądzie od 2,18 (2011 r.) do 4,36 (2009 r.) skarg. W praktyce w niektórych sądach jest to trochę więcej, ale w niektórych skarga nie trafia się przez kilka lat.

UNIEWAŻNIENIE UMOWY

A. Prawo

Podobnie jak w przypadku skargi na wyrok KIO, także i w tej kwestii dużą nowelizacją z 2009 r. wprowadzono istotne zmiany. Uprzednio przepisy przewidywały sankcję nieważności bezwzględnej umowy, tj. nieważności z mocy samego prawa. Ustawodawca zdecydował się zmienić to rozwiązanie i wprowadzić regulację prawną odnoszącą się do nieważności względnej, ustalanej w drodze konstytutywnego wyroku KIO lub sądu (wzruszalność). Doniosłość powyższej zmiany wyraża się w tym, iż umowa obarczona kwalifikowanymi wadami (art. 140 ust. 3, art. 144 ust. 2 oraz art. 146 ust. 1 i 6 ustawy PZP) jest ważna i wywołuje skutki prawne w niej określone do czasu jej unieważnienia. Przy czym podkreślenia wymaga, iż w celu unieważnienia umowy konieczne jest podjęcie stosownej inicjatywy przez uprawniony podmiot na mocy szczególnego przepisu prawa. Podmiotem wyłącznie uprawnionym do wystąpienia o unieważnienie umowy z przyczyn wskazanych w ustawie Pzp jest Prezes UZP. Wyjątkiem jest uprawnienie KIO do unieważnienia umowy w przypadku, gdy zamawiający zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli uniemożliwiło to uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy. Wiąże się to z zakazem zawarcia umowy w tzw. okresach zawieszenia, a więc w przypadku wpłynięcia odwołania – do czasu ogłoszenia wyroku przez Izbę, jak również w przypadku naruszenia terminów zawarcia umowy, określających tzw. *standstill*. Wprowadzenie powyższych okresów zawieszenia jest warunkiem koniecznym zapewnienia efektywności środków ochrony prawnej przysługujących uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uprawnienie Prezesa UZP do wystąpienia do sądu o unieważnienie części umowy (art. 140 ust. 3), zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1 oraz umowy w przypadkach, o których mowa w art. 146 ust. 1, wygasa z upływem 4 lat od dnia zawarcia umowy lub zmiany umowy. Analogicznego ograniczenia nie ma w przypadku, o którym mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Trudno więc stwierdzić, czy również w tym wypadku należy stosować art. 144a ust. 2 ustawy Pzp.

Uprawnienie do wniesienia powództwa ma tylko i wyłącznie Prezes UZP. Informację o zawarciu umowy z naruszeniem przepisów może powziąć w drodze przeprowadzenia kontroli następczej w jednostce udzielającej zamówienia. Z reguły nie następuje to bezpośrednio po podpisaniu takiej umowy, a często w znacznym odstępie czasowym. Sankcja unieważnienia (wcześniej nieważności) dotykać może umowy już wykonanej, a więc wtedy, gdy świadczenia obu stron zostały spełnione. Ustawa Pzp w żaden sposób nie reguluje tej kwestii. Zastosowanie mogą więc znaleźć tylko przepisy KC o bezpodstawnym wzbogaceniu. Niewątpliwie dochodzi bowiem do sytuacji, w której obie strony spełniły świadczenie nienależne (art. 410 § 2 KC). Powstaje więc stosunek prawny, w którym zarówno zamawiający jak i wykonawca, na skutek unieważnienia umowy o zamówienie publiczne, będą zobligowani do określonych świadczeń: wykonawca do zwrotu wynagrodzenia, zamawiający do zwrotu uzyskanej korzyści, czyli przedmiotu zamówienia.

W ustawie Pzp pozostawiono możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 KC. Zgodnie z tym przepisem organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie. Uprawnienie powyższe wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział

się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy. Przepis art. 70^5 KC w zw. z art. 146 ust. 5 ustawy Pzp stanowi materialnoprawną podstawę dla zamawiającego do wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy. Natomiast uprawnienie do wytoczenia powództwa na tej podstawie nie przysługuje innym uczestnikom postępowania, tj. wykonawcom.

B. Praktyka

W dniu 19 kwietnia 2013 r. Prezes UZP wniósł pozew o stwierdzenie nieważności czterech umów w sprawie zamówienia publicznego na dostarczenie oprogramowania informatycznego. Powództwo do sądu jest wynikiem kontroli doraźnej przeprowadzonej w listopadzie 2012 r. Pozew o stwierdzenie nieważności umów zawartych w wyniku wadliwie przeprowadzonych procedur udzielania zamówień publicznych służyć ma wyeliminowaniu negatywnego zjawiska uzależniania zamawiających od pierwotnego wykonawcy oprogramowania informatycznego, a następnie udzielania kolejnych zamówień w trybie z wolnej ręki, wielokrotnie przekraczających swą wartością zamówienie podstawowe.

Wszystkie umowy, których dotyczy pozew, zawarte zostały na przestrzeni lat 2008–2009 i zostały wykonane. Jak wynika z informacji opublikowanej przez UZP, Prezes wniósł jednocześnie o zobowiązanie stron ww. umów do zwrotu wzajemnie spełnionych na ich podstawie świadczeń. Wyrok, w związku z tym, że pozew dotyczy umów zawartych pod rządami ustawy, która wskazywała na bezwzględną nieważność umowy w wypadkach przewidzianych ustawą, będzie miał charakter deklaratywny. Nie zmienia to jednak faktu, że w drodze orzeczenia sądu dojdzie do stwierdzenia nieważności umowy już wykonanej, a dodatkowo, jeśli sąd orzeknie zgodnie z żądaniem Prezesa UZP, strony (zamawiający i wykonawca) zostaną zobowiązane do zwrotu wzajemnych świadczeń. Aby określić wszystkie skutki takiego orzeczenia, należałoby sięgnąć zarówno do kodeksu cywilnego, jak i do innych ustaw, regulujących prawo podatkowe czy odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Przy czym brzmienie przepisów regulujących unieważnianie umów sprzed nowelizacji nie daje możliwości wydania innego orzeczenia, niż stwierdzenie nieważności umowy.

W styczniu 2013 r. Prezes UZP wystąpił z pozwem o unieważnienie umowy z lutego 2011 r. Jest więc to pozew o unieważnienie umowy na podstawie nowych przepisów. Wyrok będzie miał zatem charakter konstytutywny, a sąd będzie musiał orzec co do istoty sprawy, biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne. W tym przypadku sąd będzie miał możliwość:

- unieważnić umowę, albo
- w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu - unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową, albo
- nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym.

W każdym z powyżej wskazanych przypadków może jednak dojść do tego, że obydwie strony stosunku prawnego podlegającego unieważnieniu pozostaną z jednej strony z nienależnym świadczeniem, z drugiej zaś z roszczeniem o zwrot świadczenia przez siebie spełnionego.

C. Wnioski

1. Działania Prezesa UZP zmierzające do unieważnienia umów zawartych w wyniku wadliwie przeprowadzonych procedur udzielania zamówień publicznych mają charakter systemowy i służyć mają wyeliminowaniu negatywnych zjawisk w nim zachodzących. Sama kontrola procedury, scedowana w tym wypadku na sąd powszechny, ma na celu weryfikację zdarzeń, które z punktu widzenia ustawy Pzp miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, a co za tym idzie, skutkować powinny unieważnieniem umowy. W obecnym stanie prawnym sąd rozpoznający sprawę, podobnie jak KIO, ma trzy możliwości. Jednakże należy się zastanowić, czy termin wskazany przez ustawę nie jest zbyt długi i czy unieważnienie umowy zawartej kilka lat wcześniej leży w interesie publicznym.

2. Przepis art. 70^5 KC w zw. z art. 146 ust. 5 daje bardziej racjonalne rozwiązanie. Termin na unieważnienie umowy został skrócony do jednego roku od dnia zawarcia umowy. Tymczasem ustawa Pzp wskazuje na 4-letni termin, w którym Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy. A należy jeszcze pamiętać, iż prawomocny wyrok w sprawie może zapaść po upływie kolejnych kilku lat.

3. Instytucja unieważnienia jest bardzo istotna z punktu widzenia systemu zamówień publicznych. Umowy były i będą zawierane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Eliminacja takich umów jest bardzo ważnym elementem całego systemu. Wpływa bowiem na zwiększenie świadomości stron postępowania, jak również wprowadza ważny element kontroli nad ich postępowaniem. Należy jednak zauważyć, iż żadna ze stron umowy dotkniętej nieważnością albo unieważnionej nie ma interesu w wykonaniu takiego orzeczenia, a często wykonanie będzie wręcz niemożliwe. Dla samej prewencji ogólnej skuteczniejsze mogą być inne rozwiązania systemowe. Zdaje się widzieć to ustawodawca, dokonując chociażby zmian w 2009 r. i rezygnując z nieelastycznej sankcji bezwzględnej nieważności.

ZATRZYMANIE WADIUM (art. 46 ust. 4a)

A. Prawo

Przepisy ustawy Pzp przewidują możliwość zatrzymania wadium. Nie precyzują jednak kwestii zwrotu wadium, a w szczególności nie określają środków przysługujących wykonawcy w celu wyegzekwowania niesłusznie zatrzymanego wadium.

Zgodnie z art. 179 ust. 1, naruszenie prawa przez zamawiającego może być zaskarżone tylko przez takiego wykonawcę, który wykaże m. in. interes w uzyskaniu zamówienia. Ponadto w art. 180 ust. 1 określono, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7a ustawy Pzp). Z kolei z art. 46 ust. 1 wynika, że zamawiający zwraca wadium wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Orzecznictwo KIO potwierdza, iż czynność zatrzymania wadium nie stanowi części postępowania o zamówienie publiczne, a więc docho-

dzenie zwrotu wadium nie należy do kognicji KIO. Dodatkowo wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z przepisu tego jednoznacznie wynika wyraźny zamiar ustawodawcy ograniczenia uwzględniania odwołań tylko do sytuacji, w których naruszenie ustawy przekłada się na wynik postępowania, co jest uzasadnione względami systemowymi i funkcjonalnymi (KIO 576/11 i 577/11 z dnia 1 kwietnia 2011r.). Czynności zamawiającego polegające na zatrzymaniu wadium nie mają i nie mogą mieć żadnego wpływu na wynik postępowania, a zatem nawet stwierdzenie bezpodstawnego zatrzymaniu wadium skutkuje wyrokiem oddalający odwołanie. Powyższe orzeczenie wprost też wskazuje, że odwołujący, chcąc skutecznie zakwestionować zasadność zatrzymania wadium, powinni poszukiwać ochrony przed sądem powszechnym, właściwym do rozstrzygnięcia w przedmiocie roszczeń cywilnoprawnych. KIO mogłaby tylko pośrednio ocenić prawidłowość zatrzymania wadium, natomiast nie mogłaby rozstrzygać o zasadności żądania jego zwrotu z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, na podstawie przepisów KC.

Jeśli zatem przepisy ustawy Pzp, poparte jednolitym orzecznictwem KIO, nie dopuszczają możliwości dochodzenia zwrotu bezpodstawnie zatrzymanego wadium na podstawie tej ustawy, to wydaje się oczywiste, że wykonawcy pozostaje tylko droga cywilna.

B. Praktyka

Pomimo jednoznacznego brzmienia przepisów i jednolitego orzecznictwa KIO sądy nadal kwestionują swoją właściwość do rozpoznawania spraw dotyczących zwrotu wadium.

Na uwagę zasługuje sprawa, w której sąd odrzucił pozew, powołując się na przepis art. 199 § 1 pkt 1 KPC, zgodnie z którym sąd odrzuci pozew, jeżeli droga sądowa jest niedopuszczalna. W uzasadnieniu sąd wskazał, iż *powodowi przysługuje środek prawny w postaci odwołania wnoszonego do Krajowej Izby Odwoławczej, w dalszej kolejności zaś ewentualna skarga do sądu okręgowego.* To z kolei, zdaniem sądu, powodowało, że droga sądowa w niniejszej sprawie była czasowo niedopuszczalna. Powyższe twierdzenia sąd oparł na tym, iż zgodnie z treścią art. 180 ust. 1 ustawy Pzp *odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy,* powołując się na postanowienie SN z dnia 7.05.2010 r., sygn. V CSK 456/09. Sąd Najwyższy przyjął, że wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwia ono branie udziału w takim postępowaniu, stanowi zatem niewątpliwie instytucję właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że postępowanie, w którym zatrzymano wadium, prowadzone było po nowelizacji przepisów, a postanowienie SN, na które powołał się sąd odrzucając pozew, dotyczyło stanu faktycznego, jaki powstał na gruncie przepisów ustawy Pzp sprzed nowelizacji, która miała miejsce w dniu 2.12.2009 r. W wyniku tej nowelizacji doprecyzowano przepisy, z których możemy wywieść zakres czasowy postępowania o zamówienie publiczne, a co za tym idzie, określić, czy dana czynność zamawiającego podlega zaskarżeniu do KIO.

Na skutek wniesienia zażalenia sąd apelacyjny uchylił postanowienie. W uzasadnieniu podtrzymał co prawda stanowisko sądu I instancji co do czasowej niedopuszczalności drogi sądowej, wynikającej z niewykorzystania przez wykonawcę drogi odwoławczej wskazanej w ustawie Pzp. Niemniej jednak uznał, że w pozwie wykazano w sposób wystarczający, iż powództwo opiera się na przepisach KC

dotyczących bezpodstawnego wzbogacenia, a jak to zostało utrwalone w orzecznictwie Sądu Najwyższego – dopuszczalność drogi sądowej zależy od okoliczności faktycznych przytoczonych przez powoda jako podstawa roszczenia, nie jest ona natomiast warunkowana wykazaniem istnienia tego roszczenia ani uzależniona od zarzutów pozwanego, czy zastosowanego przez niego sposobu obrony (postanowienie SN z 10 marca 1999 r., II CKN 340/98, OSCN/9/161, postanowienie SN z 24 marca 2010 r., IV CSK 554/09). Jeśli strona przedstawi okoliczności i zdarzenia, które mogą stanowić cywilnoprawne źródło żądań, jak miało to miejsce w tej konkretnej sprawie, w której jako podstawę prawną wskazano przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, to w takiej sytuacji sama możliwość dochodzenia takiego roszczenia na drodze sądowej nie może być kwestionowana, ani negowana w świetle art. 1 KPC i art. 2 § 1 KPC.

C. Wnioski

1. Argumentacja sądów okręgowego i apelacyjnego wskazuje na poważną rozbieżność w stosowaniu prawa, a tym samym wprowadza stan niepewności wśród wykonawców, którym w sposób nieuprawniony zatrzymano wadium. Z jednej strony sądy podnoszą, że w pierwszej kolejności wykonawca powinien zwrócić się do KIO, z drugiej KIO wskazuje wprost, że nawet rozpoznanie sprawy i stwierdzenie, że wadium zostało zatrzymane bezpodstawnie, nie powoduje zwrotu pieniędzy, a dodatkowo generuje utratę kwoty wpisu, ponieważ KIO nie może uwzględnić takiego odwołania.

2. Dochodzenie roszczenia przed sądem powszechnym musi opierać się na przepisach KC, a nie na przepisach ustawy Pzp. Jednakże skuteczność roszczenia zależy od wykazania naruszenia przepisów ustawy Pzp.

3. Przepisy ustawy Pzp przyznają daleko idące w skutkach uprawnienie dla zamawiającego, nie zapewniając wykonawcom należytych środków dla ochrony przed naruszeniami prawa. Przepis art. 14 jest niewystarczający (też zresztą odnosi się tylko do czynności podejmowanych w postępowaniu), a korzystanie z drogi sądowej, na skutek wadliwych przepisów ustawy Pzp, jest utrudnione i może prowadzić do uszczerbku majątkowego wykonawcy.

KONTROLA WYDATKÓW UNIJNYCH

A. Prawo

Dodatkowa kontrola, poza opisaną w ustawie Pzp, ma miejsce w przypadku wydatkowania środków pochodzących z funduszy unijnych. Objęcie Polski Polityką Strukturalną Unii Europejskiej spowodowało napływ funduszy, których efektywne wydatkowanie podlega zainteresowaniu Instytucji Zarządzających (dalej jako IZ). Są one bowiem w pełni odpowiedzialne za przygotowanie, wdrożenie i odpowiednie zarządzanie poszczególnymi programami. Beneficjenci tych środków, na podstawie umów o dofinansowanie, zobowiązują się do zgodnego z prawem ich wydatkowania. Wniosek o płatność stanowi podstawę do rozliczenia wydatków. Dofinansowanie projektu realizowanego przez beneficjenta dokonywane jest przeważnie przez refundację części poniesionych przez niego wydatków kwalifikowanych, a sfinansowanych wcześniej z jego własnych środków. Ocena kwalifikowalności projektu dokonywana jest na etapie oceny i wyboru

projektu do dofinansowania, zaś ocena kwalifikowalności wydatków dodatkowo jest również na etapie weryfikacji wniosku o płatność, składanego po zakończeniu projektu.

Beneficjent przy wydatkowaniu środków unijnych zobowiązany jest do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych tylko w takim zakresie, w jakim przepisy ustawy Pzp mają zastosowanie do wnioskodawcy/beneficjenta i realizowanego przez niego projektu. W związku z tym beneficjenci należący do sektora finansów publicznych stosują ustawę Pzp przy wydatkowaniu wszelkich środków, także unijnych, natomiast pozostali beneficjenci obowiązani są stosować przepisy ww. ustawy tylko w przypadku łącznego wystąpienia następujących przesłanek:

- ponad 50% wartości udzielanego zamówienia finansowane jest ze środków funduszy strukturalnych,
- wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów, wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp,
- przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Poza tym przyznanie środków unijnych może być uzależnione od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości.

W przypadku projektów podlegających przepisom o zamówieniach publicznych, wydatki są uznane za kwalifikowalne pod warunkiem, że zostały poniesione zgodnie z przepisami ustawy Pzp, dyrektywy nr 2004/17/WE, dyrektywy nr 2004/18/WE, rozporządzenia WE nr 1564/2005 lub stosownych postanowień Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE).

Przed wypłatą wnioskowanej kwoty każdy projekt podlega kontroli. Polega ona m.in. na stwierdzeniu stanu faktycznego realizacji rzeczowo-finansowej projektu ze stanem wymaganym w zakresie dotyczącym procesów pobierania i gromadzenia środków publicznych, zaciągania zobowiązań finansowych i dokonywania wydatków ze środków publicznych, udzielania zamówień publicznych oraz zwrotu środków publicznych. W jej wyniku może dojść do wstrzymania wypłaty części lub całości wnioskowanej kwoty. Jedną z przyczyn może być niewłaściwe zastosowanie przepisów ustawy Pzp. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości beneficjent jest pisemnie informowany o przyczynie wstrzymania płatności. Ponadto może dojść do rozwiązania umowy na dofinansowanie. Brak wypłaty środków stanowi, na gruncie prawa cywilnego, podstawę roszczenia o wypłatę kwestionowanej kwoty. Po bezskutecznym wyczerpaniu wewnętrznych procedur pozostaje zatem droga sądowa. Wnioskodawca, w celu uzyskania dofinansowania, może przed sądem dochodzić swoich racji wskazując, że projekt został zrealizowany prawidłowo i z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp. Jego przeciwnikiem procesowym w takim przypadku jest Instytucja Zarządzająca, która kwestionuje prawidłowość zastosowanych procedur.

B. Praktyka

W przypadku beneficjentów zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp wniosek o płatność podlega sprawdzeniu m. in. pod względem zgodności działań beneficjenta z tą ustawą. Oceny tej

dokonuje IZ, będąca stroną umowy o dofinansowanie. W niektórych sytuacjach ocena ta sprowadza się do interpretacji przepisów ustawy Pzp. Przykładem poniższy przypadek.

Na mocy umowy łączącej beneficjenta z IZ miało dojść do refundacji części wydatków poniesionych przez beneficjenta na realizację projektu objętego umową. Refundacja sięgała kwoty ponad 3,5 mln złotych, co stanowiło około 25% kwoty całkowitych wydatków poniesionych na realizację projektu i uznanych za kwalifikowalne. Beneficjent zobowiązany był do pokrycia pozostałej części wydatków kwalifikowalnych w ramach projektu, a także wszystkich niekwalifikowalnych wydatków związanych z projektem. W umowie wskazano, iż wydatki uznane zostaną za kwalifikowalne tylko wtedy, gdy zostaną poniesione zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych. Po złożeniu wniosku o płatność IZ dokonała jego oceny pod względem formalnym, merytorycznym i finansowym. W jej wyniku odmówiono refundacji wnioskowanej kwoty stwierdzając, że wszystkie wydatki zostały uznane za niekwalifikowane. Jako podstawę takiej decyzji w uzasadnieniu podano, że umowy w ramach projektu zostały zawarte przez beneficjenta z naruszeniem ustawy Pzp w zakresie trybu udzielenia zamówienia. Niezależnie od tego, że pod względem merytorycznym i finansowym wniosek nie budził zastrzeżeń, zastosowanie niewłaściwego, zdaniem IZ, trybu udzielenia niektórych zamówień spowodowało konieczność uznania wszystkich wydatków poniesionych przez beneficjenta jako niekwalifikowane. Pomimo wyjaśnień i opinii, w których wskazano na bezpodstawność takiej oceny wniosku w zakresie trybu udzielenia niektórych zamówień, IZ nie wypłaciła kwoty wnioskowanej przez Beneficjenta tytułem refundacji wydatków poniesionych przez niego w związku z realizacją projektu objętego umową, a w odpowiedzi na wezwanie do zapłaty IZ rozwiązała umowę o dofinansowanie.

Rozpatrując pozew sąd okręgowy stwierdził, że odmowa zapłaty kwoty objętej wnioskiem o płatność była bezzasadna. Uznał, że wybór trybu, w którym został wyłoniony wykonawca, z którym później podpisano umowę na realizację projektu, dokonany została w zgodzie z obowiązującymi w czasie realizacji projektu przepisami prawa i jego wykładnią. Stwierdził przy tym, iż przy ocenie wniosku, wykładni prawa w zakresie stosowania trybu należało dokonywać na dzień udzielania kwestionowanych zamówień (zawierania umów), a nie na dzień oceny wniosku. Beneficjent nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji zmian w tym zakresie, jakie dokonały się na przestrzeni kilku lat. Zdaniem sądu nie doszło więc do naruszenia ani przepisów krajowych, ani wspólnotowych, nie można więc było uznać wydatków poczynionych w związku z zawartymi umowami za niekwalifikowane, a tym samym nie było podstaw do odmowy refundacji poniesionych kosztów. Po rozpatrzeniu apelacji wniesionej przez IZ, sąd apelacyjny w pełni podtrzymał stanowisko sądu pierwszej instancji co do oceny prawnej kwestionowanego trybu udzielenia zamówień. W wyniku wyroku beneficjentowi wypłacono pełną wnioskowana kwotę, tj. ponad 3,5 mln zł, powiększoną o odsetki i koszty sądowe oraz koszty poniesione przez beneficjenta, które w sumie wyniosły prawie 1 mln zł.

C. Wnioski

1. Na podstawie błędnego zakwalifikowania poniesionych kosztów odmówiono wypłaty części wydatków poczynionych w związku z realizacją projektu. Pomimo zawartej umowy beneficjent zostałby pozbawiony środków, które zgodnie z prawem i z treścią tej umowy wydatkował. Niewłaściwa interpretacja prawa i brak analizy okoliczności związanych z dokonanymi wydatkami naraził beneficjenta na kłopoty finansowe (nie uzyskał na czas refundacji). IZ na etapie oceny wniosku o płatność okazała się nieprzygotowana od strony prawnej do dokonania właściwej wykładni przepisów.

2. Nieprawidłowa odmowa refundacji wydatków poniesionych w związku z realizacją projektu spowodowała, że IZ poniosła dodatkowe koszty w postaci zasądzonych odsetek oraz opłat procesowych, które w tym wypadku wyniosły łącznie prawie 1 mln złotych.

PRAWO A PRAKTYKA (ZAMIAST PODSUMOWANIA)

1. Skarga na wyrok KIO jest najważniejszym, uregulowanym w ustawie Pzp, środkiem kontrolnym sprawowanym przez sąd powszechny w zakresie zamówień publicznych. Należy tylko żałować, iż przepisy uczyniły tę kontrolę tak mało efektywną i w praktyce ograniczyły ją do absolutnie wyjątkowych przypadków. Związane jest to z dwoma niefortunnymi uregulowaniami: nadaniem wyrokowi KIO przymiotu wykonalności oraz dyskryminacyjną wysokością wpisu. Połączenie tych uregulowań powoduje, iż prawo do sądowej kontroli zamówień publicznych zostało mocno ograniczone. Już same koszty wpisu weryfikują to prawo i pozostawiają w grze jedynie najsilniejsze finansowo podmioty, mogące sobie pozwolić na zamrożenie na jakiś czas znacznych zasobów finansowych, a w skrajnych przypadkach – na ich utratę. W powiązaniu z możliwością zawarcia umowy przez zamawiającego bez czekania na rozstrzygnięcie sądu sprawiają, że skarga jest raczej pozornym niż rzeczywistym środkiem kontroli. Incydentalne korzystanie z tej drogi nie daje sądowi realnego wpływu na prawidłowość udzielanych zamówień. Co prawda statystyka wskazuje, że tylko kilkanaście procent skarg było uwzględnianych, ale nie liczby powinny decydować o możliwości sprawowania realnej kontroli zamówień publicznych przez wymiar sprawiedliwości.

Realna kontrola opiera się przede wszystkim na powszechności jej wykonywania. Wtedy bowiem jest skuteczna i kompetentna. Wskazane wyżej uregulowania uniemożliwiają w praktyce tę powszechność. Nie przyczynia się do tego też przepis przekazujący rozpoznawanie skargi wszystkim sądom okręgowym. Statystyka wskazuje, iż sprawy takie trafiają do sądu absolutnie incydentalnie (średnio mniej niż 3 sprawy rocznie na jeden sąd okręgowy), co nie pozwala na wyodrębnienie odpowiedniej kadry orzekającej, przygotowanej do sprawnego orzekania w specjalistycznej dziedzinie. Stąd chyba tak często nieprzestrzegany jest, instrukcyjny co prawda, termin jednego miesiąca na rozpatrzenie skargi.

Przepisy preferują sprawne udzielanie zamówień. Jest to kierunek niewątpliwie słuszny. Jednak w zakresie sądowej kontroli prawo chyba najmocniej rozmija się z oczekiwaniami. Dla sprawności poświęcono bowiem sprawiedliwość. Powszechne prawo do sądu oczyściłoby zamówienia publiczne z podejrzeń i dwuznaczności, a uczestnikom systemu stworzyło atmosferę do rzeczywiście uczciwej konkurencji.

2. Przepisy ustawy Pzp szczegółowo regulują materialne przesłanki unieważnienia umowy i dają do tego odpowiednie instrumenty kontrolne. Poza swoim zainteresowaniem pozostawiają jednak egzekwowalność przyznanych uprawnień. Praktyka wskazuje, iż także w tej dziedzinie oczekiwania przerastają prawo. Bo jak można mówić o skutecznej i efektywnej kontroli sądu w zakresie umów, gdy wyroki unieważniające zapadają po wielu latach, z reguły dawno po wykonaniu umowy. W dodatku konsekwencje tych wyroków często dotykają nie tych, którzy te nielegalne umowy zawierali. Oczywiście całkowicie słuszna jest sądowa droga do kontroli w tym zakresie. Jednak odesłanie do zwykłej procedury cywilnej, bez możliwości zapewnienia sprawnego jej przeprowadzenia, nie daje w praktyce żadnych pożądanych efektów. Takimi byłoby bowiem tylko szybkie usunięcie z obrotu prawnego wadliwie zawartych umów albo wyciągnięcie stosownych

i adekwatnych konsekwencji w przypadku, gdy to pierwsze nie jest już możliwe albo nie jest celowe.

W tym przypadku długotrwałe, czasami wieloletnie procedury sądowe, wzmocnione są też przepisem dającym Prezesowi UZP aż 4 lata na reakcję w stosunku do bezprawnie zawartej umowy. Wydaje się, że wnioskowanie o unieważnienie umowy powinno być ograniczone zdecydowanie krótszym okresem, co nie musiałoby jednocześnie oznaczać konieczności skrócenia terminu dla występowania z innymi wnioskami.

3. Opisane przypadki rozstrzygnięć sądów w zakresie zwrotu bezpodstawnie zatrzymanego wadium, czy w zakresie wypłaty należnego dofinansowania, wskazują na bezwzględną potrzebę dalszego wzmacniania sądowej kontroli zamówień publicznych. Bez dogłębnej i rzetelnej analizy sądowej sprawy te zakończyłyby się poniesieniem poważnych szkód finansowych przez uczestników rynku zamówień publicznych. Także i w tych przypadkach okazało się, że prawo nie jest doskonałe. Ale praktyka stosowania tego prawa na szczeblu wykonawczym okazała się jeszcze gorsza. Dopiero sądowa kontrola tych działań przywróciła stan zgodny z prawem i poczuciem sprawiedliwości. W zakresie bezprawnie zatrzymanego wadium merytoryczny wyrok też był korzystny dla wykonawcy i nie jest to rzadki przypadek w takich sprawach.

Dwa ostatnie przykłady sądowej kontroli zamówień publicznych pokazują, jak skuteczna i obiektywna może to być kontrola. Nawet niedoskonałe przepisy jej nie eliminują. Dlatego niezbędne wydaje się wzmocnienie tej kontroli na podstawowych płaszczyznach, w jakich powinna się przejawiać, czyli w zakresie nadzoru nad orzecznictwem KIO i w zakresie umów zawieranych z naruszeniem prawa. Drogą do tego wzmocnienia jest zmiana niektórych przepisów.

KONTROLA POZACENOWYCH KRYTERIÓW OCENY OFERT W POSTĘPOWANIACH O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Natalia Miłostan
doktorantka w Zakładzie Publicznego Prawa Gospodarczego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego

I. WSTĘP

System zamówień publicznych stanowi reżim prawny wydatkowania środków publicznych, w którym to poprzez przejrzystą i jawną procedurę wyboru Wykonawcy możliwy jest wybór najlepszej oferty. Zamawiający przeprowadzając postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego mają na celu realizację głównej zasady dokonywania wydatków publicznych, która to nakazuje jej realizację wydatków w sposób oszczędny z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z dokonywanych nakładów[1]. Ustawa Prawo zamówień publicznych[2] daje zamawiającym dużą swobodę w doborze kryteriów oceny oferty. Zamawiający decyduje o doborze i kształcie kryteriów oceny ofert w zależności od swoich potrzeb, dostosowując ich wybór i wagę w celu najkorzystniejszego z jego punktu widzenia uzyskania konkretnego zamówienia. Dobór kryteriów oceny oferty ma znaczenie dla całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a w szczególności dla Wykonawcy, który będzie starał się spełnić wszystkie kryteria w najwyższym stopniu. Ze względu na rolę kryteriów oceny oferty w wydatkowaniu środków publicznych, zamawiający dokonując wyboru kryteriów może posłużyć się wyborem dwóch rodzajów ofert: z najniższą ceną lub najkorzystniejszej ekonomicznie.

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie analizy możliwości kontroli pozacenowych kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ze szczególnym uwzględnieniem swobody zamawiającego w doborze kryteriów oceny oferty i ich konsekwencji dla zamawiającego w zakresie nieprawidłowego korzystania z pozacenowych kryteriów oceny oferty. Zakres i dopuszczalność kontroli pozacenowych kryteriów oceny oferty zostaną omówione i ocenione w oparciu o dorobek orzecznictwa w zakresie zamówień publicznych na przestrzeni lat.

II. OCENA OFERTY W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Kryteria oceny oferty stanowią wytyczne dla stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowią mierniki umożliwiające zarówno obiektywne, sprawiedliwe porównanie ofert, jak i gwarantujące wybór rzeczywiście najkorzystniejszej oferty. Stanowią one z góry określone wytyczne, którymi kieruje się zamawiający przy wyborze i ocenie ofert w postępowaniu o udzie-

[1] Zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy z 29 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.).

[2] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 Nr 113, poz. 759 z późn. zm), zwana dalej ustawą Pzp.

lenie zamówienia publicznego. Uregulowania dotyczące kryteriów oceny oferty są określone zarówno w prawie krajowym i europejskim. Określanie kryteriów oceny oferty zawarte w prawie krajowym jest bezpośrednim odniesieniem do postanowień art. 53 ust. 1 dyrektywy klasycznej 2004/18/WE[3] oraz analogicznego przepisu art. 55 dyrektywy sektorowej 2004/17/WE[4], z których wynika, że kryteriami, na podstawie których instytucje zamawiające udzielają zamówień publicznych, są: albo wyłącznie najniższa cena albo, w przypadku, gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, rożne kryteria odnoszące się do danego zamówienia publicznego takie jak: jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, serwis termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji.

Dobór kryteriów oceny oferty jest jednym z zadań zamawiającego, który ma swobodę w kształtowaniu kryteriów oceny oferty, jednakże swoboda ta dozwolona jest w granicach prawa. W szczególności ograniczają ją zasady prawa zamówień publicznych takie jak zasada bezstronności, zachowania uczciwej konkurencji i przejrzystości. Swobodę w stosowaniu kryteriów oceny ofert wyraził w wyroku z dnia 4 grudnia 2003 r. Europejski Trybunał Sprawiedliwości[5], który stwierdził, iż kryteria oceny ofert wymienione w dyrektywach mają wyłącznie charakter przykładowy a zamawiający może przyjąć również inne kryteria dla wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia, oraz powinny gwarantować zasadę równego traktowania. W wyroku podkreślono, iż zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. Odnośnie każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej) w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie[6]. Potwierdzenie swobody w doborze kryteriów oceny oferty możemy odnaleźć w wyroku Europejski Trybunał Sprawiedliwości[7], który stwierdził, że nie wszystkie kryteria służące do wyboru oferty najkorzystniejszej muszą mieć charakter czysto ekonomiczny, jednak muszą być związane z przedmiotem zamówienia. W dalszej części wyroku ETS podkreślił, iż pomimo tak szeroko zakrojonej swobody w doborze kryteriów oceny oferty nie mogą one dawać zamawiającemu niczym nieograniczonej swobody, bowiem stanowiłoby o podstawę do nadużyć zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Określenie kryteriów oceny oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w polskim systemie zamówień publicznych jest wynikiem zarówno dorobku orzeczniczego wspólnot europejskich, jak również orzecznictwa polskich organów. Fundament doboru kryteriów oceny oferty w zamówieniach publicznych stanowią regulację art. 2 ust. 5 Ustawy oraz art. 91 ust. 2

---

[3] Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE nr L 134 z 30 kwietnia 2004 r.).

[4] Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. nr L 134 z 30 kwietnia 2004 r.).

[5] Orzeczenie z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie EVN AG i Wienstrom GmbH v. Austria, Rec. 2003, s. I–14527.

[6] Zob. szerzej M. Lemke, D. Piasta, Analiza Orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r., UZP, Warszawa 2006 r.

[7] Orzeczenie z dnia 17 września 2002 r. w sprawie Concordia Bus Finland Oy Ab and Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne, Rec. 2002, s. I–7213.

Ustawy. Zgodnie Ustawą „Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej[8]". Kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym, a ich kształt musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej[9]. Zamawiający jest uprawniony do prowadzenia postępowania (w tym ustalenia kryteriów oceny ofert), w wyniku którego nabędzie najbardziej użyteczny z jego punktu widzenia przedmiot, przy czym ocena tej użyteczności zawsze będzie miała charakter subiektywny, bo odnoszony do sytuacji i potrzeb konkretnego podmiotu[10]. Zasady doboru kryteriów oceny oferty w zamówieniach publicznych muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia, powinny być w miarę możliwości dokładnie opisane, nie jest wystarczające wskazanie nazwy kryterium, konieczne jest określenie w jaki sposób zamawiający będzie dokonywał oceny w ramach tego kryterium, jednocześnie powinien być podany do wiadomości wykonawców sposób oceny ofert na podstawie danego kryterium, czyli konkretnie za co zamawiający będzie przyznawał punkty i w jakiej wysokości. Jednocześnie zamawiający jest zobowiązany wskazać sposób dokonywania oceny ofert w ramach poszczególnych kryteriów, co do zasady powinien nadawać się do wyrażenia przez wzór matematyczny, ocena w ramach kryteriów powinna być stopniowalna; musi istnieć zasada pozwalająca w sposób obiektywny wyrazić stopniowalną ocenę dokonywaną w ramach kryteriów punktowo; kryterium musi być opisane tak, aby wykonawca biorący udział w postępowaniu wiedział nie tylko jaką wagę zamawiający przypisuje danemu kryterium, ale także za co konkretnie będzie on przyznawał w ramach tego kryterium punkty[11].

W doktrynie i orzecznictwie szeroko omawiano kryteria oceny ofert w kontekście prawa krajowego, jak i unijnego. Przyjęto, że zamawiający decyduje o doborze i kształcie kryteriów oceny ofert w zależności od swoich potrzeb, dostosowując ich wagę do uzyskania konkretnego zamówienia, najkorzystniejszego z jego punktu widzenia. W wyroku z dnia 3 kwietnia 2009 r., Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że zamawiający uprawniony jest do prowadzenia postępowania (w tym ustalania kryteriów oceny ofert), w wyniku którego nabędzie najbardziej użyteczny z jego punktu widzenia przedmiot, przy czym ocena tej użyteczności zawsze będzie miała charakter subiektywny, bo odnoszący się do sytuacji i potrzeb konkretnego podmiotu[12]. Z przedstawionej w piśmiennictwie charakterystyki w zakresie kształtowania kryteriów wynika, „że kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia; powinny być w miarę możliwości dokładnie opisane, nie jest wystarczające wskazanie nazwy kryterium, konieczne jest określenie w jaki sposób zamawiający będzie dokonywał oceny w ramach tego kryterium, jednocześnie powinien być podany do wiadomości wykonawców sposób oceny ofert na podstawie danego kryterium,

---

[8] Art. 91 ust. 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 Nr 113, poz. 759 z późn. zm).

[9] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 kwietnia 2009 r. , sygn. akt KIO/UZP 368/09, LEX nr 498637.

[10] J. Sadowy(red.)Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie, Warszawa 2011,s. 46.

[11] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 lutego 2012 r.,sygn. akt. KIO 291/12, LEX nr 11270.

[12] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 kwietnia 2009 r. , sygn. akt KIO/UZP 368/09, LEX nr 498637.

czyli konkretnie za co zamawiający będzie przyznawał punkty i w jakiej wysokości; sposób dokonywania oceny ofert w ramach poszczególnych kryteriów, co do zasady powinien nadawać się do wyrażenia przez wzór matematyczny, ocena w ramach kryteriów powinna być stopniowalna; musi istnieć zasada pozwalająca w sposób obiektywny wyrazić stopniowalną ocenę dokonywaną w ramach kryteriów punktowo; kryterium musi być opisane tak, aby wykonawca biorący udział w postępowaniu wiedział nie tylko jaką wagę zamawiający przypisuje danemu kryterium, ale także za co konkretnie będzie on przyznawał w ramach tego kryterium punkty. Innymi słowy – konkretnym cechom nabywanego dobra powinny być przypisane konkretne wartości punktowe; w ramach opisu każdego kryterium oceny ofert powinna znaleźć się informacja dla wykonawcy skąd zamawiający będzie czerpał dane niezbędne przy dokonywaniu oceny w ramach kryterium, a zatem powinna znaleźć się informacja o dokumentach bądź szczególnych elementach oferty, które będą brane pod uwagę w tym aspekcie[13].

Dopuszczalne jest stosowanie dwóch sposobów wyłaniania oferty najkorzystniejszej: na podstawie kryterium najniższej ceny albo większej ilości kryteriów, przy czym będą to kryteria ekonomiczne i jakościowe, które w efekcie będą prezentowały najlepszą relację jakości do ceny (wówczas będzie to oferta najkorzystniejsza ekonomicznie). Ustalone kryteria powinny umożliwiać obiektywne porównanie i ocenę ofert. Sposób oceny ofert w oparciu o przyjęte kryteria powinien być opisany równie precyzyjnie, jak same kryteria, szczególnie, gdy zostały podzielone na mniejsze elementy. W tym przypadku ilość punktów za kryterium jest sumą punktów za te elementy. Ocena oferty jest tym bardziej obiektywna, im mniej jest kryteriów niemierzalnych (stwarzających możliwość dowolności oceny) i im precyzyjniejszy jest opis sposobu dokonania oceny ofert[14]. Podkreślić należy, iż kryteria oceny oferty powinny być zawsze jasno określone.

III. POZACENOWE KRYTERIA OCENY OFERTY

Kryteria oceny oferty w zamówieniach publicznych możemy podzielić na dwa rodzaje: cenę oraz inne kryteria związane z przedmiotem zamówienia. Kryteria oceny ofert podane w dyrektywach[15] nie stanowią zamkniętego i wyczerpującego katalogu. Dyrektywa pozostawia zamawiającemu swobodę wyboru kryteriów oceny ofert, pod warunkiem, że kryteria te będą rzeczywiście służyć identyfikacji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Dodatkowo, kryterium oceny ofert nie może pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru[16]. Podkreślić należy, kryterium obligatoryjnym jest cena. Natomiast pozostałe kryteria są wymienione w ustawie jedynie przykładowo i nie jest to katalog zamknięty[17]. Zgodnie z zapisami ustawy zamawiający ma prawo określić dodatkowe kryterium oceny ofert. Jednakże stosowanie pozacenowych kryteriów oceny oferty niekiedy jest obowiązkiem zamawiającego. Szczególne uregulowanie ustawowe w kontek-

---

[13] J. Sadowy (red.), *Pozacenowe kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego*, Urząd Zamówień Publicznych, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2011 r., str. 31–32.

[14] J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2004., str. 174.

[15] Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE nr L 134 z 30 kwietnia 2004 r.), Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. nr L 134 z 30 kwietnia 2004.

[16] Wyrok ETS z 18.10.2001 r. w sprawie C-19/00.

[17] Wyrok SO w Łomży z 26.04.2007 r., I Ca 88/07.

ście kryteriów oceny ofert dotyczy zamówień, których przedmiotem jest działalność twórcza lub naukowa. Ponieważ zamówień takich, a właściwie ich rezultatu, nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący ustawa nakazuje, by w przypadku tych zamówień najkorzystniejsza oferta była wyłaniana wyłącznie w oparciu o bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego[18]. W postępowaniach, których przedmiot dotyczy wykonania działalności twórczej lub naukowej zamawiający nie może zastosować wyłącznie kryterium cenowego i jest zobowiązany zastosować także kryteria pozacenowe. Analogicznie jak w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności tych których przedmiotem jest działalność twórcza i naukowa, procedura szczególna regulowana ustawą Prawo zamówień publicznych jaką jest konkurs, również wymaga określenia pozacenowych kryteriów oceny prac konkursowych, to jest zarówno wymienienia ich z nazwy jak i nadania im odpowiedniej wagi – wzorca przyznawania punktów[19]. Wśród kryteriów oceny ofert prac konkursowych mogą pojawiać się kryteria odnoszące się do kosztów wdrożenia proponowanych koncepcji rozwiązań, jednak kryteria te zawsze będą miały charakter pozacenowy. Z uwagi na specyfikę procedury konkursowej i brak czynnika cenowego łączącego się z wyborem określonej pracy konkursowej, kryterium ceny do oceny prac konkursowych w ogóle bowiem nie ma zastosowania. W konsekwencji, w ramach procedury konkursowej brak jest wypłaty wynagrodzenia łączącego się z wyborem określonej pracy konkursowej, jakkolwiek do pewnego stopnia rolę wynagrodzenia może pełnić nagroda przewidziana przez zamawiającego organizującego konkurs: dla zwycięzcy tego konkursu lub dla laureatów konkursu[20]. Do wyjątków od zasady swobody wyboru przez zamawiającego kryteriów oceny ofert pomiędzy zastosowaniem wyłącznie kryterium cenowego a zastosowaniem kryterium cenowego w połączeniu z kryteriami pozacenowymi należy także postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego, w którym zamawiający nie może stosować wyłącznie kryterium cenowego.

Analiza dopuszczalnych kryteriów oceny oferty w oparciu o orzecznictwo sądów powszechnych zarówno polskich jak i ETS pokazuje znaczącą swobodę zamawiającego w doborze i wadze kryteriów oceny oferty. Przyjąć należy, iż nadmierna swoboda w ocenie kryteriów może prowadzić do nadużyć, jednakże ETS w orzeczeniu „ Diamorfina"[21] dopuścił jako kryterium oceny oferty pewność i ciągłość dostaw. Orzekając na podstawie dyrektywy 77/62 koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, ze zmianami wprowadzonymi przez Dyrektywę 88/295[22] uznał, iż ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia należy dopuścić kryterium zdolności wykonawcy do zapewnienia niezawodnych i ciągłych dostaw dla państwa członkowskiego, którego sprawa dotyczy. Jednakże kryterium pewności i ciągłości dostaw nie może być jedynym kryterium oceny oferty, ETS zastrzegł, iż pewność dostaw jest jednym z kryteriów jakie można brać pod uwagę na mocy art. 25 dyrektywy w celu określenia najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty na dostawy produktu określonym podmiotom pod warunkiem określenia jej jako warunku udzielenia zamówienia publicznego. W związku z czym należy uznać, iż kryterium oceny

---

[18] Por. art. 2 pkt 5 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 Nr 113, poz. 759 z późn. zm).

[19] Por. art. 115 ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 2 pkt 11 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 Nr 113, poz. 759 z późn. zm).

[20] Por. art. 111 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 Nr 113, poz. 759 z późn. zm).

[21] Wyrok ETS z 28.03.1995 r. w sprawie C-324/93 („Diamorfina").

[22] M. Lemke, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001, s. 12.

oferty musi być związane bezpośrednio z przedmiotem zamówienia oraz sektorem, w jakim działa wykonawca. Dopuszczenie jako kryterium oceny oferty pewności dostaw w przypadku dostaw towarów powszechnie dostępnych nie będzie prowadziło do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Przyjęte przez zamawiającego kryteria nie muszą koniecznie odnosić się wyłącznie do bezpośrednio ekonomicznie wymiernych (finansowych) aspektów ofert. Zamawiający dokonując wyboru kryteriów oceny oferty powinien stosować takie kryteria, które nie przyznają mu nieograniczonej swobody wyboru oferty oraz są zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji[23]. Zamawiający może brać pod uwagę kryteria związane z ochroną środowiska na różnych etapach postępowania o zamówienie publiczne, jednakże prowadzone przez niego postępowanie musi być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji[24].

Zasada niedyskryminacji w zamówieniach publicznych stanowi główne kryterium oceny działań zamawiającego w procedurach zamówień publicznych, jednakże istnieją pewne wyjątki, kiedy to zamawiający może dobrać kryteria oceny oferty preferujące oferentów na zasadzie pomocy.

Procedury zamówień publicznych określają, że zamawiający powinni opierać swoją decyzję albo wyłącznie na najniższej cenie, albo, gdy udziela się zamówienia wykonawcy składającemu ofertę najbardziej korzystną pod względem ekonomicznym, na różnych kryteriach związanych z umową: np. cena, czas wykonania, koszty bieżące, zyskowność, parametry techniczne. Pomimo tego, że druga możliwość pozostawia do uznania zamawiających wybór kryteriów, na podstawie których udzielają oni zamówienia, ich wybór jest ograniczony do kryteriów pozwalających na określenie, która oferta jest najbardziej korzystna pod względem ekonomicznym. W rzeczywistości art. 29 ust. 4 traktuje, jedynie jako wyjątek, możliwość udzielenia zamówienia w oparciu o kryteria innej natury „w ramach zasad, których celem jest udzielenie preferencji wobec niektórych oferentów na zasadzie pomocy, pod warunkiem, że przywołane zasady będą w zgodzie z Traktatem, a w szczególności art. 92 i następnymi[25].

Swoboda kształtowania kryteriów oceny ofert została ograniczona poprzez wydane na podstawie art. 91 ust. 8 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 , które określa inne niż cena obowiązkowe kryteria oceny ofert w odniesieniu do zamówień publicznych na zakup pojazdów samochodowych kategorii M i N niebędących pojazdami specjalnymi[26]. Zgodnie z drugim z przytoczonych rozporządzeń, są to samochody do przewozu osób (zarówno osobowe, jak i autobusy) oraz do przewozu ładunków niezależnie od masy. Obowiązkowymi kryteriami są :

1) zużycie energii;

2) emisja dwutlenku węgla;

3 emisje zanieczyszczeń: tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów.

Ich obligatoryjny charakter nie jest jednak bezwzględny, bowiem w przypadku gdy w SIWZ określono wymogi techniczne pojazdu dotyczące czynników, które zgodnie z rozporządzeniem

---

[23] Wyrok ETS z 17.09.2002 r. w sprawie C - 513/99.

[24] Wyrok ETS z 10.04.2003 r. w sprawach C - 20/01 i C - 28/01.

[25] Wyrok ETS w sprawie C-31/87 („Beentjes"), pkt 24 i 34.

[26] Kategorie te zdefiniowano w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 24 października 2005 r. w sprawie homologacji typu pojazdów samochodowych i przyczep.

powinny stanowić kryteria oceny ofert, zamawiający może zastosować inne kryteria oceny oferty. Dopuszczalność pozacenowych kryteriów oceny oferty wynika z ich możliwości ocennych, co więcej z każdym z kryteriów oceny oferty musi wiązać się pewien element subiektywizmu. Dowolność w ocenie i subiektywizm mogą zostać ograniczone np. przez podanie wskazówek co do oceny i przyznania punktów w poszczególnych podkryteriach[27]

IV. KONTROLA KRYTERIÓW OCENY OFERTY

Formułowanie przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem swobodnych kryteriów oceny oferty bądź warunków udziału w postępowaniu budzi kontrowersje. Szczególnie zastrzeżenia pojawiają się przy próbie określenia swobody zamawiającego kryteriów oceny ofert. Związane jest to z możliwością licznych naruszeń zasad zamówień publicznych jak i również konkurencji na rynku. Kontrola zamówień publicznych są to wszelkiego rodzaju działania podejmowane przez odpowiednie wyspecjalizowane organy badające nie tylko prawidłowość udzielania zamówień publicznych, ale także wykorzystywanie przez wykonawców środków odwoławczych przewidzianych PZP. Działania te pozwalają weryfikować poprawność czynności dokonywanych przez zamawiającego w toku udzielania zamówienia publicznego na poszczególnych jego etapach. Podstawą kontroli pozacenowych kryteriów oceny oferty są regulację art. 91 PZP, który wyznacza podstawowe kryteria oceny oferty w zamówieniach publicznych. Właśnie tą swobodę można uznać za przejaw uznania administracyjnego, właśnie takie rozumienie uznania administracyjnego definiuje J. Łętowski , który określa uznanie jako „ściśle określoną sferę, w której urzędnik administracyjny uprawniony jest do dokonania wykładni ustawy, czyniąc to z jednej strony w imieniu i na rachunek państwa, a z drugiej – przy zwiększonej własnej osobistej odpowiedzialności[28]. J. Łętowski uważa, że za uznaniem administracyjnym powinna iść dokładniejsza i bardziej rygorystyczna kontrola, wykonywana z punktu widzenia legalności[29]. Kontrolę kryteriów oceny oferty można prowadzić jedynie w zakresie uznania administracyjnego, gdzie podmioty uprawnione do ochrony interesów stron postępowania badają prawidłowość stosowania przepisów ustawy i dyrektyw w zakresie zamówień publicznych. W wyroku KIO z 15.7.2010 r. (sygn. akt KIO/1327/10) wskazano, że zamawiający może ustalać takie kryteria oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty spełniającej w największym stopniu jego oczekiwania. To uprawnienie zamawiającego wynika z art. 91 ust. 2 Pzp, który nie określa zamkniętego katalogu kryteriów, jakimi można się kierować przy wyborze oferty. Tym samym zezwala na ich dowolne ustalenie, pod warunkiem że dotyczyć będą przedmiotu zamówienia. W wyroku podkreślono, że w kontekście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców swoboda w ustalaniu kryteriów oceny ofert doznaje dalszych ograniczeń. Wyraża się to m.in. w obowiązku jednakowego traktowania wszystkich wykonawców, a więc również oceny ich ofert wg tych samych zasad, oraz prowadzenia postępowania w sposób pozwalający na zweryfikowanie prawidłowości postępowania zamawiającego, również w zakresie oceny ofert. Ocena ofert w zgodzie z powyższą zasadą może być dokonana tylko przy użyciu jasno opisanych, mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania, ograniczającego do minimum wpływ subiektywnych odczuć i preferencji osób dokonujących oceny. Informacje o sposobie oceny muszą być podane do wiadomości wykonawców, ponieważ są dla nich wskazówką, czego oczekuje zamawiający, tzn. jak przygotować ofertę i wg jakich zasad oferta będzie oceniana.

---

[27] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 22.12.2011 r., sygn. akt KIO 2653/11.

[28] J. Łętowski, Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe, Warszawa 1990, s. 166.

[29] *Ibidem*, s. 166.

Zasada równego traktowania różnych usługodawców, przewidziana w art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi i zasada przejrzystości, która z niego wynika, stawiają wymóg, aby zarówno przedmiot, jak i kryteria udzielenia zamówienia były jasno określone. Wymóg taki obowiązuje, gdy zarówno przedmiot zamówienia, jak i ustalone kryteria jego udzielenia powinny być brane pod uwagę jako istotne elementy w celu określenia, która z procedur przewidzianych w dyrektywie powinna zostać zastosowana i w celu oceny, czy wymogi ustalone dla każdej procedury są przestrzegane[30]. W zakresie brak określenia w SIWZ warunków dotyczących sposobu obliczenia ceny, kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty oraz sposobu oceny ofert – choć stanowi oczywiste i poważne naruszenie postanowień ustawy – Prawo zamówień publicznych – nie przesądza w sposób dorozumiany o naruszeniu przez zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania stron w tym postępowaniu. Aby wykazać naruszenie omawianej zasady, należy udowodnić zamawiającemu, że faktycznie stosował wobec oferentów różne kryteria albo w inny sposób traktował ich nierówno"[31]. Ustalenie wagi kryterium cenowego na stosunkowo niewysokim pułapie musi więc zawsze być ekonomicznie uzasadnione, np. poprzez wykazanie, że nabycie produktów lub świadczeń droższych skutkuje ich odpowiednio wyższą jakością, trwałością lub innymi cechami, co w ogólnym bilansie przyczynia się do racjonalniejszego wydatkowania środków publicznych. Pozostałe kryteria, które dopuszcza ustawa, odnoszą się do przedmiotu zamówienia. A contrario zabronione będzie nie tylko stosowanie kryteriów podmiotowych ale również innych, co do których zamawiający nie wykaże związku z przedmiotem zamówienia.

Kryteria oceny ofert co do zasady można podzielić na kryteria mierzalne i kryteria oparte na indywidualnej ocenie członków Komisji Przetargowej, a zatem z pewnym zakresem uznaniowości. Nie stanowi naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp indywidualna ocena dokonana przez członka Komisji Przetargowej, w sytuacji kiedy z założenia jest to ocena oparta o zasadę swobodnej oceny i pewnej uznaniowości[32]. Szczególnej precyzji wymagają kryteria trudno mierzalne, stwarzające ryzyko dowolności oceny, takie jak estetyka, jakość, funkcjonalność, itp. Jeśli Zamawiający decyduje się na ich stosowanie, ma obowiązek wskazać w SIWZ szczegółowy opis sposobu ich zastosowania, tj. podać, co będzie brał pod uwagę przy ocenie ofert i jak będzie dokonywał punktacji. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w W., w wyroku z dnia 18 marca 2004 r. (...), kryteria oceny ofert powinny być wyraźnie określone w specyfikacji w sposób umożliwiający późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Zdaniem Sądu, konsekwencją nieprecyzyjnego zdefiniowania kryteriów jest konieczność ich doprecyzowania przez komisję przetargową, co jest równoznaczne ze zmianą kryteriów w trakcie postępowania. Również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się na konieczność jak najbardziej precyzyjnego sformułowania zasad oceny ofert, w sposób umożliwiający ich obiektywne stosowanie, jednakowo wobec wszystkich wykonawców (m.in. KIO/UZP619/08).

Kryteria określone przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu są kryteriami stwarzającymi ryzyko dużej uznaniowości oceny. Należy więc stwierdzić, że mogą być zastosowane tylko pod warunkiem szczegółowego określenia zarówno kryteriów pomocniczych, jak i zasad dokonywa-

---

30 Wyrok ETS z 14.10.2004 r. w sprawie C-247/02.

31 Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 23 listopada 2006 r., DF/GKO-4900-85/105/06/2779, niepublikowane.

32 Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 3 lipca 2006 r., UZP/ZO/0-1879/06, LEX nr 209861.

nia oceny. Zamawiający powinien dokładnie określić, za co i w jakiej liczbie będzie przyznawał lub odejmował punkty. Tymczasem Zamawiający nie wskazał zasad dokonywania oceny, a postanowienia SIWZ dotyczące oceny są zdecydowanie zbyt ogólne i na ich podstawie wykonawcy nie mają ani wiedzy niezbędnej do przygotowania oferty, ani zapewnienia, że ich oferty zostaną ocenione z poszanowaniem zasady równego traktowania.

Analizując kwestię innych niż cena kryteriów oceny ofert w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie można zapomnieć o potrzebie uważnej analizy przez wykonawców sposób opis zastosowanych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, w celu eliminowania łamania prawa przez zamawiających. Wprowadzenie innych niż cena kryteriów może sprzyjać nadużyciom, szczególnie polegających na subiektywnej ocenie przez komisję przetargową warunków spełnienia przez ofertę warunków. W związku z czym należy podkreślić i kontrolować działania w taki sposób by prowadzić do sytuacji, gdzie ocena ofert będzie następowała w zgodzie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Takie warunki oceny ofert muszą się stanowić zespół mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania, ograniczającego do minimum wpływ subiektywnych odczuć i preferencji osób dokonujących oceny, a informacje o sposobie oceny muszą być podane do wiadomości wykonawców. Szczególnej precyzji wymagają kryteria trudno mierzalne, stwarzające ryzyko dowolności oceny, takie jak estetyka, jakość, funkcjonalność, itp. Jeśli Zamawiający decyduje się na ich stosowanie, ma obowiązek wskazać w SIWZ szczegółowy opis sposobu ich zastosowania, tj. podać, co będzie brał pod uwagę przy ocenie ofert i jak będzie dokonywał punktacji[33]. Praktyka pokazuje, że problemy mogą się również pojawić w sytuacji, gdy jedynym kryterium wyboru jest cena. W postępowaniu zamawiający przyjął niestandardową zasadę punktacji: największą liczbę punktów miała otrzymać oferta z ceną *średnią*. Oferty o skrajnie niskiej i wysokiej cenie miały otrzymać zero. Jak się okazało, zamawiający obawiał się, że oferta z najniższą ceną nie gwarantuje wykonania zamówienia, w związku z czym chciał ją wyeliminować[34].

Podsumowując, należy zauważyć, iż orzecznictwo wielokrotnie wypowiadało się o kryteriach oceny oferty w zamówieniach publicznych, dokonując kontroli wykorzystywanych kryteriów. Podkreślić należy, iż kontroli nie podlega zasadność korzystania z pozacenowych kryteriów oceny oferty a jedynie przejrzystość ich stosowania. Zamawiający mogą dowolnie korzystać z pozacenowych kryteriów oceny oferty, jednakże ich działania powinny być jawne oraz klarowne tj. precyzyjnie wskazywać elementy ocenne podczas wyłaniania najkorzystniejszej oferty. Kontrola kształtowania poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym, a ich kształt musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej[35]

V. ZAKOŃCZENIE

Swoboda zamawiającego w zakresie stosowania i określania pozacenowych kryteriów oceny ofert jest ograniczona jedynie z uwagi na konieczność zapewnienia, aby te kryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia oraz były zgodne z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, w myśl któ-

---

[33] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 15 lipca 2010 r., KIO/UZP 1327/10, *LEX nr 598571*.

[34] Zob. szerz. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 26 kwietnia 2000 r., Sygn. Akt UZP/ZO/0-298/00.

[35] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 368/09, LEX nr 498637.

rej przygotowuje się i przeprowadza postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Obowiązkiem instytucji zamawiających jest określenie kryteriów udzielania zamówień wraz z przypisaną poszczególnym kryteriom wagą w odpowiednim czasie umożliwiającym oferentom wzięcie ich pod uwagę podczas sporządzania ofert. Niedozwolone są takie kryteria, które dawałoby zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru. Wybór kryteriów w postępowaniach dotyczących zamówień publicznych nie może być dowolny i zależny od nieograniczonego uznania podmiotu zamawiającego. Muszą one mieć charakter obiektywny, nie naruszający zasady równego traktowania wszystkich wykonawców i winny być stosowane dokładnie w ten sam sposób wobec wszystkich ofert. Naruszenie zasad prawa zamówień publicznych czy też dyscypliny finansów publicznych podczas doboru pozacenowych kryteriów oceny oferty powoduje odpowiedzialność lub odpowiednio unieważnienie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Pozorna swoboda zmawiającego w stosowaniu i wykorzystaniu pozacenowych kryteriów oceny oferty podlega kontroli zarówno przez sąd jak i Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jednakże nie w zakresie celowości ich stosowania a jedynie w zakresie zgodności z prawem zamówień publicznych oraz uczciwej konkurencji. Podkreślić, należy, iż pomimo dopuszczenia kryteriów pozacenowych oceny oferty, cena zawsze musi być kryterium oceny ofert, choć niekoniecznie kryterium o najwyższej wadze. Waga poszczególnych kryteriów oceny oferty to prawna dopuszczalność swobody zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pozorna swoboda zamawiającego jest ograniczona ogólną zasadą wyrażoną art. 44 ust. 3 u.f.p[36]. tj. zasadą oszczędnego i efektywnego gospodarowania środkami publicznymi. Ustawa PZP wymienia w katalogu dopuszczalnych kryteriów jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Podkreślić należy, iż niezależnie od doboru kryteriów i ich wagi zamawiający podlega kontroli, nie w zakresie doboru kryteriów oceny oferty i ich wagi, ale w zakresie ich roli w wyborze oferty.

[36] Ustawa z 29 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz.1240 ze zm.).

DOŚWIADCZENIA Z PROCESÓW KONTROLNYCH ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAUFANIE I PARTNERSTWO JAKO ALTERNATYWA DLA KONTROLI W PROJEKTACH PUBLICZNYCH

Dr Stanisław Gasik
Project Management Institute, Poland Chapter

WPROWADZENIE

Problemy w realizacji wielkich projektów publicznych – opóźnienia realizacji prac, przekraczanie budżetu, przerywanie realizacji projektów, wzajemne oskarżenia zamawiającego i wykonawcy, długotrwałe procesy sądowe – każą zastanowić się, czy mechanizmy kierowania wielkimi projektami publicznymi w Polsce są właściwie zdefiniowane. Czynnikami wpływającymi na jakość tego procesu są nie tylko mechanizmy czysto formalnej kontroli, ale także zaufanie, wpływy nieformalne, relacje między uczestnikami projektów, poziom partnerstwa i współpracy między stronami projektu czy w końcu moralność uczestników projektów.

Środowisko realizacji wszelakich prac, także projektów publicznych, składa się nie tylko z zamawiającego i wykonawcy, ale także z wielu innych podmiotów zainteresowanych ich realizacją: społeczności lokalnych i ponadlokalnych, mediów, podwykonawców, prawodawców oraz różnorodnych grup nacisku, zależnych od charakteru projektu. W teorii organizacji podmioty, które mają wpływ na organizację, lub mogą skorzystać z jej działań, nazywamy *interesariuszami* (Freeman, 1984, Newcombe, 2003). Bardzo dobrze znaną grupą interesariuszy są stowarzyszenia ekologiczne. Relacje pomiędzy nimi są wyznaczane głównie przez trzy czynniki: władzę, zaufanie oraz kontrolę. Władza jest to możliwość wykonywania własnej woli w ramach danych stosunków społecznych (Weber, 1947). Zaufanie – akceptowanie zachowań innych osób wynikające z przypisywania tym zachowaniom pozytywnych intencji (Rousseau et al., 1998). Kontrola – pozyskiwanie informacji o stanie prac w celu upewnienia się, że wszystkie zaplanowane działania są realizowane, polecenia są wykonywane i przestrzegane są wszystkie obowiązujące zasady (Fayol, 1949).

Władza, kontrola i zaufanie są ze sobą bardzo ściśle powiązane. Zwiększenie poziomu kontroli możliwe jest wyłącznie wtedy, kiedy podmiot kontrolujący ma więcej władzy. Zmniejszenie poziomu kontroli wiąże się ze zwiększeniem poziomu zaufania. Brak władzy uniemożliwia sprawowanie kontroli i powoduje, że relacje mogą być oparte wyłącznie na zaufaniu. Próba wykonywania kontroli, gdy nie posiada się władzy, może się spotkać z odrzuceniem ze strony podmiotu kontrolowanego. Czyli zmiana poziomu jednego z czynników jest powiązana ze zmianą co najmniej jednego z dwóch pozostałych.

Relacje w trójkącie kontrola, władza, zaufanie odnoszą się nie tylko do zamawiającego i wykonawcy projektu publicznego, ale także do zewnętrznych interesariuszy. Przykładem zależności tych czynników była sytuacja przy budowie autostradowej obwodnicy Augustowa. Ekolodzy nie mieli zaufania do GDDKiA w zakresie ochrony środowiska w czasie budowy obwodnicy Augustowa, z kolei GDDKiA nie miała władzy, umożliwiającej sprawowanie kontroli nad ekologami, w wyniku czego budowę obwodnicy trzeba było przerwać. Gdyby wyposażyć podmiot wykonujący obwodnicę w odpowiednie uprawnienia (czyli władzę), kwestia zaufania do GDDKiA nie miałaby znaczenia. W czasach totalitarnych problemy z organizacjami ekologicznymi nie istniały,

ponieważ wykonawca inwestycji mógł wykonywać dowolną władzę nad wszystkimi ewentualnymi niezadowolonymi podmiotami.

Określenie właściwych poziomów władzy, kontroli oraz zaufania – nie tylko pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, ale i pomiędzy wszystkimi interesariuszami projektów publicznych – ma istotny wpływ na realizację prac i powinno być wynikiem świadomej, przemyślanej decyzji. Rosnąca złożoność projektów, angażowanie coraz większej liczby interesariuszy, presja na czas i budżet powoduje poszukiwanie nowych form zawierania i realizacji kontraktów, niekoniecznie opartych wyłącznie na władzy i kontroli (Chan i in., 2011).

Niniejszy artykuł zawiera skrótowy przegląd aktualnego stanu wiedzy dotyczącej partnerstwa i zaufania jako alternatywnych dla kontroli elementów koniecznych do realizacji projektów.

GŁÓWNE RODZAJE KONTRAKTÓW

Poziom władzy w projekcie wyznacza możliwość wykonywania funkcji kontrolnych. Jeśli klient projektu nie posiada władzy, to nie może wykonywać funkcji kontrolnych. Z poziomu posiadanej władzy wynika także potrzeba zaufania. Podmiot, który nie posiada lub nie chce wykorzystywać władzy, zdaje się na zaufanie do innych podmiotów wchodzących z nim w relacje, na przykład związane z realizacją projektów.

Każdy podmiot ma określony poziom władzy wynikający z realizowanych zadań. Kierownicy projektów z założenia mają uprawnienia do realizacji władzy nad członkami zespołów projektów. Kierownicy projektów wydają członkom zespołów projektów polecenia dotyczące zakresu, sposobu, czasu oraz innych parametrów wykonywanych prac. Zamawiający, klient projektu, wywiera wpływ na zespół wykonujący projekt poprzez relacje z kierownikiem projektu, który decyduje o sposobach wykonywania poleceń zlecającego wewnątrz zespołu projektu. Poziom wpływu zamawiającego na wykonawcę wynika z kontraktu, na podstawie którego wykonywane są prace. Zauważmy, że gdyby realizacja projektów była całkowicie przewidywalna, problem władzy i relacji w trakcie realizacji projektów nie byłby istotny. Gdyby przedmiot i wszelakie parametry projektów, ich produktów i sposobów realizacji można było jednoznacznie określić, spisać, wykonać oraz odebrać bez żadnych odchyleń od kontraktu, to nie istniałby obszar, w którym konieczne byłoby podejmowanie jakichkolwiek istotnych decyzji w relacjach pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Zamawiający mógłby podpisać kontrakt, a następnie czekać na otrzymanie produktów projektu. Ale w każdym dostatecznie długim i skomplikowanym projekcie nie ma możliwości przewidzenia wszelakich uwarunkowań jego realizacji. Mogą zostać wymyślone nowe technologie, przedmiot projektu może być niedodefiniowany, wykonawca oraz klient projektu mogą napotkać nieprzewidywane problemy finansowe, kadrowe, technologiczne czy organizacyjne. Dokumentacja klienta może być nieprecyzyjna, opracowany przez wykonawcę plan realizacji projektu może być niewykonalny. Predykcje w kontraktach są oparte na nieprawdziwym założeniu, że w momencie zawierania kontraktu wszystkie informacje są znane (Rahman, Kumaraswany, 2005). Kontrakty zawsze są niekompletne (Pinto i in., 2009), a więc wykonanie kontraktu składa się z realizacji zobowiązań kontraktowych oraz wykonywania prac nie wynikających bezpośrednio z kontraktu, ale koniecznych do jego pomyślnego zakończenia (Maccaulay, 1963). W kontrakcie istnieje część spisana formalna oraz „kontrakt psychologiczny". Kontrakt psychologiczny uzupełnia kontrakt formalny, w którym nigdy nie można zawrzeć wszystkich szczegółów (Heiskanen i in., 2008). Naturalne jest więc postawienie pytania: w jaki sposób można spowodować realizację prac, nie opisanych bezpośrednio w kontrakcie.

Na gruncie teorii kontraktów istnieją trzy próby zmierzenia się z tym problemem(Gil, 2009):

- Kontrakty klasyczne, czyli ignorowanie problemu,
- Kontrakty neo-klasyczne, czyli naprawianie usterek,
- Kontrakty relacyjne, czyli próba rozwiązania problemu.

W kontraktach klasycznych warunki realizacji kontraktów są ściśle opisane. Kontrakty są oparte na formalnych dokumentach, regułach prawnych i samo-likwidujących się transakcjach. Zawieranie kontraktów jest powiązane z twardymi negocjacjami. Strony kontraktów nie wchodzą we wzajemne relacje, dzięki czemu łatwiejsza jest ewentualna wymiana wykonawcy. Realizacja kontraktów oparta jest na kontroli i nadzorze (Gil, 2009). Kontrakt jest podpisywany a następnie weryfikowana jest jego realizacja (Clegg i in., 2002). Kontrakty klasyczne sprzyjają zachowaniom oportunistycznym polegającym wyłącznie na ścisłej realizacji kontraktu (Chan i in., 2011, Lazar, 2000). Ponieważ, jak wcześniej napisałem, w odpowiednio dużych projektach nie ma możliwości przewidzenia całości realizacji produktu, zawsze powstają kwestie sporne dotyczące realizacji części prac. Zamawiający zwykle twierdzi, że konieczność wykonania pewnych prac leży w zakresie kontraktu, zaś wykonawca – że niektóre wymaganie przez zamawiającego prace nie leżą w zakresie. Sytuacje takie kończą się sporami sądowymi. Przy takim, klasycznym sposobie zawierania kontraktów każdy projekt trwa siedem lat: rok na zrobienie projektu technicznego, dwa lata na wytworzenie produktów i cztery lata na procesy sądowe (Manley i in., 2007).

Kontrakty neo-klasyczne przyjmują założenie, że pełne wyspecyfikowanie złożonego produktu nie jest możliwe. Do kontraktów włączane są elementy elastyczne. Określane są procedury modyfikacji kontraktu. Wskazywane są te elementy, które będą ostatecznie definiowane w czasie realizacji kontraktu. Zakłada się udział stron trzecich, nie sądowych, w rozwiązywaniu konfliktów i ocenie efektywności (Gil, 2009). Kontrakty neo-klasyczne wprowadzają pewien zakres elastyczności w realizacji projektów – ale tylko do tego stopnia, do którego są w stanie tę elastyczność przewidzieć.

Głównym celem kontraktów opartych na relacjach jest ich realizacja nie tylko w udokumentowanej prawnie części, ale także inne działania wykonywane na bazie zaufania ze względu na dodatkowe korzyści stron kontraktu (Xue i in., 2010). Kontrakty oparte na relacjach wskazują punkty zbieżnych interesów u stron uczestniczących w projektach (Rahman, Kumaraswany, 2005). W tym celu konieczne jest rozpoznanie korzyści, które obydwie strony mogą uzyskać w wyniku realizacji kontraktu. Kontrakty relacyjne opierają się na zaufaniu, partnerstwie, zaangażowaniu stron w realizację kontraktu, współpracy, komunikacji, ustanawianiu wspólnych celów, filozofii win-win (Yeung i in., 2012) sprawiedliwości, podziale ryzyk i korzyści (Tyler, Matthews, 1996).

Za podstawę realizacji kontraktów opartych na relacjach uważa się najczęściej zaufanie i partnerstwo. Pojęciom tym poświęcam zawartość następnych rozdziałów.

PARTNERSTWO

Historia

Podstawą XX wiecznego sposobu rządzenia były przewidywalne procesy dające ustalone wyniki w stabilnym środowisku (Manley i in., 2007). Założenia takie w XXI nie są prawdziwe (Atkin-

son, 2003). Przez długie lata w przemyślenie budowlanym w Wielkiej Brytanii (a zapewne także w innych krajach) relacje pomiędzy klientem a wykonawcą oparte były na zasadach kontradykcyjności. Wykonawca był uważany przez klienta za przebiegłego faceta, który szuka każdej okazji, żeby oszukać zamawiającego. W przetargach, w szczególności publicznych, zawsze wygrywała najniższa cena, często z założeniem, że roszczenia wyrównają koszty projektów. Było za dużo wykonawców a za mało kontraktów. Takie relacje doprowadziły w latach '80 i '90 poprzedniego wieku w Wielkiej Brytanii do zamknięcia wielu firm budowlanych (Thompson, 1999). W związku z pogarszającą się sytuacją przemysłu budowlanego rząd brytyjski zwrócił się do sir Michaela Lathama o analizę sytuacji i wypracowanie zaleceń. Wynikiem prac zespołu kierowanego przez Lathama był raport *Constructing the Team* (Latham, 1994). Latham stwierdził, że największymi problemami w realizacji kontraktów budowlanych są między innymi wrogość pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, brak efektywności, brak szacunku dla pracowników. Jako remedium na tę sytuację zaproponował partnerstwo, zaufanie, współpracę, uczciwość, zaangażowanie oraz wzajemne zrozumienie między uczestnikami kontraktów. Raport Lathama był kamieniem milowym w rozwoju partnerskich relacji w projektach infrastrukturalnych w Wielkiej Brytanii. Wcześniejsze próby stosowania podejścia partnerskiego to stosowanie podejścia partnerskiego na początku lat 90' do organizacji wydobycia ropy na Morzu Północnym.

W USA podejście partnerskie rozpoczęto stosować w późnych latach 80' XX wieku, w USA Corps of Engineers. Po zawarciu kontraktu organizowano spotkania, na których dyskutowano oczekiwania stron kontraktu oraz możliwości i sposoby ich osiągnięcia (Manley i in., 2007). W 1993 roku dowódcy marynarki wojennej USA spotkali się, żeby zapoczątkować wytworzenie partnerskiego procesu realizacji projektów. W 1996 opublikowano Przewodnik partnerstwa w misjach środowiskowych Sił Powietrznych, Armii i Marynarki (Tri-Service Committee: Air Force, Army, Navy, 1996).

W roku 1998 sir John Egan opublikował raport *Rethinking Construction* (Egan, 1998). Raport Egana formułował model 5–4–7 rozwijający wyniki raportu Lathama. Zgodnie z tym modelem istnieje pięć sił napędowych zmian w projektach budowlanych (m. in. integracja zespołu wytwórczego, zaangażowanie dla ludzi oraz koncentracja na kliencie) i cztery główne procesy (m. in. partnerska współpraca między uczestnikami łańcucha dostaw). Razem siły napędowe zastosowane do procesów powinny się przyczynić do osiągnięcia głównych celów usprawniania, m. in. do zmniejszenia kosztów kapitałowych, zmniejszenia czasu budowy, mniejszej liczby defektów, zwiększonej produktywności oraz zwiększonych korzyści partnerów.

Współczesne tendencje dotyczące sposobu zawierania i realizacji kontraktów przenoszą punkt ciężkości z mechanizmów władzy i kontroli na mechanizmy współpracy i partnerstwa. Aktualnie podejście partnerskie do realizacji projektów publicznych jest stosowane w wielu krajach, między innymi w Australii (Walker i in., 2000), Hong Kongu (Chan i in., 2006), Stanach Zjednoczonych (Manley i in., 2007), Wielkiej Brytanii (OGC, 2003), Danii (Kadefors i in., 2007).

Wartości i założenia partnerstwa

W kontraktach klasycznych główne pytanie brzmi: co wykonawca może zrobić dla klienta. W podejściu partnerskim pytanie to jest zastąpione przez inne: co obydwie strony mogą razem osiągnąć (OGC, 2003). Żeby rozważać wprowadzenie kontraktów partnerskich zamiast tradycyjnych, kontradykcyjnych, trzeba przyjąć pewne podstawowe wartości, leżące w sferze kultury organizacji (Manley i in., 2007). Po pierwsze trzeba uznać, że współpraca jest bardziej produktywna niż konfrontacja. Gil

(2009) podaje przykład z budowy wielkiego terminala lotniczego. Okazało się, że jeden ze słupów nośnych jest odchylony poza granice tolerancji. W podejściu tradycyjnym rozpoczęto by szukanie winnego, zapewne pomiędzy zamawiającym, projektantem a wykonawcą. Sprawa mogłaby się skończyć w sądzie. W podejściu partnerskim kierownik projektu zaprosił przedstawicieli wszystkich stron, stwierdził, że to on sam ma problem i poprosił wszystkich uczestników o pomoc. W wyniku wspólnej pracy problem został rozwiązany. Inne podstawowe przekonania Manleya i jego współpracowników to: przyjęcie, że podstawą działania, zarówno na poziomie indywidualnym, jak i organizacyjnym jest zaufanie. Partnerstwo i zaufanie we współpracy muszą być inicjowane przez najwyższe władze firm. Korzyści wszystkich uczestników zdecydowanie przewyższają koszty, jeśli partnerstwo jest realizowane właściwie. Harmon (2003) zwraca uwagę, że pieniądze nie powinny być wydawane na obsługę sporów sądowych, ale na wykonywanie podstawowych prac w projekcie). Istotną składową partnerstwa są właściwe, pozytywne zachowania międzyludzkie. W szczególności należy zwracać uwagę na różnice między ludźmi – zauważanie ich daje lepsze efekty niż ignorowanie. Do efektów w partnerstwie można dojść wyłącznie poprzez ciężką pracę. Najmocniejsze partnerstwo powstaje w wyniku wspólnej walki o sukcesy projektów. Nie należy obawiać się zwracania się z prośbą o pomoc – może ona być przejawem siły, przeświadczenia o własnej wartości, a nie – tak jak w kontraktach tradycyjnych – przejawem słabości. Ogólnie: dawne nastawienia będą musiały się zmienić, żeby partnerstwo zadziałało (Manley i in., 2007).

Pozytywne nastawienie do partnerstwa leży w sferze kultury organizacji. Kultura organizacji jest trudna do zdefiniowania; zmiany w niej (dotyczące partnerstwa) mogą być głębokie (zmiany nastawień) lub powierzchowne (realizacja procedur partnerskich). Kultura może być zróżnicowana pionowo: kierownictwo jest pozytywnie nastawione do partnerstwa, zaś członkowie zespołów – negatywnie. Ale naciski odgórne są sprzeczne z ideą decentralizacji konieczną dla partnerstwa. Kultura może także być zróżnicowana poziomo, między komórkami organizacyjnymi: jedne są nastawione pozytywnie, inne negatywnie (Bresnen, Marshall, 2000). Partnerstwo dotyczy ludzi, zachowania, relacji i jest systemem zarządzania projektem (Lazar, 2000). Intencją partnerstwa jest zainteresowanie się osobami, a nie organizacjami, zaangażowanymi w kontradykcyjne relacje i zdecydowane poprawienie możliwości radzenia sobie z konfliktami między organizacjami (Crowley, Karim, 1995). Partnerstwo nie jest metodyką (jak np. zarządzanie projektami) ale zestawem wartości, elementem kultury organizacji (Alderman, Ivory, 2007).

Definicje

Partnerstwo jest to pojęcie, które może być rozpatrywane z wielu punktów widzenia (Bresnen, Marshall, 2000). Partnerstwo może być definiowane na dwa główne sposoby (Tyler, Matthews, 1996, Crowley, Karim, 1995): poprzez atrybuty takie jak zaufanie, wspólna wizja, długoterminowe zaangażowanie lub poprzez określenie procesu – np. opracowanie definicji misji, ustalonych celów i organizowanie warsztatów partnerstwa.

Partnerstwo jest to jedna z form współpracy pomiędzy klientami i dostawcami, charakteryzująca się wysokim poziomem otwartości, komunikacji, wzajemnego zaufania i wymiany informacji (OGC, 2003). Na gruncie kulturowym partnerstwo jest widziane jako zmiana zachowań i nastawień, zachęcanie do omijania sprzecznych interesów poprzez odwoływanie się do celów wspólnych projektów (Bresnen, Marshall, 2000). Partnerstwo może też być widziane jako forma zawierania kontraktów (Eriksson, 2010), proces ustanawiania dobrych relacji pomiędzy stronami zaangażowanymi w realizację projektu (Chan i in., 2003) czy też sposób wprowadzania

niekontradykcyjnych relacji w pracy pomiędzy stronami projektu poprzez wzajemne zaangażowanie i otwartą komunikację (Cheung i in., 2003). Zgodnie z definicją Construction Industry Institute (CII, 1991) partnerstwo jest to długotrwałe zaangażowanie pomiędzy dwoma lub większą liczbą określonych organizacji w celu osiągnięcia określonych celów biznesowych poprzez maksymalizację wykorzystania zasobów wszystkich organizacji. Zaangażowanie jest oparte na zaufaniu, poświęceniu, wspólnych celach oraz zrozumieniu wzajemnych oczekiwań i wartości. Z kolei Infante (1995) twierdzi, że partnerstwo jest to relacja występująca w określonym czasie, aby zaspokoić potrzeby wszystkich zainteresowanych stron. Partnerstwo jest sposobem zarządzania ryzykiem i projektem, polegającym na zmienianiu relacji pomiędzy klientem a wykonawcą tak, aby poszukiwać wspólnych a nie osobnych celów (Harmon, 2003). Partnerstwo jest sposobem sygnalizowania intencji zestawu technik i podejść poprawiających stosunki między firmami (Alderman, Ivory, 2007).

Partnerstwo wymaga zmiany tradycyjnych relacji na wspólną kulturę ponad granicami organizacyjnymi. Relacje są oparte na zaufaniu, zaangażowaniu we wspólne cele i zrozumienie oczekiwań i wartości drugiej strony. Partnerstwo jest kruchym zjawiskiem, wynikającym ze zbieżności wielu kluczowych komercyjnych i organizacyjnych czynników (Bresnen, 2007).

Partnerstwo rozszerza zasady, na których powinien oparty być biznes. Dla wykonawcy, zgodnie z OGC (2003) oznacza ono włączenie w proces decyzyjny, większą swobodę podejmowania innowacyjnych rozwiązań, lepszy wgląd w biznes klienta oraz większe korzyści komercyjne.

Partnerstwo jest to sposób organizacji wdrażający strategię współpracy poprzez modyfikowanie i rozszerzanie tradycyjnych granic oddzielających firmy działające w klimacie konkurencyjnym (Crowley, Karim, 1995).

Rodzaje partnerstwa

Są dwa podejścia do partnerstwa: pragmatyczne, oparte na twardych narzędziach takich jak kontrakty, karty projektów oraz oparte na nieformalnych relacjach, które się rozwijają w trakcie realizacji wspólnych prac dwóch lub większej liczby firm. Podejścia te powinny się uzupełniać, żeby partnerstwo dobrze działało (Bresnen, Marshall, 2000, Bresnen, 2007). Partnerstwo może być długoterminowe, strategiczne, albo dotyczące jednego projektu (Manley i in., 2007). Partnerstwo może dotyczyć relacji pomiędzy klientem a wykonawcą, wykonawcą a poddostawcą lub wspólnych projektów realizowanych przez wiele podmiotów (Bresnen, Marshall, 2000). Partnerstwo może dotyczyć jednego lub wielu (wtedy jest strategiczne) projektów (Alderman, Ivory, 2007).

Czynniki partnerstwa

Różni autorzy podają różne składniki partnerstwa. Według Erikssona (2010) są nimi wspólne cele, zaufanie, zaangażowanie, techniki rozwiązywania problemów, otwartość, ciągłe ulepszanie (Eriksson, 2010). Tyler i Matthews (1996) wskazują cele, zaufanie, wspólne rozwiązywanie problemów, zaangażowanie, ciągłą ocenę, pracę grupową, sprawiedliwość, podział ryzyk, filozofię win-win oraz współdziałanie i współpracę. Główne cechy partnerstwa wg. Chena i Chena (2007) to zaufanie, zaangażowanie, komunikacja, szacunek i równość stron. Bennett i Jayes (1998) podają wspólną strategię, udział stron w podejmowaniu decyzji, sprawiedliwość, integrację, benchmarki, procesy projektu

i informację zwrotną. Yeung i in. (2012) wykonali przegląd literatury i na tej podstawie wskazali główne elementy partnerstwa: zaangażowanie, zaufanie, współpraca i komunikacja, wspólne cele oraz filozofię win-win. Według Wood i Ellis (2005) partnerstwo powinno się opierać na współpracy, pracy grupowej, otwartości, uczciwości, zaufaniu, sprawiedliwości i równości.

Cele partnerstwa

Partnerstwo jest to długoterminowe ustalenie pomiędzy przedsiębiorstwami dotyczące współpracy i maksymalizacji wykorzystania zasobów, mające na celu osiągnięcie różnych, ale uzupełniających się celów (Bresnen, Marshall, 2000). Partnerstwo służy zapobieganiu konfliktów, ponieważ jego celem jest zwiększenie zaufania, otwarta komunikacja i zaangażowanie (Crowley, Karim, 1995, Harmon, 2003). Celami partnerstwa są rozwiązywanie codziennych problemów, rozwiązywanie konfliktów, przyspieszanie podejmowania decyzji oraz zwiększanie kompetencji w zakresie osiągania celów projektu (Crowley, Karim, 1995). Oczekiwane korzyści z partnerstwa to m. in. poprawiona wydajność, efektywność kosztowa, większa szansa na innowacje i ciągłe poprawianie jakości produktów i usług (Bresnen, 2007).

Procesy i techniki partnerstwa

Realizacja partnerstwa wymaga przemyślanych działań. Partnerstwo jest to forma wspólnego kierowania (*governance*), umożliwiana przez różnorodne współdziałające procedury realizacji kontraktów. Partnerstwo jest dynamicznym procesem, zawierającym krótkoterminowe działania i wzajemne dostosowywania się (Bresnen, Marshall, 2002). Elementami tych procedur są warsztaty partnerstwa (Gardiner, Simmons, 1998), karty partnerstwa, techniki rozwiązywania problemów i techniki ciągłego ulepszania (Eriksson, 2010). Istotnym elementem partnerstwa jest otwarte księgowanie, czyli dzielenie się przez strony kontraktu pełnymi informacjami o przepływach finansowych (Chan i in., 2011a). Partnerstwo pomiędzy klientem a głównym wykonawcą może się nie przenieść na poziom relacji pomiędzy głównym wykonawcą a podwykonawcami (Alderman, Ivory, 2007). Mechanizmy partnerstwa spisywane w postaci „karty partnerstwa" zwykle nie mają wiążącej mocy prawnej, czyli strony mogą się z nich wycofać (Rahman, Kumaraswany, 2005). Żeby strony realizujące projekt tworzyły zintegrowany, partnerski zespół, konieczne jest wypracowywanie zaufania, ciągłość relacji i budowanie długotrwałej współpracy, integracja (wewnętrzna i zewnętrzna) na różnych płaszczyznach (strategiczna, taktyczna, operacyjna, międzyludzka, kulturowa), pozbycie się konfliktów wewnętrznych (wewnętrzne partnerstwo), posiadanie wspólnych strategii IT, wsparcie i nagradzanie zachowań integrujących oraz kompetencje ludzi (Bennet, Jayes, 1998). Xue i in. (2010) jako techniki realizacji partnerstwa wskazują ustalenie i zakomunikowanie strategii rozwiązywania problemów, zaangażowanie do podejścia win-win, regularne monitorowanie procesu partnerstwa, jasne zdefiniowanie odpowiedzialności, wzajemne zaufanie, eliminowanie czynności nie tworzących wartości, wczesne wdrożenie procesu partnerstwa i wczesne włączanie interesariuszy do projektu, dzielenie się zasobami między uczestnikami partnerstwa, umiejętność generowania innowacyjnych pomysłów oraz włączanie podwykonawców do procesu partnerstwa. Ważnymi technikami partnerstwa są wspólne rozwiązywanie problemów oraz praca grupowa (Tyler, Matthews, 1996). Z kolei Cheng i in. (2000) jako techniki i działania konieczne dla sukcesu partnerstwa wskazują skuteczną komunikację, sprawne rozwiązywanie problemów, właściwe zasoby, wsparcie zarządcze, wzajemne zaufanie, długoterminowe zaangażowanie, koordynację i kreatywność. W oficjalnym brytyjskim podręczniku partnerstwa (OGC, 2003) jako rozwiązania organizacyjne i techniki partnerstwa wskazuje się wspólny rejestr ryzyk wskazujący strony odpowiedzialne za poszczególne ryzyka,

wspólne kierownictwo projektu, otwarte księgowanie po obydwu stronach, wspólne zarządzanie efektywnością (ustalanie celów, monitorowanie), wprowadzenie ról zajmujących się utrzymywaniem relacji, wprowadzenie środków komunikacji nastawionych na szybkie rozwiązywanie problemów (na przykład przedstawianie punktu widzenia drugiej strony) oraz wzajemne uczenie się organizacji i dzielenie się wiedzą.

Do realizacji projektów publicznych, w szczególności infrastrukturalnych, w Polsce należy wprowadzić podejście partnerskie. Wynikiem tego, podobnie jak w Wielkiej Brytanii powinna być istotna poprawa poziomu realizacji projektów publicznych.

ZAUFANIE

Jednym z najważniejszych czynników wpływających na możliwość realizacji projektów publicznych w relacjach partnerskich jest **zaufanie**. Zaufanie uzupełnia kontrolę w obszarze kierowania projektami.

Definicja i rodzaje zaufania

Zaufanie jest to chęć jednej strony żeby być podatnym na działania drugiej strony w oparciu o oczekiwanie, że druga strona wykona określone działania ważne dla osoby mającej zaufanie (Mayer, Davis, 1995). Zaufanie jest subiektywnym stanem umysłu (Lazar, 2000). Składowymi zaufania są dobra wola, intencja samodzielnego podejmowania działań korygujących, otwartość w problemach (Heiskanen i in., 2008).

Istnieją różne rodzaje oraz poziomy organizacyjne zaufania. Zaufanie może być systemowe, poznawcze oraz emocjonalne (Wong i in., 2008). Wszystkie te rodzaje zaufania są ważne przy powstawaniu ogólnego zaufania, które z kolei wpływa na realizację kontraktów (Wong i in., 2005). Zaufanie systemowe odnosi się do polityk i strategii organizacji, systemu komunikacji, sposobu zarządzania konfliktami, systemu uprawnień oraz innych procedur; jest to przeświadczenie, że te komponenty są zbudowane w sposób sprawny z punktu widzenia zaangażowanego podmiotu (Rousseau et al., 1998). Zaufanie systemowe nie ma składnika emocjonalnego. Zaufanie poznawcze opiera się na wiedzy o wcześniejszych wspólnych sukcesach, kwalifikacjach i umiejętności drugiej strony, wiedzy, że druga strona potrafi właściwie działać w określonych sytuacjach; jest to przeświadczenie, że druga strona relacji jest kompetentna w swych działaniach i że będzie te kompetencje wykorzystywać. Zaufanie emocjonalne jest to przeświadczenie o chęci pomocy, o pozytywnych odczuciach i uczuciach, przekonanie o wzajemności lub związkach emocjonalnych (Chowdhury, 2005), przeświadczenie, że druga strona zwraca uwagę na interes innych (Hartman, 1999); może być powodowane przez pozytywne wrażenie wywierane przez drugą stronę.

Z wszystkimi tymi rodzajami zaufania możemy mieć do czynienia w trakcie realizacji projektów publicznych. Uczestnicy projektów powinni mieć przeświadczenie, że procedury i kontrakty są budowane w sposób uczciwy, zapewniający korzyści dla wszystkich stron kontraktu, a nie tylko dla jego właściciela. Uczestnicy projektu powinni mieć także przeświadczenie, że wszystkie strony potrafią i będą się w najlepszej wierze angażować w realizację prac projektu. Dodatkowe pozytywne osobiste odczucia pomiędzy osobami zaangażowanymi w realizację projektu zwiększają poziom zaufania w projektach.

Zaufanie może mieć wymiar wewnątrz-organizacyjny, umożliwiający przekazywanie uprawnień w dół struktury organizacyjnej oraz między-organizacyjny. Zaufanie wewnątrz organizacyjne umożliwia przekazanie uprawnień na niski, roboczy poziom codziennych kontaktów z drugą stroną, pozwala podejmować ryzyko, konieczne do podejmowania decyzji, zarówno na niskim, jak i wysokim poziomie organizacji (Lazar, 2000) oraz umożliwia współpracę między komórkami organizacyjnymi w czasie realizacji projektu. Zaufanie jest przeciwdziałaniem nadmiernie rozbudowanemu opieraniu się na formalnych ustaleniach między partnerami (Pinto i in., 2009).

Proces i dynamika zaufania

Budowa zaufania pomiędzy klientem a wykonawcą jest jednym z ważniejszych czynników wpływających na realizację projektu (Wong i in., 2005). Wypracowanie zaufania jest długotrwałym procesem (Rowlinson, Cheung, 2008). Zaufanie jest funkcją długości czasu i jakości współpracy (Bresnen, Marshall, 2000). Watt i in. (2009) wskazują relacje klient–dostawca (zaufanie, chęć wsparcia klienta, umiejętność pracy w zespole, zarządzanie interesariuszami) jako jeden z czynników wyboru kontrahenta. Formułowanie kryteriów nastawionych na zaufanie i współpracę przy wyborze wykonawcy zmniejsza koszty transakcyjne w czasie wyboru oferenta, ale tworzy ryzyko niedopasowania wykonawcy i potrzeb wykonawczych w czasie realizacji kontraktu (Waara, Bröchner, 2006).

Zaufanie musi być częścią każdego kontraktu (Heiskanen i in., 2008). A więc brak zaufania praktycznie uniemożliwia zawarcie kontraktu. Ale zaufanie nie zastępuje kontraktów – kontrakty odzwierciedlają poziom zaufania pomiędzy organizacjami (Pinto i in., 2009). Sam proces wypracowywania kontraktu promuje oczekiwania współpracy i wytwarza zaangażowanie w przyszłą pracę i w ten sposób sprzyja wytwarzaniu się zaufania po obydwu stronach (Mayer, Argyres, 2004).

Zrozumienie sposobów powstawania zaufania pomiędzy wykonawcami a użytkownikami jest bardzo ważne (Hsu i in., 2011). Zaufanie powinno być wypracowywane od początku, na podstawie działań, zachowań i wyników prac (OGC, 2003). Inicjatorem zaufania powinien być wykonawca projektu, co powoduje wzajemne zaufanie ze strony klienta (Wong i in., 2005, Xue i in., 2010). Mogą istnieć dwa główne rodzaje źródeł zaufania. Może ono istnieć przed rozpoczęciem projektu (na przykład dzięki reputacji, którą posiada partner relacji), albo może być powstać w czasie jego realizacji. Z kolei powstanie zaufania w czasie realizacji projektu może się odbywać spontanicznie, albo może powstać w wyniku przemyślanych, zaplanowanych działań. Możliwa jest „inżynieria zaufania" dająca efekty w krótkim czasie (Bennett i in., 1996), na przykład w jednym projekcie, czyli nie musi się rozwijać „naturalnie". Świadome przyjmowanie na siebie ryzyk związanych ze współpracą jest jednym ze sposobów budowy zaufania (Lazar, 2000).

Zaufanie można rozpatrywać z punktu widzenie teorii gier. Jeśli podmiot realizuje posunięcia konkurencyjne, zaufanie u partnera nie powstaje; jeśli podmiot wykonuje posunięcia współpracujące – powstaje (Lazar, 2000).

Znaczenie zaufania

Zaufanie nie wystarcza ale jest konieczne do realizacji projektu (Heiskanen i in., 2008). Zaufanie jest podstawą współdziałania poprzez zmniejszanie obaw przed oportunistycznym zachowaniem, lepszą integrację partnerów i redukowanie formalnego kontraktowania (Xue i in., 2010). Zaufa-

nie jest podstawą kontraktów opartych na relacjach i budowania zespołów (Rahman i in., 2007). Zaufanie może wzmocnić relacje między stronami kontraktu i umożliwia zachowania współpracujące (Lazar, 2000). Badania Hsu i in. (2011) wykazały, że zaufanie pozytywnie wpływa na sukces projektu, zaś brak zaufania – negatywnie.

Zaufanie ma duże znaczenie dla relacji między organizacjami, a także dla sukcesu projektu (Pinto i in., 2009). Zaufanie sprzyja utrzymywaniu długoterminowych relacji z klientami (Walter i in., 2001, OGC, 2003). Zaufanie jest konieczne do wymiany wiedzy (uczenia się) między firmami (Holt i in., 2000).

Ogólnie w wyniku posiadania zaufania strony wypracowują wzajemne przeświadczenie o chęci realizacji kontraktu, nie wyszukiwaniu powodów jego niezrealizowania i o kompetencji do realizacji projektu w celu osiągnięcia wspólnych korzyści. Klient mający zaufanie oczekuje, że wykonawca uczciwie wyceni pracę, dostarczy to, co było opisane w kontrakcie oraz rozwiąże pojawiające się problemy. (Heiskanen i in., 2008).

Wykonawca musi mieć zaufanie, że nierealistyczne wymagania nie będą zgłaszane przez klienta (OGC, 2003), zaś klient – że wykonawca nie będzie wyszukiwał powodów do niewykonania składowych kontraktu. Zaufanie klientów dla wykonawców ma duży wpływ na jakość produktów projektów (Mao i in., 2008). Poziom zaufania wykonawców jest bardziej czuły na szerszy zakres zachowań partnerów niż odwrotnie (inni partnerzy względem wykonawców, Wong, Cheung, 2004).

Zaufanie z punktu widzenia zarówno właściciela jak i wykonawcy projektu wpływa na satysfakcję z pracy oraz na wyniki projektu (Pinto i in., 2009). Zaufanie także pomaga wprowadzić pozytywne nastawienie, przekonanie, oczekiwania, przeświadczenia, zachowania oraz pomaga pokonać ryzyka i niepewności (Wong i in., 2008). Powstrzymywanie się od odwetu za zachowania konkurencyjne w projekcie zależy od zaufania do partnera (Lazar, 2000).

Międzyludzki wymiar zarządzania projektami (zaufanie, spójność, komunikacja i tp.) jest głównym czynnikiem sukcesu projektu (Pinto i in., 2009). Otwarta, oparta na zaufaniu komunikacja z mediami jest istotnym czynnikiem wpływającym na sukces zarządzania interesariuszami i, pośrednio, na sukces projektu (Olander, Landin, 2008). Dialog z interesariuszami (będący przejawem zaufania) przyczynia się do zwiększenia wyczulenia na ich problemy, zmian nastawień, zmian zachowań (Mathur i in., 2008).

Czynniki wpływające na zaufanie

Dzielenie się wiedzą sprzyja zrozumieniu stron, co z kolei wpływa na wzrost zaufania (Hsu i in., 2011). Na zaufanie wpływają sprawny system i sposób komunikacji, polityka organizacji w zakresie zaufania, poziom wiedzy partnera, rozważność, inwestycje emocjonalne, przestrzeganie kontraktów i ustaleń (Wong i in., 2008) a także kompetencje, umiejętność rozwiązywania problemów oraz otwartość w dzieleniu się wiedzą (Wong i in., 2005, Xue i in., 2010). Zaufaniu sprzyja jasno zdefiniowany zestaw celów projektu. Różne rozwiązania mogą być jawnie analizowane pod kątem spełniania tych celów, co sprzyja zaufaniu (Olander, Landin, 2008). Na okazywanie zaufania, tak jak i na wiele innych zachowań, duży wpływ mają zachowania najwyższych władz organizacji, które powinny promować zaufanie i zachowania partnerskie. Zachowanie w projektach zależy od rozumienia zachowań partnera. Uwzględnianie powodów konkurencyjnych zachowań partnera

może wytworzyć głębsze relacje niż tylko obserwowanie efektów zachowań. Dlatego ważna jest komunikacja w projekcie (Lazar, 2000). Dzielenie się informacjami, jakość komunikacji ze strony klienta oraz wzajemne dostosowywanie się organizacji mają duży wpływ na zaufanie dostawcy dla klienta (Mao i in., 2008).

Czynniki przeszkadzające zaufaniu

Z kolei głównymi czynnikami przeszkadzającymi zaufaniu są zbyt mała eksternalizacja wiedzy dziedzinowej z zespołem wytwórców (Hsu i in., 2011). Zachowanie konkurencyjne może podważyć zaufanie, niezależnie od tego, czy powstało ono spontanicznie, istniało wcześniej, czy było wypracowane w trakcie relacji. Oczekiwanie, że druga strona wykaże zaufanie, nie prowadzi do wytworzenia zachowań współpracujących. Takie zachowanie zwykle poprzedza zachowania konkurencyjne. Zaufanie nie powstanie, jeśli druga strona coś obieca, ale nie wykona, nawet, jeśli powód leży na zewnątrz – w szczególności, jeśli sytuacja powtarza się. Zaufanie, zarówno wewnątrz-, jak i między-organizacyjne, jest blokowane przez brak otwartej komunikacji, nieprzewidywalne lub niespójne zachowania (np. niedotrzymywanie obietnic) oraz wymuszanie zachowań (Lazar, 2000).

Krótki czas realizacji projektów i dość przypadkowy dobór członków do zespołu projektu utrudniają budowę zaufania w zespole (Pinto i in., 2009). Źródłami braku zaufania mogą być także niekompetencja partnera, brak integracji z nim oraz przesyłanie bezwartościowych informacji (Xue i in., 2010).

Nadużywanie zaufania

Kontradykcyjne myślenie zawsze występuje w kontraktach, być może przykryte metaforą partnerstwa. Partnerstwo może być rzeczywiste, ale często maskuje inherentne (na rynku kupującego) nierówności pomiędzy kupującym a dostawcą. Partnerstwo często może być sposobem na wyciśnięcie więcej z dostawców bez gwarantowania im większej autonomii lub wynagrodzenia (Alderman, Ivory, 2007). Zaufanie może być uważane za wyrafinowane narzędzie wywierania presji na słabszego partnera (Heiskanen i in., 2008).

Kontrola a zaufanie i partnerstwo

Zastanówmy się, do jakiego stopnia kontrola może być zastąpiona przez zaufanie. Przekonanie o właściwym kierunku działań w projekcie pochodzi zarówno z zaufania, jak i kontroli. Powiązanie władzy, zaufania i kontroli wynika z niepewności zachowań dostawcy, który może używać podstępów w celu zwiększenia własnych korzyści, które zwykle obciążają klienta projektu. Zaufanie i kontrola w idealnej sytuacji równoważą się tak, że klient i dostawca są przekonani, że relacje pomiędzy nimi są dla obu stron korzystne oraz wyniki projektów są takie, jak oczekiwano (Heiskanen i in., 2008).

Kontrola ma wymiary dotyczące wykonania produktu oraz ceny produktu. Klient powinien być przekonany, że wykonawca w sposób właściwy wykonuje produkty i że cena, jakiej za nie żąda, jest odpowiednia (Heiskanen i in., 2008).

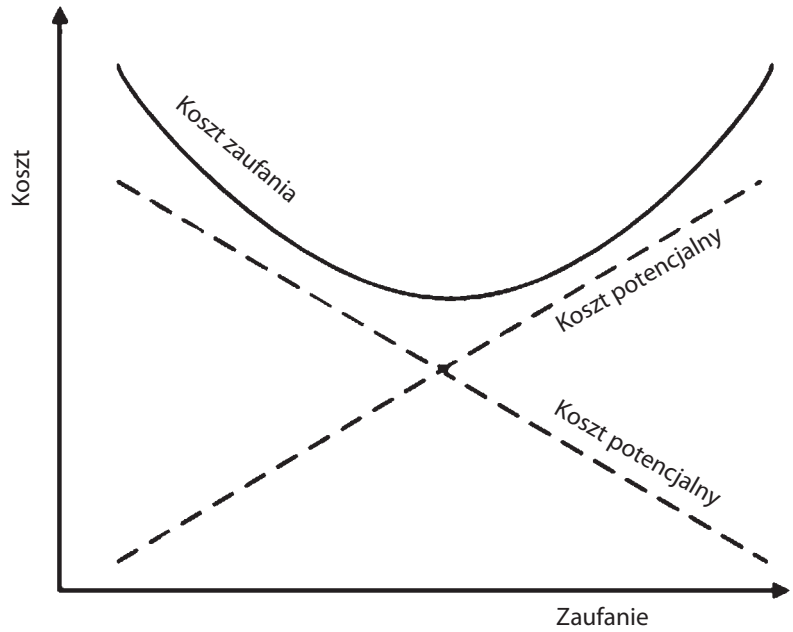
Klient musi mieć tyle kontroli, żeby zapewnić, że potrzebne usługi są dostarczane (OGC, 2003). W zmiennym środowisku realizacji projektu konieczne jest ciągłe monitorowanie i modyfikowanie celów projektu wszystkich stron (Chen, 2011). Klient kontroluje prace dostawcy, w wyniku czego jest przekonany, że żadne zasadnicze przykre niespodzianki się nie pojawią. Kontrola zwiększa prawdopodobieństwo pozytywnego wyniku projektu. Poziom kontroli jest zwiększany, gdy występują problemy (Heiskanen i in., 2008). Wdrażanie systemu kontroli może wspomóc wypracowywanie relacji partnerskich (np. weryfikowanie, czy partner współpracuje czy rywalizuje) (Lazar, 2000).

W tymczasowym środowisku projektów trudno jest wypracować trwałe zaufanie. Dodatkową przeszkodą jest stosowanie technik typu audytu czy kontroli jakości, niezwiązanych z zaufaniem. W rozwoju partnerstwa stosowane są często formalne środki takie jak kontrakty, warsztaty, karty partnerstwa sprzeczne z organicznym rozwojem partnerstwa. Występuje sprzeczność pomiędzy budową zaufania a wprowadzaniem metod kontroli. W rzeczywistości te formy zachowania powinny współistnieć (Bresnen, 2007).

Koszty związane z zaufaniem i kontrolą

Koszty kontroli są to koszty ponoszone w związku z koniecznością minimalizacji prawdopodobieństwa strat w związku z oportunistycznym zachowaniem partnerów sojuszu oraz wypracowywaniem struktur sojuszu zapobiegającym tym stratom (White, Lui, 2005). Istnieją także koszty zaufania. Zaufanie w trakcie realizacji kontraktu umożliwia wymianę informacji i wiedzy i powoduje redukcję kosztów związanych z monitorowaniem i nadzorem (Pinto i in., 2009).

Rysunek 1. Koszt zaufania (źródło: Lazar, 2000)



Zagrożenie oportunistycznym (realizującym tylko własne interesy) zachowaniem wpływa na koszty kontroli (White, Lui, 2005). Przy określaniu poziomu zaufania należy uwzględnić koszty potencjalne (związane z niewłaściwymi zachowaniami partnera) i koszty rzeczywiście poniesione na mechanizmy kontroli. Niski poziom zaufania powoduje wysoki poziom kosztów rzeczywistych oraz niski poziom kosztów potencjalnych (partner nie ma okazji powiększania kosztów). Z kolei wysoki poziom zaufania powoduje niski poziom kosztów poniesionych na kontrolę partnera, ale wysoki poziom kosztów potencjalnych. Z tego wynika, że optymalny jest poziom średni poziom zaufania. Zaufanie pomiędzy firmami obniża koszty robienia biznesu (Lazar, 2000).

PODSUMOWANIE

Władza, kontrola, partnerstwo i zaufanie są głównymi czynnikami wpływającymi na realizację projektów kontraktowych. Wykorzystywanie wyłącznie władzy i kontroli nie zawsze prowadzi do sukcesu w realizacji projektu. W związku z tym do polskiego systemu zamówień publicznych należy, wzorując się na innych państwach, wprowadzić regulacje, umożliwiające realizację projektów publicznych w relacjach partnerskich opartych na wzajemnym zaufaniu wszystkich stron zaangażowanych w realizację projektów: klienta, głównego wykonawcy, podwykonawców oraz dostawców.

LITERATURA

1. Alderman, N., Ivory, C. (2007). Partnering in major contracts: Paradox and metaphor. International Journal of Project Management 25: 386–393.
2. Atkinson, R. (2003) Network Government for the Digital Age, Progressive Policy Institute. Washington, D. C.
3. Bennet, J., Jayes, S. L. (1998) The Seven Pillars of Partnering: A Guide to Second Generation Partnering. Thomas Telford, Londyn.
4. Bennett, J., Ingram, I., Jayes, S. (1996) Partnering for construction. Centre for Strategic Studies in Construction, Reading.
5. Bresnen, M. (2007) Deconstructing partnering in project-based organisation: Seven pillars, seven paradoxes and seven deadly sins. International Journal of Project Management, 25: 365–374.
6. Bresnen, M. Marshall, N. (2000) Partnering in construction: a critical review of issues, problems and dilemmas. Construction Management and Economics, 18: 229–237.
7. Chan, A. P. C. , Chan, D. W. M., Ho K. S. K. (2003) An empirical study of the benefits of construction partnering in Hong Kong. Construction Management and Economics, 21, 523–533.
8. Chan, A. P. C., Chan, D. W. M., Fan, L. C. N., Lam, P. T. I., Yeung, J. F. Y. (2006) Partnering for construction excellence: A reality or myth? Building and Environment, 41 (12): 1924–1933.
9. Chan, D. W. M., Chan, A. P. C., Lam, P. T. I., Wong, J. M. W. (2011). An empirical survey of the motives and benefits of adopting guaranteed maximum price and target cost contracts in construction. International Journal of Project Management 29: 577–590.
10. Chan, D. W. M., Lam, P. T.I, Chan, A. P. C., Wong, J. M. W. (2011a). Guaranteed Maximum Price (GMP) Contracts in Practice – A Case Study of a Private Office Development Project in Hong Kong. Engineering, Construction and Architectural Management, 18 (2): 188–205.

11. Chen, H. L. (2011) An empirical examination of project contractors' supply-chain cash flow. International Journal of Project Management, 29: 604–614.
12. Chen, W. T, Chen, T. T. (2007) Critical success factors for construction partnering in Taiwan. International Journal of Project Management, 25: 475–484.
13. Cheng, E. W. L., Li, H., Love, P. E. D. (2000) Establishment Of Critical Success Factors For Construction Partnering. Journal of Management in Engineering, 16 (2): 84–92.
14. Cheung, S. O., Ng, T. S. T., Wong, S. P., Suen, H. C. H. (2003) Behavioral aspects in construction partnering. International Journal of Project Management, 21 (5), 333–343.
15. Chowdhury, S. (2005) The Role of Affect- and Cognition-Based Trust in Complex Knowledge Sharing. Journal of Managerial Issues, 17 (3): 310–326.
16. CII Construction Industry Institute (1991) Associated General Contractors of America Partnering Project, http:\\Constructioninstitute.org/PartneringProject/intro.asp (cyt. Za Manley i in., 2007).
17. Clegg, S. R., Pitsis, T. S., Rura-Polley, T., Marosszeki, M. (2002) Governmentality matters: designing an alliance culture of inter organizational collaboration for Managing Projects. Organization Studies, 23 (3): 317–37.
18. Crowley, L. G., Karim, M.A., (1995) Conceptual models of partnering. Journal of Management in Engineering, ASCE 11 (5), 33–39.
19. Egan, J. (1998) Rethinking Construction: Report of the Construction Task Force, London: HMSO.
20. Eriksson, P. E. (2010) Partnering: what is it, when should it be used, and how should it be implemented? Construction Management and Economics, 28: 905–917.
21. Fayol, H. (1949) General and Industrial Management. Translated by C. Storrs, Sir Isaac Pitman & Sons, London.
22. Freeman, R. E. (1984) Strategic management: a stakeholder approach. Boston: Pitman/Ballinger.
23. Gardiner, P. E., Simmons, J. E. L. (1998) Conflict in small and medium sized Project – case of partnering to the rescue. Journal of Management in Engineering, 14 (1): 35–40.
24. Gil, N. (2009). Developing Project Client-Supplier Cooperative Relationships: How much to Expect from Relational Contracts? California Management Review. Winter (2009): 144–169.
25. Harmon, K. M. J. (2003) Conflicts between Owner and Contractors: Proposed Intervention Process. Journal of Management in Engineering, 19 (3): 121–125
26. Hartman, F. (1999) The role of trust in project management. W: Kahkonen, Koskinen.red., Managing Business by Projects, Vol. 1. Project Management Association Finland and Nordnet
27. Heiskanen, A., Newman, M., Eskin, M. (2008) Control, trust, power, and the dynamics of information system outsourcing relationships – a process study of contractual software development. Journal of Strategic Information Systems, 17; 268–286
28. Holt, G. D., Love, P. E. D., Li, H. (2000) The learning organisation: toward a paradigm for mutually beneficial strategic construction alliances. International Journal of Project Management, 18: 415-421.
29. Hsu, J. S., Liang, T. P., Wu, S. P. J., Klein, G., Jiang, J. J. (2011) Promoting the integration of users and developers to achieve a collective mind through the screening of information system projects. International Journal of Project Management, 29: 514–524.
30. Infante, J. (1995) The Relative Merits of Term Partnering and Project Specific Partnering. Construction Productivity Workshop Report 18: Project Specific Partnering, Can The Benefits Be Realised. European Construction Institute. November. pp 4–6.

31. Kadefors, A., Bjorlingson, E., Karlsson, A. (2007) Procuring service innovations: Contractor selection for partnering projects. International Journal of Project Management, 25: 375–385.
32. Latham, M. (1994), Constructing the Team, London: HMSO.
33. Lazar, F. D., (2000) Project Partnering: Improving The Likelihood Of Win/Win outcomes. Journal of Management in Engineering, 16 (2): 71–83.
34. Maccaulay, S. A. (1963) Non-contractual relations in business: A preliminary study. American Sociological Review, 28 (1): 1-23.
35. Manley, R. T., Shaw, W. H., Manley, R. C. (2007) Project Partnering: A Medium for Private and Public Sector Collaboration. Engineering Management Journal, 19 (2): 3-11.
36. Mao, J., Lee, J., Deng, Ch. (2008) Vendors perspectives on trust and control in offshore information systems outsourcing. Information & Management, 45, 482–492.
37. Mathur, V., N., Price, A. D. F., Austin, S. (2008) Conceptualizing stakeholder engagement in the context of sustainability and its assessment. Construction Management and Economics, 26: 601–609.
38. Mayer, K. J., Argyres, N. S. (2004) Learning to Contract: Evidence from the Personal Computer Industry. Organization Science, 15 (4): 394–410.
39. Mayer, R. C., Davis, J. H., (1995) An Integrative Model of Organizational Trust. Academy of Management Review, 20 (3): 709–734.
40. Newcombe, R. (2003) From client to project stakeholders: a stakeholder mapping approach. Construction Management and Economics, 21: 841–848.
41. OGC. (2003) Effective Partnering. An overview for customer and suppliers. London: HMSO
42. Olander, S., Landin, A. (2008) A comparative study of factors affecting the external stakeholder management process. Construction Management and Economics, 26: 553–561.
43. Pinto, J. K., Slevin, D. P., English, B. (2009) Trust in projects: An empirical assessment of owner / contractor relationships. International Journal of Project Management 27: 638–648.
44. Rahman, M. M., Kumaraswany, M. M. (2005) Relational Selection for Collaborative Working Arrangements. Journal of Construction Engineering and Management, 131 (10): 1087–1098.
45. Rahman, M. M., Kumaraswany, M. M., Ling, F. Y. Y. (2007) Building a relational contracting culture and integrated teams. Canadian Journal of Civil Engineering, 34: 75–88.
46. Rousseau, D. M., Sitkin, S. B., Burt, R. S., Camerer, C. (1998) Not so different after all: a cross-discipline view of trust. Academy of Management Review 23 (3): 393–404.
47. Rowlinson, S., Cheung, Y. K. F. (2008) Stakeholder management through empowerment – modeling project success. Construction Management and Economics, 26: 611–623.
48. Thompson, M. (1999) Establishing the Team – Is it Ever Too Early or Too Late?. Proceedings: 39'' SAVE International Conference.
49. Tri-Service Committee: Air Force, Army, Navy (1996) Partnering Guide for Environmental Missions of the Air Force, Army and Navy.
50. Tyler, A., Matthews, J. (1996) An evaluation of definitions and the key elements of partnering. COBRA '96. RICS Research. The Royal Institution of Chartered Surveyors.
51. Waara, F., Bröchner, J. (2006). Price and Nonprice Criteria for Contractor Selection, Journal of Construction Engineering and Management, 132 (8): 797–804.
52. Walker, D. H. T., Hampson, K. D., Peters, R. J. (2000) Project alliancing and project partnering – What's the difference? Partner selection on the Australian National Museum Project. A case study. Proc.

CIBW92 Procurement System Symp. on Information and Communication in Construction Procurement, A. Serpell, ed., Santiago, Chile, 641–655.

53. Walter, A., Ritter, T., Gemünden, H. G. (2001) Value Creation in Buyer–Seller Relationships. Theoretical Considerations and Empirical Results from a Supplier's Perspective. Industrial Marketing Management, 30: 365–377.
54. Watt, D. J., Kayis, B., Willey, K. (2009) Identifying key factors in the evaluation of tenders for projects and services. International Journal of Project Management 27: 250–260.
55. Weber, M. (1947). The Theory of Social and Economic Organization, tłumaczenie A. M. Henderson i Talcott Parsons. Zredagowane przez T. Parsonsa. New York: Free Press.
56. White, S., Lui, S. S. (2005) Distinguishing Costs of Cooperation and Control in Alliances. Strategic Management Journal, 26: 913–932.
57. Wong, P. S., Cheung, S. O. (2004) Trust in construction partnering: views from parties of the partnering dance. International Journal of Project Management, 22: 437–446.
58. Wong, P.S., Cheung, S. O., Ho, P. K. O. (2005) Contractor as Trust Initiator in Construction Partnering – Prisoner's Dilemma Perspective Journal of Construction Engineering and Management, 131 (10): 1045–1053.
59. Wong, W. K., Cheung, S. O., Yiu, T. W., Pang, H. Y. (2008) A framework for trust in construction contracting. International Journal of Project Management, 26: 821–829.
60. Xue, X., Shen, Q., Ren, Z. (2010) Critical Review of Collaborative Working in Construction Projects – Business Environment and Human Behaviors. Journal of Management in Engineering, 26 (4): 196–208.
61. Yeung, J. F. Y., Chan, A. P. C., Daniel W.M. Chan, D. W. M. (2012). Defining relational contracting from the Wittgenstein family-resemblance philosophy. International Journal of Project Management 30: 225–239.

„NAJKORZYSTNIEJSZA EKONOMICZNIE OFERTA" A RACHUNEK KOSZTÓW CYKLU ŻYCIA PRODUKTU W SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I W OPINII PODMIOTÓW ZAMAWIAJĄCYCH

prof. dr hab. Wacława Starzyńska
Katedra Statystyki Ekonomicznej i Społecznej
Uniwersytet Łódzki

1. WPROWADZENIE

Pogłębiająca się integracja i globalizacja procesów gospodarczych znajduje swoje odzwierciedlenie w racjonalizacji zamówień publicznych.

We współczesnym świecie powszechne jest przeświadczenie o konieczności utrzymania wysokiego poziomu poczucia odpowiedzialności oraz zapewnienia standardów proceduralnych i etycznych przy dysponowaniu środkami publicznymi.

Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych jest nierozerwalnie związane z pojęciem dobra publicznego, a kryteriami odróżniającymi dobro publiczne od prywatnego są przede wszystkim użyteczność i odpłatność. System zamówień publicznych to zespół procedur i instytucji związanych z wydatkowaniem środków publicznych oraz zawieraniem umów w obszarze zamówień publicznych, podczas gdy tryby zawierania umów w sektorze prywatnym określane są zgodnie z przepisami zawartymi w Kodeksie cywilnym.

Z ekonomicznego punktu widzenia najważniejszym celem istnienia systemu zamówień publicznych jest obiektywizacja rezultatów gry konkurencyjnej pomiędzy zamawiającymi a potencjalnymi wykonawcami zamówienia publicznego. W niniejszym opracowaniu podejmuję próbę oceny systemu zamówień publicznych pod kątem możliwości poprawy efektywności ekonomicznej zamówień poprzez częstsze stosowanie modelu wyboru najkorzystniejszej oferty uwzględniającego m.in. koszt finalny, czyli koszty całego cyklu życia produktu (ang. LCC). W artykule wykorzystano, obok rozwiązań prawnych i literatury przedmiotu, roczne sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, raporty UE oraz wyniki badań ankietowych przeprowadzonych w Polsce na przełomie lat 2010 i 2011 na reprezentatywnej próbie 100 podmiotów zamawiających.

2. KOSZT FINALNY JAKO KRYTERIUM OCENY OFERT W SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Rozwiązania systemowe dotyczące wyboru oferty są zgodne z dyrektywami 2004/18/WE oraz 2004/17/WE, z których wynika, że kryteriami, na podstawie których instytucje zamawiające udzielają zamówień publicznych, są: albo wyłącznie najniższa cena (*the lowest price only*), albo w przypadku gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (*the most*

economically advantageous offer) inne kryteria odnoszące się do danego przedmiotu zamówienia publicznego, takie jak: jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny, wartość techniczna oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji, zobowiązania związane z dostarczeniem części zamiennych, bezpieczeństwo dostaw.[1]

Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych definiuje kryteria oceny ofert w sposób następujący: *„… cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia…"*.

Definicję najkorzystniejszej oferty zawiera art. 2 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że pod pojęciem najkorzystniejszej oferty należy rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, kiedy nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

W ujednoliconym tekście ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 12.10.2012 r. Art. 131.k. 1 zawiera więcej kryteriów, uwzględniając właśnie koszt cyklu życia produktu. Wydaje się, że jest to pewien pozytywny element w systemie zamówień publicznych, szkoda, że nie odnoszący się do ogółu zamówień publicznych, a tylko do obronności i bezpieczeństwa.

W literaturze przedmiotu wymienione dwa podejścia noszą również nazwę modeli: jedno- i wielokryteriowych. W modelu wielokryteriowym zamawiający buduje system wag, przypisując poszczególnym kryteriom współczynniki wagowe w procentach. Suma wag musi wynieść 100 procent. Współczynniki te określają znaczenie każdego pojedynczego kryterium w przyjętym dla danego postępowania zbiorze kryteriów.[2]

Nowe dyrektywy unijne dotyczące sektora publicznego i sektora użyteczności publicznej nie zawierają żadnych wskazań odnośnie do silnie preferowanych przez te dyrektywy aspektów społecznych, środowiskowych czy innowacyjnych w aspekcie ich uwzględniania jako kryteria wyboru ofert. Jednak Europejski Trybunał w swoim orzeczeniu uznał, że warunki związane z zatrudnieniem osób będących długookresowo bezrobotnymi lub ochrona środowiska mogą oficjalnie być traktowane jako kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty.[3]

---

[1] Por. *Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowania* (red. J. Sadowy), UZP, Warszawa 2011, str. 9.

[2] Por. A. Borowicz, *Analiza możliwości systemowego oddziaływania ustawy Prawo zamówień publicznych na innowacyjność wykonawców oraz udział MSP w rynku zamówień publicznych*, [w:] W. Starzyńska, J. Wiktorowicz, *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy*, Łódź 2012.

[3] Ch. Bovis, *Public Procurement in the European Union: A Critical Analysis of the New Regime,* Legal Issues of Economic Integration 33/17, 2006, s. 40.

Polski ustawodawca, w ślad za nowym podejściem UE do zamówień publicznych, również nie uwzględnił jednoznacznie w kryteriach wyboru oferty aspektów społecznych, ekologicznych i innowacyjnych. Wymieniona wcześniej lista kryteriów w modelu wielokryteriowym nie jest zamknięta, służy jedynie jako przewodnik dla instytucji zamawiających w procesie doboru systemu wag. Tym niemniej wprowadzenie innych, nie związanych bezpośrednio z przedmiotem zamówienia, kryteriów może stanowić element arbitralnego wyboru i może być traktowane jako niekompatybilne z dyrektywami i Prawem zamówień publicznych. Chodzi w szczególności o to, by te kryteria, które nie odnoszą się do korzyści, jakie może odnieść podmiot zamawiający, a są zgodne ze strategiczną polityką Unii Europejskiej, mogły być dowolnie stosowane przez jednostki zamawiające, bez potrzeby udowadniania ich bezpośredniej korzyści dla zamawiającego.

Prezentowana wcześniej lista kryteriów w modelu wielokryteriowym nie jest kompletna, bowiem mogą wystąpić także kryteria, które zawierają np. personel wykonujący zamówienie, innowacje, kulturę organizacyjną czy zarządzanie ryzykiem.[4]

Tzw. koszt finalny niekoniecznie znajduje bezpośrednie odzwierciedlenie w kryteriach wyboru oferty. Ważny jest bowiem, w praktycznej eksploatacji, koszt całego cyklu życia produktu, najczęściej uwzględniany jako bezpośrednia korzyść dla podmiotu zamawiającego. Na przykład, bardziej oszczędny energetycznie sprzęt informatyczny może generować więcej ciepła, powodując wzrost zużycia klimatyzacji, a tym samym wzrost kosztów energii elektrycznej. Te dodatkowe koszty mogą być włączone jako pośredni koszt całego cyklu życia, a tym samym powinny znaleźć bezpośrednie odzwierciedlenie w procesie nabywania produktu.[5]

W Komunikacie *UE COM (2011) 896 final* proponuje się nową Dyrektywę odnośnie zamówień publicznych. Art. 67 uwzględnia rachunek cyklu życia produktu (LCC), sugerując, że LCC może być stosowane jako kryterium oceny ofert. Głównym motywem wprowadzenia rachunku LCC jako kryterium oceny ofert jest wspieranie polityki UE w zakresie zrównoważonego rozwoju. Poza wspomnianym komunikatem idea kosztów cyklu życia jest rekomendowana w wielu unijnych dokumentach i strategiach promujących ekologię, zrównoważony rozwój oraz poprawę efektywności ekonomicznej procesów i produktów. M.in. przepisy Dyrektywy 2009/125/WE i Dyrektywy 2010/31/UE odwołują się do kosztów cyklu życia (ocena eko-projektu z punktu widzenia jego oddziaływania na środowisko w całym cyklu żywotności produktów związanych z energią).

W Polsce, obok wspomnianego wcześniej uwzględnienia LCC jako potencjalnego kryterium wyboru oferty w zamówieniach w dziedzinie obronności[6], w zasadzie nie stosuje się rachunku kosztów cyklu życia. Jak wynika z raportu UE w zakresie tzw. zielonych zamówień publicznych kraje członkowskie stosują dodatkowe kryteria, takie jak eko-etykiety, zużycie energii elektrycznej, czy właśnie koszt cyklu życia produktu.[7] Polska znalazła się wśród krajów charakteryzujących się największą liczbą priorytetowych w tym względzie grup produktów (25), po Niderlandach (52) i Francji (30).

---

[4] Por. U. Lamber, T. Kalvet, R. Kattel, C. Penna, M. Suurna, *Public Procurement for Innovation in Baltic Metropolies*, Talinna Technikülikool, Tallin 2007, s. 20.

[5] Por. *Public Procurement for Research and Innovation*, Expert Group Report, European Commission. EUR 21793EN, September 2005, s. 35.

[6] Art. 131.k. 1 Prawa zamówień publicznych, tekst ujednolicony po nowelizacji z dnia 22.10.2012 r.)

[7] Por. Zielone zamówienia publiczne, II podręcznik, UZP, Warszawa 2012 r.

Z drugiej jednak strony należymy do tych krajów, które wśród kryteriów oceny ofert, obligatoryjnych i fakultatywnych, nie stosują kryterium kosztu finalnego.[8] Do tej grupy państw należą także Belgia, Bułgaria, Cypr, Estonia, Francja, Grecja, Irlandia, Łotwa, Luksemburg, Malta, Rumunia, Hiszpania i Wielka Brytania.

W podręczniku Komisji Europejskiej można znaleźć wskazówki co do stosowania metodologii obliczania kosztów cyklu życia produktu, jednak pozostawia się tam dużo swobody podmiotom w zakresie wyboru metodologii (mniej lub bardziej skomplikowanej).[9]

3. STOSOWANIE MODELU NAJKORZYSTNIEJSZE EKONOMICZNIE OFERTY NA POLSKIM RYNKU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W ŚWIETLE SPRAWOZDAŃ UZP

W zależności od wartości zamówienia możliwe jest stosowanie mniej lub bardziej rygorystycznych procedur udzielania zamówień publicznych we wszystkich trybach dopuszczanych ustawą Prawo zamówień publicznych za wyjątkiem zapytania o cenę, licytacji elektronicznej i trybu z wolnej ręki. Zamawiający może wybrać jeden z dwóch modeli oceny ofert: tylko najniższa cena lub najkorzystniejsza ekonomicznie oferta.

Z rocznych sprawozdań UZP dotyczących funkcjonowania systemu zamówień publicznych wynika, że w przypadku postępowań o wartości poniżej progów unijnych pochodzących z ogłoszeń opublikowanych z Biuletynie Zamówień Publicznych najczęściej stosowanym modelem wyboru najkorzystniejszej oferty była najniższa cena, bowiem 92% wszczętych postępowań w 2012 roku było rozstrzygniętych właśnie przy zastosowaniu ceny, jako jedynego kryterium oceny ofert.[10] W latach 2010–2011 wskaźnik ten był niewiele niższy (91%), podczas gdy w 2007 roku wyniósł 87%. Oznacza to, że rośnie wyraźnie odsetek zamówień publicznych uwzględniających wyłącznie kryterium ceny, przy czym odsetek ten jest zróżnicowany w zależności od rodzaju zamówienia. Najczęściej występuje w przypadku robót budowlanych (95% postępowań w 2012 r.), dostaw (93%), a relatywnie najrzadziej w przypadku usług (87%).

W zamówieniach publicznych, w których wystąpił model wielokryteriowy, zamawiający w 2012 roku stosowali średnio 3,53 kryteria oceny ofert, przy czym w ostatnich latach wskaźnik ten charakteryzuje się systematycznym spadkiem swojego poziomu z 3,72 w 2007 roku do 3,53 w 2012 r. (por. Tablicę 1).

Znacznie korzystniejsze statystyki dotyczą zamówień o wartościach powyżej progów unijnych. Na podstawie informacji pochodzących z ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a więc dotyczących zamówień o wartości powyżej progów unijnych, w 2012 roku cena jako jedyne kryterium wyboru oferty została zastosowana w 76% postępowań. Podobnie, jak to miało miejsce w przypadku omawianych wcześniej zamówień o wartości poniżej progów unijnych, najwyższy

[8] Por. European Commission Staff Working Paper Evaluation Report, Impact and Effectiveness of EU Procurement Legislation, SEC(2011) 853 final.

[9] Prr. N. Dimitri, C. Jobse, *White Paper on Life-Cycle Cost Calculations in the new EU Directives on Public Procurement*, [w:] *Underpinning Policy Trends with Academic Analysis, Underpins Conference*, Manchester, 22–23 Marzec 2012, (streszczenie).

[10] Por. Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r., Warszawa, kwiecień 2013.

odsetek odnotowano w przypadku robót budowlanych (91%), najniższy w przypadku usług (63%). 87% dostaw charakteryzowało się jednokryteriowym modelem wyboru najkorzystniejszej oferty.

Tablica 1. Tendencje w zakresie liczby kryteriów w ocenie ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w Polsce w latach 2005–2012 (dotyczy zamówień publicznych o wartości poniżej progów unijnych)

Lata	Średnia liczba kryteriów*	Cena jako jedyne kryterium oceny ofert (jako % wszystkich ogłoszonych postępowań)
2005	2,40	53
2006	2,24	64
2007	2,31	87
2008	2,69	89
2009	3,72	90
2010	3,63	91
2011	3,61	91
2012	3,53	92

* Dotyczy wyłącznie postępowań, w których zastosowano model wielokryteriowy

Źródło: Opracowanie własne na podstawie Sprawozdań Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w latach 2003–2012

Polskie wskaźniki bardzo niekorzystnie wypadają zatem na tle średnich wskaźników unijnych dotyczących zamówień powyżej progów unijnych, które wskazują, że 70% ogłoszeń o udzieleniu zamówienia oraz 80% wartości ogłoszeń o udzieleniu zamówienia stanowiły zamówienia, w których zastosowano wybór najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, tzn. cena nie była jedynym kryterium oceny ofert.[11]

4. CHARAKTERYSTYKA BADANEJ PRÓBY JEDNOSTEK ZAMAWIAJĄCYCH

W latach 2009–2011 w Uniwersytecie Łódzkim realizowany był projekt badawczy, którego celem była ocena stanu i perspektyw wykorzystania zamówień publicznych jako instrumentu innowacyjności przedsiębiorstw.[12] Jednym z ważniejszych wątków opracowania były wyniki badań ankietowych przeprowadzonych na 100-elementowej próbie losowej wśród zamawiających, wyłonionej z bazy danych Urzędu Zamówień Publicznych.

Ankieta składała się z 43 pytań, obejmujących m.in. metryczkę instytucji, ogólną charakterystykę udzielonych zamówień publicznych, ocenę faktycznego i potencjalnego wpływu zamówień pub-

[11] Raport Komisji Europejskiej „ocena skutków i skuteczności przepisów Unii Europejskiej dotyczących zamówień publicznych", www.uzp.gov.pl.

[12] Por. W. Starzyńska, J. Wiktorowicz (red.) *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy*, Wyd. UŁ, Łódź 2012.

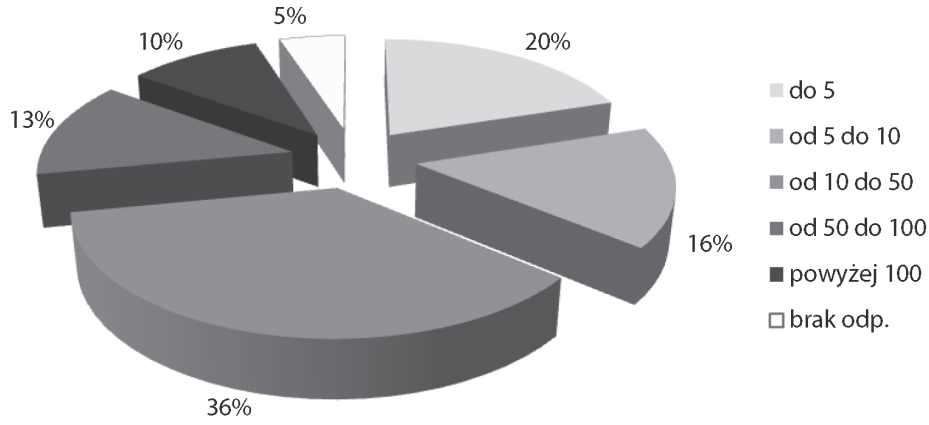
licznych na innowacyjność przedsiębiorstw, w tym także problematykę uwzględniania wielokryteriowego modelu oceny ofert. Badanie zostało przeprowadzone techniką CAWI wspartą wywiadem telefonicznym w okresie październik 2010 – styczeń 2011 przez profesjonalnych ankieterów.

W niniejszym opracowaniu wykorzystano niektóre informacje pochodzące z badań zarówno o charakterze ilościowym, jak i jakościowym, biorąc pod uwagę stronę popytową badanego rynku, czyli jednostki zamawiające. Wyniki badania ilościowego zostały pogłębione poprzez przeprowadzenie *desk research* (m.in. lokalizacja, historia funkcjonowania jednostki, wielkość podmiotu, skala zamówień publicznych) oraz indywidualny wywiad z przedstawicielem kadry kierowniczej bądź osobą decyzyjną w kwestii zamówień publicznych lub inwestycji. Analizę statystyczną wyników badania przeprowadzono przy zastosowaniu podstawowych miar opisowych analizy struktury i współzależności zjawisk. W części wnioskowania statystycznego przeprowadzono test istotności współczynnika V-Kramera przy różnym poziomie istotności (p^{*}=0,10, p^{**}=0,05, p^{***}=0,01).[13]

Wśród badanych podmiotów zobligowanych do stosowania Prawa zamówień publicznych (z 2004 r. wraz z późniejszymi zmianami) nieco ponad połowę stanowiły jednostki administracji samorządowej i rządowej, ok. 20% samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, ¼ stanowiły pozostałe podmioty. Respondentami były osoby zajmujące się w swoim miejscu pracy zamówieniami publicznymi: 33 – zajmowały specjalne stanowiska ds. zamówień publicznych, 11 – jednoosobowo odpowiadało za zamówienia publiczne, 23 respondentów to kierownicy komórki ds. zamówień publicznych, 4 osoby to kierownicy całej jednostki.

Strukturę próby według łącznej liczby i wartości zamówień publicznych prezentują Wykresy 1 i 2, a według rodzajów zamówień – Wykres 3.

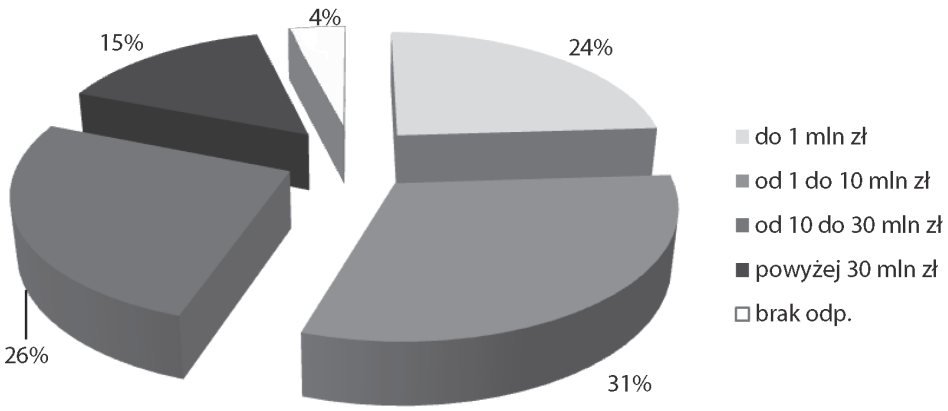
Wykres 1. Struktura próby zamawiających według łącznej liczby zamówień publicznych



Źródło: opracowanie własne na podstawie badania ankietowego wśród podmiotów zamawiających przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy* [n = 100].

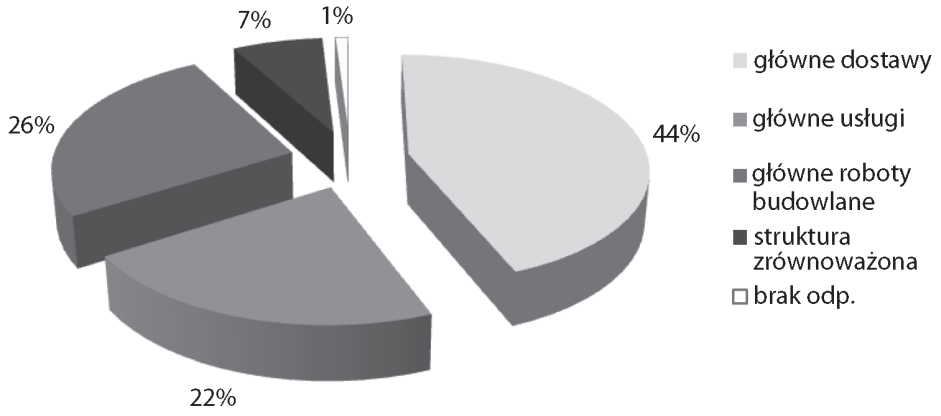
[13] Por. także W. Starzyńska, *Kryteria udzielania zamówień publicznych a realizacja strategicznej polityki Unii Europejskiej w zakresie innowacyjności zamówień publicznych* [w:] *Przyszłość Integracji Europejskiej – konkurencyjność i rynki*, (red.) W. Bieńkowski, S. I. Bukowski, G. Olszewska, CeDeWu.PL, Warszawa 2012.

Wykres 2. Struktura próby zamawiających według łącznej wartości zamówień publicznych



Źródło: opracowanie własne na podstawie badania ankietowego wśród podmiotów zamawiających przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy* [n = 100].

Wykres 3. Struktura próby zamawiających według rodzajów zamówień

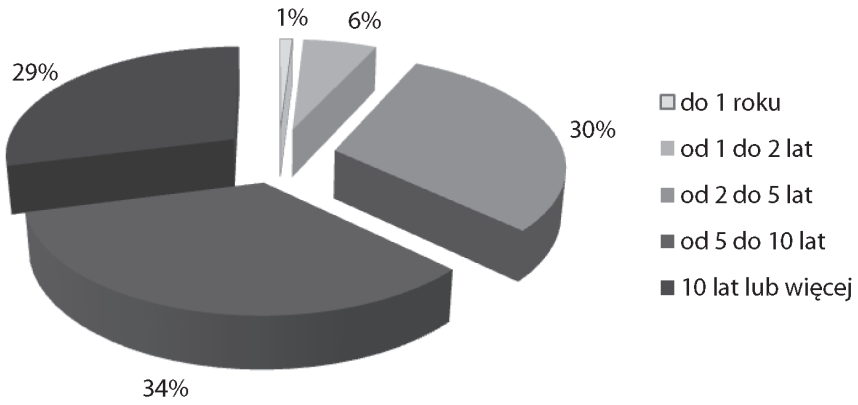


Źródło: opracowanie własne na podstawie badania ankietowego wśród podmiotów zamawiających przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy*

W próbie dominowały jednostki, w których wyodrębniono specjalne stanowiska (komórki) do spraw zamówień publicznych. Tylko ¼ zamawiających nie ma odrębnego stanowiska ds. zamówień publicznych. a 44% zatrudnia w tym obszarze działalności od 2 do 5 osób.

W grupie jednostek zatrudniających powyżej 5 osób znalazło się zaledwie 9 podmiotów. Większość pracowników charakteryzuje się relatywnie dużym doświadczeniem w zakresie zamówień publicznych. 30% wskazało, że pracuje w tym obszarze od 2 do 5 lat, 34% od 5 do 10 lat i aż 29% – 10 lat i więcej (por. Wykres 4).

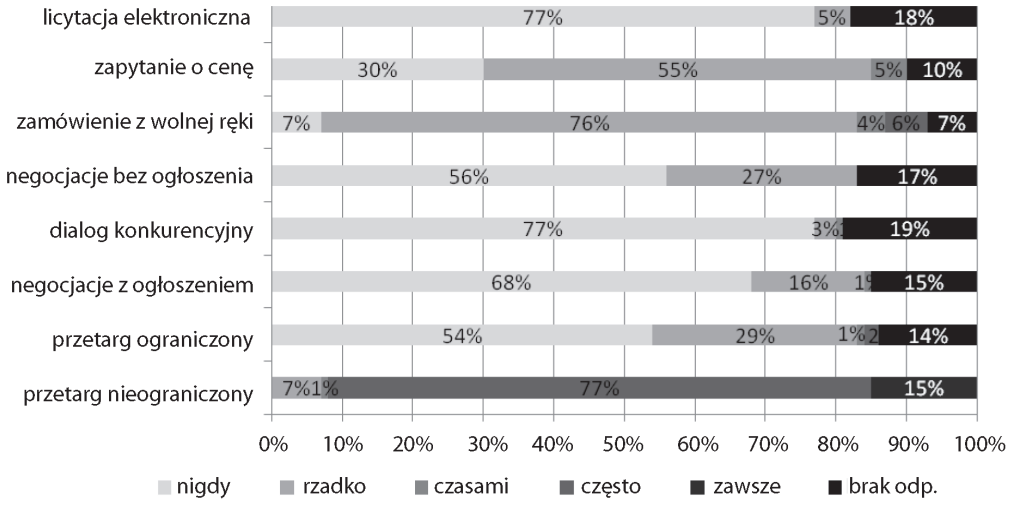
Wykres 4. Struktura respondentów według doświadczenia w zakresie zamówień publicznych



Źródło: opracowanie własne na podstawie badania ankietowego wśród podmiotów zamawiających przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy* [n = 100].

Ważnym czynnikiem w aspekcie badanego zjawiska jest rodzaj stosowanych trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. Wykres 5).

Wykres 5. Struktura próby zamawiających według stosowanych trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

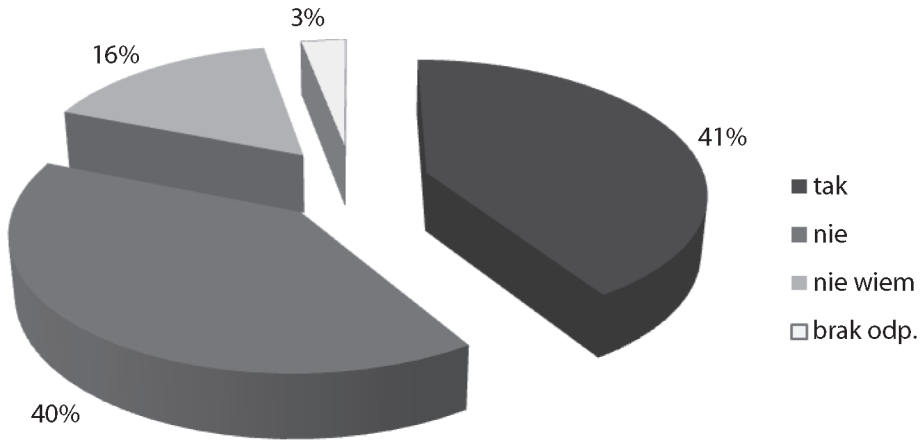


Źródło: opracowanie własne na podstawie badania ankietowego wśród podmiotów zamawiających przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy* [n = 100].

Biorąc pod uwagę natężenie stosowania poszczególnych trybów zdecydowana większość badanych podmiotów wskazywało na przetarg nieograniczony (92% zawsze lub często). Trzy tryby szczególnie sprzyjające innowacyjności, tzn. przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem i dialog konkurencyjny są wskazywane jako stosowane sporadycznie, tzn. odpowiednio przez 29%, 16% i 8% ankietowanych. Wariant „nigdy" charakteryzuje przetarg ograniczony w przypadku 54% odpowiedzi, negocjacje z ogłoszeniem w 68%, a dialog konkurencyjny aż w 77% wskazań. Na pytanie jak często postępowanie prowadzone przez jednostkę w trybie „negocjacji z ogłoszeniem" lub „zamówienia z wolnej ręki" poprzedzone jest konkursem, w 77% uzyskano odpowiedź „nigdy", w 14% – sporadycznie i w 2% – „często".

Zamawiających zapytano również czy w postępowaniach organizowanych przez nich biorą udział przedsiębiorstwa z udziałem kapitału zagranicznego. 41% udzieliło twierdzącej odpowiedzi, 40% odpowiedziało, że nie występują, a 16% nie umiało tego określić (3% brak odpowiedzi – por. Wykres 6).

Wykres 6. Struktura próby zamawiających według udziału podmiotów z udziałem kapitału zagranicznego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego



Źródło: opracowanie własne na podstawie badania ankietowego wśród podmiotów zamawiających przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy* [n=100].

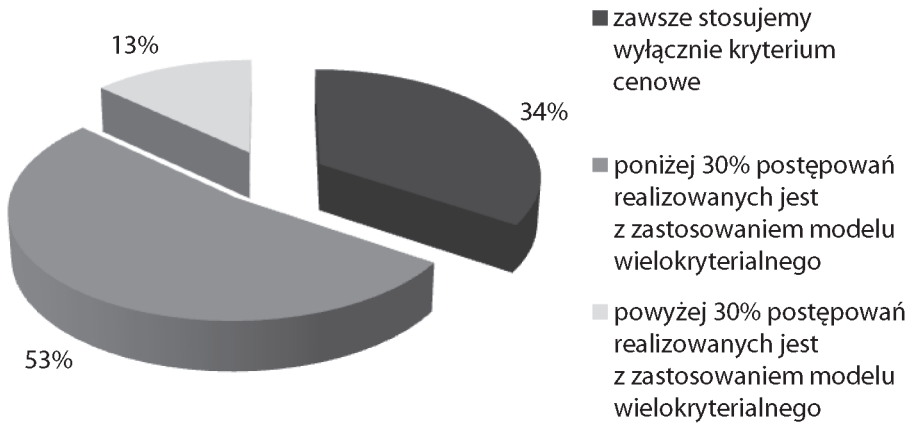
5. STOSOWANIE MODELU NAJKORZYSTNIEJSZEJ EKONOMICZNIE OFERTY UWZGLĘDNIAJĄCEGO KOSZT FINALNY PRODUKTU W ŚWIETLE BADAŃ ANKIETOWYCH

Badanie wykazało, że innowacyjność jest rzadko stosowana jako bezpośrednie kryterium oceny ofert. W badaniu starano się zatem ocenić na ile w ogóle stosowany jest przez zamawiających model wielokryteriowy oceny ofert.

Bez względu na rodzaj zamówienia, wartość zamówienia oraz tryb (pomijamy tutaj przypadek trybów niekonkurencyjnych czyli zapytania o cenę, tryb z wolnej ręki oraz licytacji elektronicznej, jako specyficznej procedury) w czynności badania ofert najważniejszym działaniem zamawiającego jest wybór najkorzystniejszej oferty, po uprzednim przebadaniu wykonawców pod kątem spełnienia warunków ich udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na pytanie *„jaki jest szacunkowy odsetek realizowanych przez Państwa jednostkę postępowań, w których stosowany jest wielokryteriowy model oceny ofert"*, rozkład odpowiedzi był znacznie korzystniejszy, aniżeli w przypadku innowacyjności (por. Wykres 7).

Wykres 7. Struktura próby zamawiających według stosowanych kryteriów oceny ofert



Źródło: opracowanie własne na podstawie badania ankietowego wśród podmiotów zamawiających przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy* [n = 100].

Analizując powyższy wykres widzimy, że ponad 1/3 respondentów przewiduje wyłącznie kryterium cenowe, ponad połowa (53%) realizuje postępowanie z zastosowaniem modelu wielokryteriowego w odniesieniu do co najwyżej 30% ogólnej liczby zamówień publicznych, a tylko 13% ocenia udział swoich postępowań w zakresie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty na co najmniej 30%.

Odsetek zamawiających, którzy stosują w istotnym stopniu model wielokryteriowy, jest znacznie wyższy aniżeli to wynika ze statystyk krajowych, jednak bezpośrednie porównania są tutaj utrudnione.

Kolejne pytanie dotyczyło uwzględnienia w kryteriach wyboru najkorzystniejszej ekonomicznie oferty cyklu życia produktu. Przykład odpowiedzi przedstawia Tablica 2.

Tablica 2. Częstotliwość stosowania kosztu finalnego w wyborze najkorzystniejszej ekonomicznie oferty

Wyszczególnienie	Liczba odpowiedzi	% odpowiedzi
1	2	3
nigdy	27	27,0
bardzo rzadko	15	15,0
rzadko	4	4,0
czasami	15	15,0
często	7	7,0
bardzo często	13	13,0
zawsze	12	12,0
trudno powiedzieć	4	4,0
brak odpowiedzi	3	3,0
Ogółem	**100**	**100,0**

Źródło: opracowanie własne na podstawie badania ankietowego wśród podmiotów zamawiających przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy* [n = 100].

Jak wynika z zaprezentowanych danych blisko 1/3 ankietowanych często lub zawsze uwzględnia w modelu najkorzystniejszej ekonomicznie oferty kryterium kosztu finalnego. 27% respondentów nigdy nie stosowała takiego kryterium.

Jeśli weźmiemy pod uwagę różne cechy podmiotów zamawiających, to niemal wszystkie właściwości uwzględnione w badaniu mają istotny statystycznie wpływ na fakt stosowania omawianego kryterium w wyborze ofert. Wyjątkiem w tym względzie jest doświadczenie kadry zajmującej się zamówieniami publicznymi. Najsilniejszą korelację pomiędzy stosowaniem oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, tzn. promującej najniższą cenę i koszty eksploatacji w całym cyklu życia produktu, odnotowano w przypadku zamawiających, którzy w swoich realizowanych dotychczas postępowaniach mieli do czynienia z wykonawcami z udziałem kapitału zagranicznego (por. Tablicę 3).

Częściej omawiane kryterium stosowane jest właśnie przez podmioty, których zamówienia publiczne realizowane były przez wykonawców z udziałem kapitału zagranicznego. Wskazuje na to odsetek odpowiedzi w przypadku wariantu „nigdy", gdzie procent odpowiedzi wyniósł ponad 50% w przypadku zamawiających mających do czynienia wyłącznie z polskimi wykonawcami, podczas gdy dla drugiej grupy jednostek ten wskaźnik wyniósł zaledwie 12%.

Tablica 3. Częstotliwość stosowania kryterium kosztu finalnego w wyborze najkorzystniejszej ekonomicznie oferty a struktura kapitałowa wykonawców

Stosowanie kryterium kosztu finalnego	Występowanie wykonawców z udziałem kapitału zagranicznego		Ogółem
	tak	nie	
nigdy	4	20	24
rzadko	15	3	18
czasami	6	2	8
często	7	5	12
zawsze	2	8	10
Ogółem	34	38	72

V-Kramera = 0,583, p = 0,00

Źródło: opracowanie własne na podstawie badania ankietowego wśród podmiotów zamawiających przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy*.

Również typ jednostki zamawiającej istotnie różnicuje preferencje instytucji zamawiających (por. Tablicę 4).

Tablica 4. Częstotliwość stosowania kryterium kosztu finalnego w wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie a rodzaj jednostki zamawiającej

Stosowanie kryterium kosztu finalnego	Rodzaj zamawiającego			Ogółem
	administracja rządowa i samorządowa	SPZOZ	pozostałe	
nigdy	19	–	7	26
rzadko	10	6	3	19
czasami	4	8	2	14
często	4	1	6	11
zawsze	9	–	3	12
Ogółem	46	15	21	82

V-Kramera = 0,432, p = 0,00

Źródło: opracowanie własne na podstawie badania ankietowego wśród podmiotów zamawiających przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy*.

Jak wynika z powyższych danych w przypadku ponad 40% podmiotów z grupy „administracja rządowa i samorządowa" koszt finalny nigdy nie występował w ocenie najkorzystniejszej oferty. Znacznie lepiej pod tym względem wypadają jednostki z grupy „samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej" oraz „pozostałe".

Biorąc pod uwagę liczbę postępowań w ciągu roku można również zauważyć pewne zróżnicowanie pod względem możliwości występowania, obok ceny, kryterium kosztu finalnego, obok ceny, w modelu wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie (por. Tablicę 5). Jednak zależność pomiędzy tymi cechami jest słabsza, chociaż istotna statystycznie.

Tablica 5. Częstotliwość stosowania kryterium kosztu finalnego w najkorzystniejszej ekonomicznie ofercie a liczba realizowanych zamówień publicznych w ciągu roku w podmiocie zamawiającym

Stosowanie kryterium kosztu finalnego	Łączna liczba postępowań			Ogółem
	do 10	10–50	powyżej 50	
nigdy	1	9	4	24
rzadko	4	7	8	19
czasami	2	7	6	15
często	5	6	1	12
zawsze	9	2	1	12
Ogółem	31	31	20	82

V-Kramera = 0,330, p = 0,020

Źródło: opracowanie własne na podstawie badania ankietowego wśród podmiotów zamawiających przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy* .

Nieco silniejszą zależność odnotowano w przypadku wartości realizowanych zamówień publicznych (por. Tablica 6).

Tablica 6. Częstotliwość stosowania kryterium kosztu finalnego w wyborze najkorzystniejszej ekonomicznie oferty a wartości realizowanych w ciągu roku zamówień publicznych

Stosowanie kryterium kosztu finalnego	Łączna wartość postępowań w ciągu roku			Ogółem
	do 1 mln zł	1–10 mln zł	powyżej 10 mln zł	
1	2	3	4	5
nigdy	6	13	5	24
rzadko	3	3	13	19
czasami	2	3	10	15
często	3	7	3	13

1	2	3	4	5
zawsze	7	2	3	12
Ogółem	21	28	34	83

V-Kramera = 0,388, p = 0,002

Źródło: opracowanie własne na podstawie badania ankietowego wśród podmiotów zamawiających przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy* .

Jak wynika z Tablicy 6 zamawiający realizujący zamówienia o mniejszej wartości częściej niż jednostki o dużym potencjale (powyżej 10 mln zł) wskazują na uwzględnienie, obok ceny, kosztów cyklu życia produktu będącego przedmiotem zamówienia (37,6% w I grupie zamawiających w porównaniu z 17,6% w III grupie zamawiających). Siła korelacji wprawdzie nie jest wysoka, bowiem V-Kramera wynosi 0,388, lecz jest istotna statystycznie.

Biorąc pod uwagę liczebność kadry zajmującej się zamówieniami publicznymi w jednostce okazuje się, że relatywnie rzadziej pojawia się koszt finalny jako kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w zamówieniach realizowanych przez jednostki, gdzie jedna osoba zajmuje się zamówieniami publicznymi bądź brak odrębnego stanowiska ds. zamówień publicznych (por. Tablicę 7).

Tablica 7. Częstotliwość stosowania kryterium kosztu finalnego w wyborze najkorzystniejszej ekonomicznie oferty a liczebność kadry zajmującej się wyłącznie zamówieniami publicznymi

Stosowanie kryterium kosztu finalnego	Liczebność kadry			Ogółem
	brak odrębnego stanowiska	jednoosobowo	zespół kilku pracowników	
nigdy	7	10	10	27
rzadko	4	1	14	19
czasami	3	–	12	15
często	5	2	6	13
zawsze	3	5	4	12
Ogółem	22	18	46	86

V-Kramera = 0,327, p = 0,019

Źródło: opracowanie własne na podstawie badania ankietowego wśród podmiotów zamawiających przeprowadzonego w ramach projektu *Zamówienia publiczne a innowacyjność przedsiębiorstw – stan obecny i perspektywy* .

6. UWAGI KOŃCOWE

Rośnie zainteresowanie krajów członkowskich UE modelem najkorzystniejszej ekonomicznie oferty, na co wskazują m.in. malejące odsetki realizowanych zamówień publicznych, w których występuje tylko jedno kryterium – najniższa cena. Szczególnie jest to widoczne w przypadku usług i dostaw. W Polsce niestety jest tendencja odwrotna w tym zakresie.

Wśród pozacenowych kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty coraz częściej pojawia się element kosztów cyklu życia produktu, uwzględniający nie tylko jego proces wytwórczy, ale również fazy jego użytkowania, recyklingu i utylizacji.

Unia Europejska rekomenduje w swoich dokumentach i strategiach, zwłaszcza promujących zrównoważony rozwój, metodologię obliczenia kosztu finalnego, jednak brak w tym zakresie ujednoliconych rozwiązań, często bowiem różne metodologie prowadzą do odmiennych wyników, co wprowadza duży element subiektywizmu w ocenie tego kosztu.

W krajach członkowskich UE coraz częściej koszt cyklu życia produktu jest stosowany jako kryterium wyboru ofert. Więcej niż połowa krajów członkowskich (14) rekomenduje w swoim systemie zamówień publicznych w formie obowiązkowej lub fakultatywnej stosowanie tego kryterium.

W polskim Prawie zamówień publicznych to kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty pojawiło się wśród zalecanych kryteriów w zamówieniach obronnych począwszy od października 2012 r.

Wyniki badań empirycznych przeprowadzonych na wylosowanej próbie podmiotów zamawiających pozwalają na pewien optymizm. Ponad 1/3 respondentów uwzględnia w swoich zamówieniach czasami, często lub zawsze koszty cyklu życia produktu w modelu wielokryteriowym. Wśród tych podmiotów na pozytywne wyróżnienie zasługują samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, zamawiający, których zamówienia realizowali również wykonawcy posiadający w swojej strukturze kapitałowej kapitał zagraniczny, jednostki o mniejszym potencjale rocznej liczby i wartości zamówień publicznych i wreszcie charakteryzujące się wyspecjalizowaną kadrą w zakresie zamówień publicznych, zwłaszcza gdy istnieje specjalna komórka ds. zamówień publicznych, zatrudniająca co najmniej 2 osoby.

Wśród rekomendacji dla polityki zamówień publicznych warto zastanowić się nad uwzględnieniem kryterium LCC w Art. 91, Ust. 2, podobnie jak to ma miejsce w Art. 131.k Prawa zamówień publicznych (po nowelizacji z 12.10.2012 r.).

KONTROLA UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PRZEPROWADZANA PRZEZ PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Emila Garbala
Dyrektor Departamentu Kontroli zamówień współfinansowanych ze środków UE
Urząd Zamówień Publicznych

Do kompetencji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych należy czuwanie nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonywanie kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą Prawo zamówień publicznych (art. 154 pkt 11 ustawy Pzp). Przepisy Działu V Rozdziału 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp", określają w szczególności rodzaje kontroli, uprawnienia i obowiązki Prezesa UZP związane z przeprowadzaniem kontroli, sposób zakończenia kontroli oraz uprawnienia i obowiązki kontrolowanych zamawiających. Wskazanie zasad kontroli i czynności z nią związanych ma na celu przede wszystkim zapewnienie przejrzystości procedur i metod postępowania w kontrolowanych sprawach.

OGÓLNE ZASADY KONTROLI

Kontrola Prezesa Urzędu jest przeprowadzana jedynie pod względem zgodności prowadzonych postępowań z przepisami ustawy Pzp, tj. pod względem legalności (art. 161 ust. 2 ustawy Pzp). Oznacza to, że Prezes Urzędu nie bada w trakcie kontroli rzetelności i celowości udzielenia zamówienia publicznego, a także gospodarności zamawiającego przy jego udzieleniu.

Kontrola odbywa się w siedzibie Urzędu Zamówień Publicznych, z wyjątkiem kontroli dotyczącej dokumentów zawierających informację niejawną, której nadano klauzulę „tajne" albo „ściśle tajne", która może być przeprowadzona w siedzibie zamawiającego. Kontrola przeprowadzana jest w oparciu o materiały, którymi w szczególności są dokumenty związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, wyjaśnienia kierownika zamawiającego, pracowników zamawiającego lub innych podmiotów oraz opinie biegłych.

Sposób zebrania powyższych materiałów został opisany w art. 163 ustawy Pzp. W związku z prowadzoną kontrolą Prezes Urzędu może żądać od kierownika zamawiającego niezwłocznego przekazania kopii dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Dokumentami takimi są przede wszystkim: protokół postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z ewentualnymi modyfikacjami, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty, korespondencja prowadzona z wykonawcami, wniesione w trakcie postępowania środki ochrony prawnej oraz ich rozstrzygnięcia oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego (jeśli została zawarta) wraz z ewentualnymi aneksami. Prezes Urzędu może także żądać od kierownika zamawiającego, jego pracowników lub od innych podmiotów udzielenia, w terminie przez niego wyznaczonym, pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli. Ponadto, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych, Prezes Urzędu może zasięgnąć opinii biegłych.

Z kontroli sporządza się protokół oraz informację o wyniku kontroli. Protokół nie jest przekazywany zamawiającemu, zawiera informacje dotyczące zamawiającego i kontrolowanego postępowania, stan faktyczny tego postępowania, nazwiska kontrolujących oraz informację o ewentualnie stwierdzonych w wyniku kontroli naruszeniach. Zamawiającemu przekazywana jest informacja o wyniku kontroli, w której informuje się go o braku stwierdzonych w trakcie kontroli naruszeń lub o stwierdzonych naruszeniach ustawy Pzp wraz z uzasadnieniem.

Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę doraźną: uprzednią bądź następczą (ex ante lub ex post) oraz kontrolę obligatoryjną uprzednią (ex ante). Różnice pomiędzy kontrolą doraźną a kontrolą uprzednią obligatoryjną przedstawia poniższa tabela:

Kontrola doraźna	Kontrola uprzednia obligatoryjna
Może być wszczęta w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik.	Jest wszczynana obligatoryjnie bez względu na ryzyko zaistnienia w postępowaniu naruszeń.
Może być wszczęta bez względu na źródło finansowania zamówienia i jego wartość.	Jest wszczynana obligatoryjnie wyłącznie w stosunku do zamówień współfinansowanych ze środków UE o wartości równej lub przekraczającej 10 mln euro dla dostaw lub usług oraz 20 mln euro dla robót budowlanych.
Może być wszczęta zarówno przed, jak i po zawarciu umowy (kontrola doraźna uprzednia lub następcza).	Jest wszczynana wyłącznie przed zawarciem umowy (kontrola uprzednia).
Ustawa nie przewiduje terminu jej trwania.	Ustawa przewiduje termin jej trwania – 14 lub 30 dni od doręczenia potrzebnych materiałów.

KONTROLA UPRZEDNIA OBLIGATORYJNA

Kontrola obligatoryjna uprzednia (ex ante) przeprowadzana jest po ostatecznym wyborze oferty najkorzystniejszej a przed zawarciem umowy z wybranym wykonawcą. Jej celem jest zidentyfikowanie ewentualnych naruszeń jeszcze przed zaciągnięciem zobowiązania i zapobieżenie podpisaniu umowy, która mogłaby zostać unieważniona przez sąd. Kontroli tej poddawane są wyłącznie zamówienia współfinansowane ze środków Unii Europejskiej.

Prezes Urzędu przeprowadza obligatoryjną kontrolę uprzednią, jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej dla:

1) robót budowlanych – jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro,

2) dostaw lub usług – jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10.000.000 euro.

Zamawiający wszczynający postępowanie o takich wartościach, niezwłocznie po wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty albo po upływie terminu do wniesienia odwołania, tj. po ostatecznym wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed zawarciem umowy, ma obowiązek przekazać całą dokumentację postępowania do Urzędu Zamówień Publicznych w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej. Jeżeli jednak po przekazaniu dokumentacji postępowania do kontroli uprzedniej, zostanie wniesione odwołanie lub skarga, zamawiający zobowiązany jest niezwłocznie poinformować o tym Prezesa Urzędu. Prezes Urzędu wstrzymuje w takim wypadku wykonanie kontroli uprzedniej do czasu wydania przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, chyba że KIO uchyli zakaz zawarcia umowy przed wydaniem wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Kontrola uprzednia może nie wykazać naruszeń ustawy Pzp, bądź też wykazać naruszenia, co wskazywane jest zamawiającemu w informacji o wyniku kontroli. Jeżeli w trakcie kontroli stwierdzono naruszenia mogące skutkować unieważnieniem umowy, w informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu wydaje dodatkowo zalecenia pokontrolne. Zalecenia te mogą wskazywać na obowiązek usunięcia stwierdzonych naruszeń lub na obowiązek unieważnienia postępowania. Prezes Urzędu zaleca usunięcie stwierdzonych naruszeń w przypadku, gdy naruszenia mające wpływ na wynik postępowania mogą być jeszcze usunięte na tym etapie postępowania (czyli po wyborze najkorzystniejszej oferty i przed zawarciem umowy). Zalecenia te mogą dotyczyć np. dokonania ponownej oceny ofert, czy wezwania wykonawcy do wyjaśnienia bądź uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Prezes Urzędu zaleca natomiast unieważnienie postępowania, jeżeli podczas kontroli wykryto naruszenia mające wpływ na jego wynik, których usunięcie na tym etapie jest już niemożliwe. Przykładem takiego naruszenia jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp stosowanie trybu z wolnej ręki.

W razie otrzymania przez zamawiającego zaleceń pokontrolnych (a zatem w razie sytuacji, gdy w trakcie kontroli stwierdzono konieczność usunięcia określonych naruszeń lub unieważnienia postępowania) kierownik zamawiającego, na wniosek Prezesa Urzędu, ma obowiązek poinformować o sposobie wykonania czynności wskazanych w zaleceniach pokontrolnych.

Dla zamawiającego istotne jest to, że w przypadku wszczęcia kontroli uprzedniej obligatoryjnej nie wolno zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Po otrzymaniu informacji o wyniku kontroli, zamawiający może zawrzeć umowę, nawet jeśli zamierza zgłosić zastrzeżenia do wyniku kontroli. Jeżeli jednak zastrzeżenia nie zostaną uwzględnione, a w wyniku kontroli zostały wydane zalecenia pokontrolne, które nie zostały przez zamawiającego wykonane, zamawiający musi liczyć się z tym, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy zawartej w postępowaniu dotkniętym wadami, o których mowa w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp.

KONTROLA DORAŹNA

Kontrola doraźna następcza jest przeprowadzana po zawarciu umowy z wybranym wykonawcą, natomiast kontrola doraźna uprzednia – przed zawarciem takiej umowy. Kontrola doraźna nie może być wszczęta po upływie 4 lat od zakończenia postępowania (art. 165 ust. 2 ustawy Pzp). Wnioski o wszczęcie kontroli mogą kierować wykonawcy, organy kontroli, organy ścigania, inne podmioty informujące o nieprawidłowościach przy udzielaniu zamówień. Prezes Urzędu ma

ponadto obowiązek przeprowadzić kontrolę doraźną na wniosek instytucji zarządzającej, o której mowa w przepisach o Narodowym Planie Rozwoju, w przepisach o zasadach prowadzenia polityki rozwoju lub w przepisach o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich. Niezależnie od powyższego kontrola doraźna może być też wszczęta z urzędu.

Przesłanką do wszczęcia kontroli doraźnej jest uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 165 ust. 1 i 4 ustawy Pzp). Prezes Urzędu nie może zatem wszcząć kontroli doraźnej w dowolnych okolicznościach, ale jedynie w sytuacji, gdy z wniosku o kontrolę albo z informacji dostępnych mu z innych źródeł, wynika że w danym postępowaniu doszło do naruszenia ustawy Pzp i naruszenie to mogło mieć wpływ na jego wynik. Jeżeli istnieją wątpliwości co do ziszczenia się ww. przesłanki, Prezes Urzędu może wszcząć postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 161 ust. 4 ustawy Pzp). Postępowanie wyjaśniające wszczynane jest więc po to, by ustalić, czy zachodzą podstawy do wszczęcia kontroli doraźnej.

Jeżeli z wniosku o kontrolę albo z przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego nie wynika uzasadnione przypuszczenie naruszeń mogących mieć wpływ na wynik postępowania, Prezes Urzędu odmawia wnioskodawcy wszczęcia kontroli doraźnej. Jeżeli powyższe przesłanki zachodzą, Prezes wszczyna kontrolę. Nie oznacza to jednak, że kontrola doraźna, wszczęta także po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, musi zakończyć się stwierdzeniem naruszeń mających wpływ na wynik kontrolowanego postępowania. Zarówno bowiem w art. 161 ust. 4, jak i art. 165 ust. 1 i 4 Pzp, mowa jest o „przypuszczeniu" naruszenia, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W toku prowadzonej kontroli doraźnej, przypuszczenie to może się utrzymać lub nie, dlatego też kontrola może ostatecznie wykazać jedynie naruszenia nie mające wpływu na wynik postępowania, jak też może nie wykazać żadnych naruszeń Pzp.

Po zakończeniu kontroli następczej Prezes Urzędu przesyła zamawiającemu informację o wyniku kontroli zawierającą określenie przedmiotu zamówienia, które było przedmiotem kontroli oraz informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku. W przypadku kontroli doraźnej następczej nie wydaje się zaleceń pokontrolnych, ponieważ odbywa się ona po zawarciu umowy z wykonawcą, kiedy niemożliwe jest już wykonanie jakichkolwiek zalecanych czynności.

W przypadku ujawnienia, w wyniku przeprowadzonej kontroli, naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Prezes Urzędu:

1) zawiadamia właściwego rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych – jeżeli kontrolowany zamawiający podlega odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i jednocześnie stwierdzone naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi czyn wymieniony w art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych,
2) może nałożyć karę pieniężną – jeżeli kontrolowany zamawiający jest jednym z podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 3, 3a, 4 i 7 ustawy Pzp i jednocześnie stwierdzone naruszenie jest jednym z naruszeń opisanych w art. 200 ustawy Pzp,
3) wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego w całości lub w części – jeżeli w trakcie kontroli stwierdzono naruszenie, o którym mowa w art. 146 ust. 1 i 6 ustawy Pzp.

ZASTRZEŻENIA DO WYNIKU KONTROLI

Od wyniku kontroli, zarówno doraźnej, jak i uprzedniej obligatoryjnej, zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia zastrzeżeń. Zastrzeżenia w pierwszej kolejności rozpatruje Prezes Urzędu. Prezes Urzędu może zastrzeżenia:

- uwzględnić w całości,
- nie uwzględnić w całości,
- uwzględnić w części, a w części – nie uwzględnić.

Jeżeli Prezes Urzędu nie uwzględni zastrzeżeń, przekazuje je do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej. Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń w składzie trzyosobowym w formie uchwały. W treści opinii KIO wskazuje swoje stanowisko w sprawie naruszeń, do których Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń. Opinia KIO jest wiążąca dla Prezesa Urzędu. Prezes Urzędu niezwłocznie zawiadamia kierownika zamawiającego o ostatecznym rozpatrzeniu zastrzeżeń poprzez przekazanie mu odpisu uchwały KIO.

Od uchwały KIO w sprawie zastrzeżeń do wyniku kontroli Ustawodawca nie przewidział żadnych środków zaskarżenia. W szczególności na uchwałę KIO nie przysługuje skarga do sądu administracyjnego[1].

WYNIKI KONTROLI PREZESA URZĘDU

W 2012 r. Prezes Urzędu rozpatrzył 1194 wnioski o kontrolę, przeprowadził 1100 postępowań wyjaśniających oraz 364 kontrole[2]. W wyniku kontroli stwierdzano najczęściej następujące naruszenia:

1. Naruszenia ustawy Pzp mające wpływ na wynik postępowania:
   - nieuprawnione odstąpienie od obowiązku stosowania ustawy Pzp,
   - dzielenie zamówienia na części, w wyniku czego nie stosowano przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej jego wartości,
   - niezgodne z przepisami ustawy Pzp zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki,
   - niezgodne z przepisami ustawy Pzp odrzucenie najkorzystniejszej oferty lub wykluczenie wykonawcy, który złożył taką ofertę,
   - opis warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający uczciwą konkurencję,
   - opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

---

[1] Por. postanowienie WSA z dnia 8 czerwca 2011 r., sygn. akt V SA/Wa 171/11, postanowienie NSA z dnia 7 października 2011 r., sygn. akt. II GSK 1932/11.

[2] Część spraw była wszczęta przed 2012 r. Wśród zakończonych kontroli było: 188 kontroli uprzednich obligatoryjnych, 176 kontroli doraźnych, w tym 32 kontrole doraźne wszczęte na podstawie zawiadomień o wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym.

2. Naruszenia niemające wpływu na wynik postępowania:

   - niepełna treść ogłoszeń o zamówieniu,
   - żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do prowadzenia postępowania, w szczególności w sytuacji braku opisania sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dla którego żąda się przedstawienia dokumentu,
   - zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli nie miało to wpływu na wynik postępowania,
   - zaniechanie poprawienia omyłek w ofertach wykonawców, jeżeli nie miało to wpływu na wynik postępowania,
   - nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu,
   - opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych,
   - brak zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Przykłady naruszeń polegających na nieuprawnionym odstąpieniu od obowiązku stosowania ustawy Pzp

Do najpoważniejszych nieprawidłowości w systemie zamówień publicznych należy nieuprawnione niestosowanie przez zamawiających procedur przewidzianych w ustawie Pzp. W świetle przepisów tejże ustawy, każdy podmiot będący zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 przy udzielaniu zamówienia na dostawę, usługę lub robotę budowlaną, zobowiązany jest do stosowania ustawy Pzp. Zamówieniem publicznym, w myśl art. 2 pkt 13 ustawy, jest każda odpłatna umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Stosowanie procedur zawartych w ustawie Pzp przy udzielaniu zamówień publicznych ma na celu zapewnienie niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówienia publicznego oraz w konsekwencji – racjonalne i przejrzyste wydatkowanie środków. Przepisy przewidują wyjątki od obowiązku stosowania procedur przewidzianych ustawą przy udzielaniu zamówień publicznych (m.in. art. 4 ustawy Pzp). Zamawiający zobowiązany jest jednak każdorazowo wykazać, że przy udzielaniu zamówień publicznych zachodzi podstawa (wyjątek) dla niestosowania procedur przewidzianych w ustawie. Nieuprawnione odstąpienie przez zamawiającego od obowiązku stosowania procedury przewidzianej w ustawie Pzp przy udzielaniu zamówienia publicznego godzi w cele ustawy, ograniczając dostęp wykonawców do zamówień na zasadach niedyskryminujących, zwiększając ryzyka nieefektywnego wydatkowania środków oraz zwiększając ryzyka powstawania patologii związane z nieprzejrzystym ich wydatkowaniem. Naruszenie powyższe zawsze jest zatem uznawane za szczególnie rażące naruszenie prawa. Z tego względu, dla potrzeb niniejszego opracowania, poniżej zostaną przedstawione przykładowe przypadki nieuprawnionego odstępowania przez zamawiających od stosowania procedur ustawy Pzp stwierdzone przez Prezesa Urzędu w toku prowadzonych kontroli.

1. Przedmiot zamówienia: wykonanie kompleksowej instalacji ługowniczej wraz z rurociągiem zrzutu solanki do morza oraz rozbudowa podziemnego magazynu gazu o dwie kawerny magazynowe

Wartość zamówienia: łącznie 155.941.471,00 zł (35.546.266,47 euro)

W przedmiotowej sprawie zamawiający był zobowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie udzielania ww. zamówień o charakterze sektorowym. Jednak na podstawie art. 136 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający udzielił ww. zamówień swojej spółce zależnej bez zastosowania przepisów ustawy Pzp. Ponadto, spółka zależna w ramach realizacji umów dotyczących ww. zamówień, dokonała dalszego zlecenia wykonania części tych zamówień na rzecz kolejnych firm.

Z konstrukcji art. 136 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający udzielający bez stosowania ustawy Pzp zamówienia sektorowego musi udzielić go podmiotowi, który będzie wykonawcą zamówienia i który spełnia pozostałe przesłanki określone w tym przepisie. Ponadto należy zauważyć, iż ww. przepis stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 23 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 czerwca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. W myśl art. 23 ust. 2 lit. a Dyrektywy nie ma ona zastosowania do zamówień udzielanych przedsiębiorstwom powiązanym. W piśmiennictwie podkreśla się, że wyłączenie to ma zastosowanie do świadczenia usług takich jak księgowość, rekrutacja czy zarządzanie, a także usług specjalistycznych, obejmujących w szczególności *know-how* grupy, przez wyspecjalizowane w tym zakresie przedsiębiorstwo powiązane na rzecz przedsiębiorstw wchodzących w skład grupy kapitałowej. Podział grupy ekonomicznej na osobne podmioty nie podważa bowiem jej gospodarczej jedności: usługi świadczone przez spółki powiązane są realizowane „u siebie" nawet w przypadku umowy zawartej między poszczególnymi spółkami wchodzącymi w skład grupy. Wyłączone zamówienia to takie, które są udzielane przedsiębiorstwu powiązanemu, którego zasadniczym celem jest działanie jako centralny usługodawca wobec grupy, do której należy, a nie sprzedawanie swoich usług na zasadach komercyjnych na rynku.

Omawiane przepisy należy rozumieć ponadto w kontekście motywu 32 preambuły dyrektywy 2004/17/WE, który stanowi: „Należy wyłączyć określone zamówienia na usługi, dostawy i roboty budowlane udzielane przedsiębiorstwom powiązanym, których podstawowa działalność obejmuje realizowanie tego rodzaju usług, dostaw lub robót na rzecz grupy, której jest członkiem, niż oferowanie ich na rynku. (...) Niemniej jednak należy zapewnić, że wspomniane wyłączenie nie powoduje ograniczania konkurencji na korzyść przedsiębiorstw (...), które są powiązane z podmiotami zamawiającymi."

W przedmiotowej sprawie w pierwszej kolejności, biorąc pod uwagę przede wszystkim rodzaj, a także zakres robót i usług zleconych przez spółkę zależną podmiotom trzecim, stwierdzono że ww. spółka zależna, do której zastosowano art. 136 ust. 1 ustawy Pzp, nie jest faktycznym wykonawcą istotnych części tych zamówień. Przedmiotowe zamówienia, w zakresie, w jakim dotyczyły robót budowlanych, faktycznie nie były przez tę spółkę wykonywane, gdyż zostały zlecone przez nią firmom trzecim. W toku kontroli stwierdzono ponadto, że przedmiot obu zamówień nie jest w całości objęty faktyczną działalnością spółki zależnej, której udzielono ww. zamówień. W szczególności podstawowa działalność spółki zależnej polega na prowadzeniu nadzoru inwestorskiego, ew. na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego, nie zaś na samodzielnej budowie określonych instalacji będących przedmiotem ww. umów zawartych z zamawiającym. Tym samym nie można uznać, że udzielenie ww. zamówień spółce zależnej przez zamawiającego było zgodne z celem regulacji przewidzianej w art. 136 ust. 1 ustawy Pzp i art. 23 dyrektywy sektorowej, tj. z tym, aby wykonanie przedmiotu zamówienia wchodziło w zakres podstawowej działalności spółki zależnej, której udziela się zamówienia z pominięciem przepisów o zamówieniach publicznych.

Nadmienić przy tym należy, że rynek na którym spółce zależnej zostały przez zamawiającego udzielone ww. zamówienia, jest niewątpliwie rynkiem konkurencyjnym. Możliwe było zatem udzielenie ww. 2 zamówień z zastosowaniem przepisów o zamówieniach publicznych, a w konsekwencji z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Natomiast udzielenie tych zamówień spółce zależnej, która w istocie zamówień tych w znacznej części nie zrealizowała, doprowadziło do wyłączenia konkurencji przy udzielaniu tych zamówień. Powyższe również stoi w sprzeczności z celem i zasadami stosowania art. 23 dyrektywy sektorowej określonymi w motywie 32 preambuły dyrektywy i w sprzeczności z podstawowymi zasadami systemu zamówień publicznych.

Biorąc zatem pod uwagę, że spółka zależna nie była faktycznym wykonawcą istotnej części umów zawartych z zamawiającym, przedmiot tych umów nie był w całości objęty podstawową działalnością spółki zależnej, a udzielenie jej ww. zamówień całkowicie wyłączyło konkurencję na rynku, na którym istnieją inni wykonawcy zdolni do wykonania tych zamówień, Prezes Urzędu stwierdził, że zamawiający, udzielając ww. zamówień spółce zależnej bez stosowania ustawy Pzp, naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 136 ust. 1 ustawy Pzp.

Przedmiot zamówienia: wykonanie wykopów pod nieckę składowania odpadów i wykonanie niecki składowania odpadów zawierających azbest w zamian za pozyskanie przez wykonawcę gruntów z wykopu

Wartość zamówienia: wg umowy: 6.380.629,04 zł (1.645.722,07 euro)

Zamawiający przeprowadził postępowanie na wykonanie robót budowlanych, polegających na wykonaniu wykopów pod nieckę składowania odpadów oraz dwie niecki składowania odpadów zawierających azbest, dla budowy Zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów w zamian za pozyskanie przez wykonawcę gruntów z wykopu, bez stosowania przewidzianej ustawą Pzp procedury udzielania tych zamówień.

Zamawiający skierował publiczne ogłoszenie – zaproszenie do składania ofert na przedmiotowe zamówienie, które zostało zamieszczone w Biuletynie Informacji Publicznej. W ogłoszeniu wskazano, że dokumentacja budowlana, na którą uzyskano pozwolenie na budowę, przewiduje roboty związane z wykopami w określonej wielkości oraz wskazano procentowy udział poszczególnych frakcji gruntu w ogólnej masie gruntu. Z ogólnej masy gruntów pochodzących z wykopów należało pozostawić ok. 25.000 m^3 na potrzeby wysypiska. Oprócz wykonania trzech niecek pod składowisko odpadów w zamian za pozyskany grunt z wykopu wykonawcy mieli zaoferować świadczenia dodatkowe, jakie zamierzają wykonać na rzecz zamawiającego. Zaznaczono, że świadczenia dodatkowe pożądane przez zamawiającego dotyczą w szczególności dostawy na teren Zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów wskazanej ilości gliny, gruntu glebotwórczego i humusu oraz innych świadczeń na rzecz zamawiającego. Jedynym kryterium oceny ofert była wartość świadczeń dodatkowych.

W wyniku rozstrzygnięcia postępowania została zawarta umowa, zgodnie z którą wykonawca zobowiązany został do pozostawienia na odkład ok. 25.000 m^3 gruntu uzyskanego z wykopów oraz do realizacji świadczeń dodatkowych w postaci dostarczenia na teren Zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów wskazanej w ogłoszeniu ilości gliny, gruntu glebotwórczego i humusu oraz wbudowania dowiezionej gliny w czaszę niecki zgodnie z dokumentacją budowlaną. W zamian za realizację przedmiotu zamówienia (oraz ww. świadczeń) wykonawca nabył

prawo własności kopalin uzyskanych z wykopów w ilości 311.883,44 m^3, wynikającej z kosztorysu robót ziemnych przy wykonaniu niecek uwzględniającej ilość gruntu przewidzianego do pozostawienia na odkład. Wartość przedmiotu umowy została ustalona w oparciu o wycenę robót budowlanych i zadeklarowanych świadczeń wykonawcy na rzecz zamawiającego i wyniosła 6.380.629,04 zł netto. Wartość pozyskanych przez wykonawcę kopalin stanowiła równowartość wartości świadczeń wykonawcy na rzecz zamawiającego i wyniosła 6.380.629,04 zł. Zapłata za wykonane świadczenia miała się odbyć w formie niepieniężnej, w ramach świadczenia wzajemnego.

Art. 2 pkt 13 ustawy Pzp stanowi, że ilekroć w ustawie jest mowa o zamówieniach publicznych należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Na gruncie ustawy Pzp świadczeniem zamawiającego za zrealizowanie przez wykonawcę zamówienia nie musi być koniecznie świadczenie pieniężne. Dopuszczalnym jest, aby świadczenie zamawiającego na rzecz wykonawcy przybrało formę cesji praw lub przewłaszczenia własności rzeczy o wartości ekonomicznej odpowiadającej usługom, dostawom lub robotom budowlanym świadczonym przez wykonawcę. Tym samym, świadczenie zamawiającego stanowi zawsze ekwiwalent (kwotę pieniędzy, rzecz lub wierzytelność) za świadczenie niepieniężne wykonawcy i jest wynagrodzeniem wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia publicznego.

W toku kontroli stwierdzono, że poszczególne rodzaje gruntów pochodzących z wykopów mają konkretną wartość ekonomiczną i są przedmiotem transakcji rynkowych. Wykonawcy zainteresowani realizacją przedmiotowego zamówienia, składając swoje oferty, dokonali na podstawie dostępnej dokumentacji wyceny wartości gruntu z wykopów i złożyli swoje oferty z konkretnymi cenami za świadczenia dodatkowe. Z ekonomicznego punktu widzenia należy domniemywać, że wartość świadczeń dodatkowych zaoferowanych przez wykonawców stanowi wypadkową wartości gruntu z wykopów pomniejszoną o wartość robót budowlanych niezbędnych do ich wydobycia. Stanowi to kolejny dowód, że możliwa była wycena zarówno robót budowlanych, jak i kopalin, zaś zawarta z wykonawcą umowa miała charakter odpłatny, choć niepieniężny.

W związku z powyższym Prezes Urzędu stwierdził, że udzielenie przez zamawiającego ww. zamówienia na wykonanie robót budowlanych w zamian za pozyskanie przez wykonawcę gruntów z wykopu, którego wartość wynikająca z umowy wynosi 6.380.629,04 zł netto, bez zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 40 ust. 2 ustawy Pzp.

2. Przedmiot zamówienia: wybudowanie hali dydaktyczno-sportowej w zamian za wydzierżawienie gruntów należących do zamawiającego

Wartość zamówienia: wg umowy dzierżawy: 12.990.000,00 zł brutto (2.961.021,20 euro)

Zamawiający zawarł z wykonawcą dwie warunkowe umowy dzierżawy. Konstrukcja prawna obu umów dzierżawy, w tym w szczególności cel ich zawarcia oraz forma płatności czynszu z tytułu dzierżawy nieruchomości objętej aktem notarialnym wskazują, iż doszło do udzielenia zamówienia publicznego obejmującego wybudowanie hali dydaktyczno – sportowej w zamian za wydzierżawienie gruntów należących do zamawiającego bez zastosowania przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający zgodnie z warunkową umową dzierżawy zwaną dalej „Pierwszą Umową Dzierżawy", oddał w dzierżawę nieruchomości niezabudowane o powierzchni 10 836,58 m^2, będące jego własnością. Wykonawca, zwany dalej „Dzierżawcą" lub „Wykonawcą", przyjął nieruchomość do używania i pobierania pożytków, dalej „Przedmiot Dzierżawy", oraz zobowiązał się do wykorzystywania Przedmiotu Dzierżawy w celu wybudowania parkingu wielopoziomowego wraz z towarzyszącą infrastrukturą. Okres dzierżawy został ustalony przez strony na 30 lat z możliwością zawarcia po upływie tego czasu kolejnej umowy na co najmniej 15 lat. Dzierżawca zobowiązał się płacić czynsz w wysokości i terminach określonych w określonych w umowie sumach.

W ramach Drugiej Umowy Dzierżawy Dzierżawca został uprawniony do poniesienia na ww. nieruchomości nakładów na realizację hali dydaktyczno – sportowej, które zostały jednocześnie uznane za świadczenia w rozumieniu art. 693 § 2 Kc, oraz formę płatności czynszu w kwocie stanowiącej różnicę pomiędzy kwotą 12 909 333,00 zł netto a łączną kwotą czynszu netto zapłaconego przez Dzierżawcę comiesięcznie w kwocie 5 415,50 zł netto [według Pierwszej Umowy].

Ostatecznie czynsz w kwocie stanowiącej różnicę między kwotą 12 909 333,00 zł netto a sumą płaconego przez Dzierżawcę czynszu w kwocie 5 415,50 netto zł miał zostać zapłacony w drodze potrącenia należności z faktury VAT wystawionej przez Dzierżawcę do kwoty 12 990 000,00 zł brutto (w związku z pozostawieniem na nieruchomości, będącej przedmiotem drugiej umowy, nakładów w postaci wybudowanej hali dydaktyczno – sportowej) z należnościami z faktury VAT wystawionej przez Wydzierżawiającego z tytułu czynszu określonego w Pierwszej Umowie Dzierżawy (tj. czynszu w kwocie stanowiącej różnicę między kwotą 12 909 333,00 zł netto a sumą czynszu w kwocie 5 415,50 netto płaconego przez Dzierżawcę co miesięcznie do czasu uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie nowo wybudowanej hali dydaktyczno – sportowej). Ww. faktury miały zostać wystawione przez strony w dacie podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego nieruchomości wydzierżawionej Dzierżawcy w celu wybudowania ww. hali dydaktyczno – sportowej. Potrącenie miało skutkować umorzeniem się wzajemnym ww. wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej w dniu upływu terminu ich płatności.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż umowy, w oparciu o które została zrealizowana hala dydaktyczno – sportowa, miały charakter odpłatny, zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Strony ww. Umów Dzierżawy zobowiązały się bowiem, że rozliczenie nastąpi między nimi w drodze potrącenia należności z faktur, które zostaną wystawione przez Strony w dacie podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego nieruchomości zabudowanej halą dydaktyczno – sportową, zgodnie z Drugą Umową Dzierżawy. Zamawiający zobowiązał się więc z jednej strony do wystawienia faktury z należnością z tytułu czynszu za 30 letnią dzierżawę nieruchomości przeznaczonych pod budowę parkingu wielopoziomowego. Dzierżawca zaś z drugiej strony miał wystawić fakturę VAT do kwoty nie wyższej niż 12 990 000,00 zł brutto w związku z wysokością nakładów poniesionych na wybudowanie przedmiotowej hali. Wierzytelności z obu ww. faktur, jak stanowi Pierwsza Umowa Dzierżawy, miały następnie ulec potrąceniu, skutkującemu umorzeniem się nawzajem wierzytelności do wysokości niższej w dniu płatności.

A zatem, należy stwierdzić, że konstrukcja umów dzierżawy, na podstawie których wybudowana została hala dydaktyczno – sportowa, miała *expressis verbis* charakter odpłatny, aczkolwiek niepieniężny. Budowa hali, w tym poniesione na nią nakłady przez wykonawcę, były formą płatności czynszu dzierżawnego za dzierżawę gruntów pod budowany parking wielopoziomowy. Jedno-

cześnie budowa ww. hali miała charakter wymierny, zamawiający uzyskał bowiem korzyść w formie budynku hali dydaktyczno – sportowej wzniesionego nakładem około 12 990 000,00 zł brutto. Reasumując powyższe Prezes Urzędu stwierdził, iż zamawiający udzielił zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

3. Przedmiot zamówienia: dostawa 646 szt. samochodów ogólnego przeznaczenia średniej ładowności

Wartość zamówienia: 140.783.607,00 zł (39.904.650,00 euro)

Przedmiotem zamówienia była dostawa 646 szt. samochodów ogólnego przeznaczenia średniej ładowności. Postępowanie było prowadzone na podstawie art. 70^1 kodeksu cywilnego oraz wytycznych Ministra Obrony Narodowej w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony narodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy, stanowiących załącznik do Decyzji nr 291/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 lipca 2006 r. (Dz. Urz. MON Nr 14, poz. 179 ze zm.). Odstąpienie od stosowania ustawy Pzp uzasadniano tym, że do wojskowych typów pojazdów nieopancerzonych oraz półciężarówek wojskowych zastosowanie ma pkt 6 listy produktów z dnia 15 kwietnia 1958 r., do których mają zastosowanie ww. postanowienia Traktatu (Official Journal C 364 E of 20/2/2001,p.85) i art. 296 ust. 1 lit. b Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

Zgodnie z art. 4 pkt 3 lit. f ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są dostawy i usługi, do których stosuje się art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Mocą art. 296 ust. 1 lit. a Traktatu żadne państwo członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa. Jednocześnie zgodnie z art. 296 ust. 1 lit. b Traktatu każde państwo członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi; środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na wspólnym rynku w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych. Rada w dniu 15 kwietnia 1958 r. uchwaliła listę produktów, do których ma zastosowanie ww. artykuł. Przepisy art. 4 pkt 3 lit f ustawy w związku z art. 296 ust. 1 lit. b Traktatu, traktować należy jako wyjątek od zasady stosowania procedur zamówień publicznych i nie mogą być one interpretowane rozszerzająco.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości Traktat ustanawia wyłączenia mające zastosowanie w okolicznościach zagrażających bezpieczeństwu publicznemu, w szczególności w art. 30, 39, 46, 58, 64, 296 i 297, które odnoszą się do wyjątkowych i w wyraźny sposób ograniczonych przypadków. Ponadto każde zastosowanie odstępstwa od norm mających zapewnić skuteczność praw przyznanych przez Traktat, w szczególności tych przewidzianych w przepisach dotyczących swobodnego przepływu towarów i swobody świadczenia usług, musi podlegać analizie pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności. Z powyższego wynika, że w celu stosowania art. 296 Traktatu łącznie spełnione muszą być następujące przesłanki:

1. przedmiotem zamówienia musi być uzbrojenie lub sprzęt wykorzystywany wyłącznie do celów wojskowych,

2. odstąpienie od procedur jest niezbędne dla ochrony podstawowych interesów związanych z bezpieczeństwa państwa,

3. zamawiający musi przestrzegać zasady proporcjonalności.

Należy podkreślić, iż w niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia nie mieści się w katalogu broni, amunicji i uzbrojenia z 1958 roku. W przywołanym przez zamawiającego punkcie 6 listy wymienione zostały czołgi i specjalne pojazdy bojowe obejmujące m.in. uzbrojone lub nieuzbrojone pojazdy wojskowe, samochody opancerzone, półgąsienicowe pojazdy wojskowe i przyczepy do przewożenia amunicji. Samochody ciężarowe średniej ładowności, takie jak w opisie przedmiotu zamówienia, nie znajdują się na liście uzbrojenia. Charakter produktów znajdujących się na liście z 1958 roku i wyraźne odwołanie w art. 296 Traktatu do „wyłącznie wojskowego przeznaczenia" potwierdzają, że jedynie handel sprzętem, który został zaprojektowany, opracowany i wyprodukowany wyłącznie z wojskowym przeznaczeniem, może być wyłączony spod wspólnotowych reguł konkurencji na podstawie tego artykułu (opinia rzecznika generalnego Jána Mazáka z dnia 10 lipca 2007 r. w sprawie C-337/05 Komisja przeciwko Włochom). Za taki nie może być uznany pojazd marki Iveco Eurocargo ML 160E25, którego zakup został dokonany w wyniku przeprowadzonego postępowania.

Jak wynika z Komunikatu KE lista uzbrojenia nie ma charakteru zamkniętego. Stąd też należy brać pod uwagę również definicje uzbrojenia w świetle norm prawa krajowego. Według Rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie uzbrojenia i sprzętu wojskowego, którego zakup jest objęty obowiązkiem zawarcia umowy offsetowej (Dz. Urz. Nr 242, poz. 1775), aby zakresem przedmiotowym „uzbrojenia" objąć „pojazdy w tym przyczepy oraz ich komponenty będące pojazdami zabezpieczenia logistycznego", muszą one być specjalnie zaprojektowane, wykonane lub zmodyfikowane dla celów wojskowych. Niniejsze pojazdy nie mają takiego charakteru, o czym świadczy choćby orzeczenie z wykonanych badań, w którym stwierdzono, iż poziom zakłóceń elektromagnetycznych wytwarzanych przez pojazd przekracza poziom określony krzywą ≠2 normy NO-06-A200, z uwagi jednak na ogólne transportowe przeznaczenie samochodu (…) wystarczające jest spełnienie normy PN EN 55012:2005.

Dodatkowo należy stwierdzić, że zamawiający nie wskazał argumentów na poparcie tezy, że przeprowadzenie postępowania w oparciu o przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych wiązałoby się z uzasadnionym zagrożeniem dla ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. W związku z tym zastosowanie wyłączenia zawartego w art. 4 pkt 3 lit. f ustawy było nieproporcjonalne do celu, jakim jest ochrona podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa.

Podsumowując, w opinii Prezesa Urzędu, argumentacja zawarta w wyjaśnieniach zamawiającego oraz interpretacja art. 4 pkt 3 lit. f ustawy i jej zastosowanie do przedmiotowego postępowania nie stanowiły wystarczającej podstawy do skorzystania z wyłączenia stosowania ustawy Pzp na podstawie ww. przepisu. W związku z powyższym wybór wykonawcy z pominięciem procedury przewidzianej w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym brak przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, stanowił naruszenie art. 4 pkt 3 lit. f oraz art. 7 ust. 3 i art. 40 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

4. Przedmiot zamówienia: pełnienie funkcji inżyniera projektu

Wartość zamówienia: 821.885,43 zł (211.984,58 euro)

W umowie w sprawie niniejszego zamówienia wskazano termin realizacji zamówienia: „do dnia zakończenia projektu, nie później niż do 30.08.2011 r." W dniu 20.03.2012 r. zamawiający podpisał z wykonawcą aneks nr 2, zgodnie z którym wydłużono termin realizacji umowy *„do dnia zakończenia projektu – nie później niż do 30 października 2012 r.",* a ponadto zwiększono wynagrodzenie wykonawcy z kwoty 1.103.278,20 PLN na 1.353.278.20 PLN, tj. o 250.000 PLN.

Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu zawarcia ww. umowy, zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Jednocześnie przepis ten nie może być zastosowany w celu udzielenia nowego zamówienia publicznego, zwłaszcza w kontekście brzmienia art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w siwz. Ponadto w myśl art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Poprzez zakres świadczenia wykonawcy należy rozumieć konkretny rzeczowy zespół czynności, które zobowiązany jest on wykonać w określonym w umowie czasie zgodnie z przyjętym harmonogramem za określonym w umowie wynagrodzeniem. W przypadku wydłużenia okresu świadczenia usługi Inżyniera projektu rzeczowy zakres czynności świadczonych przez wykonawcę pozostaje co do zasady analogiczny, jednakże zmiana umowy w wydłużonym okresie czasu powoduje, że czynnik czasu wpływa bezpośrednio na rozszerzenie zakresu świadczonych przez wykonawcę usług, a w konsekwencji na wysokość przysługującego mu z tego tytułu wynagrodzenia. Tym samym, wydłużenie czasu trwania umowy jest jednocześnie udzieleniem nowego zamówienia publicznego na wykonywanie usługi Inżyniera projektu w okresie wykraczającym poza pierwotnie przyjęty termin realizacji umowy i w zakresie przedmiotowym określonym wydłużonym czasem trwania tej usługi. Wobec powyższego brak jest podstaw prawnych do aneksowania umowy dotyczącej świadczenia usług Inżyniera projektu w oparciu o art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wydłużenie okresu świadczenia przedmiotowych usług przez wykonawcę, które powoduje wzrost jego wynagrodzenia, z uwagi na naruszenie poprzez taką czynność art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp zakazującego zawierania umów na zakres nieobjęty postanowieniami siwz oraz treścią oferty. W przedmiotowej sprawie należy zatem przyjąć, że wykonawca zakończył realizację usługi w dniu 30.08.2011 r., natomiast od dnia 20.03.2012 r. wykonywał nowe zamówienie, wykraczające poza usługę określoną w pierwotnej umowie. W związku z powyższym w opinii Prezesa Urzędu, aneksem nr 2 z dnia 20.03.2012 r. zamawiający, z pominięciem zasad konkurencji, udzielił wykonawcy nowego zamówienia na pełnienie usługi Inżyniera projektu, z naruszeniem art. 144 ust. 1 w zw. z art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

WNIOSKI

Kontrola prowadzona przez Prezesa Urzędu ma na celu badanie poprawności udzielania zamówień publicznych przede wszystkim w kontekście zapewnienia na rynku uczciwej konkurencji. Kontrola ta pełni także funkcję prewencyjną (w przypadku kontroli uprzedniej) oraz edukacyjną, ponieważ pozwala kontrolowanym zamawiającym, na podstawie analizy otrzymanych wyników, stosować ustawę Pzp w prawidłowy sposób w kolejnych prowadzonych przez nich postępowaniach.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę na różnice wyników kontroli w zależności od wartości zamówienia. W przypadku zamówień o wartości przekraczającej 10 mln euro dla dostaw i usług oraz

20 mln euro dla robót budowlanych, czyli zamówień poddawanych obligatoryjnej kontroli uprzedniej, 76% kontroli kończy się brakiem stwierdzenia jakichkolwiek naruszeń. Z kolei w przypadku zamówień objętych kontrolą doraźną, czyli zamówień o mniejszych wartościach, zazwyczaj nieprzekraczających tzw. progów unijnych, tylko 14% kontroli nie wykrywa żadnych naruszeń. Dodatkowo spośród pozostałych 86%, większość nieprawidłowości (76%) stanowią naruszenia mające wpływ na wynik postępowania[3].

Kontrole Prezesa Urzędu wykazują zatem, że najmniej nieprawidłowości dopuszczają się zamawiający udzielający zamówień o najwyższych wartościach, objętych obligatoryjnymi kontrolami uprzednimi. Należy przypuszczać, że wyniki te mają związek z poziomem wiedzy i doświadczenia kadry udzielającej zamówień, a także ze specyfiką prowadzonych przez Prezesa Urzędu kontroli[4]. „Duzi" zamawiający, dysponujący personelem znającym przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, również od strony praktycznej, znacznie rzadziej dopuszczają się naruszeń w zakresie podstawowych zasad udzielania zamówień mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający ci ponadto są świadomi konieczności poddania prowadzonych przez nich postępowań obligatoryjnej kontroli uprzedniej, jak też prawdopodobieństwa przeprowadzenia kontroli przez inne niż Prezes Urzędu organy kontrolne, w tym audyt Komisji Europejskiej, kontrole NIK, czy kontrole Instytucji Zarządzającej. Z kolei zamawiający prowadzący inwestycje o mniejszych wartościach częściej nie dysponują odpowiednią znajomością przepisów o zamówieniach publicznych, jak też w mniejszym stopniu liczą się z możliwością objęcia ich kontrolą ze strony uprawnionych do tego organów. W efekcie ryzyko stwierdzenia naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych wzrasta wraz ze spadkiem wartości kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezależnie od kwestii wyników kontroli i czynników, które mają na nie wpływ, należy zwrócić uwagę na przepisy ustawy Pzp regulujące zasady prowadzenia przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej. Przepisy te umożliwiają Prezesowi Urzędu wszczęcie kontroli jedynie w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu doszło do naruszenia mogącego mieć wpływ na jego wynik. Pozytywnym aspektem takiego ograniczenia jest ukierunkowanie kontroli doraźnej Prezesa na postępowania dotknięte najpoważniejszymi nieprawidłowościami. Jednakże możliwości pozyskania z urzędu informacji dających podstawę do wszczęcia kontroli doraźnej nie są duże, z kolei większość wniosków o kontrolę kierowanych do Prezesa Urzędu w ogóle nie dotyczy naruszeń mających wpływ na wynik postępowania i dających podstawę do wszczęcia takiej kontroli. Ponadto ograniczenie możliwości wszczęcia kontroli doraźnej tylko do przypadków, w których istnieje przypuszczenie naruszeń mogących mieć wpływ na wynik postępowania, nie pozwala na prowadzenie kontroli systemowych, prowadzonych zgodnie z określonym planem organu kontrolującego. Nie można bowiem wszcząć kontroli z określonego obszaru (np. z zakresu zamówień na określone dostawy lub zamówień udzielanych przez określonych zamawiających), gdyż w przypadku każdej z nich konieczne byłoby uprzednie pozyskanie informacji z zakresu ewentu-

---

[3] Dane ze Sprawozdania rocznego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2012 r.

[4] O konieczności poddania postępowania kontroli obligatoryjnej uprzedniej, zamawiający wie od chwili oszacowania wartości zamówienia na min. 10 mln euro dla dostaw i usług albo 20 mln euro dla robót budowlanych. Natomiast kontrola doraźna zamówień o mniejszych wartościach nie jest możliwa do przewidzenia. Dodatkowo kontrola ta jest wszczynana tylko w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu doszło do naruszeń mogących mieć wpływ na wynik postępowania, zatem kontrole te są wszczynane tylko w sprawach, w których już postępowanie wyjaśniające wskazywało na potencjalne nieprawidłowości.

alnych naruszeń mających miejsce w postępowaniu i dodatkowo mających wpływ na jego wynik. W konsekwencji Prezes Urzędu nie prowadzi kontroli planowych, obejmujących określony obszar z zakresu zamówień publicznych, ale reaguje kontrolą doraźną na przekazywane mu informacje o potencjalnych naruszeniach w konkretnych postępowaniach. Tymczasem możliwość prowadzenia kontroli systemowych, na podstawie planu kontroli, pozwoliłaby zbadać określone wycinki rynku zamówień i dokonać na podstawie wyników kontroli w tym zakresie oceny poziomu przestrzegania przepisów ustawy Pzp w danym obszarze. Wyniki takich kontroli dałyby też większe możliwości ustalenia problemów, jakie mogą się pojawiać przy stosowaniu ustawy Pzp w danym obszarze, a także wskazać, które z działań podejmowanych przez zamawiających powinny pozostawać pod ściślejszym nadzorem organów kontrolnych. Zmiana przepisów ustawy Pzp w zakresie dotyczącym kontroli doraźnej pozwoliłaby więc na rozszerzenie instrumentów badania rynku zamówień również pod kątem występujących na nim nieprawidłowości.

UCHYLANIE SIĘ PRZEZ WYKONAWCĘ OD ZAWARCIA UMOWY JAKO PRZESŁANKA WYBORU KOLEJNEJ OFERTY W TRYBIE ART. 94 UST. 3 PZP

Dr Janusz Kaspryszyn
Katedra Prawa Gospodarczego
Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych[1] w art. 94 ust. 3 przewiduje dla zamawiającego uprawnienie do dokonania wyboru najkorzystniejszej (spośród pozostałych) oferty bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. Podstawą powstania tego uprawnienia po stronie zamawiającego jest zaistnienie jednej z dwóch przesłanek: uchylanie się przez wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przy jednoczesnym niewystąpieniu przesłanki negatywnej, tj. określonej w ustępie pierwszym wskazanego artykułu podstawy do unieważnienia postępowania.

W ramach niniejszego referatu pragnę skupić się tylko na jednym zagadnieniu, związanym z możliwością dokonania wyboru kolejnej oferty w ramach art. 94 ust. 3 Pzp, tj. kwestii pojęcia *„uchylania się"* przez wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego[2].

Wbrew pozorom pojęcie *„uchylania się"* od zawarcia umowy nie jest pojęciem jednoznacznym, a jego zastosowanie może budzić w praktyce wątpliwości. Nie sposób oczywiście przewidzieć wszystkich możliwych sytuacji, które w zakresie stosowania art. 94 ust. 3 Pzp mogą się pojawić. Dlatego też niniejsze opracowanie należy potraktować jako próbę stworzenia ram dla ogólnego pojmowania na gruncie wskazanej regulacji ustawowej *„uchylania się"* przez wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Określenie tych ram, mam nadzieję, stanowić będzie przyczynek do dalszej dyskusji nad tym pozornie prostym zwrotem. Jak bowiem słusznie w doktrynie prawa dostrzeżono, odpowiedź na pytania dotyczące rzeczy elementarnych i podstawowych może sprawić wiele problemów.[3]

Ustawodawca posłużył się sformułowaniem *„wykonawca (…) uchyla się od zawarcia umowy"*, przy czym nigdzie nie precyzuje, co pod tym pojęciem należy rozumieć (nie czyni tego także w kodeksie cywilnym, do którego prawo zamówień publicznych odsyła). Bez wątpienia wyszedł z założenia, iż potoczne (instynktowne) rozumienie tego terminu jest wystarczające dla prawidłowej wykładni normy, która się nim posługuje[4]. Charakterystyczne jest w tej sytuacji, że także wielu komentatorów prawa zamówień publicznych w sposób szczególny nie analizuje tego zwrotu, poprzestając na powtórzeniu w tym zakresie regulacji ustawowej. Takiemu podejściu pozornie sprzyja głoszony w literaturze prawniczej pogląd, iż w braku odmiennego określenia ustawowego

---

[1] Tekst jednolity – Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.; dalej jako prawo zamówień publicznych lub Pzp.

[2] Z uwagi na zakreślone przez organizatorów konferencji ramy opracowanie pominę kwestię oceny dopuszczalności wielokrotnego wyboru w trybie art. 94 ust. 3 Pzp kolejnych najkorzystniejszych ofert z grupy pozostałych.

[3] A. Szpunar, *Forma podpisu na testamencie własnoręcznym*, Rejent 1993, nr 3–4, s. 9.

[4] Nie jest to oczywiście odosobniony przypadek, zob. np. J. Kaspryszyn, *Podpis własnoręczny jako element zwykłej formy pisemnej czynności prawnych*, Warszawa 2007, s. 46.

użyte w ustawie wyrazy należy rozumieć *„w tym znaczeniu, w jakim są one powszechnie i stale używane w życiu"*[5], co oznacza regułę interpretacyjną określaną jako dyrektywa języka potocznego[6].

Zastanówmy się więc w pierwszej kolejności, jak należy rozumieć *„uchylanie się"* od jakiejś czynności w języku potocznym.

Słownik języka polskiego pod redakcją M. Bańki[7] wskazuje, iż *„[m]ówimy, że ktoś uchylił się od jakiegoś obowiązku, jeśli rozmyślnie nie wypełnił go"*[8]. Zaznaczenia w tej definicji warte jest sformułowanie *„rozmyślnie"*, które nakierowuje na świadomy zamiar zaniechania dopełnienia obowiązku. Inne opracowania słownikowe nieco inaczej definiują zwrot *„uchylić (uchylać) się"*, np. *Słownik języka polskiego* pod redakcją W. Doroszewskiego wskazuje, że *„uchylać się"* oznacza *„starać się uniknąć czego, wzbraniać się przed wykonaniem czego, braniem w czym udziału; wymawiać się od czego"*[9]. W tej drugiej definicji brakuje podkreślenia, iż uchylanie wiąże się z rozmyślnym zachowaniem. Nie budzi jednak wątpliwości, że i w tym przypadku kierunek definicyjny nakazuje wiązać uchylanie się z podjęciem pewnych starań, których celem jest świadome, nieprzypadkowe trzymanie się od czegoś z daleka, stronienie od jakiejś sytuacji. Zachowanie się podmiotu w takiej sytuacji winno być nakierowane na to, by nie mieć z czymś nic wspólnego lub by z czymś się nie zetknąć.[10] Tak więc w potocznym znaczeniu *„unikanie"* oznacza zasadniczo podjęcie działań zmierzających do niewykonania obowiązku lub co najmniej zamierzoną bierność, będącą rezultatem zamiaru nakierowanego na niewykonanie obowiązku. Osoba, która „uchyla się" postępuje w ten sposób celowo.[11]

Rodzi się jednak pytanie, czy taką definicję można przenieść na grunt art. 94 ust. 3 Pzp, poprzestając na gramatycznej (opartej na definicji zaczerpniętej z języka powszechnego) wykładni sformułowania *„uchylać się"*? Nie może bowiem ujść uwadze, że wykładnia językowa nie stanowi sama w sobie jedynego sposobu interpretacji zwrotów używanych w aktach prawnych, a w sytuacjach wątpliwości jej wynik powinien być potwierdzony metodami wykładni systemowej i celowościowej[12]. Pierwszeństwo wykładni językowej stanowi – jak wskazuje L. Morawski[13] – jedynie *prima facie* porządek preferencji, nie wyznacza zaś porządku absolutnego.

Zresztą by w ogóle można było mówić o niebudzącym wątpliwości znaczeniu powszechnym sformułowania *„uchylać się"*, należałoby w pierwszej kolejności uznać, że nie budzi ono żadnych zastrzeżeń. Tymczasem nawet w obrocie pozaprawnym określone zachowania mogą budzić wątpliwości kwalifikacyjne. Czy w sytuacji, gdy osoba, która nie stawiła się na umówione spotkanie, winna być potraktowana jako uchylająca się od obecności w sytuacji, gdy wskutek swojej opieszałości zbyt

---

[5] J. Gwiazdomorski, *Podpis na testamencie holograficznym*, NP 1962, nr 7–8, s. 948; tenże, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 28 kwietnia 1972 r. (III CZP 78/72)*, NP 1974, nr 9, s. 1197. Tak też M. Czarnecki, L. Bagińska, *Prawo wekslowe i czekowe. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 127; Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały (7) z dnia 30 grudnia 1993 r., III CZP 146/93, OSN 1994, nr 5, poz. 94.

[6] L. Morawski, *Zasady wykładni językowej*, Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury 2011, z. 1, s. 23.

[7] M. Bańko (red.), *Słownik języka polskiego, tom 5*, Warszawa 2007, s. 430.

[8] Tak też L. Drabik, E. Sobol (oprac.), *Słownik języka polskiego, poc-żyz*, Warszawa 2007, s. 662.

[9] W. Doroszewski (red.), *http://doroszewski.pwn.pl/haslo/uchyla%C4%87/.* Zob. też M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego. Tom trzeci, R-Ż, Warszawa 1984, s. 575.*

[10] Zob. definicję słowa *„unikać"*; W. Doroszewski (red.), *http://doroszewski.pwn.pl/haslo/unika%C4%87/*

[11] M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 165.

[12] L. Morawski, *op. cit.*, s. 22.

[13] *Ididem*, s. 22.

późno wyszła z domu? Czy niestawiennictwo wskutek choroby stanowi uchylenie się od obecności? Czy znaczenie mają przyczyny, które tę chorobę wywołały? Czy znaczenie dla oceny uchylania się mają próby uczciwego bądź nieuczciwego usprawiedliwienia się? Te przykłady można mnożyć, ale na końcu pojawi się pytanie, czy ten, który w umówionym miejscu oczekiwał innej osoby ma prawo uznać, że brak stawiennictwa jest uchylaniem się od spotkania z oczekującym? Innymi słowy czy oczekujący, nie mając wiedzy, dlaczego druga strona nie stawiła się, ma prawo powiedzieć, że ta strona uchyliła się od stawiennictwa? Czy oczekujący, po wysłuchaniu kolejnych usprawiedliwień ma prawo po prostu powiedzieć: dość, zwodzisz mnie, uchylasz się od spotkania?

Dostrzegając te wątpliwości należy zgodzić się z poglądem wyrażonym na gruncie art. 390 § 1 k.c., aczkolwiek zdecydowanie aktualnym w odniesieniu do art. 94 ust. 3 Pzp, że rezultaty wykładni gramatycznej odnoszącej się do sformułowania *„uchylać się"* nie mogą być uznane za całkowicie pewne[14]. Powszechne rozumienie tego zwrotu jest zbyt mało precyzyjne, by mogło znajdować bezpośrednie zastosowanie przy ustalaniu jego ustawowego znaczenia.[15]

Poszukując odpowiedzi na pytanie o znaczenie wskazanego zwrotu, można odwołać się do poglądów prezentowanych na gruncie kodeksu cywilnego (zob. art. 70^4 § 2 k.c., art. 390 § 1 k.c., art. 486 § 2 k.c.) z uwzględnieniem celu prawa zamówień publicznych i systematyki tego aktu prawnego. Nie może bowiem ujść uwadze, że w każdym przypadku *„uchylania się"* od podjęcia określonej czynności rodzi ono określone konsekwencje dla uchylającego się, co nie pozostaje także bez wpływu na próby zdefiniowania tego, co kryje się pod pojęciem takiego *„uchylania się"*[16]. Zgodnie z art. 70^4 § 2 k.c. jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, której ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. W pozostałych wypadkach zapłacone wadium należy niezwłocznie zwrócić, a ustanowione zabezpieczenie wygasa. Jeżeli organizator aukcji albo przetargu uchyla się od zawarcia umowy, ich uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody. W myśl art. 390 § 1 zd. 1 k.c. jeżeli strona zobowiązana do zawarcia umowy przyrzeczonej uchyla się od jej zawarcia, druga strona może żądać naprawienia szkody, którą poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy przyrzeczonej. Natomiast art. 486 § 2 k.c. wskazuje, że wierzyciel dopuszcza się zwłoki, gdy bez uzasadnionego powodu bądź uchyla się od przyjęcia zaofiarowanego świadczenia, bądź odmawia dokonania czynności, bez której świadczenie nie może być spełnione, bądź oświadcza dłużnikowi, że świadczenia nie przyjmie.

Już na gruncie tych regulacji kodeksowych pojawił się problem zakresu znaczeniowego sformułowania *„uchyla się"*. W wyroku z dnia 26 września 2001 r.[17] Sąd Najwyższy wskazał (na gruncie art. 390 § 1 k.c.), iż przez uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć bezpodstawną odmowę zawarcia umowy[18]. Tymczasem już z samego uzasadnienia wskazanego orzeczenia wynika, że istotą sporu

---

[14] M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 166.

[15] A. Maciąg, *Odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika z umowy przedwstępnej*, Palestra 1981, nr 5, s. 30. Dlatego też pojawią się poglądy, by w trybie art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp zamawiający wskazywał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co rozumie i uzna za uchylanie się przez wybranego wykonawcę od zawarcia umowy. Tak A. Marcjoniak, *Uchylenie się od podpisania umowy*, Przetargi Publiczne 2010, nr 4, s. 14.

[16] Zob. np. M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 166–167, M. Gabrysiak, *Wina jako przesłanka zwłoki wierzyciela*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1979, z. 1, s. 43 i nast.

[17] *Sygn. akt IV CKN 461/00*.

[18] Zob też P. Kunicki, *Konsekwencje uchylania się wykonawcy od zawarcia umowy*, Zamówienia publiczne, Doradca 2008, nr 3, s. 13.

nie była deklaracja strony polegająca na odmowie zawarcia umowy przyrzeczonej, lecz zwlekanie z jej zawarciem, wskutek bezskuteczności starań strony związanych ze zbyciem lokalu.

W pierwszej kolejności należy więc odpowiedzieć na pytanie, czy w ramach uchylania się od określonej czynności mieści się odmowa dokonania tej czynności? Pytanie nie jest pozbawione sensu w sytuacji, gdy dokona się chociażby zestawienia wskazanych wyżej trzech przepisów kodeksu cywilnego. Pierwsze dwa mówią tylko o uchylaniu się od zawarcia umowy, trzeci zaś obok uchylenia się od przyjęcia zaofiarowanego świadczenia, wskazuje jeszcze na odmowę dokonania czynności, bez której świadczenie nie może być spełnione, a co szczególnie istotne w interesującym nas aspekcie na oświadczenie dłużnikowi, że świadczenia nie przyjmie. Konstrukcja art. 486 § 2 k.c. rozróżnia więc uchylanie się od przyjęcia świadczenia i oświadczenie o odmowie jego przyjęcia. Przy dokonywaniu wykładni gramatycznej art. 486 § 2 k.c. z wykorzystaniem dyrektywy konsekwencji terminologicznej (tym samym zwrotom nie należy nadawać różnych znaczeń)[19] *prima facie* mogłoby wydawać się, że skoro w tym przepisie obok uchylania się od przyjęcia świadczenia występuje jeszcze odmowa jego przyjęcia, to wyraźne oświadczenie o odmowie przyjęcia świadczenia nie mieści się w zakresie uchylania się od określonej czynności. Taki wniosek nie jest uprawniony, albowiem należy zauważyć, że przypadek uchylania się dotyczy zaoferowanego świadczenia, zaś oświadczenie o odmowie przyjęcia świadczenia takiego ograniczenia nie zawiera[20]. Stąd próba wyłączenia z zakresu uchylania się sytuacji, gdy podmiot wprost odmawia dokonania określonej czynności, nie może zostać zaakceptowana. Innymi słowy stwierdzić należy, że w zakresie uchylania się od dokonania określonej czynności mieści się odmowa dokonania tej czynności, ale pojęcie uchylania się nie wyczerpuje się – wbrew tezie przytoczonego wyżej wyroku Sądu Najwyższego – tylko w wyrażeniu wprost takiej odmowy. Uchylanie się polega na każdym zachowaniu się zobowiązanego, które zmierza do tego, by bezpodstawnie nie dokonać czynności[21]. Dlatego też należy zauważyć, że mogą występować w praktyce przypadki uzasadnionej odmowy[22]. W tej sytuacji oczywiście nie można mówić o uchylaniu się od zawarcia umowy.[23] Na gruncie art. 390 § 1 k.c. podnoszono, że uchylenie się strony zobowiązanej od zawarcia umowy przyrzeczonej jest niczym innym, jak niewykonaniem zobowiązania zawarcia umowy przyrzeczonej[24]. Zasadnie jednak podnosi P. Sadowski[25], że świadczenie z umowy przedwstępnej nie obejmuje tylko złożenia oświadczenia o określonej treści, lecz wszystkie działania stron wymagane dla urzeczywistnienia sytuacji, w której to kluczowe złożenie oświadczenia woli będzie

---

[19] L. Morawski, *op. cit.*, s. 38.

[20] Zob. np. K. Zagrobelny, *Komentarz do artykułu 486 k.c.*, (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2013.

[21] Zob. *uzasadnienie wyroku SN z dnia 14 grudnia 1999 r., sygn. akt II CKN 624/98; wyrok z dnia 16 grudnia 2005 r., sygn. akt III CK 355/05; z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt III CSK 116/10.*

[22] Zob. np. *uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 45/10*, gdzie uznano za uzasadnioną odmowę zawarcia umowy niezgodnej z oświadczeniem wykonawcy, przyjętym na etapie wyboru oferty.

[23] Zob. W. Dzierżanowski, *Komentarz do art. 94 ustawy – Prawo zamówień publicznych* (w:), W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, WKP 2012.

[24] A. Maciąg, *Odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika z umowy przedwstępnej*, Palestra 1981, nr, s. 30. T. Treściński, *Skutki umowy przedwstępnej*, Prawo Spółek 2002, nr 1, s. 49, J. Stochel, *Dochodzenie roszczeń z umowy przedwstępnej*, Monitor Prawniczy 2000, nr 2, s. 79, R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zmówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 190; tenże, *Obowiązek zawarcia umowy*, Zamówienia publiczne, Doradca 2005, nr 10, s. 7.

[25] P. Sadowski, *Odszkodowanie z art. 390 § 1 k.c. (skutek slabszy umowy przedwstepnej)*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2005, nr 4, s. 16–17.

możliwe. Autor wskazuje na kwestię określenia godziny, miejsca, sposobu zawarcia umowy przyrzeczonej, wymianę dokumentów czy uzyskanie stosownych zezwoleń. Zasadnie akcentuje też podstawowe zadanie, sprowadzające się do współpracy stron. Odnosząc to stanowisko do prawa zamówień publicznych, należy stwierdzić, że w świetle art. 94 ust. 3 Pzp *„uchylanie się"* oznaczać będzie brak ze strony wykonawcy współdziałania niezbędnego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego[26], które z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przybrać po stronie wykonawcy jedynie postać obowiązku stawienia się przez osobę umocowaną do składania oświadczeń woli w określonym czasie w wyznaczonym miejscu[27]. W tej sytuacji do uchylania się od zawarcia umowy wystarczające jest niepodejmowanie żadnych kroków, które zmierzałyby do dokonania czynności[28]. Taka postawa może być wynikiem – jak określił to A. Panasiuk[29] – braku chęci do zawarcia umowy[30]. Zaniechanie, które ma doprowadzić do niedokonania czynności, bez wątpienia mieści się w zakresie uchylania się od jej spełnienia. Warto podkreślić, że na gruncie art. 486 § 2 k.c. zauważono, iż uchylenie się od dokonania czynności (w tym także odmowa) może być dorozumiane. Nie musi ono wyraźnie wynikać z oświadczenia czy zachowania strony.[31] Nie ulega jednakże wątpliwości, że zachowanie takie nie powinno budzić wątpliwości co do intencji wykonawcy[32]. Negatywne stanowisko wykonawcy co do zawarcia umowy[33], ale także milczenie, brak odpowiedzi na wezwanie drugiej strony stanowi przejaw unikania dokonania czynności. Zwodzenie, kluczenie, negocjowanie wprowadzenia do umowy nowych rozwiązań (warunków)[34], zwlekanie z podpisaniem umowy[35], złożenie oświadczenia odbiegającego od treści oferty[36], niepodpisanie (brak usprawiedliwionego stawiennictwa

---

[26] Zob. na gruncie art. 390 § 1 k.c. Cz. Żuławska (w:), G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. II*, Warszawa 2011, s. 198, P. Sadowski, *Odszkodowanie z art. 390 § 1 k.c. (skutek slabszy umowy przedwstepnej)*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2005, nr 4, s. 17.

[27] Chociaż oczywiście mogą istnieć inne formalności, które powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Informacja o nich winna znaleźć się w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 14 Pzp).

[28] P. Kunicki, *op. cit.*, s. 13, wskazuje, że warunkiem wyboru kolejnej oferty jest sytuacja, w której wykonawca wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi podpisania umowy, nie przystępuje do jej zawarcia. Chociaż wcześniej autor podkreśla, że uchylanie się od podpsiania umowy powinno przejawiać się wyraźną odmową zawarcia umowy przez wykonawcę.

[29] A. Panasiuk (w:), A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, *Prawo zamówień publicznych z komentarzem*, Bydgoszcz – Warszawa 2004, s. 232.

[30] Wywołane np. zmianą okoliczności faktycznych lub prawnych. *Ibidem*, s. 232.

[31] T. Wiśniewski (w:), G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. II*, Warszawa 2011, s. 805, A. Rzetecka-Gil, *Komentarz do art. 486 Kodeksu cywilnego*, Lex 2011.

[32] *S. Babiarz (w:), S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2011, s. 528.*

[33] *Uzasadnienie uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt KIO/KD 63/12*.

[34] A. Panasiuk (w:), A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, *Prawo zamówień publicznych z komentarzem*, Bydgoszcz – Warszawa 2004, s. 232.

[35] Warto zauważyć, że Zespół Arbitrów uznał, że prowadzenie jedynie długotrwałych rozmów zmierzających do zawarcia umowy, aczkolwiek ostatecznie bezowocnych, nie może być potraktowane jako uchylanie się wykonawcy od zawarcia umowy w sytuacji, gdy zamawiający nie wezwał wykonawcy do zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ i ofercie wykonawcy; zob. uzasadnienie wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 24 lipca 2007 r.; sygn. akt UZP/ZO/0-871/07.

[36] R. Szostak, *Obowiązek zawarcia umowy*, Zamówienia publiczne, Doradca 2005, nr 10, s. 7.

w oznaczonym miejscu i czasie) umowy w ustalonym terminie, przekładanie terminu jej podpisania także należy co do zasady kwalifikować jako uchylanie się od zawarcia umowy[37]. Przy czym jak podkreślił w uzasadnieniu wskazanego wyroku z dnia 26 września 2001 r. Sąd Najwyższy, uchylanie się może dotyczyć tylko pewnego okresu. Innymi słowy, nawet okoliczność, że w późniejszym czasie doszłoby do zawarcia umowy nie oznacza, że nie nastąpiła okoliczność uchylania się od zawarcia umowy. Aczkolwiek nadal należy pamiętać o konieczności oceny współdziałania stron przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy, w tym także charakteru (zakresu) obowiązków (formalności wymaganych od wykonawcy po wyborze oferty) [38].

Uchylanie się od dokonania czynności może przybrać postać odmowy dokonania czynności, ale również działań lub zaniechań, które uniemożliwiają jej dokonanie tej czynności.

Kluczową kwestią dla oceny zachowania wykonawcy w świetle art. 94 ust. 3 Pzp jest przesądzenie, czy zachowanie się wykonawcy, aby mogło zostać zakwalifikowane jako uchylanie się od zawarcia umowy, winno być zawinione, czy też występuje ono także wówczas, gdy wystąpią po stronie wykonawcy okoliczności tkwiące w sferze jego działania (zaniechania), lecz niezawinione, co jest równoznaczne z brakiem możliwości postawienia wykonawcy zarzutu naganności zachowania[39].

Zacznijmy rozważania od kwestii prostszej. Bez wątpienia można stwierdzić, że zawinione przez wykonawcę przyczyny, z powodu których nie zawarł on umowy w sprawie zamówienia publicznego, winny być zakwalifikowane jako uchylenie się od dokonania czynności. Przy czym jak słusznie zauważono w doktrynie posługiwanie się w kontekście uchylania się od zawarcia umowy pojęciem *„zamiaru nakierowanego"* na niedokonanie czynności może implikować wniosek, że z uchylaniem się mamy do czynienia tylko w przypadku winy umyślnej[40], czy w to w zamiarze bezpośrednim czy ewentualnym („godzenie się"). Taki wniosek jako niezasadny został w zasadzie odrzucony[41].

Także na gruncie art. 94 ust. 3 Pzp brak jest podstaw do przyjęcia, że „uchylanie się" wykonawcy od zawarcia umowy miałoby być tylko i wyłącznie wynikiem umyślnego działania (zaniechania)

---

[37] S. Babiarz (w:), S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2011, s. 353, zob. K. Adamiec, Jak postąpić, w przypadku gdy wykonawca uchyla się od podpisania umowy?, http://www.portalzp.pl/porady/porada/jak-postapic-w-przypadku-gdy-wykonawca-uchyla-sie-od-podpisania-umowy-1051622/.

[38] Zob. W. Popiołek, *Komentarz do art. 486 k.c. (w:), K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–44910. Tom I*, Legalis 2011.

[39] Zob. na gruncie art. 486 § 2 k.c. – T. Wiśniewski (w:), G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. II*, Warszawa 2011, s. 806.

[40] Zob. na kanwie art. 390 § 1 k.c. M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 165.

[41] Zob. np. M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 166, Cz. Żuławska (w:), G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. II*, Warszawa 2011, s. 197–198, tak też chociaż nieprecyzyjnie M. Wrzołek-Romanczuk, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 1998, s. 95. Odmiennie J. Strzępka, *Umowy przedwstępne w obrocie uspołecznionym*, Warszawa 1978, s. 42. Nieprecyjnie odnośnie do tej kwestii Sąd Najwyzsy w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 274/06), gdzie wskazuje, że samo użycie w art. 390 § 1 k.c. pojęcia „uchylenie się" od zawarcia umowy przyrzeczonej zakłada element zawinienia strony, która nie przystępuje do jej zawarcia, wskazując na to, że zobowiązany dopuszcza się świadomie działania lub zaniechania zmierzającego do bezpodstawnego niezawarcia umowy przyrzeczonej, a co najmniej godzi się z takim skutkiem, dodając, iż tę zasadę można także rozciągnąć na przypadki rażącego niedbalstwa po stronie zobowiązanego z umowy przedwstępnej.

wykonawcy. Tak więc dostrzegany w judykaturze[42] i doktrynie[43] subiektywny element zawarty w sformułowaniu „uchyla się" nie oznacza potrzeby wystąpienia po stronie wykonawcy winy umyślnej w zakresie przyczyn niezawarcia umowy[44].

W kontekście regulacji zawartej w art. 390 § 1 k.c. akcentuje się w literaturze[45] i orzecznictwie[46], ale odnośnie do odpowiedzialności, zastosowanie regulacji zawartej w art. 471 k.c. Pogląd taki opiera się na założeniu, że art. 390 § 1 k.c. nie stwarza własnych przesłanek odpowiedzialności, a jedynie określa rozmiar odszkodowania z tytułu odpowiedzialności ponoszonej na zasadzie art. 471 i nast. k.c.[47] Przy czym nie jest to pogląd jedyny, albowiem G. Rudnicki[48] wskazuje, że artykuł 390 k.c., stanowiący o odpowiedzialności zobowiązanego w razie uchylenia się od zawarcia umowy przyrzeczonej stanowi przepis szczególny w odniesieniu do art. 471 k.c. Autor rozróżnia uchylanie się od zawarcia umowy przyrzeczonej i nienależyte wykonywanie umowy przedwstępnej, do którego nakazuje stosować art. 471 k.c.[49]

Jeszcze dalej idzie w swoich rozważaniach P. Sadowski, który podkreśla, że uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć jako działanie obiektywnie bezprawne[50]. Autor ten słusznie zauważa, że zrównanie odpowiedzialności z art. 390 § 1 k.c. i art. 471 k.c. poprzez tożsame źródło odpowiedzialności (*ex contractu*) stanowi zbytnie uproszczenie, gdyż pomija kwestię posłużenia się przez ustawodawcę w art. 390 §1 k.c. odmiennym sformułowaniem niż we wskazanym art. 471 k.c., stanowiąc wyraz niedopuszczalnej wykładni synonimicznej[51]. Zapatrywanie P. Sadowskiego zyskuje dodatkowo na wartości, gdy przyjmiemy, że „*uchylanie się*" jest podstawą obu uprawnień występ-

---

42 Zob. *uzasadnienie wyroku SN z dnia 14 grudnia 1999 r., sygn. akt II CKN 624/98.*

43 Zob. np. M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 165.

44 Tak np. A. Kurzych, *Odszkodowanie z tytułu niewykonania pracowniczej umowy przedwstępnej*, Monitor Prawa Pracy 2010, nr 3, s. 124–125, M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 147–148, P. Machnikowski, *Komentarz do artykułu 390 k.c.* (w:), E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2013, R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zmówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 190.

45 Np. M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 166; Cz. Żuławska (w:), G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. II*, Warszawa 2011, s. 197–198.

46 Np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 30 stycznia 2013 r., sygn. akt I ACa 1008/12, wyrok Sadu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2006 r., sygn. akt II CSK 274/06.

47 Zob. np. A. Maciąg, *Odpowiedzialność odszkodowawcza dłużnika z umowy przedwstępnej*, Palestra 1981, nr 5, s. 33, J. Stochel, *Dochodzenie roszczeń z umowy przedwstępnej*, Monitor Prawniczy 2000, nr 2, s. 79, M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 166, M. Kaliński, *Odszkodowanie należne w związku z niewykonaniem umowy przedwstępnej*, Glosa 2010, nr 2, s. 30, R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zmówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 190–191, P. Kunicki, *op. cit*., s. 14, ale zob. tam też szerszy wywód odnośnie do wątpliwości co do zastosowania art. 471 k.c. Zob. też np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2007 r., sygn. akt I PK 356/06.

48 G. Rudnicki (w:), S. Rudnicki (red.), *Prawo obrotu nieruchomościami*, Warszawa 1999, s. 506.

49 *Ibidem*, s. 506–507.

50 P. Sadowski, *Odszkodowanie z art. 390 § 1 k.c. (skutek slabszy umowy przedwstepnej)*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2005, nr 4, s. 17.

51 Tu P. Sadowski, *Odszkodowanie z art. 390 § 1 k.c. (skutek slabszy umowy przedwstepnej)*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2005, nr 4, s. 17, odwołuje się do powoływanego wyżej L. Morawskiego. Zakaz wykładni synonimicznej sprowadza się do postulatu: różnym zwrotom nie należy nadawać tego samego znaczenia; L. Morawski, *op. cit.*, s. 37.

pujących w art. 390 k.c.[52], a nie tylko odpowiedzialności odszkodowawczej[53]. Tymczasem roszczenie o zawarcie umowy nie jest roszczeniem odszkodowawczym, lecz stanowi jedną z postaci prawa podmiotowego i podlega kontroli w trybie art. 5 k.c.[54] Trudno więc w odniesieniu do tego uprawnienia stosować zasady odpowiedzialności kontraktowej, uzależniając prawo dochodzenia zawarcia umowy przyrzeczonej od winy drugiej strony w uchylaniu się od zawarcia umowy przyrzeczonej. Innymi słowy, uprawniony mógłby dochodzić zawarcia umowy przyrzeczonej (art. 390 § k.c.) nawet w sytuacji, gdy uchylenie się przez drugą stronę od zawarcia umowy było wynikiem okoliczności, za które ona nie ponosi odpowiedzialności[55]. Należy dodatkowo pamiętać, że w doktrynie dopuszcza się przyznanie wierzycielowi (uprawnionemu w trybie art. 390 § 2 k.c.) prawa wyboru, czy chce skorzystać z roszczenia o zawarcie umowy, czy też z roszczenia odszkodowawczego[56]. Przyjęcie w takiej sytuacji odmiennej wykładni uchylenia się od zawarcia umowy finalnej na gruncie paragrafu 1 i 2 wskazanego przepisu doprowadziłoby w wielu przypadkach do iluzorycznego uprawnienia przemiennego dla wierzyciela. Te argumenty dodatkowo przemawiają za rozróżnieniem dwóch kwestii: uchylania się przez stronę od zawarcia umowy i jej ewentualnej odpowiedzialności z tego tytułu. Uchylenie się byłoby kategorią niezależną od winy[57], zaś następcza odpowiedzialność podlegałaby ocenie w trybie art. 471 i nast. k.c.

Na kanwie regulacji o uchylaniu się wierzyciela od przyjęcia zaofiarowanego świadczenia, bądź odmowie dokonania czynności, bez której świadczenie nie może być spełnione, bądź oświadczenia dłużnikowi, że świadczenia nie przyjmie – w każdym przypadku bez uzasadnionego powodu – T. Wiśniewski podkreśla, że jako regułę generalną należy uznać twierdzenie, iż ryzyko zdarzenia, które ma miejsce w osobistej sferze podmiotu, powinien w zasadzie ponosić ten podmiot[58]. Konsekwentnie ryzyko zdarzeń związanych z osobą wykonawcy nie powinno obciążać zamawiającego[59]. Okoliczności dotyczące subiektywnie wierzyciela uznawane są za prawnie niedoniosłe.[60] W doktrynie kładzie się nacisk na pojawiające się w art. 486 § 2 k.c. sformułowanie braku „*uzasadnionego powodu*" do uchylenia się od przyjęcia świadczenia. Wiąże się je z motywami, oceną woli wierzyciela, lecz nie ocenia się winy wierzyciela.[61] Brak uzasadnionego powodu do uchylenia się od przyjęcia świadczenia, nawet jeżeli jest to wynikiem niezawinionego zachowania wierzyciela, stanowi o popadnięciu wierzyciela w zwłokę.

---

[52] Tak np. J. Stochel, *Dochodzenie roszczeń z umowy przedwstępnej*, Monitor Prawniczy 2000, nr 2, s. 78, T. Treściński, *Skutki umowy przedwstępnej*, Prawo Spółek 2002, nr 1, s. 49.

[53] Takie ograniczenie zdaje się wprowadzać J. Strzępka, *op. cit*., s. 42.

[54] Z. Radwański (w:), Z. Radwański (red.), *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Ossolineum 1981, s. 415.

[55] W rachubę wchodzić by mogło ewentualnie nadużycie prawa przez uprawnionego.

[56] T. Treściński, *Skutki umowy przedwstępnej*, Prawo Spółek 2002, nr 1, s. 52, J. Strzępka, *op. cit*., s. 45.

[57] Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 1965 r.(sygn. akt I CR 154/65), gdzie wskazano, że okoliczność, że bez winy stron nie doszło do zawarcia umowy definitywnej, nie może niweczyć skutków zawartej w dobrej wierze umowy i przekształcić powstałego z woli stron stosunku umownego.

[58] T. Wiśniewski (w:), G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. II*, Warszawa 2011, s. 806.

[59] Wniosek z wywodu T. Wiśniewskiego odnośnie do regulacji zawartej w art. 486 § 2 k.c. Zob. T. Wiśniewski (w:), G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. II*, Warszawa 2011, s. 806

[60] F. Zoll (w:), A. Olejniczak (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – cześć ogólna. Tom 6 Suplement*, Warszawa 2010, s. 217.

[61] J. Dąbrowa (w:), System PC, s. 842.

Oczywiście dostrzegając całą złożoność koncepcji zwłoki wierzyciela[62] oraz odmienność położenia dłużnika i wierzyciela, nie można nie zauważyć, że art. 94 ust. 3 Pzp (podobnie jak art. 390 § 1 k.c., czy art. 70^4 § 2 k.c.) nie wiąże niezawarcia umowy z okolicznościami, za które strona ponosi odpowiedzialność[63]. Celem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty, a po jej wyborze zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana. Zasadniczym skutkiem wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego jest obowiązek zawarcia umowy[64]. Skoro jedna ze stron uchyla się od zawarcia takiej umowy, to cel całego postępowania ostatecznie nie jest realizowany[65]. Brak jest rezultatu, którym miała być umowa w sprawie zamówienia publicznego. I ta kwestia podlega ocenie w zakresie ustalenia, po której ze stron zaistniały okoliczności, które doprowadziły do takiego stanu. W momencie wyboru najkorzystniejszej oferty dochodzi do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (*arg*. z art. 2 pkt 7a Pzp)[66]. Przyjmując za R. Szostakiem[67] stwierdzić należy, że między stronami nawiązał się dwustronny przejściowy stosunek prawny, zgodnie z którym obie strony obciążone zostały obowiązkiem zawarcia umowy na warunkach przyjętej oferty. W tej sytuacji między stronami zrodził się więc obowiązek lojalności stron stosunku zobowiązaniowego w zakresie powinności złożenia oznaczonych oświadczeń woli. Lojalność ta obejmuje oczywiście obie strony, co oznacza także obowiązek działania zamawiającego w sposób uwzględniający także techniczne możliwości złożenia oświadczenia woli, tj. np. ustalenie terminu, w którym wykonawca jest w stanie faktycznie swój obowiązek zrealizować. Stworzenie takich warunków w połączeniu z realną (także od strony techniczno-organizacyjnej) gotowością zamawiającego do podpisania umowy wyczerpuje obowiązek jego współdziałania w zakresie zawarcia umowy. Moim zdaniem przy zakreśleniu takiego terminu brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do nakładania na zamawiającego dodatkowych obowiązków w postaci przesuwania terminu podpisania umowy, wyznaczania kolejnych terminów dla tej czynności[68] czy też ustalania przyczyn, dla których wykonawca mimo wyznaczenia mu terminu nie stawił się bez usprawiedliwienia w wyznaczonym miejscu celem zawarcia pisemnej umowy. Nie można zapominać, że głównym celem ustawy – Prawo zamówień publicznych jest racjonalne wydatkowanie środków publicznych. To zamawiający (mając ten cel na względzie) w ramach prawnych konstruuje zasady

---

[62] Zob. np. M. Gabrysiak, *Wina jako przesłanka zwłoki wierzyciela*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1979, z. 1, s. 43 i nast., R. Longchamps de Berier, *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania, wydanie drugie*, Lwów 1939. Wydanie anastatyczne, Poznań 1999, s. 344–346.

[63] Warto tę treść zestawić np. z treścią art. 46 ust. 4a *in fine* Pzp czy art. art. 46 ust. ust. 5 pkt 3 Pzp, gdzie ustawodawca dodatkowo wskazał na okoliczności leżące po stronie wykonawcy (*notabene* też wprost nie odnosząc się do zawinienia).

[64] Tak przy zawarciu umowy przedwstępnej; zob. E. Gniewek, *Realizacja roszczenia o zawarcie umowy przyrzeczonej*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Nr 609, Prawo CV, Wrocław 1983, s. 66.

[65] Zob. odnośnie do zawarcia umowy przyrzeczonej P. Granecki, *Culpa in contrahendo*, Przegląd Prawa Handlowego 2001, nr 3, s. 12.

[66] Tak też w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, *Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a obowiązek złożenia oświadczenia (zp-11) o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp)*; http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1550.

[67] R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne,* Kraków 2005, s. 163–165. Faktycznie można dostrzec podobieństwo do stosunku prawnego wynikającego z umowy przedwstępnej, zob. też *S. Babiarz (w:), S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2011, s. 528.*

[68] K. Adamiec, Jak postąpić, w przypadku gdy wykonawca uchyla się od podpisania umowy?, http://www.portalzp.pl/porady/porada/jak-postapic-w-przypadku-gdy-wykonawca-uchyla-sie-od-podpisania-umowy-1051622/.

udzielenia zamówienia publicznego, a uczestnicy postępowania, przystępując do postępowania, godzą się na nie, lecz nie uzyskują prawa do kreowania własnych zasad odnośnie do przebiegu postępowania czy też czynności następczych po jego zakończeniu, a więc także kwestii narzucania jednostronnie zamawiającemu terminu zawarcia umowy. Jeżeli wykonawca bez usprawiedliwienia nie stawia się w wyznaczonym terminie podpisania umowy, to zamawiający ma prawo przyjąć w okolicznościach konkretnego przypadku, że uczestnik przetargu uchyla się (w rozumieniu art. 94 ust. 3 Pzp) od zawarcia umowy[69]. O zasadności tej oceny decydują oczywiście okoliczności konkretnego przypadku. Jak wskazano wyżej jedyne ograniczenie może pojawić się w fazie realizacji tego uprawnienia przez zamawiającego, tzn. winny to być warunki uwzględniające cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, interes publiczny, możliwości organizacyjne zamawiającego oraz także techniczne możliwości złożenia oświadczenia woli przez wykonawcę. Nie można jednak zapominać, iż oferent musi liczyć się z przyjęciem oferty i w związku z tym pozostawać w gotowości do wykonania umowy, a stanowczość decyzji oferenta zawarcia umowy jest konstytutywną cechą oferty[70]. W tej sytuacji nie można podzielić na gruncie art. 94 ust. 3 Pzp poglądu, jakoby brak stawiennictwa w siedzibie zamawiającego pracownika wykonawcy, spowodowany zaniedbaniem przez niego obowiązków, nie był co do zasady tożsamy z uchyleniem się od zawarcia umowy[71]. Należy zauważyć, że brak jest podstaw do kwestionowania prawa zamawiającego do określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załączniku do nich) warunku, że wykonawca zobowiązuje się do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Takie określenie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załącznika) nie narusza żadnych regulacji ustawy – Prawo zamówień publicznych czy też kodeksu cywilnego (przez odesłanie z art. 14 Pzp), oznacza to dopuszczalność takiego rozwiązania przy konstruowaniu warunków przetargu publicznego. Jedynie przez pryzmat wskazanej wyżej zasady lojalności (art. 354 k.c.) należy oceniać zachowanie się zamawiającego przy okazji konstruowania techniczno-organizacyjnych warunków podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, ewentualnie dopełnienia innych formalności umożliwiających przystąpienie do podpisania umowy. Nieusprawiedliwione (w terminie możliwym do zaakceptowania przez zamawiającego, a więc zawsze co najmniej przed skutecznym skorzystaniem przez niego z rozwiązania zawartego w art. 94 ust. 3 Pzp) niestawiennictwo skutkuje koniecznością uznania przez zamawiającego, iż wykonawca odmówił podpisania umowy.[72] Brak jest podstaw prawnych do prowadzenia przez zamawiającego śledztwa, zmierzającego do ustalenia przyczyn takiej nieobecności. Jeżeli nawet przyczyną niestawiennictwa byłaby okoliczność niezawiniona przez wykonawcę, aczkolwiek leżąca po jego stronie, np. choroba[73], to istnieją podstawy do uznania, że wykonawca uchyla się od zawarcia umowy, co otwiera drogę do

---

[69] W. Łysakowski (w:), T. Czajkowski (red.), W. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 327, wskazuje, że za uchylanie się od zawarcia umowy należy uznać odmowę podpisania umowy w dniu określonym przez zamawiającego. Zwrócić należy uwagę na zwrot „w dniu określonym przez zamawiającego", co wskazuje na uprawnienie zamawiającego do określenia daty podpisania umowy, o czym wyżej.

[70] Uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1484/08.

[71] Taki pogląd zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1484/08) z powołaniem się na uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 6 września 2005 r., sygn. akt II Ca 460/05. Chociaż należy zgodzić się ze stanowiskiem , że zachowanie (nie tylko oświadczenie) winno być oceniane na podstawie całokształtu okoliczności sprawy w kontekście wezwania do zawarcia umowy i stworzenia warunków do jej podpisania.

[72] Niektórzy autorzy wskazują, iż takie niestawiennictwo należy kwalifikować jako zaistnienie przesłanki określonej w art. 46 ust. 5 pkt 3 Pzp; por. np. *A. Szyszkowski (w:), A. Szyszkowski, A. Trześniewska-Markowicz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz dla praktyków, Gdańsk 2009, s. 113.*

[73] Która sama w sobie nie stanowi o tym, że zawarcie (w dalszej kolejności świadczenie z zawartej umowy) stało się obiektywnie niemożliwe do spełnienia (w rozumieniu art. 475 k.c.).

wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. Jest to rozwiązanie zgodne z wykładnią gramatyczną, uwzględniającą wykładnię teleologiczną oraz systemową, albowiem zmierza do swoistego uratowania postępowania przy uwzględnieniu celu, tj. racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi. Należy pamiętać, że zastosowanie wyboru w trybie art. 94 ust. 3 Pzp jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Nie może jednak ujść uwadze, że istota postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprowadza się w zasadzie do prostej reguły, którą można określić jako osiągnięcie jak najkorzystniejszego celu w postaci wyboru najlepszego wykonawcy i ukształtowania najkorzystniejszych, z punktu widzenia zadań oraz wydatków publicznych, warunków transakcji.[74] Chodzi bowiem o uzyskanie maksymalnego wyniku przy możliwie minimalnym zaangażowaniu środków publicznych.[75] Jeżeli temu celowi posłuży wybór oferty w trybie art. 94 ust. 3 Pzp i będzie to możliwe wskutek niezaistnienia przesłanek unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 Pzp, to trudno oczekiwać od zamawiającego, by oczekiwał na wyzdrowienie wykonawcy, jego powrót z wczasów itp., tylko dlatego że wykonawca podtrzymuje zamiar zawarcia umowy[76] i deklaruje jej podpisanie, gdy znajdzie chwilę wolnego czasu[77].

Również nie można jako zasady[78] uznać stanowiska, że tylko niedopełnienie jakichkolwiek formalności niezbędnych do zawarcia umowy może być oceniane jako odmowa zawarcia umowy.[79] Moim zdaniem niedopełnienie nawet jednej formalności, której niespełnienie przez wykonawcę prowadziłoby do zniweczenia zamiaru zawarcia umowy, winno być potraktowane jako uchylanie się przez wykonawcę od zawarcia umowy. Zamiar zawarcia umowy winien być oceniany w kontekście całokształtu sprawy z uwzględnieniem rzeczywistych działań wykonawcy, a nie tylko składanych deklaracji.

W przedstawionych wyżej sytuacjach rozważano zachowanie się wykonawcy w kontekście uchylania się od zawarcia umowy. Rodzi się jednak jeszcze jedno pytanie, czy może wystąpić sytuacja, w której obie strony (zamawiający i wykonawca) będą podejmować działania zmierzające do niezawarcia umowy. Jak wskazuje przykład z praktyki orzeczniczej[80] możliwa jest sytuacja, gdy obie strony mimo deklarowania woli zawarcia umowy, w rzeczywistości uchylają się od zawarcia umowy. Dopuszczają się bowiem świadomie działań lub zaniechań zmierzających do bezpodstawnego niezawarcia umowy ostatecznej, a przynajmniej godzą się z takim skutkiem[81].

---

[74] Art. 35 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2005, nr 249, poz. 2104 ze zm.) wskazuje, że wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

[75] J. Kaspryszyn, *Wykluczenie wykonawcy z ubiegania się zamówienie publiczne z powodu wyrządzenia szkody*, Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych 2008, nr 3, s. 22.

[76] Z reguły obawiając się utraty wpłaconego wadium.

[77] Słusznie dostrzeżono, że nie można tolerować sytuacji przedłużania przez wykonawcę w nieskończoność (z nieuzasadnionych powodów) momentu podpisania umowy; A. Marcjoniak, *op. cit*., s. 14.

[78] Podkreślam, iż chodzi o zasadę, gdyż każdy przypadek wymaga indywidualnej oceny, a bez znajomości akt dokonanie pełnej konkretnej analizy nie jest możliwe.

[79] *Uzasadnienie uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt KIO/KD 63/12*.

[80] *Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt I ACa 1018/06.*

[81] Jak wskazał Sąd w uzasadnieniu powódka (uczestniczka przetargu regulowanego kodeksem cywilnym, a nie prawem zamówień publicznych), już po przyjęciu jej oferty zaczęła wysuwać różne zastrzeżenia, zmierzające w istocie do obniżenia ceny (zaoferowanej przez nią i przyjętej przez pozwanego) nieruchomości, nie wpłaciła brakującej ceny w wyznaczonym terminie. Nie stawiła się też w wyznaczonym terminie u notariusza celem podpisania umowy. Pozwany zaś również nie wykazał stanowczej woli zawarcia

Uzasadnienie Sądu Apelacyjnego wskazuje, że nie można wykluczyć w praktyce sytuacji, gdy obie strony (powołując się na różne okoliczności) zmierzają do uchylenia się od zawarcia umowy. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszłoby do zbiegu takich zachowań wykonawcy i zamawiającego, to należałoby stwierdzić naruszenie zasad lojalności stron stosunku zobowiązaniowego. W dalszej kolejności mając na uwadze okoliczność, że art. 94 ust. 3 Pzp wskazuje na uchylenie się wykonawcy jako przesłankę zastosowania prawa dalszego wyboru kolejnej oferty, a nie na uchylanie się wykonawcy i zamawiającego, nie można byłoby dopuścić (w takiej sytuacji) do realizacji uprawnienia zawartego w art. 94 ust. 3 Pzp. Akceptacja odmiennego poglądu byłaby równoznaczna z przyzwoleniem co najmniej na obchodzenie prawa, co nie jest dopuszczalne. Na marginesie należy jednak poczynić zastrzeżenie, że w konkretnym stanie faktycznym (w kontekście art. 94 ust. 3 Pzp) należy zawsze w pierwszej kolejności ustalić, czy zachowanie się zamawiającego nie jest prawną indyferentnie reakcją na uprzednie uchylanie się wykonawcy od zawarcia umowy.

Reasumując powyższe rozważania należy stwierdzić, że uchylanie się przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego może przybrać postać niezasadnej (bezpodstawnej) odmowy dokonania czynności, jak również działań lub zaniechań, które bez takowej stanowczej deklaracji uniemożliwiają zamawiającemu dokonanie czynności zawarcia umowy. Wystarczające jest, że uchylanie się wykonawcy jest działaniem obiektywnie bezprawnym. Nie musi ono wynikać z okoliczności zawinionych przez wykonawcę, by konstytuowało po stronie zamawiającego prawo wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny. Sformułowanie „uchyla się" wskazuje jednakże na aktywność, bądź bierność tego wykonawcy, a nie zamawiającego czy też innych uczestników postępowania. Należy podkreślić konieczność oceny zachowania stron przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy przy uwzględnieniu także obowiązku ich wzajemnej lojalności w ramach nawiązanego wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty stosunku prawnego. Należy bowiem pamiętać, że zamawiający nie może swoimi uprawnieniami dysponować według swobodnego uznania. Nie chodzi tu bowiem o jego indywidualny interes.[82] Celem jest optymalne i racjonalne wykorzystanie środków publicznych, wydatkowanych na realizację zadań publicznych. Temu też ma służyć możliwość „ratowania"[83] postępowania w trybie art. 94 ust. 3 Pzp.

Dlatego też zaprezentowane w niniejszym opracowaniu wywody należy traktować jako punkt wyjścia do analizy konkretnych stanów faktycznych, zachowań stron, z zastrzeżeniem konieczności pamiętania o indywidualizacji dokonywanych ocen.

---

umowy ostatecznej. Wskazał, że jedyną przyczyną niezawarcia umowy był fakt, że powódka nie wpłaciła do wyznaczonego dnia zawarcia umowy brakującej reszty ceny. Jednakże w sytuacji, gdy powódka stawiła się w biurze syndyka z notariuszem, deklarując nadal wolę zawarcia umowy i okazując zaświadczenie z banku, że posiada wystarczające środki na zapłatę reszty ceny, nie było przeszkód, by strony zawarły umowę ostateczną. Pozwany zaś wykorzystał fakt, że powódka nie dokonała jeszcze wpłaty, by nie zawrzeć umowy i zatrzymać wadium. W ocenie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, jeśliby obu stronom rzeczywiście zależało na zawarciu umowy, to do jej zawarcia doszłoby. Zob. *uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt I ACa 1018/06.*

[82] M. Gabrysiak, *Wina jako przesłanka zwłoki wierzyciela*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1979, z. 1, s. 48, na kanwie rozważań o obrocie uspołecznionym.

[83] M.D. Bubnowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2007, s. 208.

SKUTKI NARUSZENIA PROCEDURY PRZETARGOWEJ PRZY PRZETARGACH FAKULTATYWNYCH

dr Magdalena Wilejczyk

Szczegółowa regulacja procedury przetargowej przy przetargu fakultatywnym zawarta jest przede wszystkim w ogłoszeniu i w warunkach aukcji lub przetargu, sformułowanych przez ich organizatora. Zasady tam zawarte nie mogą być jednak sprzeczne z tymi przepisami kodeksu cywilnego regulującymi aukcję i przetarg, które mają charakter bezwzględnie wiążący. Przepisów o takim charakterze jest jednak niewiele; zdecydowaną większość z nich należy uznać za przepisy względnie obowiązujące, co ma ten skutek, że również one – jeżeli organizator nie przewidział odbiegającego od nich rozwiązania w warunkach aukcji lub przetargu – będą określać przebieg procedury przetargowej.

Zasadniczo należy wyróżnić dwa rodzaje skutków prawnych związanych z naruszeniem procedury przetargowej obowiązującej przy przetargu fakultatywnym. Są nimi: odpowiedzialność odszkodowawcza podmiotu, który procedurę tę naruszył, oraz możliwość żądania unieważnienia przez sąd umowy zawartej w wyniku nieprawidłowo przebiegającej aukcji lub przetargu. Skutki te, a także szczegółowe przesłanki ich wystąpienia, zostaną niżej przedstawione, tutaj zaś, tytułem wstępu, warto zauważyć, że pośród owych konsekwencji nie ma sankcji w postaci bezwzględnej nieważności zawartej umowy. Jest to jedna z głównych różnic między regulacją przetargu fakultatywnego i przetargów obligatoryjnych. Naruszenie zasad obowiązujących przy przebiegu przetargu obligatoryjnego – w tym zwłaszcza całkowite pominięcie samej procedury przetargowej – prowadzi bowiem zwykle, jak powszechnie się przyjmuje, do bezwzględnej nieważności zawartej umowy. W pewnych sytuacjach możliwe są jednak konsekwencje łagodniejsze, sprowadzające się do odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotu naruszającego procedurę, przy czym odróżnienie tych przypadków, które prowadzą do bezwzględnej nieważności umowy, od tych, które skutkują sankcją łagodniejszą, nie zostało wyraźnie przeprowadzone w przepisach prawnych, dlatego poszukiwanie właściwego w tym zakresie kryterium spoczęło na nauce prawa[1].

Za podstawowy (w znaczeniu – występujący najczęściej) skutek naruszenia procedury przetargowej obowiązującej przy przetargu fakultatywnym należy uznać odpowiedzialność odszkodowawczą podmiotu, który naruszył ową procedurę, czyli złamał zasady określające przebieg danego przetargu fakultatywnego. Ażeby jednak wskazać dokładną podstawę prawną tej odpowiedzialności, jej zasady i zakres, należy uprzednio przybliżyć charakter prawny samej owej procedury. Dodam jeszcze tylko, że w dalszych rozważaniach pojęcie „procedura przetargowa" będzie używane w znaczeniu szerokim, odnoszącym się zarówno do zasad rządzących przebiegiem przetargu *sensu stricto*, jak i tych, które dotyczą aukcji; ta ostatnia wykazuje bowiem wprawdzie pewne cechy odmienne, ale włączana jest zazwyczaj w obręb szeroko rozumianego przetargowego trybu zawierania umów.

---

[1] Kwestie te, jako dotyczące przetargu obligatoryjnego, nie stanowią w niniejszym artykule przedmiotu mojego zainteresowania; z najnowszych rozważań na ten temat zob. np. R. Trzaskowski, *Wpływ naruszeń obligatoryjnej procedury przetargowej na skuteczność podlegającej jej umowy*, „Palestra" 2011, nr 7–8, s. 111 i n. oraz M. Bednarek, *Odpowiedzialność z tytułu niewłaściwego zachowania w toku postępowania przetargowego. Zagadnienia koncepcyjno-interpretacyjne*, „KPP" 2011, nr 2, s. 309 i n.

Kluczowe znaczenie dla ustalenia prawnego statusu procedury przetargowej ma obecnie treść art. 70^1 § 4 k.c. W myśl tego przepisu, organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Moim zdaniem, przepis ten umożliwia obronę poglądu, w myśl którego organizator przetargu jest powiązany z poszczególnymi jego uczestnikami stosunkiem zobowiązaniowym, którego zasadniczą treścią jest powinność przestrzegania sformułowanych w ogłoszeniu i w warunkach przetargu zasad rządzących przebiegiem danego postępowania przetargowego (stosunek przetargowy). Pogląd ten należy uznać za dominujący we współczesnej literaturze[2], aczkolwiek zdaję sobie sprawę z tego, że są również wypowiadane poglądy odmienne, negujące potrzebę i zasadność wyróżniania tego rodzaju stosunku zobowiązaniowego[3].

Brak jest natomiast w literaturze zgodności w odniesieniu do pytania o to, co stanowi źródło owego zobowiązaniowego stosunku przetargowego. Pogląd tradycyjny, wypowiadany jeszcze przed wprowadzeniem do kodeksu cywilnego przepisów regulujących przetargowy tryb zawierania umów, zakładał, że źródłem tym jest swoiste porozumienie zawierane między organizatorem i uczestnikami przetargu[4]. Umowa ta miałaby być zawierana w ten sposób, że sformułowane przez organizatora ogłoszenie i warunki przetargu miałyby stanowić nie tylko zaproszenie do składania ofert przetargowych, ale również ofertę zawarcia umowy regulującej sam tryb postępowania przetargowego; z kolei oferty składane przez reflektantów, oprócz tej swojej podstawowej funkcji, miałyby również stanowić przyjęcie oferty organizatora zawarcia umowy co do trybu postępowania przetargowego, a to łącznie miałoby właśnie doprowadzić do zawarcia umowy przetargowej. Ten tradycyjny pogląd, upatrujący źródła stosunku przetargowego w umowie zawieranej między organizatorem i uczestnikami, jest także reprezentowany przez część współcześnie wypowiadających się w tej sprawie autorów[5].

Wydaje się jednak, że obecne brzmienie art. 70^1 § 4 k.c. nie pozwala już na taką interpretację. Jest tak przede wszystkim dlatego, że przepis ten wyraźnie przewiduje, że organizator jest związany treścią ogłoszenia i warunków przetargu już od chwili ich udostępnienia, a więc jeszcze zanim przed złożeniem jakiejkolwiek oferty przetargowej; w tym zaś okresie nie można też oczywiście mówić o żadnym porozumieniu między organizatorem i reflektantami. Okoliczność ta doprowadziła część autorów do uznania, że w świetle obowiązującej regulacji za źródło stosunku przetargowego należy uznać dwie jednostronne czynności prawne: ogłoszenie organizatora (w powiązaniu z warunkami przetargu) oraz ofertę złożoną przez uczestnika[6]. Jest też prezentowany pogląd

---

[2] Tak np. J. Rajski, *Przetarg w ujęciu nowych przepisów kodeksu cywilnego*, „PPH" 1997, nr 1, s. 4; R. Szostak, *Z problematyki porozumień przetargowych*, [w:] *Europeizacja prawa prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 521 i n; P. Machnikowski, [w:] *KC. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 189; A. Brzozowski, [w:] *KC. Komentarz do artykułów 1–44910*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, s. 400.

[3] Tak zwłaszcza M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim. Zagadnienia cywilistyczne*, Warszawa 2001, s. 92 i n. oraz A. Wójcik, *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, Kraków 2000, s. 54 i n., a ostatnio także M. Gutowski, *Wzruszalność czynności prawnej*, Warszawa 2010, s. 186 i M. Bednarek, *Odpowiedzialność*, s. 332 i n.

[4] W literaturze polskiej po raz pierwszy pogląd taki sformułował G. Ćmikiewicz, *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego" 1983, z. 7, s. 31; tak też M. Jasiakiewicz, *Ofertowy system zawierania umów w polskim prawie cywilnym*, Toruń 1993, s. 85.

[5] Tak R. Szostak, *Z problematyki porozumień*, s. 524; Z. Radwański, *Aukcja i przetarg po nowelizacji Kodeksu cywilnego*, „MoP" 2004, nr 8, s. 357; tenże, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 363.

[6] Tak A. Łuszpak-Zając, P. Machnikowski, *Nowa regulacja zawarcia umowy w trybie przetargowym*, „PPH" 2003, nr 9, s. 11; P. Machnikowski, [w:] *KC. Komentarz*, s. 189.

pośredni, który ma, moim zdaniem, największe uzasadnienie. Przyjmuje się tutaj, że źródłem pierwotnego zobowiązania się organizatora jest rzeczywiście jednostronna czynność prawna, którą jest ogłoszenie o przetargu, natomiast oferty składane przez poszczególnych uczestników należy uznać za dopełnienie tej czynności organizatora, prowadzące łącznie do zawarcia umowy[7]. Tak więc pierwotnie, przed złożeniem ofert, źródłem stosunku zobowiązaniowego łączącego organizatora z uczestnikami jest oświadczenie woli tego pierwszego, natomiast później, po złożeniu ofert, źródłem tym staje się zawierana między tymi podmiotami umowa.

Konsekwencją naruszenia sformułowanej przez organizatora w ogłoszeniu i w warunkach przetargu, a zaakceptowanej następnie przez uczestników, procedury przetargowej jest, jak wspomniano, odpowiedzialność odszkodowawcza. Jej podstawę prawną stanowi art. 471 k.c. Jest tak właśnie dlatego, że zasady określające przebieg przetargu fakultatywnego zawarte są w porozumieniu przetargowym, a ono tworzy stosunek zobowiązaniowy między organizatorem przetargu i jego uczestnikami. Naruszenie owych zasad stanowi zatem niewłaściwą realizację obowiązków wynikających z wiążącego strony stosunku zobowiązaniowego, a więc nie jest niczym innym, jak niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Oznacza to, że podstawowym skutkiem naruszenia procedury przetargowej wynikającej z porozumienia przetargowego jest przy przetargu fakultatywnym powstanie odpowiedzialności kontraktowej podmiotu, który procedurę ową złamał.

Powstaje jednak pytanie o granice tej odpowiedzialności, zwłaszcza że kwestia ta nie została bezpośrednio uregulowana w przepisach prawnych. W literaturze twierdzi się zazwyczaj, że odpowiedzialność ta w zdecydowanej większości przypadków jest ograniczona do ujemnego interesu umownego. Oznacza to, że podmiot, który doznał uszczerbku z powodu naruszenia procedury przetargowej, może żądać rekompensaty tych strat oraz tych utraconych korzyści, jakie są związane z samym uczestnictwem w przetargu, lecz nie tych, których ewentualnie doznał w związku z niezawarciem umowy będącej przedmiotem przetargu, i to nawet wówczas, gdyby potrafił dowieść, że gdyby procedura była respektowana, to on właśnie wygrałby przetarg i zawarł umowę. Jest tak dlatego, że porozumienie przetargowe jest umową zobowiązującą do przestrzegania określonego sposobu postępowania przy zawieraniu umowy, natomiast nie jest (z pewnymi wyjątkami, o których będzie mowa niżej) umową zobowiązującą do zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu. Do niewykonania lub nienależytego wykonania porozumienia przetargowego można więc zaliczyć naruszenie procedury przetargowej, lecz nie – niezawarcie umowy. Z drugiej jednak strony, to ostatnie, a więc fakt niezawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu, może w wielu sytuacjach stanowić normalne, a zatem objęte adekwatnym związkiem przyczynowym następstwo naruszenia procedury przetargowej. Przyjmując jednak konsekwentnie dominujący w literaturze pogląd, należy uznać, że również w tym przypadku skutki niezawarcia umowy nie będą mogły być objęte obowiązkiem odszkodowawczym, ponieważ także tutaj obowiązek odszkodowawczy ogranicza się do ujemnego interesu umownego.

Traktując to jako wyjątki od wskazanej wyżej reguły, należy jednak wymienić również te sytuacje, w których skutki naruszenia wynikających z porozumienia przetargowego zasad postępowania będą mogły być zrekompensowane w pełnej wysokości (odszkodowanie nie będzie ograniczone do ujemnego interesu umownego). Moim zdaniem, może tak być po pierwsze w sytuacji, w której organizator aukcji odmawia zawarcia umowy z jej zwycięskim uczestnikiem, nie dokonując

[7] Tak J. Grykiel, [w:] J. Grykiel, M. Lemkowski, *Czynności prawne. Art. 56–81 KC. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 312.

na jego rzecz przybicia. Obecne brzmienie art. 70^2 k.c. odczytywane jest bowiem w literaturze w ten sposób, że jeśli w warunkach aukcji nie zastrzeżono inaczej, organizator nie ma możliwości zamknięcia aukcji bez „wybrania" którejkolwiek z ofert, czyli bez udzielenia przybicia na rzecz zwycięskiego oferenta. W konsekwencji uznaje się, że jeśli organizator bezzasadnie przybicia odmawia, zwycięskiemu uczestnikowi przysługuje roszczenie o zawarcie umowy, którego realizacji może on dochodzić na drodze sądowej[8]. Moim zdaniem, jako dalszą konsekwencję tych ustaleń należy przyjąć, że zwycięskiemu uczestnikowi przysługuje w tym przypadku również roszczenie o naprawienie szkody wynikającej z ewentualnej zwłoki w zadośćuczynieniu temu roszczeniu, czyli w wykonaniu obowiązku zawarcia umowy (art. 477 § 1 k.c.). Gdyby natomiast z powodu zwłoki organizatora zawarcie umowy będącej przedmiotem aukcji utraciło dla uczestnika całkowicie lub w przeważającym stopniu znaczenie, ten ostatni – moim zdaniem – może w ogóle zrezygnować z zawarcia umowy i domagać się naprawienia szkody wynikającej z jej niezawarcia (art. 477 § 2 k.c.) – i to naprawienia jej właśnie w pełnej wysokości, nieograniczonej do ujemnego interesu umowy. Według mnie jest tak dlatego, że w analizowanej sytuacji roszczenie odszkodowawcze nie stanowi jedynie zwykłej konsekwencji naruszenia porozumienia przetargowego, lecz stanowi alternatywę dla roszczenia o zawarcie umowy. Skoro zaś roszczenie o zawarcie umowy jest w tym przypadku roszczeniem zupełnym, a więc takim, którego realizacji można dochodzić na drodze sądowej, to niezadośćuczynienie temu roszczeniu powinno być zrekompensowane w pełnej wysokości, a więc naprawieniu powinny podlegać wszystkie skutki niezawarcia umowy będącej przedmiotem aukcji (a nie tylko konsekwencje samego uczestnictwa w nieukończonej procedurze). Analogiczna do powyższej sytuacja istnieje w przypadku przetargu z tą jednak różnicą, że jeśli w warunkach przetargu inaczej nie zastrzeżono, przetarg może być zakończony bez wybrania którejkolwiek z ofert (art. 70^3 § 1 k.c.), a wobec tego obowiązek wybrania oferty i zawarcia umowy ze zwycięskim uczestnikiem powstaje tu tylko wówczas, gdy tak właśnie przewidziano w warunkach przetargu.

Druga grupa sytuacji, w których aktualne może się stać roszczenie o naprawienie szkody w pełnej wysokości, a więc nieograniczonej do ujemnego interesu umowy, związana jest przypadkami opisanymi w art. 70^2 § 3 oraz art. 70^3 § 3 k.c. W myśl tych przepisów, jeżeli ważność umowy, która ma być zawarta w wyniku aukcji lub przetargu, zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno organizator, jak i uczestnik, którego oferta została przyjęta, mogą dochodzić zawarcia umowy. Na tle interpretacji tych postanowień zarysowała się w literaturze rozbieżność dotycząca prawnego charakteru i źródła statuowanego w tym przepisie obowiązku zawarcia umowy. Część autorów twierdzi, że mamy tu do czynienia z umową przedwstępną[9], część natomiast, że jest to inny niż wynikający z umowy przedwstępnej, lecz również umowny stosunek zobowiązaniowy, którego treścią jest obowiązek zawarcia umowy właściwej[10]; można też spotkać stanowisko, w myśl którego źródłem obowiązku zawarcia umowy jest w tym przypadku

---

[8] Tak P. Machnikowski, [w:] *KC. Komentarz*, s. 191; podobnie K. Kopaczyńska-Pieczniak, [w:] *KC. Komentarz*, t. 1, *Część ogólna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2009, s. 443 i J. Grykiel, [w:] *Czynności prawne*, s. 322.

[9] Tak R. Szostak, *Zagadnienia konstrukcyjne przetargu w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, „KPP" 2004, nr 1, s. 101–102; tenże, *Z problematyki porozumień*, s. 535; M. Krajewski, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5, Warszawa 2013, s. 950–951.

[10] Tak A. Łuszpak-Zając, *Realizacja roszczenia o zawarcie umowy*, Warszawa 2005, s. 53; P. Machnikowski, [w:] *KC. Komentarz*, s. 191; K. Kopaczyńska-Pieczniak, [w:] *KC. Komentarz*, s. 444; S. Rudnicki, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 353; J. Grykiel, [w:] *Czynności prawne*, s. 326; W. Robaczyński, [w:] *KC. Komentarz. Część ogólna*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Warszawa 2009, s. 779.

bezpośrednio ustawa[11]. Osobiście uważam, że obowiązek zawarcia umowy wynika w analizowanych tu sytuacjach ze stosunku przetargowego, uzupełnionego jednak – zgodnie z art. 56 k.c. – postanowieniami ustawy. Porozumienie kontraktowe wywołuje bowiem, stosownie do art. 56 k.c., nie tylko skutki prawne wprost w nim wyrażone, lecz również te, które wynikają z przepisów ustawy, w tym przypadku – właśnie z art. 70^2 § 3 oraz art. 70^3 § 3 k.c. Za właściwe źródło obowiązku zawarcia umowy należy zatem w tych przypadkach uznać wolę stron, nieprzybierającą jednak postaci umowy przedwstępnej.

Sądzę, że w odniesieniu do opisanej wyżej grupy sytuacji należy zastosować rozumowanie analogiczne do tego, które zostało przedstawione wcześniej. Skoro zatem w przypadkach gdy ważność umowy będącej przedmiotem przetargu zależy od spełnienia szczególnych przesłanek przewidzianych w ustawie, zarówno organizatorowi, jak i uczestnikowi, który wygrał aukcję lub przetarg, przysługuje roszczenie o zawarcie umowy, które może być dochodzone na drodze sądowej, to w wypadku zwłoki w realizacji tego obowiązku przez jedną ze stron druga może żądać naprawienia poniesionej z tego powodu szkody, a jeżeli wskutek tej zwłoki zawarcie umowy utraciłoby dla niej znaczenie, może odmówić jej zawarcia i żądać naprawienia szkody w granicach interesu pozytywnego, a więc poniesionej wskutek tego, że umowa nie została z nią we właściwym czasie zawarta.

Ostatnia sytuacja, w której teoretycznie można rozpatrywać zagadnienie odszkodowania w pełnej wysokości, dotyczy art. 70^3 § 2 k.c. i została już w literaturze omówiona, jednak właśnie w odniesieniu do niej nasuwają mi się pewne wątpliwości. Przepis ten nakazuje organizatorowi przetargu powiadomić niezwłocznie uczestników przetargu o jego wyniku lub o zamknięciu przetargu bez dokonania wyboru oferty. O ile przy tym w odniesieniu do przegranych uczestników przetargu zawiadomienie ma postać zwykłej informacji, o tyle w odniesieniu do uczestnika zwycięskiego stanowi ono oświadczenie woli o przyjęciu oferty i tym samym prowadzi do zawarcia umowy. W literaturze sformułowano pogląd, w myśl którego zwłoka organizatora w zawiadomieniu zwycięskiego uczestnika o wyborze jego oferty jest w istocie zwłoką w zawarciu umowy, a wobec tego zwycięskiemu uczestnikowi przysługuje roszczenie o zawarcie kontraktu, a gdyby jej zawarcie utraciło dla niego znaczenie – roszczenie o naprawienie szkody w pełnej wysokości, nieograniczonej do ujemnego interesu umownego[12].

Powyższe rozumowanie koresponduje wprawdzie z ustaleniami poczynionymi wcześniej, jednak moja wątpliwość dotyczy tego, czy fakt wyboru oferty przez organizatora przy jednoczesnym braku zawiadomienia o tym zwycięskiego uczestnika rzeczywiście powinien prowadzić do uznania, że powstaje tu roszczenie o zawarcie umowy, czy też sytuację tę należałoby raczej interpretować w ten sposób, że organizator nie złożył tu po prostu żadnego oświadczenia woli, a wybór oferty był jedynie czynnością wewnętrzną, która, skoro nie została ujawniona na zewnętrz, nie mogła wzbudzić w zwycięskim uczestniku żadnych uzasadnionych oczekiwań co do zawarcia umowy. Jeśli przyjąć, że ta druga interpretacja jest bardziej poprawna, a ku temu się skłaniam, to oznaczałoby to, że zwłoka organizatora w zawiadomieniu zwycięzcy o wyborze jego oferty może skutkować jedynie odpowiedzialnością organizatora w granicach ujemnego interesu umownego. Moim zdaniem należałoby też uznać, że w analizowanej sytuacji samemu uczestnikowi, który nie został niezwłocznie poinformowany o wyborze jego oferty, służy prawo

---

[11] Tak M. Krajewski, *Umowa przedwstępna zgodnie z nowelą do kodeksu cywilnego*, „PPH" 2003, nr 6, s. 11.

[12] Tak A. Łuszpak-Zając, P. Machnikowski, *Nowa regulacja*, s. 13–14, P. Machnikowski, [w:] *KC. Komentarz*, s. 192; podobnie, choć bez wzmianki o odszkodowaniu, K. Kopaczyńska-Pieczniak, [w:] *KC. Komentarz*, s. 447; odmiennie co do zakresu odszkodowania Z. Radwański, *Aukcja i przetarg*, s. 359.

odmówienia zawarcia umowy, jeśli tylko zwłoka była tak daleko idąca, że w świetle okoliczności, a zwłaszcza warunków przetargu można stwierdzić, że stan związania ofertą ustał.

Oprócz odpowiedzialności odszkodowawczej, drugim możliwym skutkiem naruszenia procedury przetargowej przy przetargach fakultatywnych jest przysługująca organizatorowi oraz uczestnikom przetargu możliwość żądania, ażeby sąd unieważnił umowę zawartą w wyniku nieprawidłowo przebiegającego przetargu. Możliwość ta wchodzi jednak w grę tylko przy poważnych, kwalifikowanych postaciach naruszeń procedury przetargowej, które art. 70^5 § 1 k.c. określa jako wpłynięcie na wynik aukcji lub przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Samo więc jakiekolwiek naruszenie wynikających z porozumienia przetargowego zasad dotyczących przebiegu przetargu fakultatywnego nie pozwala na zastosowanie przewidzianego w art. 70^5 § 1 k.c. środka w postaci żądania unieważnienia umowy, gdyż warunkiem jego realizacji jest to, by dane zachowanie organizatora, uczestnika lub działającej z nimi w porozumieniu osoby trzeciej było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Jest tak w szczególności dlatego, że samej sprzeczności danego zachowania z porozumieniem przetargowym nie można utożsamiać ze sprzecznością z prawem, gdyż porozumienie przetargowe jest zbiorem postanowień umownych, nie zaś przepisów prawnych.

Zawarte w art. 70^5 § 1 k.c. unormowanie ma charakter bezwzględnie wiążący, co oznacza, że nie może ono zostać skutecznie wyłączone, choćby nawet zamiar taki wyrazili uczestnicy postępowania przetargowego. Przepis ten działa zatem niezależnie od tego, jaka jest dokładna treść stosunku przetargowego, wynikającego z ogłoszenia i warunków przetargu. Przewidywaną w tym przepisie sankcją niewłaściwego przebiegu przetargu jest możliwość zwrócenia się do sądu z żądaniem unieważnienia umowy; jest to zatem rodzaj nieważności względnej. Gdyby więc sama zawarta w wyniku przeprowadzenia aukcji lub przetargu umowa była dotknięta sankcją nieważności bezwzględnej, np. z tego powodu, że jej treść naruszałaby bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa lub zasady współżycia społecznego, korzystanie z regulacji przewidzianej omawianym przepisem byłoby bezcelowe: nie ma bowiem sensu unieważnianie przez sąd umowy, która i tak z mocy prawa jest już nieważna; możliwe byłoby natomiast w tej sytuacji powództwo o ustalenie jej nieważności (art. 189 k.p.c.).

Szczegółowymi przesłankami zaskarżenia umowy zawartej w wyniku niewłaściwie przebiegającego przetargu są: po pierwsze, sprzeczne z bezwzględnie wiążącymi przepisami prawnymi lub z dobrymi obyczajami (normami moralnymi) działanie lub zaniechanie strony umowy, innego uczestnika przetargu lub działającej w porozumieniu z którymś z wymienionych podmiotów osoby trzeciej; po drugie, rzeczywisty wpływ tego działania na wynik przetargu, a więc istnienie związku przyczynowego, niekoniecznie adekwatnego, między tym działaniem a zawarciem umowy; po trzecie zaś, gdy działania tego dopuściła się osoba spoza kręgu organizatora i uczestników przetargu – istnienie porozumienia między nią i którymś z wymienionych podmiotów. Zgadzam się, że ten ostatni termin należy rozumieć szeroko, nie chodzi więc tylko o sytuacje, gdy porozumienie takie przybiera postać umowy (co będzie prawdopodobnie rzadkością, trudną ponadto do udowodnienia), ale także o takie przypadki, w których osoba trzecia, podejmując zachowanie niezgodne z prawem lub dobrymi obyczajami, działa za wiedzą i zgodą strony umowy lub innego uczestnika przetargu[13].

Ze względu na to, że długotrwały stan niepewności związany z dopuszczalnością wzruszenia umowy byłby niepożądany z punktu widzenia bezpieczeństwa obrotu, możliwość wykonania

[13] Tak R. Szostak, *Zagadnienia konstrukcyjne*, s. 110 i K. Kopaczyńska-Pieczniak, [w:] *KC. Komentarz*, s. 455; odmiennie J. Grykiel, [w:] *Czynności prawne*, s. 357.

tego uprawnienia jest w myśl art. 70^5 § 2 k.c. ograniczona dość krótkimi terminami zawitymi. Uprawnienie do żądania unieważnienia umowy wygasa zatem z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy. Jest jasne, że mamy tu do czynienia z powództwem o ukształtowanie, a wyrok wydany w wyniku jego uwzględniania będzie miał charakter konstytutywny ze skutkiem *ex tunc*: unieważniona umowa z mocą wsteczną przestanie wywierać skutki prawne i będzie traktowana jako od samego początku nieważna.

We współczesnej literaturze szczególnie silna rozbieżność poglądów wystąpiła w odniesieniu do kwestii podmiotów legitymowanych na podstawie analizowanego tu przepisu do zaskarżenia umowy. W roku 2003 ustawodawca zdecydował się bowiem na rozszerzenie kręgu tych osób, które mogą zaskarżyć umowę zawartą w wyniku niewłaściwie przebiegającego przetargu: poprzednio uprawnionymi do tego były tylko strony zawartej umowy, a więc organizator i zwycięski uczestnik, a także osoba, na której rachunek umowa została zawarta, natomiast obecnie umowę zaskarżyć mogą także wszyscy pozostali uczestnicy przetargu. Część autorów nowe rozwiązanie oceniła pozytywnie, uznając, że dobrze służy ono zasadniczemu celowi tej regulacji, jakim jest zapewnienie rzetelności w przebiegu postępowania przetargowego, a więc uczciwej konkurencji podmiotów zmierzających do zawarcia korzystnej dla siebie umowy, a z punktu widzenia organizatora – wyłonieniu najdogodniejszego, spełniającego preferowane kryteria, kontrahenta; cele te mogą być bowiem lepiej spełnione wówczas, gdy każdy, także przegrany uczestnik przetargu, będzie mógł zaskarżyć umowę i doprowadzić do ewentualnego powtórzenia procedury przetargowej[14]. Jednocześnie jednak nowe rozwiązanie znalazło w literaturze silną opozycję. Zauważono przede wszystkim, że przyznanie legitymacji do zaskarżenia umowy uczestnikom, którzy przetarg przegrali, ma sens tylko w odniesieniu do przetargów obligatoryjnych, ponieważ tutaj w przypadku uwzględnienia przez sąd powództwa i unieważnienia umowy, procedura przetargowa będzie rzeczywiście musiała zostać powtórzona, a przegrany uczestnik będzie miał szansę startować ponownie. W przypadku natomiast przetargów fakultatywnych efektu takiego nie da się osiągnąć, ponieważ nawet uwzględnienie przez sąd powództwa nie jest w stanie przeciwdziałać zawarciu umowy przez te same podmioty, tyle że w innym trybie: ofertowym lub rokowaniowym; ostatecznie zaskarżający nie jest tu więc w stanie ani doprowadzić do powtórzenia procedury przetargowej, ani zapobiec zawarciu umowy przez te same podmioty: nie ma on zatem żadnego interesu w kwestionowaniu zawartej umowy[15]. Dodatkowo rozwiązanie takie uznano za zagrażające bezpieczeństwu obrotu, a to dlatego, że otwiera ono drogę do podważania wyniku przetargu przez każdą, niezadowoloną z jego rezultatu stronę[16].

Osobiście sądzę, że patrząc całościowo należałoby bronić obowiązującej regulacji. Po pierwsze dlatego, że art. 70^5 k.c. ma charakter uniwersalny, znajduje więc zastosowanie także do przetar-

---

[14] Tak J. Rajski, *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, „PPH" 2003, nr 5, s. 8; A. Brzozowski, [w:] *KC. Komentarz*, s. 407; Z. Radwański, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 2, s. 371; R. Szostak, *Zagadnienia konstrukcyjne*, s. 111; W. Robaczyński, [w:] *KC. Komentarz*, s. 787.

[15] Tak F. Zoll, *Pytanie o celowość rozszerzenia grona osób uprawnionych do żądania unieważnienia umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia aukcji lub przetargu (w związku z nowelizacją kodeksu cywilnego)*, „TPP" 2003, nr 2, s. 10 i n.; A. Łuszpak-Zając, P. Machnikowski, *Nowa regulacja*, s. 16; M. Boratyńska, *Nowe przepisy kodeksu cywilnego dotyczące trybu zawierania umów: rokowania, oferta, przetarg*, „NPN", s. 45, a na tle stanu prawnego sprzed nowelizacji A. Wójcik, *Zawarcie umowy*, s. 116; argumenty te podzielają: J. Grykiel, [w:] *Czynności prawne*, s. 355; M. Bednarek, *Odpowiedzialność*, s. 322; K. Oplustil, [w:] *System prawa handlowego*, t. 5, Warszawa 2011, s. 169.

[16] Tak A. Łuszpak-Zając, P. Machnikowski, *Nowa regulacja*, s. 16; P. Machnikowski, [w:] *KC. Komentarz*, s. 197.

gów obligatoryjnych, w odniesieniu do których na pewno jest potrzebny. Po drugie, jeśli poważnie potraktujemy tezę autorów krytykujących obowiązującą regulację, w myśl której przegrany uczestnik nie ma interesu w kwestionowaniu wyników przetargu fakultatywnego, to sugerowanego przez nich zagrożenia dla bezpieczeństwa obrotu w postaci nadmiaru nieuzasadnionych procesów po prostu nie będzie; należy wszak zakładać, że zdecydowana większość podmiotów działa racjonalnie, skoro więc wiedzą, że unieważnienie umowy nic im konkretnie nie da, bo ani przetarg nie będzie musiał zostać powtórzony, ani organizator nie może zostać zmuszony do zawarcia z nimi umowy, nie będą wszczynać bezsensownych, z punktu widzenia własnego interesu, procesów. Jaki jest więc sens nowej regulacji w odniesieniu do przetargów fakultatywnych? Otóż moim zdaniem, nie da się wykluczyć roli prewencyjnej i dyscyplinującej tej sankcji, choćby w postaci jej wpływu na renomę organizującego przetarg przedsiębiorcy, a także jej zwycięskiego uczestnika; nie oddziałałoby wszak na pewno na renomę tych podmiotów korzystnie, gdyby upowszechniła się informacja o tym, że zawarły one umowę w drodze nierzetelnej procedury, co zostało potwierdzone wyrokiem sądowym (gdyby przegrany uczestnik nie miał tu kompetencji do zaskarżenia umowy, jej strony mogłyby całkowicie ukryć ten fakt przed opinią publiczną).

W końcowej części tych rozważań warto jeszcze rozważyć, jaka relacja zachodzi pomiędzy dwoma analizowanymi w tym opracowaniu skutkami naruszenia procedury przetargowej przy przetargu fakultatywnym, a więc odpowiedzialnością odszkodowawczą wynikającą z naruszenia porozumienia przetargowego oraz możliwością żądania unieważnienia umowy zawartej w wyniku niewłaściwie przebiegającego przetargu. Pozornie są to kwestie całkiem niezależne. Czym innym jest bowiem sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami wpłynięcie na wynik aukcji lub przetargu, a czym innym postępowanie sprzeczne z ustaloną przez same strony procedurą postępowania przetargowego. Jak była jednak mowa, mogą zdarzyć się sytuacje, w których naruszenie porozumienia przetargowego będzie jednocześnie stanowiło sprzeczne z prawem lub – jak się wydaje nawet częściej – sprzeczne z dobrymi obyczajami wpłynięcie na wynik przetargu, a wówczas moim zdaniem uprawnionemu uczestnikowi (lub organizatorowi) będą przysługiwać obydwa uprawnienia, to znaczy będzie on mógł zarówno żądać naprawienia szkody (co do zasady w granicach negatywnego interesu umownego), jak i zwrócić się do sądu o unieważnienie umowy[17].

[17] Do podobnych wniosków dochodzą: R. Szostak, glosa do wyroku SN z 21.11.2003 r., V CK 12/03, „Rejent" 2005, nr 3, s. 116 i F. Zoll, *Pytanie o celowość*, s. 12.

KONTROLA PRZESTRZEGANIA PRAWA KONKURENCJI W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH–ZAGADNIENIA WYBRANE

Dr Aldona Piotrowska,
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie,
Katedra Prawa Publicznego

1. POJĘCIE I ISTOTA KONTROLI

Kontrola niezależnie od tego, jaki podmiot ją prowadzi, jest nieodłącznym elementem każdego zorganizowanego działania[1]. Brak kontroli (sensu largo) spycha administrację na drogę działania pogorszonego i niemożności utrzymania się w zamierzonych ryzach[2]. Na zamawiającym ciąży więc obowiązek odpowiedniego zorganizowania dokonywanych przez niego czynności w procesie udzielania zamówień publicznych. Kontrola odznacza się dużym dynamizmem nawiązującym do przemian administracji w płaszczyźnie informacyjnej i w zakresie kierunków działania, charakteru i treści zadań, standardów działalności itd. W ślad za zmieniającą się administracją ulega przeobrażeniu system kontroli[3], w tym także system kontroli zamówień publicznych, gdzie jednym z jego elementów jest kontrola dokonywana przez samego zamawiającego. Przyczynkiem do zmiany obowiązujących u zamawiającego procedur kontrolnych są m.in. kolejne nowelizacje ustawy prawo zamówień publicznych[4].

Ze względu na ograniczone ramy opracowania kontrola przestrzegania prawa konkurencji w zamówieniach publicznych zostanie ograniczona do kontroli dokonywanej przez zamawiającego, dotyczącej przesłanek udziału wykonawcy w postępowaniu ze szczególnym uwzględnieniem obowiązku weryfikowania oświadczeń wykonawców o uczestnictwie w grupie kapitałowej[5]. Niewątpliwie nowelizacja ustawy prawo zamówień publicznych[6], nakładająca na zamawiających obowiązek kontroli informacji o uczestnictwie w grupie kapitałowej, stanowi dla nich nowe wyzwanie.

Czynności składające się na stadia procesu kontrolnego to stadium informacyjno-rozpoznawcze, stadium analityczno-oceniające i diagnostyczne oraz stadium oddziaływania. E. Konsala stwierdził, że rdzeniem systemu kontrolnego jest mechanizm informacyjny, który powinien być tak skonstruowany, by zapewniał dopływ informacji pozwalający na porównanie stanu postulowanego i istniejącego, choć pojawia się kwestia kosztów uzyskania informacji w konfrontacji ze spodziewanymi wynikami kontroli[7].

---

[1] J. Boć (red.) Prawo administracyjne, Wrocław 2004, s. 383.

[2] A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, Administracja publiczna, Wrocław 2002, s. 321.

[3] J. Jagielski, Kontrola administracji publicznej, Warszawa 2007, s. 9.

[4] Dz.U. 2010.113.759, dalej Pzp.

[5] Szczególne znaczenie w zakresie przestrzegania prawa konkurencji w zamówieniach publicznych ma kontrola dokonywana jest przez Prezesa Urzędu Ochorny Kkonkurencji i Konsumentów.

[6] Na podstawie Dz.U. 2012.1271, która weszła w życie 20.02.2013 r.

[7] E. Knosala, Decyzje i doradztwo w administracji publicznej, Bytom 2003, s. 107–108.

Sam termin kontrola może oznaczać dwie rzeczy: kontrolę nad administracją oraz kontrolę sprawowaną przez administrację (wobec siebie oraz podmiotów spoza aparatu administracyjnego). Na kontrolę można spoglądać jako na funkcję albo jako na rodzaj systemu organizacyjnego (całokształt podmiotów kontrolnych sprawujących funkcje kontroli)[8]. Analiza kontroli przestrzegania prawa konkurencji w zamówieniach publicznych będzie dokonywana w niniejszym opracowaniu w ujęciu funkcjonalnym.

Kontrola nad administracją stanowi sformalizowany wyraz ochrony interesów, praw podmiotowych jednostki w prawie administracyjnym i wyraz dbałości ustawodawcy o zgodne z prawem ustrukturalizowanie i funkcjonowanie administracji publicznej w sferze wewnętrznej administracji publicznej, co się przekłada na funkcjonowanie administracji publicznej w sferze zewnętrznej[9].

Kontrola jako element ustroju administracji publicznej jest jedną z gwarancji zachowania przez administrację publiczną zasady legalności i praworządności działania i w konsekwencji prawidłowego zgodnego z prawem wykonywania zadań publicznych[10]. Kontrola, zgodnie z poglądem J. Jagielskiego „ jako funkcja polegająca na obserwowaniu i rozpoznawaniu określonej działalności lub stanu, dokonywaniu ocen ich prawidłowości (z perspektywy założeń wyjściowych i oczekiwanych pożądanych efektów) ma bowiem na celu stawianie diagnozy w zakresie przyczyn nieprawidłowości oraz formułowanie wniosków co do tej działalności lub stanu w przyszłości[11]"

Kontrola przestrzegania prawa konkurencji może być dokonywana jako :

1. Kontrola wewnętrzna zamawiającego
2. Kontrola zewnętrzna sprawowana przez :
   a) organy administracji (Prezes UZP, rio)
   b) inne organy państwa (np. kontrola parlamentarna, sądowa, RPO)
   c) podmioty poza struktura władzy publicznej – kontrola w ramach postępowania odwoławczego, kontrola społeczna)

2. ZASADA KONKURENCJI JAKO JEDNA Z NACZELNYCH ZASAD SYSTEMU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mając na względzie to, iż zasada konkurencji jest jedną z podstawowych zasad ustroju RP, a także zasad funkcjonowania UE, obowiązek przestrzegania przez zamawiających prawa konkurencji ma kluczowe znaczenie. Kontrola przestrzegania prawa konkurencji przez zamawiającego będzie więc jednym z elementów kontroli w oparciu o kryterium legalności działania zamawiającego.

---

[8] J. Jagielski, Kontrola…, s. 11–12.

[9] I. Niżnik- Dobosz, Uwarunkowania cywilizacyjne pojęcia kontroli w prawie administracyjnym [w:] J. Zimmermann, P. J. Suwaj (red.) Wpływ przemian cywilizacyjnych na prawo administracyjne i administrację publiczną, Warszawa 2013, s. 725.

[10] *Ibidem*, s. 726.

[11] J. Jagielski, ibidem, s. 9. §.

Istotą konkurencji w znaczeniu funkcjonalnym jest mechanizm regulujący zachowania rynkowe przedsiębiorców prowadzący do maksymalnie możliwej efektywności (alokacyjnej, produkcyjnej, dynamicznej) działań przedsiębiorców[12]. Konkurencja stanowi mechanizm podwyższania efektywności gospodarki[13]. Kontrola przestrzegania prawa konkurencji dotyczy sprawdzenia, czy dochodzi do naruszenia mechanizmu konkurencji jako środka służącego podnoszeniu efektywności gospodarowania, konkurencja zapewnia bowiem najwyższy możliwy poziom zaspokojenia interesów[14]. Kontrola przestrzegania zasad konkurencji może mieć charakter wewnętrzny, jak i zewnętrzny oraz może być dokonywana na różnych etapach procesu udzielania zamówienia publicznego przez różne podmioty.

Obowiązek zorganizowania kontroli zarządczej obejmującej także procesy związane z wydatkowaniem środków pieniężnych w ramach zamówień publicznych wynika bezpośrednio z art. 68 ustawy o finansach publicznych[15]. Odpowiednio zorganizowana kontrola zarządcza zapewnia także realizację podstawowej zasady funkcjonowania administracji publicznej – zasady przejrzystości. Zasada ta wynika z zasady niedyskryminacji i ma w przypadku zamówień publicznych kluczowe znaczenie[16]. Obowiązek stosowania zasady niedyskryminacji, przejrzystości, konkurencji powoduje konieczność takiego zorganizowania systemu kontroli u zamawiającego, by zagwarantować potencjalnym oferentom odpowiedni poziom publiczności, zapewniający otwarcie na konkurencję wszystkim potencjalnym oferentom. Należy podkreślić, że zasady te obowiązują we wszystkich zamówieniach publicznych niezależnie od wartości zamówienia i trybu udzielania. Zarówno kontrola finansowa, jak i zarządcza winna obejmować kontrolę według kryterium legalności, gdzie jednym z najistotniejszych elementów tej kontroli jest kontrola legalności pod kątem przestrzegania prawa konkurencji.

3. KONTROLA PRZESTRZEGANIA ZASADY NIEDYSKRYMINACJI A PROJEKTOWANE PRZEZ KE ZMIANY W PRAWIE UE

Charakter wewnętrzny ma kontrola przestrzegania prawa konkurencji przez zamawiającego na etapie przygotowywania postępowania, na etapie prowadzenia postępowania oraz wykonywania zamówienia. Zamawiający na etapie przygotowywania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien dokonać weryfikacji zawartych w dokumentacji postanowień pod kątem reguł konkurencji. Obowiązek ten spoczywa na zamawiającym na mocy art. 7 PZP, ale wynika także z TFUE. Wprowadzona w art. 7 PZP zasada konkurencji zakazująca nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców dotyczy wszystkich wykonawców, bez możliwości wprowadzania preferencji dla wykonawców pochodzących z UE oraz krajów, z którymi UE ma zawarte porozumienia. Praktyka pokazała, iż takie nieograniczone otwarcie na konkurencję nie przekłada się na otwarcie rynków zamówień publicznych w innych pozaeuropejskich krajach. KE jest na etapie uzgadniania **międzynarodowego instrumentu zamówień publicznych** (ang. International Pro-

[12] Por. D. Miąsik, T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.) ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. Warszawa, 2009, s. 41.

[13] Wyr. SN SK 15/06, oraz SN III SK 12/08.

[14] D. Miąsik, T. Skoczny [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. T. Skoczny (red.), Warszawa 2009, s. 52.

[15] Dz.U. 2009.157.1240.

[16] Wskazuje na nią ETS w orzeczeniu z 7 grudnia 2000r. w sprawie c-324/98 Teleaustria, C-59/00.

curement Instrument) zaproponowanego w projekcie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady, COM 2012/124 final z 21 marca 2012 r.[17]. Obecnie w Radzie i Parlamencie Europejskim toczą się negocjacje nad projektem Rozporządzenia, pozwalającego na wprowadzenie ograniczenia konkurencji dla tych krajów, które nie wprowadziły dla unijnych wykonawców zasady wzajemności[18]. Instrument ten ma na celu m.in.:

- zachęcenie partnerów handlowych Unii Europejskiej do otwierania swych rynków zamówień publicznych na zasadzie wzajemności dla oferentów z UE, a tym samym wniesienie wkładu w otwarcie światowych rynków zamówień publicznych,

- zapewnienie równych warunków konkurowania na rynku UE wszystkim przedsiębiorstwom (niezależnie od tego, czy mają one siedzibę w UE czy poza nią),

- zwiększenie potencjału uczestnictwa małych i średnich przedsiębiorstw w zglobalizowanej gospodarce, a tym samym zwiększenie zatrudnienia i wspieranie innowacji w UE,

- zwiększenie zdolności UE do wywierania wpływu na jej partnerów w negocjacjach międzynarodowych[19].

Zdaniem KE „wiele państw trzecich jest niechętnych otwarciu swoich rynków zamówień na międzynarodową konkurencję bądź większemu otwarciu tych rynków ponad to, co ma dotąd miejsce. Wartość zamówień dostępnych dla zagranicznych oferentów wynosi tylko 178 mld EUR w przypadku USA oraz 27 mld EUR w przypadku Japonii, natomiast jeśli chodzi o Chiny, dla przedsiębiorców z zagranicy otwarty jest jedynie ułamek rynku zamówień publicznych. Wiele państw przyjęło również środki protekcjonistyczne, zwłaszcza w następstwie kryzysu gospodarczego. Ponad połowa światowego rynku zamówień pozostaje aktualnie zamknięta w wyniku działań protekcjonistycznych, przy czym wartość ta tylko wzrasta"[20]. Wniosek KE wprowadza do prawodawstwa UE zasadę, zgodnie z którą na wewnętrznym unijnym rynku zamówień towary i usługi objęte zobowiązaniami dotyczącymi dostępu do rynku traktuje się na równi z towarami i usługami z UE, oraz rozszerza to traktowanie na towary i usługi pochodzące z państw najsłabiej rozwiniętych. Jeśli chodzi o traktowanie towarów i usług nieobjętych zobowiązaniami dotyczącymi dostępu do rynku, przewiduje się podejście trzystopniowe. Komisja może wyrazić zgodę, aby instytucje/podmioty zamawiające wykluczyły oferty, w których wartość towarów i usług nieobjętych zobowiązaniami przekracza 50% całkowitej wartości towarów i usług uwzględnionych w ofercie. Po poinformowaniu, w ogłoszeniu o zamówieniu, potencjalnych oferentów o zamiarze wykluczenia takich ofert, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi powiadomić Komisję o fakcie otrzymania ofert odpowiadających tej kategorii. Komisja wyraża zgodę na wykluczenie, jeżeli brak jest znaczącej wzajemności w otwarciu rynku między UE a państwem, z którego pochodzą

---

[17] Regulation of the European Parliament and of the Council on the access of third-country goods and services to the Union's internal market in public procurement and procedures supporting negotiations on access of Union goods and services to the public procurement markets of third countries, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/march/tradoc_149243.pdf.

[18] P. Messerlin kwestionuje zasadność wprowadzania ww rozporządzenia, odpierając zarzuty niedostatecznej wzajemności w dostępie do zamówień publicznych dla wykonawców z UE w zamówieniach w krajach spoza UE. Openness in public procurement ,markets: Time for a reality check., http://www.ecipe.org/media/publication_pdfs/PB3_1.pdf.

[19] http://ec.europa.eu/polska/press/conferences/130321.

[20] Com_2012_124_ PL/zamówienia_publiczne wzajemność.

dane towary lub usługi. Komisja wyrazi zgodę na wykluczenie w przypadku, gdy dane towary i usługi objęte są zastrzeżeniem rynku przez UE w ramach umowy międzynarodowej. Artykuł 6 projektowanego rozporządzenia określa warunki, na jakich Komisja może wyrazić zgodę, aby poszczególne instytucje/podmioty zamawiające wykluczyły z postępowań przetargowych oferty, w których wartość towarów i usług nieobjętych zobowiązaniami przekracza 50% całkowitej wartości towarów i usług uwzględnionych w ofercie, w przypadku zamówień o szacunkowej wartości na poziomie lub powyżej 5 000 000 EUR. Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający wskazał(a) w ogłoszeniu o zamówieniu zamiar wykluczenia towarów i usług nieobjętych zobowiązaniami oraz otrzymuje oferty odpowiadające tej kategorii, musi powiadomić o tym Komisję oraz wskazać cechy danych ofert. Ponadto we wniosku ustanawia się unijny mechanizm dalszej poprawy zdolności skutecznego wywierania nacisku przez UE w negocjacjach międzynarodowych dotyczących dostępu do rynku, oparty na postępowaniach wyjaśniających Komisji, konsultacjach z państwami trzecimi oraz, w stosownych przypadkach, nakładaniu przez Komisję tymczasowych środków restrykcyjnych[21].

4. KONTROLA PRZESTRZEGANIA ZASAD KONKURENCJI JAKO ELEMENT KONTROLI ZARZĄDCZEJ

Kontrola zarządcza ma charakter prewencyjny. Zapewnienie funkcjonowania adekwatnej, skutecznej i efektywnej kontroli zarządczej należy do obowiązków (art. 69 ust. 1u.f.p.):

1) ministra w kierowanych przez niego działach administracji rządowej, zwanego dalej *„ministrem kierującym działem"*, z zastrzeżeniem ust. 2;

2 wójta, burmistrza, prezydenta miasta, przewodniczącego zarządu jednostki samorządu terytorialnego;

3) kierownika jednostki.

Zdaniem C. Kosikowskiego „w pojęciu adekwatności kontroli zarządczej chodzi o to, aby była ona dostosowana do specyfiki działalności kontrolowanej jednostki. Natomiast w pojęciu skuteczności kontroli zarządczej można byłoby upatrywać sytuacji polegającej na tym, że wykonywanie tej kontroli sprawiło, że kontrolowana jednostka działa prawidłowo lub też zarządzający uzyskał wyniki kontroli pozwalające mu na dokonanie zmian w kontrolowanej jednostce zapewniających prawidłowość jej działalności"[22]. Ustawodawca upoważnia Ministra Finansów do wydania wytycznych dotyczących kontroli zarządczej, jednakże kontrola zarządcza nie dotyczy kontroli finansowej, stąd budzi wątpliwości fakt wyznaczenia Ministra Finansów[23]. Kontrola zarządcza w jednostkach sektora finansów publicznych stanowi ogół działań podejmowanych dla zapewnienia realizacji celów i zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy. Celem tej kontroli jest zapewnienie m.in. zgodności działalności z przepisami prawa oraz procedurami wewnętrznymi; skuteczności i efektywności działania. Kontrola zarządcza powinna opierać się na kryterium legalności, czyli sprawdzeniu, czy kontrolowana działalność jest zgodna z pra-

[21] *Ibidem*.

[22] C. Kosikowski, Ustawa o finansach publicznych. Komentarz. LexPolonica/el.

[23] *Ibidem*.

wem. [24] kontrola zarządcza jest rozumiana jako ogół działań podejmowanych w celu zapewnienia realizacji celów i zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy. Ten rodzaj kontroli nie odnosi się jedynie do działalności finansowej jednostek sektora finansów publicznych[25]. Kontrola zarządcza bowiem jest traktowana jako jedna z funkcji zarządzania (kierowania) jednostką organizacyjną. Jest ona organizowana i wykonywana po to, aby zarządzający znał nie tylko rezultaty działalności wykonywanej przez zarządzaną jednostkę, ale przede wszystkim po to, by mógł w toku jej funkcjonowania odpowiednio korygować niepożądane działania lub zaniechania (niezgodne z prawem i planem, nieefektywne, nieoszczędne, nieterminowe). Wyniki kontroli zarządczej powinny być również wykorzystywane do zmiany organizacji danej jednostki lub do zmiany jej obsady kadrowej (kierowniczej i wykonawczej)[26].

Kontrola przestrzegania prawa konkurencji, jako jedno z istotnych elementów kontroli legalności działania zamawiającego, stanowi więc jedno z kryteriów, wg których przeprowadzana jest w danej jednostce kontrola zarządcza zamówień publicznych[27].

Kierownik jednostki winien określić procedury kontroli, jasne i zrozumiałe dla pracowników jednostki przydzielonych do realizacji zadań kontrolnych, dotyczące m.in. obiegu dokumentów, planowania finansowego i podejmowania czynności przygotowawczych w celu uruchomienia zakupów, robót, usług; udzielania zamówień (regulamin) itp[28]. Właściwe funkcjonowanie kontroli pozwala na wykrycie błędów pracowniczych i ich korektę (tak by potem uniknąć konieczności dokonywania tzw. korekt finansowych na mocy art. 98 rozporządzenia PE 1083/2006 w przypadku wyko-

---

[24] C. Kosikowski, ibidem wskazuje na przypadkowość wskazania kryteriów kontroli zarządczej Kryterium oszczędności działania budzi wątpliwości bo oszczędnie to nie zawsze znaczy dobrze. Oszczędnie to nie znaczy mniej niż na to przewidziano w planie finansowym. Oszczędnie znaczy raczej racjonalnie w ramach istniejących możliwości finansowych oraz racjonalnie w celu osiągnięcia najlepszego efektu. W gospodarce finansowej jednostek sektora finansów publicznych nie wymaga się oszczędności tam, gdzie na dane zadanie są przewidziane środki finansowe w odpowiedniej wysokości. Trzeba je wykorzystywać efektywnie, tzn. w sposób, który przynosi lub powinien przynieść najlepszy efekt. Tym zaś powinno być osiągnięcie celu zadania, które pozostawało do wykonania.

[25] Szerzej R. Szostak, Kontrola zarządcza w jednostkach sektora finansów publicznych – charakterystyka ogólna, *„Kontrola Państwowa"* 2010, nr 5, s. 3 i n.

[26] C. Kosikowski, *ibidem*.

[27] Wśród standardów wskazuje się m.in. zarządzanie ryzykiem, które ma na celu zwiększenie prawdopodobieństwa osiągnięcia celów jednostki poprzez: określanie celów i monitorowanie realizacji zadań, identyfikację ryzyka, analizę ryzyka, reakcję na ryzyko i działania zaradcze; 3) mechanizmy kontroli stanowiące odpowiedź na konkretne ryzyko, które jednostka zamierza ograniczyć poprzez: dokumentowanie systemu tej kontroli, dokumentowanie, rejestrowanie i zatwierdzanie (autoryzację) operacji gospodarczych, podział kluczowych obowiązków, weryfikowanie operacji gospodarczych przed i po realizacji oraz przez inwentaryzację, nadzór w ramach hierarchii służbowej, rejestrowanie odstępstw od procedur, instrukcji lub wytycznych, utrzymanie ciągłości działalności, selektywny i kontrolowany dostęp osób do zasobów (ochrona zasobów) finansowych, materialnych i informacyjnych, a także poprzez mechanizmy kontroli systemów informatycznych, takie jak kontrola dostępu do zasobów informatycznych i oprogramowania systemowego, kontrola tworzenia i zmian aplikacji oraz kontrola dostępu do poszczególnych aplikacji, podział obowiązków umożliwiający wykrywanie i korygowanie błędów, zapewnienie ciągłości działania systemu informatycznego; 4) informacja i komunikacja, które to standardy dotyczą zapewnienia pracownikom jednostki dostępu do informacji niezbędnych do wykonywania przez nich obowiązków, a także zapewnienia efektywnego – zapewniającego przepływ informacji i właściwe ich zrozumienie przez odbiorców – systemu komunikacji wewnętrznej i zewnętrznej; http://www.samorzad.lex.pl/czytaj/-/artykul/kontrola-zarzadcza-w-jednostkach-samorzadu-terytorialnego.

[28] PoR. Szostak r. Kontrola zamówień publicznych finansowanych ze środków europejskich, ST.

rzystywania środków europejskich). Tak jak kierownik będą także odpowiadać osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom zamawiającego. Przyjęcie obowiązków przez pracownika nie wyłącza odpowiedzialności kierownika za całość działalności organu, aczkolwiek skuteczne przyjęcie przez pracownika obowiązków pozwala na dochodzenie odpowiedzialności tego pracownika w przypadku, gdyby doszło do naruszenia zasad konkurencji stanowiących podstawę odpowiedzialności na podstawie art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych[29].

Przedmiotem kontroli są wszelkie działania składające się na proces udzielania zamówienia publicznego, w tym zwłaszcza kontrola legalności działań w postępowaniu o zamówienie publiczne.

5. KONTROLA SPEŁNIENIA WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU – UCZESTNICTWO W GRUPIE KAPITAŁOWEJ

Szczególnym, wprowadzonym nowelizacją ustawy prawo zamówień publicznych, obowiązkiem zamawiającego jest zweryfikowanie wykonawców pod kątem uczestnictwa w grupie kapitałowej. Ustawodawca odsyła w kwestii rozumienia pojęcia grupy kapitałowej do ustawy o ochronie konkurencjo i konsumentów. Zgodnie z art. 4 pkt 14 uokik pod pojęciem grupy kapitałowej – rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę.

Grupa kapitałowa traktowana jest przez prawo antymonopolowe jako jeden przedsiębiorca w aspekcie ekonomicznym. Grupę kapitałową stanowią wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, przedsiębiorca kontrolujący również wchodzi w skład tej grupy kapitałowej; (art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[30]. Grupa kapitałowa składa się z przedsiębiorcy dominującego (art. 4 pkt 3 u.o.k.k.) oraz przedsiębiorców od niego zależnych.

Podmioty te pozostają wobec siebie w stosunku dominacji i zależności. Dominacja oznacza, że decyzje przedsiębiorców są niewrażliwe na działania i reakcje konkurentów, kontrahentów i konsumentów[31]. Powiązania wewnątrz grup kapitałowych mogą przybrać różną postać intensywności np. koncern, trust, holding. Po stronie „dominującej" jak i zależnej mogą występować jeden lub więcej przedsiębiorców, w drugim przypadku mamy do czynienia z kontrolą łączną[32]. Dla przyjęcia, czy istnieje grupa kapitałowa, nie ma znaczenia fakt, czy przedsiębiorca dominujący faktycznie korzysta z możliwości wywierania wpływu, może to mieć natomiast znaczenie dla oceny wpływu powiązań na postępowanie w sprawie zamówienia. Ustawodawca wprowadza obowiązek kontrolowania struktury przedsiębiorcy, wprowadzając domniemanie, iż fakt pozostawania w grupie

---

[29] Tekst jednolity: Dz.U. 2013.168.

[30] Dz. U. 2007, Nr 50 poz. 331; dalej: uokk.

[31] T. Skoczny [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. T. Skoczny (red.), Warszawa 2009, s. 237.

[32] M. Będkowski – Kozioł [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. T. Skoczny (red.), Warszawa 2009, s. 278.

kapitałowej powoduje, iż pomiędzy członkami tej grupy zachodzą tego rodzaju powiązania, że złożone przez nich oferty (różne, w znaczeniu – pochodzące od innych pomiotów, choć niekoniecznie różne pod względem treściowym) są wynikiem istniejącego między nimi porozumienia, t.j. zmowy przetargowej. W konsekwencji, w założeniu oferty tych podmiotów – członków grupy kapitałowej – nie spełniają kryteriów ofert konkurencyjnych; celem jest de facto zniekształcenie konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Domniemanie to jest jednak wzruszalne. Wykonawcy, którzy twierdzą, że pomimo pozostawania w tej samej grupie kapitałowej złożyli oferty konkurencyjne, t.j. niezależne, bez uzgodnień dokonanych w jakiejkolwiek formie mogą te okoliczności wykazać. Do zamawiającego będzie należała oceny złożonych informacji.

W praktyce stosunkowo często dochodzi do zawierania antykonkurencyjnych porozumień między członkami jednej grupy kapitałowej. Wykazanie przez wykonawców, iż fakt uczestnictwa w grupie kapitałowej nie powoduje naruszenia konkurencji może być bardzo trudne. Przedsiębiorcy zależni w grupie kapitałowej nie dysponują samodzielnością (autonomią) gospodarczą – w stosunku do jednostki dominującej – nie mając tym samym swobody (pełnej swobody) decyzyjnej w zakresie kształtowania zachowań rynkowych. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości traktuje sie grupę kapitałową zgodnie z doktryną tzw. jednego podmiotu gospodarczego (ang. *single economic unit*). Doktryna ta wyłącza stosowanie ustanowionego w art. 101 TFUE zakazu antykonkurencyjnych porozumień (uzgodnionych praktyk) w stosunku do porozumień zawieranych między przedsiębiorstwami zależnymi oraz przedsiębiorstwem dominującym wchodzącymi w skład tej samej grupy kapitałowej, w ramach której przedsiębiorstwo zależne nie ma swobody decydowania o swej działalności na rynku.

Przedsiębiorcy należący do tej samej grupy kapitałowej – i tym samym będący uczestnikami jednego przedsiębiorstwa (jednego „organizmu gospodarczego" czy też jednego przedsiębiorcy w aspekcie ekonomicznym) – nie konkurują między sobą[33]. Przedsiębiorcy dominujący i zależni należący do tej samej grupy kapitałowej nie mają rzeczywistej swobody określania swego postępowania na rynku[34]. Wszelkie działania wewnątrz grupy nie podlegają ocenie z punktu widzenia prawa konkurencji i są traktowane jako przejaw „wewnętrznego" podziału zadań i kompetencji lub alokacji środków i działań[35]. Z uwagi zaś na brak występowania między nimi stosunku konkurencji wykonawcy ci co do zasady powinni być wykluczeni z postępowania. Może być jednak tak, iż powiązania wewnątrz grupy są bardzo luźne, co może nawet prowadzić do zanegowania faktu istnienia grupy kapitałowej. W tym kontekście art. 4 pkt 14 w zw. z art. 4 pkt 3 i 4 uokik normatywizuje swoisty test niezależności/zależności przedsiębiorców, opierając go na ustawowej definicji kontroli[36].[37].

Kontrola przeprowadzana przez zamawiającego dotyczy oceny złożonych ofert pod kątem formalnym, t.j. warunków udziału w postępowaniu, w tym zwłaszcza pod kątem wprowadzonego przez nowelizację obowiązku oświadczenia odnośnie uczestnictwa w grupie kapitałowej art. 26 ust. 2d Pzp. Zarówno właściwy opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i obowią-

---

[33] K. Kohutek, *Piśmiennictwo: Praktyczne wyjaśnienia oraz wzory umów i pism.* Warszawa *2012, L*exPolonica/El.

[34] Por. orzeczenie ETS z 21.2.1973 w sprawie 6/72 Euroemballage Corporation i Contiinental Can Company Inc. V KE, wyrok w sprawie C 73/95P Viho Europe BV v. KE. Podaję za M. Będkowski – Kozioł [w:] Ustawa …, s. 276-277.

[35] *Ibidem*.

[36] *Ibidem*.

[37] Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 25 czerwca 2010 r. X Ga 104/10/za.

zek złożenia oświadczenia co do ewentualnego udziału w grupie kapitałowej, rzutuje na dalsze losy wykonawcy. Podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania jest niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na skutek niewykazania, że przynależności do tej samej grupy kapitałowej oferentów, którzy złożyli odrębne oferty w tym samym postępowaniu, nie narusza zasad konkurencji. Oznacza to, iż fakt przynależności do grupy kapitałowej powoduje domniemanie działania wykonawców, którzy złożyli oferty w tym samym postępowaniu, naruszającego reguły konkurencji. Zamawiający wykluczy także z postępowania wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d Pzp, jak również tego, który nie złożył w ogóle albo nie złożył w terminie wyjaśnień, dotyczących jego uczestnictwa w grupie kapitałowej. Rola zamawiającego sprowadza się do weryfikacji okoliczności negatywnych uzasadniających wykluczenie a limine. Wykluczenie tych wykonawców a limine powoduje, że dalsza ich weryfikacja staje się bezprzedmiotowa. Wykluczenie ma charakter deklaratywny, jest konsekwencją braku warunków niezbędnych do nawiązania wielostronnego stosunku proceduralnego[38]. Zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień co do powiązań istniejących wewnątrz grupy kapitałowej. Ustawodawca zarówno polski, jak i europejski, wyłącza jednak niektóre porozumienia, w tym dotyczące grup kapitałowych spod porozumień ograniczanych konkurencję (np. zgodnie z § 8 Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 8 października 2010 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień wertykalnych w sektorze pojazdów samochodowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję[39] wyłączeniu podlegają porozumienia wertykalne w sektorze pojazdów samochodowych w zakresie, w jakim dotyczą wyłącznie dystrybucji nowych pojazdów samochodowych, jeżeli udział dostawcy i grupy kapitałowej, do której należy dostawca, w rynku właściwym sprzedaży tych pojazdów nie przekracza 30%).

Należy się zastanowić nad sytuacją, gdy wykonawca złożył oświadczenie, z którego wynika przynależność wykonawców składających różne oferty w danym postępowaniu, ale ich zdaniem nie wpływa to na zachwianie konkurencji, bądź też sytuacją, gdzie wykonawca złożył co prawda oświadczenie, ale na tyle niejasne, że nie wiadomo, czy istniejące powiązania wpływają na ich zachowania w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji. Mając na względzie art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania – ciężar dowodu, że udział podmiotów z tej samej grupy w postępowaniu nie spowoduje naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Rozwiązanie to ma na celu wyeliminowanie przejawów dyskryminacji innych podmiotów na skutek zmów przetargowych czy nadużywania pozycji dominującej. W razie wątpliwości zamawiający może zażądać dodatkowych wyjaśnień.

Przynależność do grupy kapitałowej niesie daleko idące konsekwencje dla przedsiębiorców. Pzp odsyła w kwestii rozumienia pojęcia grupy kapitałowej do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Pojęcie grupy kapitałowej zostało zdefiniowane w art. 4 pkt 14 uokik. Tworzą ją podmioty niezależne od siebie pod względem formy organizacyjno-prawnej, ale powiązane gospodarczo.

O znaczeniu informacji dotyczących przynależności do grupy kapitałowej świadczy prawo i jednocześnie obowiązek żądania przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, istniejących między przedsiębiorcami przewidziany w art. 24 b Pzp.

---

[38] R. Szostak, Przetargowy wybór oferty najkorzystniejszej na tle europejskich tendencji rozwojowych, [w:] A. Borowicz, M. Królikowska-Olczak, J. Sadowy, W. Starzyńska (red.), Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tel Unii Europejskiej, , Warszawa 2010,s. 69.

[39] Dz.U. 2010.198.1315.

Wyjaśnienia powinny być złożone w terminie wskazanym przez zamawiającego, jednocześnie musi to być termin możliwy do spełnienia przez zamawiającego. Niezłożenie przez wykonawcę wyjaśnień powoduje wykluczenie takiego wykonawcy z postępowania. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wpływ powiązań między przedsiębiorcami, na ich zachowanie w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji. Na tym etapie zamawiający nie dokonuje oceny ofert tylko sprawdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający może dokonywać kontroli złożonych informacji dotyczących powiązań wg wskazówek UOKiK.

Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności wpływ powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, istniejących między przedsiębiorcami, na ich zachowania w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji. Wątpliwość, która się nasuwa dotyczy tego, czy chodzi o postępowanie w danej sprawie, czy w ogóle o zachowania tych wykonawców będących członkami grupy kapitałowej w innych postępowaniach. Sformułowanie, którego użył ustawodawca „ich zachowania w postępowaniu" wskazuje, iż chodzi o to postępowanie, w którym różne oferty złożyli uczestnicy tej samej grupy kapitałowej. Natomiast jeśli chodzi o drugą przesłankę, t.j. ocenę wpływu powiązań na przestrzeganie przez wykonawców zasad uczciwej konkurencji, wydaje się, że należy uwzględnić możliwe szeroki kontekst, mając jednak na względzie to, iż podstawą wykluczenia mogą być wyłącznie czynniki obiektywne. W przeciwnym razie zamawiający naraża się na zarzut naruszenia uczciwej konkurencji poprzez dyskryminowanie wykonawców należących do grupy kapitałowej. Uczestnictwo w jednej grupie kapitałowej wiąże się z zawieraniem między członkami grupy porozumień, które byłyby porozumieniami ograniczającymi konkurencję, ale ze względu na fakt, iż są zawierane między członkami grupy kapitałowej (mają charakter wewnętrzny, tj. jego skutki nie oddziałują na innych przedsiębiorców-uczestników rynku – czyli tych, którzy nie należą do danej grupy kapitałowej) co do zasady nie podlegając ocenie z punktu widzenia art. 6 uokik. Wyjątkiem jest sytuacja, gdzie jego skutki oddziałują na innych przedsiębiorców – uczestników rynku, czyli tych, którzy nie należą do danej grupy kapitałowej, wówczas takie porozumienia należy oceniać pod kątem ich zgodności z art. 6 uokik oraz art. 101 TFUE. Zamawiający może mieć jednak problem z prawidłowa oceną powiązań istniejących miedzy członkami grupy kapitałowej. Niezbędne jest więc wprowadzenie odpowiednich procedur kontroli w procesie udzielania zamówień publicznych.

Złożenie informacji o uczestnictwie w grupie kapitałowej może się wiązać z ujawnieniem istotnych dla przedsiębiorstwa tajemnic. KIO stwierdziła, że podstawą do utajnienia oferty nie mogą być ogólnikowe oświadczenia, zaś zamawiający musi każdorazowo dogłębnie zbadać, czy zastrzeżona oferta rzeczywiście zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa[40]**.** Rozważania te można odnieść w drodze analogii także do informacji o strukturze grupy kapitałowej. Konieczność ujawnienia struktury grupy kapitałowej może wpłynąć negatywnie na liczbę oferentów w postępowaniu, może się bowiem zdarzyć tak, iż niektórzy potencjalni oferenci zrezygnują z udziału w postępowaniu właśnie z powodu niechęci do ujawnienia swej struktury.

PODSUMOWANIE

Kontrola jest jedną z gwarancji zachowania przez administrację publiczną zasady legalności i praworządności działania i w konsekwencji prawidłowego zgodnego z prawem wykonywania zadań

[40] Sygn. akt KIO 100/12; wyrok z dnia 26 stycznia 2012 r.

publicznych. Kontrola przestrzegania prawa konkurencji w zamówieniach publicznych jest elementem kontroli legalności działania zamawiającego. Na zamawiającym ciąży więc obowiązek odpowiedniego zorganizowania dokonywanych przez niego czynności kontrolnych w procesie udzielania zamówień publicznych. Szczególnym elementem tej kontroli jest dokonywana przez samego zamawiającego kontrola, mająca na celu zweryfikowanie przez samego zamawiającego przestrzegania prawa konkurencji w procesie udzielania zamówienia publicznego. Na zamawiającego został nałożony obowiązek oceny wykonawców pod kątem uczestnictwa w grupie kapitałowej i wpływu tego uczestnictwa na postępowanie. W konsekwencji zamawiający obligatoryjnie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który:

- nie złożył wyjaśnień co do uczestnictwa w grupie kapitałowej oraz
- wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d. Pzp oraz
- wykonawców, który złożyli oświadczenia o uczestnictwie w grupie kapitałowej, ale zdaniem zamawiającego nie udowodnili, opierając się na obiektywnych przesłankach, że uczestnictwo w grupie kapitałowej nie wpływa na ich zachowania w postępowaniu oraz przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji (poprzez złożenie ofert w tym samym postępowaniu).

Odrębną kwestię istotną z punktu widzenia stosowania zasad konkurencji w zamówieniach publicznych stanowi instytucja zgody KE, aby poszczególne instytucje/podmioty zamawiające/ wykluczyły z postępowań przetargowych niektóre oferty na skutek braku wzajemności w kraju pochodzenia tych wykonawców, zawarta w projektowanym rozporządzeniu PE i Rady w sprawie dostępu towarów i usług z państw trzecich do rynku wewnętrznego Unii w zakresie zamówień publicznych oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych towarów i usług do rynków zamówień publicznych państw trzecich.

FUNKCJONOWANIE NADZORU INWESTORSKIEGO W BUDOWLANYCH ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Franciszek Łapecki

Nadzór inwestorski ma zasadnicze znaczenie dla osiągnięcia celu procesu budowlanego. Inspektor nadzoru, który jest profesjonalnym zastępcą inwestora, zobowiązany jest do dbania o jakość i prawidłowość prowadzonych robót. Błędy w nadzorze przekładają się na niską jakość robót i uniemożliwiają osiągnięcie celu procesu budowlanego, a w skrajnych przypadkach mogą zagrażać bezpieczeństwu użytkowników.

Inspektor nadzoru jest – obok inwestora, projektanta oraz kierownika budowy (kierownika robót) – jednym z uczestników procesu budowlanego[1]. Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy Prawo budowlane wykonywanie nadzoru inwestorskiego jest samodzielną funkcją techniczną w budownictwie. Inspektor musi posiadać szczególne przygotowanie zawodowe, potwierdzone przez właściwy organ administracji. Brak tych uprawnień uniemożliwia podejmowanie i prowadzenie działalności.

Inwestor, od którego, jako jedynego uczestnika procesu budowlanego, nie wymaga się fachowego przygotowania, może skorzystać z pomocy inspektora nadzoru inwestorskiego, posiadającego odpowiednie przygotowanie zawodowe.

Inspektor nadzoru w procesie budowlanym

Choć ustawa Prawo budowlane powołuje się na pojęcie procesu budowlanego, nie istnieje legalna definicja tego terminu. Pod pojęciem procesu budowlanego rozumie się ogół czynności faktycznych i prawnych, które mają na celu powstanie i oddanie do użytku obiektu budowlanego lub jego rozbiórkę. W zakres procesu budowlanego wchodzi zarówno prowadzenie postępowania administracyjnego w sprawie wydania pozwolenia na budowę, jak i rzeczywista budowa obiektu. Przyjmuje się, że proces ten rozpoczyna się z chwilą zatrudnienia przez inwestora projektanta, który sporządzi projekt budowlany[2].

Inspektor nadzoru inwestorskiego może zostać uczestnikiem procesu budowlanego obligatoryjnie, to jest gdy organ administracji nałoży na inwestora w decyzji o pozwoleniu na budowę obowiązek jego ustanowienia, lub fakultatywnie, gdy inwestor ustanowi go z własnej woli.

Inspektorem nadzoru inwestorskiego jest osoba fizyczna. Musi ona legitymować się uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi w określonej specjalności. Przyjmuje się, że uprawnienia inspektora nadzoru inwestorskiego można podzielić na dwie grupy. Pierwsza z nich obejmuje kontrolę zgodności prowadzonych robót z projektem, pozwoleniem na budowę oraz przepisami prawa. W ramach tych uprawnień inspektor ocenia jakość robót i użytych materiałów, sprawdza i odbiera roboty oraz uczestniczy w sprawdzeniu i odbiorze technicznym przewodów, instalacji i urządzeń. Do drugiej grupy uprawnień należą kompeten-

[1] Art. 17 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.

[2] J. Dessoulavy-Śliwiński, Prawo budowlane. Komentarz, Z. Niewiadomski (red.), Warszawa 2006, s. 252–253.

cje do wydawania kierownikowi budowy wiążących poleceń lub żądania od niego wykonania określonych czynności[3].

Uprawnienia i obowiązki inspektora nadzoru

Obowiązki inspektora nadzoru inwestorskiego zostały określone w art. 25 ustawy Prawo budowlane. Z treści powołanego przepisu wynika, że inspektor nadzoru jest przedstawicielem inwestora w procesie budowlanym. Podstawowym zadaniem, bez względu na tryb, w jakim inspektor został powołany, jest reprezentowanie interesów inwestora. W doktrynie podaje się, że niektóre obowiązki inspektora spełniają podwójną rolę i służą także zabezpieczeniu interesu społecznego. Dotyczą one głównie kontroli zgodności realizacji inwestycji z projektem budowlanym i pozwoleniem na budowę, przepisami prawa i zasadami sztuki[4].

Zdecydowanie najistotniejsze dla inwestora są obowiązki związane ze sprawdzaniem i odbiorem robót ulegających zakryciu lub zanikających. Inspektor zobowiązany jest do uczestniczenia w próbach i odbiorach technicznych instalacji. Ponadto przygotowuje on i bierze udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywaniu ich do użytkowania. Potwierdza także faktyczne i należyte wykonanie robót oraz potwierdza usunięcie wad. Jedynym obowiązkiem inspektora o charakterze fakultatywnym, wykonywanym na wyraźne zlecenie inwestora, jest kontrolowanie rozliczeń na budowie.

Prawa inspektora nadzoru inwestorskiego zostały określone w art. 26 ustawy Prawo budowlane. Uprawnienia służą przede wszystkim realizacji omówionych wcześniej obowiązków. Dlatego inspektor nadzoru inwestorskiego dysponuje pewnymi władczymi kompetencjami. Może on żądać od kierownika budowy wykonywania poleceń w zakresie usunięcia nieprawidłowości lub zagrożeń. Może żądać wykonania prób i badań, także wiążących się z odkryciem niektórych elementów. Inspektor upoważniony jest również do żądania przedstawienia ekspertyz prowadzonych robót budowlanych oraz dowodów dopuszczenia do stosowania w budownictwie wyrobów budowlanych oraz urządzeń technicznych. Polecenia inspektora powinny zostać wpisane do dziennika budowy. Kierownik budowy jest zobowiązany do wykonania poleceń inspektora nadzoru inwestorskiego pod rygorem pociągnięcia do odpowiedzialności zawodowej[5].

Inspektor nadzoru inwestorskiego może żądać od kierownika budowy lub kierownika robót budowlanych poprawek lub ponownego wykonania wadliwie wykonanych robót. Ma uprawnienie do wstrzymania robót w przypadku, gdy ich kontynuacja mogłaby wywołać zagrożenie lub spowodować niedopuszczalną niezgodność z projektem lub pozwoleniem na budowę. Należy zaznaczyć, że niedopuszczalną niezgodność z projektem budowlanym lub pozwoleniem na budowę należy rozumieć jako istotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu albo innych warunków pozwolenia na budowę[6]. Spory pomiędzy inspektorem nadzoru a kierownikiem budowy w tym zakresie powinien rozstrzygać projektant jako osoba upoważniona do kwalifikacji istotnych odstępstw na podstawie przepisów szczególnych.

---

[3] S. Serafin, Zagadnienia techniczne w prawie budowlanym, Warszawa 2005, s. 178.

[4] Zob. więcej na ten temat: J. Dessoulavy-Śliwiński, Prawo…, s. 308.

[5] J. Dessoulavy-Śliwiński, Prawo…, s. 309.

[6] J. Dessoulavy-Śliwiński, Prawo…, s. 309.

Jeżeli przy budowie obiektu zajdzie konieczność ustanowienia kilku inspektorów nadzoru budowlanego w zakresie różnych specjalności, inwestor wyznacza jednego z nich jako koordynatora czynności związanych z nadzorem na budowie. Przepis ten pozwala uniknąć sporów kompetencyjnych i zagrożeń związanych z niejasnym podziałem ról między poszczególnymi inspektorami nadzoru inwestorskiego pracujących w ramach jednej inwestycji. Inwestor może zwolnić się od tego obowiązku właściwie tylko poprzez ustanowienie inwestora zastępczego, mającego odpowiednie doświadczenie i potencjał kadrowy. Obarczenie jednego z inspektorów nadzoru obowiązkami koordynatora powinno zostać odpowiednio określone w umowie o pełnienie nadzoru inwestorskiego.

Zamówienia publiczne na usługę pełnienia nadzoru inwestorskiego

Jak to już wcześniej zauważono, inspektor nadzoru inwestorskiego jest pewnego rodzaju zastępcą inwestora. Ma za zadanie jako profesjonalista czuwać nad prawidłowym przebiegiem procesu budowlanego i zabezpieczać interesy inwestora. Tylko w nielicznych przypadkach inwestorzy dysponują własnymi ekspertami, legitymującymi się odpowiednimi uprawnieniami, którzy są w stanie wykonywać obowiązki związane z nadzorem. Stąd konieczność zlecenia wykonywania usług z zakresu nadzoru inwestorskiego wyspecjalizowanym usługodawcom, którzy mają odpowiedni potencjał i niezbędne doświadczenie.

Podmioty zobowiązane do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych powinny dokonywać wyboru wykonawcy usług z zakresu pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego z poszanowaniem przepisów tej ustawy. Usługi związane z nadzorem inwestorskim należą do katalogu usług priorytetowych[7]. Powoduje to w praktyce brak możliwości korzystania z przepisów łagodzących niektóre obowiązki zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z powyższego wynika, że do wyboru wykonawcy w zamówieniach na usługi z zakresu nadzoru inwestorskiego należy stosować tryby podstawowe, to jest przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Istnieją sytuacje, w których przy spełnieniu określonych przesłanek możliwe jest stosowanie trybów innych niż podstawowe.

Należy stwierdzić jednoznacznie, że nie ma możliwości stosowania trybu zapytania o cenę w odniesieniu do zamówień na usługi nadzoru inwestorskiego. Zarówno usługa nadzoru inwestorskiego, jak i koordynowania pracy inspektorów nadzoru inwestorskiego, wymaga dysponowania przez wykonawcę osobami, które legitymują się odpowiednimi uprawnieniami do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie. Oznacza to, że usługi polegającej na nadzorze inwestorskim nie może wykonywać każdy podmiot, a tylko ten, który faktycznie dysponuje odpowiednimi fachowcami.

Jednocześnie stosowanie trybu zapytania o cenę możliwe jest w odniesieniu do dostaw i usług o charakterze powszechnie dostępnym i o ustalonych standardach jakościowych. Kryterium przedmiotowe obejmuje więc usługi i dostawy, które są pospolite, powszechnie dostępne i które mają ujednolicone, konkretne i jasno określone wymagania co do jakości. Dzięki tym cechom zamówienie może być wykonywane przez bardzo dużą liczbę potencjalnych wykonawców.

---

[7] Zob. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i nie priorytetowym, Dziennik Ustaw Nr 12, poz. 68.

Istotą trybu zapytania o cenę jest więc dopuszczenie przez prawodawcę pewnego uproszczenia i złagodzenia zasad związanych z zachowaniem wolnej konkurencji i otwartości. Zamawiający dysponuje bowiem prawem do wyboru minimalnej liczby wykonawców, do których skieruje zapytanie o cenę.

W przypadku usług obejmujących nadzór inwestorski, a więc także usług koordynatorów i inwestorów zastępczych, nie można mówić ani o ich powszechności, ani o ich standardach jakościowych. Każdy proces budowlany, którego uczestnikiem jest inspektor nadzoru inwestorskiego, jest inny. Oznacza to, że w każdym przypadku konieczne jest sprecyzowanie wymagań co do kompetencji i doświadczenia osób, które będą brały udział w wykonywaniu zamówienia[8].

Problemy w funkcjonowaniu nadzoru inwestorskiego

Inspektor nadzoru inwestorskiego odgrywa w procesie budowlanym bardzo dużą, strategiczną rolę. Od jego decyzji zależy osiągnięcie celu w postaci zakończenia i oddania inwestycji do użytkowania. To on, zastępca inwestora, ma obowiązek czuwać nad prawidłowością i odpowiednią jakością prac budowlanych. Jako osoba wykonująca zawód zaufania publicznego daje rękojmię zgodności inwestycji zarówno z przepisami prawa, jak i zasadami sztuki.

Można wyodrębnić dwa najbardziej newralgiczne momenty w funkcjonowaniu nadzoru inwestorskiego w budowlanych zamówieniach publicznych. Pierwszy z nich to czynności przygotowawcze związane ze wszczęciem procedury o udzielenie zamówienia publicznego na usługę pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego. Drugi to problem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i związane z nim konsekwencje. Dla potrzeb niniejszej krótkiej analizy pominięto potencjalne problemy związane wprost z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i wyborem oferty najkorzystniejszej, ponieważ ta grupa zagadnień zdaje się być najlepiej zbadana.

Czynności przygotowawcze

Jak to już wcześniej podkreślano, w większości wypadków zamawiający będzie zmuszony do zlecenia usługi nadzoru inwestorskiego osobie lub osobom, które mają odpowiednie kwalifikacje. W wielu przypadkach zatrudnianie inspektora nadzoru na podstawie umowy o pracę, w szczególności w sytuacji, gdy prowadzenie inwestycji nie jest głównym przedmiotem działalności zamawiającego, jest jedynym prawidłowym z punktu widzenia celowościowego rozwiązaniem.

W takiej sytuacji zamawiający zobligowany do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych powinien stosować przepisy ogólne. Jeżeli ze wstępnej oceny wynika, że dane zamówienie podlega przepisom tej ustawy, zamawiający przeprowadza postępowanie w odpowiednim trybie. Podstawowymi trybami są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Pozostałe tryby można zastosować wyłącznie, jeśli zachodzą odpowiednie przesłanki. Należy przychylić się do poglądu, że udzielenie zamówienia na usługi nadzoru inwestorskiego w trybie zapytania o cenę jest niedopuszczalne.

---

[8] Więcej na temat wniosków dotyczących stosowania trybu zapytania o cenę do usług nadzoru inwestorskiego m.in. w dokumencie: Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP, wyd. PARP, Warszawa 2012, s. 69 i nast.; dostępny na stronie Internetowej: www.uzp.gov.pl; a także por. wyrok z dnia 7 lipca 2010 r. Sądu Okręgowego w Poznaniu Wydział XIII Cywilny Ośrodek Zamiejscowy w Lesznie sygn. akt: XIII C 332/10/3.

Bardzo ważne jest wykonanie wszystkich czynności przygotowawczych do wszczęcia postępowania z należytą starannością. W pierwszej kolejności zamawiający musi w sposób wystarczająco dokładny i przejrzysty opisać przedmiot zamówienia. Opis powinien charakteryzować usługę tak, by, szczególnie na tym etapie, zamawiający był zdolny rozpoznać podstawowe i kluczowe jej elementy. Z pewnością należy dokładnie zbadać zakres usługi, w szczególności określić rodzaj, zakres i przedmiot poszczególnych usług składających się na nadzór inwestorski. Bez wątpienia konieczne jest odwołanie się do całokształtu dokumentacji projektowej przedsięwzięcia, które ma być nadzorowane. W efekcie można określić zarówno branże, jak i etapy wykonywania nadzoru. Zamawiający powinien również wskazać, w jaki sposób usługa będzie rozliczana.

W następnej kolejności zamawiający powinien określić wymagania minimalne co do doświadczenia wykonawcy i kwalifikacji osób, które będą brały udział w wykonywaniu zamówienia. Należy przy tym podkreślić, ze inspektor nadzoru inwestorskiego wykonuje samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. Powinien więc legitymować się uprawnieniami i praktyką zawodową. Zamawiający w dokumentacji przetargowej musi określić swoje wymagania co do osób, które będą wykonywały usługę. Musi także pamiętać o poszanowaniu zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji.

Powyższe czynniki umożliwiają ustalenie szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Podczas szacowania wartości zamówienia zamawiający powinien odwołać się do obowiązujących na rynku stawek za usługi najbardziej zbliżone zakresem i jakością do przedmiotowego zamówienia. W przypadku, gdy oszacowanie jest niemożliwe lub znaczenie utrudnione, zamawiający może odwołać się do danych wzorcowych, pozyskanych np. metodą sondażu informacji o stawkach za godzinę pracy lub wykonanie konkretnego zlecenia wchodzącego w zakres badanego zamówienia.

Zamawiający powinien bezwzględnie przestrzegać podstawowych dyrektyw odnoszących się do określania sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. I tak w pierwszej kolejności powinien wymagać od wykonawców doświadczenia w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotowego zamówienia, o ile jest to uzasadnione. W wielu przypadkach na odbiór dużej inwestycji składać się będzie wiele czynności cząstkowych, które mogą wykonać podmioty nie mające doświadczenia w koordynacji dużych projektów, ale dające rękojmię odpowiedniej jakości usług i mające wystarczający potencjał organizacyjny. Zamawiający powinien także jasno określić wymagania co do osób, które będą brały udział w wykonywaniu zamówienia i posiadanych przez nie kwalifikacji. Niedopuszczalne jest sformułowanie warunku, który jest wygórowany lub obejmuje uprawnienia w zakresie wykraczającym poza przedmiot zamówienia. Takie działanie należy jednoznacznie oceniać jako naruszenie zasad ogólnych postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na etapie przygotowawczym konieczne jest również jasne określenie przedmiotu umowy o zamówienie publiczne, zasad jej zmiany oraz odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Należy pamiętać także o obowiązku zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz, jeśli to konieczne, określeniu wymagań co do ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wykonawcy i osób, które będą wykonywały zamówienie.

Oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia w odniesieniu do usług, także z zakresu nadzoru inwestorskiego, może być trudne. Na ostateczną wartość usługi składa się bowiem wiele czynników i fakt, że mogą ją z powodzeniem świadczyć osoby o różnych kwalifikacjach i o różnym

doświadczeniu. Zamawiający powinien odwoływać się do wartości uśrednionych, uwzględniających wszystkie założenia zamówienia.

Prawidłowe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia i oszacowanie wartości zamówienia na usługę pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego stanowi fundament dla dalszego postępowania zamawiającego. Błędy popełnione na tym etapie mogą skutkować niepowodzeniem całego procesu budowlanego.

Wykonanie usługi nadzoru inwestorskiego

Prawidłowy nadzór nad pracami budowlanymi umożliwia osiągnięcie celu procesu budowlanego. Nadzór ten, pełniony przez osobę mającą odpowiednie kwalifikacje, powinien dawać gwarancję jakości wykonanych robót i stanowić zabezpieczenie prawidłowości działań związanych m.in. z koniecznością reagowania na nieprzewidziane sytuacje, mające wpływ na roboty budowlane i ich zakres.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że inspektor nadzoru czuwa nad prawidłowością prowadzonych robót i w razie stwierdzenia uchybień ma obowiązek podjąć określone działania. Jego kompetencje są dość szerokie i obejmują nawet możliwość wydawania wiążących poleceń kierownikowi budowy.

Inspektor powinien także, w granicach swoich kompetencji, właściwie reprezentować interesy inwestora. Proces budowlany ma dynamiczny charakter i w wielu sytuacjach konieczne jest dokonanie modyfikacji założeń i zmiana planowanych rozwiązań na lepsze. W proces budowlany zaangażowane są różne osoby, które pełnią odmienne role i które muszą ze sobą ściśle współpracować. Podstawą tej współpracy jest projekt budowlany. Inspektor nadzoru inwestorskiego powinien czuwać nad zgodnością przeprowadzonych prac z projektem i pozwoleniem na budowę. Odstępstwa, szczególnie istotne, prowadzą do zachwiania podziału ról.

Ponieważ proces budowlany jest skomplikowany, obejmuje wiele różnych działań na różnych polach, mogą zdarzyć się sytuacje, że w trakcie wykonywania robót budowlanych konieczna będzie modyfikacja projektu budowlanego i zmiana decyzji pozwolenia na budowę. Inspektor nadzoru powinien w tym zakresie czuwać nad prawidłowością prowadzonych prac oraz – o ile ma odpowiednią wiedzę i praktykę – umożliwiać dostosowanie proponowanych i akceptowalnych rozwiązań do zmieniającej się sytuacji zwłaszcza, gdy w projekcie ujawnione zostaną błędy lub niejasności. Działania te powinny opierać się na ścisłej współpracy z inwestorem, projektantem i kierownikiem budowy i mieć formę dialogu, w trakcie którego można dostosować założenia do zmieniających się warunków oraz zastosować najlepsze w danym momencie technologie[9].

Jak to zauważono na wstępie, podstawowym obowiązkiem inspektora nadzoru inwestorskiego jest kontrola jakości – zarówno używanych przez wykonawcę materiałów z odpowiednimi normami, jak i prac z zasadami sztuki budowlanej. Te działania inspektora nadzoru inwestorskiego są kluczowe dla realizacji celu procesu budowlanego. Użycie niewłaściwych materiałów jak i użycie ich z naruszeniem zasad lub wbrew technologii zwykle wywołuje poważne konsekwencje. Bardzo

[9] Oczywiście realizacja tego postulatu może wiązać się z koniecznością zmiany projektu lub zmianą decyzji pozwolenia na budowę. Wszelkie zmiany powinny być analizowane zarówno pod względem funkcjonalnym i finansowym, jak i formalnym.

często błędy, które sprawiają wrażenie marginalnych, skutkują poważnymi wadami konstrukcyjnymi oraz technologicznymi i przekładają się na bezpieczeństwo budynku lub budowli.

W tym miejscu należy podkreślić, że wiele bardzo istotnych robót, także obejmujących instalacje, w trakcie prac budowlanych ulega zakryciu. Rolą inspektora nadzoru jest obecność przy odbiorze robót ulegających zakryciu i ich inspekcja. Inspektor ma prawo żądać odkrycia robót i wydawać polecenia kierownikowi budowy.

Inspektor nadzoru inwestorskiego jako reprezentant inwestora musi być w stałym kontakcie z inwestorem, projektantem, kierownikiem budowy i innymi uczestnikami procesu budowlanego. Problem właściwej komunikacji jest niezwykle istotny dla zapewnienia jakości usługi w zakresie pełnienia nadzoru inwestorskiego. W kilku analizowanych przypadkach problem komunikacji stanowił źródło najpoważniejszych problemów, które przekładały się na terminowość wykonywanych prac i ich jakość. W jednym przypadku brak komunikacji i zaangażowania inspektora nadzoru inwestorskiego w proces budowlany, w tym niestawianie się na zebrania z inwestorem, nieobecność na placu budowy i potwierdzanie z datą wsteczną odbioru prac w dzienniku budowy skutkowało odstąpieniem od umowy i naliczeniem kar umownych wykonawcy.

W tym miejscu należy zauważyć, że wykonywanie usługi nadzoru inwestorskiego, paradoksalnie, musi być nadzorowane przez odpowiednich przedstawicieli zamawiającego. Okazuje się więc, że przedstawiciel inwestora, który ustawowo zobowiązany jest do dbałości o jego interesy i który jest profesjonalistą, musi być dodatkowo kontrolowany przez zamawiającego. Należy uwzględnić taką ewentualność w umowie, której przedmiotem jest usługa nadzoru inwestorskiego.

Dla prawidłowości wykonania usługi inspektora nadzoru inwestorskiego bardzo ważne jest doprowadzenie do wykonania roboty budowlanej zgodnie z projektem, ewentualnie zgodnie z wprowadzonymi do projektu modyfikacjami. Należy zauważyć, że projekt budowlany stanowi całość i jest tworzony przez osobę, która dysponuje odpowiednimi kwalifikacjami. Jeżeli niektóre jego elementy zostaną wykonane niezgodne z założeniami, budynek może nie spełnić przewidzianej roli. Dotyczy to w szczególności kluczowych elementów projektu, konstrukcji, instalacji oraz wykończenia.

Odpowiedzialność inspektora nadzoru inwestorskiego

Problematyka odpowiedzialności inspektora nadzoru inwestorskiego ze względu na swoją obszerność mogłaby być przedmiotem odrębnego opracowania.

W ramach krótkiego podsumowania należy zauważyć, że inspektor nadzoru inwestorskiego może podlegać wszystkim dopuszczalnym prawem rodzajom odpowiedzialności, z dyscyplinarną włącznie. W procesie budowlanym, w szczególności w relacji inwestor – inspektor nadzoru inwestorskiego, kluczowe znaczenie ma odpowiedzialność cywilna. Ta może mieć postać odpowiedzialności kontraktowej lub deliktowej. Inspektor nadzoru może odpowiadać za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania na podstawie ogólnej normy z art. 471 kc. Może także odpowiadać na zasadach ogólnych z art. 415 kc.

Dużym ułatwieniem dla zamawiającego może być włączenie do umowy kar umownych, które przewidują obciążenie wykonawcy w związku z zaistnieniem określonych precyzyjnie okoliczności. Umożliwia ono bowiem dość łatwe i skuteczne dyscyplinowanie kontrahenta.

W umowie, której przedmiotem jest nadzór inwestorski, warto zawrzeć klauzulę dopuszczającą odstąpienie przez inwestora od umowy w sytuacji, gdy inspektor nadzoru inwestorskiego niewykonuje lub nienależycie wykonuje swoje obowiązki. Ma to bardzo duże znaczenie praktyczne i umożliwia zamawiającemu zachowanie ciągłości procesu budowlanego i zminimalizowanie opóźnień.

PODSUMOWANIE

Usługa, której przedmiotem jest pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, umożliwia zamawiającemu, który nie dysponuje odpowiednimi osobami, sprawne i prawidłowe przeprowadzenie procesu budowlanego. Inspektor nadzoru inwestorskiego jest bowiem profesjonalnym przedstawicielem inwestora, w jego imieniu dba o jakość i terminowość prac oraz może nadzorować rozliczenia na budowie.

Wykonywanie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego zgodnie z zasadami sztuki ma zasadnicze znaczenie dla osiągnięcia celu inwestycji. Stąd konieczność precyzyjnego określenia wymagań i co do doświadczenia i uprawnień osób, które będą tę funkcję wykonywały.

Zamawiający jako inwestor oraz inspektor nadzoru inwestorskiego jako jego przedstawiciel, powinni ściśle ze sobą współpracować. Współpraca ta musi opierać się na wzajemnym zaufaniu, które jednak wiąże się ze sprawowaniem kontroli jakości usługi wykonywanej przez inwestora.

W umowie o usługi nadzoru inwestorskiego warto zawrzeć klauzule, które umożliwiają inwestorowi nadzór nad wykonaniem usługi, a w razie stwierdzenia nieprawidłowości odpowiednią i skuteczną reakcję. Dla potrzeb ciągłości procesu budowlanego i zapewnienia terminowości wykonywania prac warto rozważyć włączenie do umowy uprawnienia do odstąpienia od umowy w wypadku stwierdzenia uchybień w sprawowaniu nadzoru inwestorskiego.

KONTROLA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH UDZIELANYCH W RAMACH PROJEKTÓW WSPÓŁFINANSOWANYCH ZE ŚRODKÓW UNII EUROPEJSKIEJ

Dr Paweł Nowicki[1]

Funkcje zamówień publicznych w realizacji projektów unijnych

Środki finansowe pochodzące z budżetu Unii Europejskiej, redystrybuowane w ramach m.in. polityki spójności, są niewątpliwie siłą napędową polskiej gospodarki. Korzystamy z nich od ponad 20 lat, od 2004 r. jako państwo członkowskie UE, a wcześniej w ramach pomocy przedakcesyjnej. Na dużą skalę rozpoczęliśmy wydatkowanie środków unijnych w 2007 r., wraz z początkiem perspektywy finansowej 2007–2013 – pierwszej, w której Polska uczestniczy od samego początku. Negocjacje budżetowe dotyczące wieloletnich ram finansowych na lata 2014–2020 kreują wizję jeszcze większych pieniędzy dla rozwoju Polski. Możemy być jednak prawie pewni, że kolejna taka szansa się nie powtórzy. Budżet na lata 2021–2027 (o ile kolejna perspektywa rzeczywiście będzie planem siedmioletnim) na pewno nie będzie tak korzystny dla Polski – o ile w ogóle polityka spójności w takim kształcie, jaki znamy dziś, się utrzyma. Widoczne już dziś tarcia między tzw. płatnikami netto oraz beneficjentami netto budżetu unijnego zapewne będą się zaostrzały, jeśli kryzys gospodarczy będzie się utrzymywał. Stąd też niezwykle istotnym jest jak najlepsze i najbardziej efektywne wykorzystanie środków finansowych pochodzących z Unii Europejskiej, zarówno na finiszu obecnej perspektywy finansowej, jak też w latach 2014–2020.

Jak słusznie zauważa T. Kocowski, „efektywność wykorzystania środków publicznych, w tym także funduszy europejskich, to jeden z podstawowych problemów związanych z udzielaniem zamówień publicznych"[2]. Również R. Szostak podkreśla znaczenie sprawnych zamówień publicznych dla efektywnej absorpcji oraz racjonalnego wydatkowania środków unijnych[3]. Problem sprowadza się do kwestii wydatkowania środków unijnych w trakcie realizacji projektów zgodnie z prawem zamówień publicznych, ponieważ wydatki są kwalifikowalne jedynie wtedy, gdy są zgodne z horyzontalnymi politykami Unii Europejskiej, *inter alia* w zakresie zamówień publicznych4. Zasada ta wynika m.in. z *Krajowych wytycznych dotyczących kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności w okresie programowania 2007–2013* z dnia 22 listopada 2007 r. (klauzula 4.2.2 pkt 2). Autor również wielokrotnie podkreślał znaczenie zamówień publicznych w realizacji projektów unijnych, ponieważ to właśnie zamówienia publiczne w założeniu gwarantują efektywność wydatkowania środków unijnych, zgodnie z zasadą *„value for money"* (o istnieniu której, niestety, często zapominają zamawiający, jak również insty-

---

[1] Dr Paweł Nowicki, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, członek Grupy Ekspertów Zainteresowanych Stron ds. Zamówień Publicznych przy Komisji Europejskiej.

[2] T. Kocowski, *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych, a efektywność wykorzystania środków publicznych,* [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych,* pod redakcją E. Adamowicz i J. Sadowego, wyd. 2, Gdańsk-Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych, str. 32.

[3] Zob. R. Szostak, *O niektórych uwarunkowaniach efektywności zamówień publicznych finansowanych ze środków europejskich,* [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument…, op. cit.*, str. 139.

[4] P. Nowicki, *Zamówienia publiczne jako instrument gwarantujący efektywność wydatków w realizacji projektów unijnych,* [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument…, op.cit.*, str. 92.

tucje kontrolne) z zachowaniem zasad konkurencyjności, jawności i transparentności procedur oraz równego traktowania stron, kreując domniemanie wydatkowania środków, które otrzymuje beneficjent projektu, w sposób uczciwy i otwarty na konkurencję w ramach rynku wewnętrznego Unii Europejskiej[5].

Reasumując, podstawową funkcją, którą spełniają zamówienia publiczne w realizacji projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, jest funkcja gwarancyjna, ponieważ zamówienia publiczne zapewniają efektywne i racjonalne wydatkowanie środków finansowych, w oparciu o procedury uregulowane przepisami prawa. Wynika ona z roli, jaką sprawuje system zamówień publicznych, polegającej na zapewnianiu racjonalnego wydatkowaniu środków publicznych, przeciwdziałaniu korupcji oraz równemu traktowaniu dostawców i wykonawców, w drodze tworzenia warunków uczciwej konkurencji w trakcie ubiegania się o zamówienie publiczne[6].

Kwalifikowalność wydatków a zamówienia publiczne

Wspomniana wcześniej kwalifikowalność wydatków jest kluczową kwestią w realizacji projektu unijnego. Jeśli beneficjent projektu, zobowiązany do stosowania prawa zamówień publicznych[7], postępuje zgodnie z przepisami, dotacja mu przyznana nie powinna być w żaden sposób kwestionowana. Ponoszone przez niego wydatki będą kwalifikowalne, a więc będą objęte refundacją z przyznanej beneficjentowi dotacji. Jednakże w sytuacji, gdy beneficjent wydatkuje środki z naruszeniem przepisów dotyczących zamówień publicznych, konsekwencją jego działania będzie nie tylko stwierdzenie owego naruszenia, lecz także ewentualne uznanie wydatku za niekwalifikowalny bądź nałożenie korekty finansowej.

W pierwszej kolejności należy jednak wskazać definicję tzw. nieprawidłowości, której zaistnienie warunkuje uznanie wydatku za niekwalifikowalny bądź nałożenie korekty finansowej. Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 7 rozporządzenia 1083/2006[8], nieprawidłowością jest jakiekolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Należy podkreślić, że nie każde naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych będzie nieprawidłowością w rozumieniu cytowanego przepisu. Żeby tak się stało, muszą być spełnione określone warunki:

1) musi wystąpić naruszenie prawa Unii Europejskiej,

---

[5] P. Nowicki, *Zamówienia publiczne..., op. cit*., str. 92. Również: P. Nowicki, *Polityka spójności Unii Europejskiej a system zamówień publicznych. Reguły udzielania zamówień w realizacji projektów unijnych,* [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne,* pod redakcją J. Niczyporuka, J. Sadowego, M. Urbanka, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2011, s. 121.

[6] L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz,* Warszawa 2011, Wolters Kluwer Polska, str. 221. Podobnie: H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Zbiór aktów prawnych,* TNOiK, Toruń 2005, str. 9.

[7] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zmianami).

[8] Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999.

2) przedmiotowe naruszenie musi wynikać z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego,

3) przedmiotowe naruszenie powoduje lub może spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z tego budżetu.

W przypadku zidentyfikowania ww. nieprawidłowości w realizacji projektu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej, konsekwencją dla beneficjenta będzie uznanie związanego z nieprawidłowością wydatku za niekwalifikowalny bądź nałożenie korekty finansowej. Nie należy utożsamiać korekt finansowych z uznaniem określonej części wydatków poniesionych w ramach dofinansowanego projektu jako niekwalifikowalne: skutek uznania wydatku za niekwalifikowany oraz wymierzenie korekty finansowej jest co prawda taki sam, bowiem beneficjent otrzymuje zmniejszoną ilość środków, różne są jednak źródła takiego pomniejszenia oraz moment wykrycia nieprawidłowości[9].

O uznaniu wydatku za niekwalifikowalny będziemy mówić w momencie, kiedy nieprawidłowość została wykryta na etapie, gdy wydatek nie został jeszcze refundowany. Jeśli beneficjent zgłosił wydatek we wniosku o płatność, a następnie uznano, że został on poniesiony jako konsekwencja wystąpienia nieprawidłowości, zostanie obniżona kwota, którą przedstawił do rozliczenia. Natomiast korekta finansowa występuje na etapie, w którym wydatek został już poddany refundacji (beneficjent go rozliczył) i polega na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego przyznanego beneficjentowi z budżetu Unii Europejskiej[10].

Korekta finansowa może zostać nałożona z zastosowaniem metody wskaźnikowej lub dyferencyjnej.

Jak trafnie wskazuje A. Piotrowska, w sytuacji gdy naruszenie zasad traktatowych jest łatwe do wskazania należy zastosować metodę dyferencyjną[11], przy czym wysokość korekty finansowej powinna odpowiadać wysokości szkody. Jak wskazano w opracowanym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego dokumencie *Wymierzanie korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE,* w celu ustalenia istnienia oraz wielkości szkody z wykorzystaniem metody dyferencyjnej trzeba porównać wysokość rzeczywiście wydatkowanych (lub zakontraktowanych) środków na sfinansowanie zamówienia po zaistnieniu naruszenia ze stanem hipotetycznym, jaki by istniał, gdyby nie nastąpiło rozpatrywane naruszenie; należy uchwycić różnicę pomiędzy wysokością rzeczywistych wydatków ze środków funduszy UE po wystąpieniu naruszenia a hipotetyczną wysokością takich wydatków w sytuacji, gdyby naruszenie nie miało miejsca[12].

Egzemplifikując możliwość zastosowania tej zasady, A. Piotrowska podaje sytuację, w której zamawiający bezzasadnie odrzucił najtańszą ofertę i dokonał wyboru oferty droższej, naruszając

---

[9] Tak: A. Łojewska-Pyka, *Problematyka stosowania korekt finansowych z tytułu nieprawidłowości wydatkowania środków europejskich,* [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument…, op.cit*., str. 206–207.

[10] *Ibidem*, str. 207.

[11] A. Piotrowska, *Przestrzeganie zasady niedyskryminacji jako warunek efektywnego wydatkowania środków europejskich w zamówieniach publicznych,* [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument…, op. cit*., str. 137.

[12] *Wymierzanie korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE,* (wersja z 14 listopada 2012 r.), str. 5, opublikowany na stronie www.funduszeeuropejskie.gov.pl oraz www.mrr.gov.pl.

tym samym prawo zamówień publicznych: *„Wówczas wysokość korekty finansowej odnosi się do różnicy pomiędzy ceną wybranej oferty a ceną oferty odrzuconej. Przy czym uwzględnia się tylko różnicę powstałą w zakresie wydatkowania środków z funduszy UE, nie zaś globalną różnicę w wydatkowaniu środków na zamówienie"*[13].

Z kolei metodę wskaźnikową stosujemy wtedy, gdy obliczenie konkretnego rozmiaru szkody wywołanej naruszeniem jest trudne czy wręcz niemożliwe. Stosując ww. metodę, wysokość korekty oblicza się jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty, wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków funduszy UE i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia[14]. Do obliczenia wielkości korekty wykorzystuje się procentowy poziom korekty wskazany w taryfikatorze, będącym załącznikiem do dokumentu *Wymierzanie korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE*. Zaznaczyć przy tym należy, że opracowując ww. taryfikator krajowy, Ministerstwo Rozwoju Regionalnego opierało się na Wytycznych Komisji Europejskiej *do określania korekt finansowych nakładanych na wydatki ponoszone z funduszy strukturalnych i Funduszu Spojności w przypadku naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych*[15]. Użyty w taryfikatorze wskaźnik procentowy nałożonej korekty wyraża abstrakcyjny i uśredniony stopień „szkodliwości" określonego typu naruszenia prawa zamówień publicznych.

Konkludując trzeba podkreślić, iż konsekwencje wynikające z błędnego stosowania prawa zamówień publicznych dla beneficjenta projektu unijnego są o wiele bardziej drastyczne niż dla „zwykłego" zamawiającego, zazwyczaj wiążą się bowiem z utratą całości bądź części dofinansowania projektu. Stąd też niezwykle istotnym elementem systemu realizacji projektów unijnych jest kontrola zamówień publicznych, która, prowadzona w sposób racjonalny i jednolity, może być czynnikiem przyczyniającym się do zwiększenia efektywności wydatkowania środków w projektach współfinansowanych przez Unię Europejską.

Kontrola zamówień publicznych jako warunek sprawnego wykorzystywania środków unijnych

E. Boryczko wskazuje na trzy zasadnicze warunki sprawnego wykorzystywania środków unijnych: „dobre prawo", profesjonalizm zamawiających, a także profesjonalizm i racjonalizm organów kontroli i nadzoru[16]. Omówienie dwóch pierwszych warunków, mimo że są one kluczowe, wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania. W związku z tym Autor skupi się jedynie na kontroli zamówień publicznych. Trzeba jednak zauważyć, iż E. Boryczko postuluje nie tyle o kontrolę jako taką, lecz o kontrolę przeprowadzaną przez profesjonalne i racjonalne organy. Trudno nie zgodzić się z takim postulatem.

Zasadniczo **kontrolę zamówień publicznych** udzielanych w ramach realizacji projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej przeprowadzają instytucje odpowiadające za wdraża-

---

[13] A. Piotrowska, *Przestrzeganie zasady niedyskryminacji..., op. cit*., str. 137.

[14] *Wymierzanie korekt finansowych..., op. cit*., str. 6.

[15] *Guidelines for determining financial corrections to be made to expenditure co-financed by the Structural Funds or the Cohesion Fund for non-compliance with the rules on public procurement,* Komisja Europejska COCOF 07/0037/03-EN.

[16] E. Boryczko, *Profesjonalizm zamawiającego przy zmianie umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 144 PZP,* [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument…, op. cit*., str. 260.

nie polityki spójności: instytucje zarządzające, pośredniczące oraz wdrażające. To one kontrolują prawidłowość wydatkowania środków w projekcie, m.in. analizując wnioski o płatność. Równolegle kontrolą zamówień publicznych zajmują się przewidziane przepisami prawa organy, takie jak Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Najwyższa Izba Kontroli, Urzędy Kontroli Skarbowej, czy też Regionalne Izby Obrachunkowe w stosunku do jednostek samorządu terytorialnego. Niektóre z nich posiadają specjalne uprawnienia kontrolne w stosunku do zamówień publicznych udzielanych z udziałem środków finansowych pochodzących z budżetu Unii Europejskiej. Przykładem może być tu Prezes Zamówień Publicznych i wykonywana przez niego kontrola uprzednia bądź też uprawnienia Urzędów Kontroli Skarbowej.

Podstawową kontrolą zamówień publicznych związanych z realizacją projektu unijnego jest kontrola przeprowadzana przez uprawnione instytucje w systemie wdrażania projektów unijnych, która ma na celu ocenę prawidłowości i skuteczności realizacji projektu. Polegać więc będzie na sprawdzeniu dokumentacji rzeczowej i finansowej projektu, dokumentacji związanej z wyborem wykonawców w ramach udzielanych zamówień publicznych, przeprowadzeniu oględzin miejsca realizacji projektu[17]. Zakres kontroli zależy oczywiście od etapu realizacji projektu. Należy jednak zauważyć, że to właśnie kontrole dokonywane przez ww. instytucje najczęściej identyfikują występowanie nieprawidłowości w zakresie udzielanych zamówień publicznych. Kwestią problematyczną może być jednak, niestety, jakość przeprowadzanych kontroli. Niektóre ze wskazanych instytucji nie posiadają wykwalifikowanej, profesjonalnej kadry, jeśli chodzi o znajomość prawa zamówień publicznych. Jeżeli instytucja, w razie powzięcia jakichkolwiek wątpliwości, wystąpi do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (o czym mowa poniżej), problem zostaje zniwelowany; gorzej, jeśli sama prowadzi kontrolę, upierając się przy swoich, często absurdalnych, wnioskach. W takiej sytuacji beneficjentowi nie pozostaje nic innego, jak wnioskowanie o opinię do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, mając jednocześnie nadzieję, że Prezes UZP taką opinię wyda. Czy nie lepiej więc, żeby kontrolę zamówień publicznych prowadził po prostu, od samego początku, Prezes UZP?

Zgodnie z przepisem art. 161 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych **Prezes Urzędu Zamówień Publicznych** przeprowadza kontrolę udzielania zamówień, której celem jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy Pzp. Ze wskazanej regulacji wynikają dwa wnioski. Po pierwsze, *lege non distinguente* Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ma generalną kompetencję do przeprowadzania kontroli w stosunku do wszystkich zamówień. Po drugie, kryterium kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest zgodność zamówienia publicznego z przepisami ustawy Pzp – i tylko tej ustawy. Kontrola odbywa się w siedzibie Urzędu na podstawie zgromadzonych w sprawie dokumentów, wyjaśnień oraz opinii biegłych i może mieć charakter kontroli uprzedniej (*ex-ante*, przed zawarciem umowy z wykonawcą) lub kontroli następczej (*ex-post*, po zawarciu umowy z wykonawcą)[18].

Ustawa Pzp przewidziała szczególny rodzaj kontroli zamówień publicznych współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Jest to tzw. **kontrola uprzednia**, uregulowana przepisami oddziału

---

[17] Szerzej: A. Zaleska, *Jak przebiega kontrola projektów inwestycyjnych,* Fundusze Europejskie 2011, Nr 5 (48), str. 52–54.

[18] *Wyniki przeprowadzonych w 2011 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej,* pod redakcją J. Sadowego, Warszawa 2012, Urząd Zamówień Publicznych, str. 5.

3 rozdziału 2 działu V ustawy Pzp (przepisy art. 169–171a), które stosuje się do zamówień lub umów ramowych współfinansowanych ze środków UE.

Kontrolę uprzednią przeprowadza Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne, jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a w przypadku zamówień na dostawy lub usługi jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10.000.000 euro (art. 169 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp). Kontrola uprzednia jest więc w tych przypadkach obligatoryjna, aczkolwiek ustawa przewiduje możliwość odstąpienia przez Prezesa UZP od jej przeprowadzenia na wniosek instytucji zarządzającej – jeżeli w ocenie instytucji postępowanie zostało przeprowadzone w sposób zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Momentem wszczęcia kontroli uprzedniej jest doręczenie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej. Postępowanie kontrolne kończy się doręczeniem zamawiającemu informacji o wyniku kontroli, która zawiera: określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli; informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku; zalecenia pokontrolne – jeżeli w toku kontroli stwierdzono, że jest zasadne unieważnienie postępowania lub usunięcie stwierdzonych naruszeń. Nie są to wszystkie elementy, które może zawierać informacja o wyniku kontroli – ustawodawca, poprzez użycie terminu „w szczególności", zdecydował się na określenie jedynie minimalnego zakresu informacji o wyniku kontroli. Najistotniejszym elementem informacji o wyniku kontroli, z punktu widzenia podmiotu kontrolowanego, są oczywiście zalecenia pokontrolne. W doktrynie wskazuje się, że nie mają one charakteru władczego[19], nie oznacza to jednak, że podmiot kontrolowany może tak po prostu nie zastosować się do ich treści. Ustawa Pzp reguluje procedurę, która znajduje zastosowanie w sytuacji, w której kontrolowany zamawiający nie zgadza się z wynikiem kontroli uprzedniej. W tym przypadku, zgodnie z przepisem art. 171a ustawy Pzp, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Na wniosek instytucji zarządzającej Prezes UZP może również wszcząć tzw. **kontrolę doraźną**. Oczywiście może ją wszcząć również z urzędu. Kontrolę doraźną wszczyna się w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Wskazuje się, że w praktyce kontrolę doraźną może poprzedzić postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy w postępowaniu doszło do naruszenia, mogącego mięć wpływ na wynik postępowania, a zatem – czy zasadne jest wszczęcie kontroli doraźnej[20]. Sama kontrola doraźna może mieć charakter kontroli uprzedniej bądź kontroli następczej.

Kolejnym podmiotem uprawnionym do kontroli zamówień publicznych udzielanych w ramach realizacji projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej są **Urzędy Kontroli Skarbowej** (UKS). Podstawy prawne realizowanej przez UKS kontroli, zawarte są w przepisach ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (tekst jednolity: Dz. U. z 2011 r., Nr 41, poz. 214 ze zmianami). Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy, do zakresu kontroli skarbowej należy kontrola

---

[19] Tak: H. Nowicki, *Kontrola uprzednia realizowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych,* [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument…, op. cit*., s. 222.

[20] *Wyniki przeprowadzonych..., op. cit*., str. 5.

celowości i zgodności z prawem gospodarowania środkami publicznymi oraz środkami pochodzącymi z Unii Europejskiej i międzynarodowych instytucji finansowych, z wyłączeniem kontroli celowości wykorzystania środków zaliczanych do dochodów własnych i subwencji ogólnej jednostki samorządu terytorialnego. **Kontrola ta opiera się więc na dwóch kryteriach – celowości oraz zgodności z prawem.** Należy w tym miejscu mieć na uwadze przepis art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych[21], zgodnie z którym każdy wydatek publiczny powinien być dokonany:

1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem następujących zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów,

2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań,

3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Kontrola UKS jest więc w tym zakresie podobna do kontroli przeprowadzanej przez wspomniane wcześniej instytucje wdrażające politykę spójności. Praktyka jednak pokazuje, że kontrole bardziej kładą nacisk na oszczędność wydatkowania niż na celowość ponoszonych wydatków. Beneficjenci wskazują również na rozbieżności między wynikami kontroli UKS a kontrolami Prezesa UZP. Taka sytuacja nie powinna być miejsca, mając na uwadze fakt, że wyniki kontroli wraz z dokumentacją z czynności kontrolnych dokonywanych przez organy kontroli skarbowej w zakresie środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegających zwrotowi środków z innych źródeł zagranicznych mogą być przekazane nie tylko właściwej instytucji zarządzającej, lecz również, *inter alia,* organom Unii Europejskiej zgodnie z przepisem art. 27 ust. 5 ustawy o kontroli skarbowej.

Naczelny organ kontroli państwowej, jakim jest **Najwyższa Izba Kontroli**, również może kontrolować zamówienia publiczne udzielane w ramach realizacji projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Dzieje się tak nie dlatego, że NIK posiada jakieś szczególne kompetencje do kontrolowania projektów unijnych, lecz dlatego, że NIK może generalnie kontrolować zamówienia publiczne. Zgodnie z przepisem art. 203 Konstytucji RP, Najwyższa Izba Kontroli:

1) kontroluje działalność organów administracji rządowej, Narodowego Banku Polskiego, państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostek organizacyjnych z punktu widzenia legalności, gospodarności, celowości i rzetelności,

2) może kontrolować działalność organów samorządu terytorialnego, komunalnych osób prawnych i innych komunalnych jednostek organizacyjnych z punktu widzenia legalności, gospodarności i rzetelności,

3) może również kontrolować z punktu widzenia legalności i gospodarności działalność innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa.

Szczegółowe uprawnienia Najwyższej Izby Kontroli zostały uregulowane w ustawie z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tekst jednolity: Dz. U. z 2012 r., poz. 82 ze zmianami).

---

[21] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zmianami).

Zamówienia publiczne mogą również kontrolować **Regionalne Izby Obrachunkowe**, będące państwowymi organami nadzoru i kontroli gospodarki finansowej podmiotów takich, jak: jednostki samorządu terytorialnego, związki międzygminne, stowarzyszenia gmin oraz stowarzyszenia gmin i powiatów, związki powiatów, stowarzyszenia powiatów, samorządowe jednostki organizacyjne (w tym samorządowe osoby prawne), inne podmioty, w zakresie wykorzystywania przez nie dotacji przyznawanych z budżetów jednostek samorządu terytorialnego[22]. Dokonują kontroli m.in. zamówień publicznych na podstawie **kryterium zgodności z prawem i zgodności dokumentacji ze stanem faktycznym** (art. 5 ust. 1 ustawy o RIO).

Kontrola zamówień publicznych jako czynnik zmniejszający ich efektywność

Autor konsekwentnie twierdzi, że kontrole prowadzone w sposób nieracjonalny i nierzetelny, są czynnikiem zmniejszającym efektywność systemu zamówień publicznych, jak również efektywność systemu wdrażania projektów unijnych[23]. Kontrole są oczywiście potrzebne, jednakże wydaje się, że zbyt dużo instytucji kontroluje zamówienia publiczne. Zupełnie zrozumiałym jest, gdy taką kontrolę prowadził Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, jako organ najbardziej predestynowany do sprawdzania zgodności udzielanych zamówień z prawem zamówień publicznych. Problem polega na tym, że wyniki kontroli zamówień publicznych, prowadzonych przez różne organy, często diametralnie różnią się od siebie – organy w sposób zupełnie dowolny zdają się interpretować przepisy ustawy, co z kolei podważa zasadę pewności prawa, zarówno wśród zamawiających – beneficjentów, jak też wykonawców. Jeśli już racjonalny ustawodawca zdecydował się na taką mnogość organów kontrolujących zamówienia publiczne, powinien w jakiś sposób zagwarantować jednolitość wykonywanej kontroli. Nie byłoby to takie trudne, skoro większość organów kontrolnych prowadzi swoje postępowania, opierając się na jednakowych kryteriach. Postulat o przesunięciu całości kontroli zamówień publicznych w ręce Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, nawet kosztem rozbudowania struktur UZP, jest jednak, niestety, nierealny do zrealizowania. Może zatem wystarczyłaby ustawowa regulacja, zgodnie z którą to Prezes UZP decydowałby w sprawach rozbieżności między wynikami kontroli? Takie rozwiązanie również nasuwa pewne wątpliwości, chociażby natury prawnej.

Zdecydowanie jednak należy opowiedzieć się za ograniczeniem organów kontrolujących zamówienia publiczne. Czy beneficjent projektu unijnego bądź też jakikolwiek zamawiający, musi mierzyć się ciągle z kontrolami, które niejednokrotnie dotyczą tego samego zakresu, prowadząc jednocześnie do odmiennych konkluzji? Dlaczego nie postawić na wykwalifikowane kadry Urzędu Zamówień Publicznych jako te właściwe w sprawach z zakresu prawa zamówień publicznych? Oczywiście nie oznacza to, że kontrole prowadzone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie są pozbawione błędów. Na pewno należałoby postulować o szybsze i bardziej sprawne wszczynanie samej kontroli (nieporozumieniem jest prowadzenie kontroli, przykładowo, 3 lata po udzieleniu zamówienia), lecz w tym zakresie Prezes UZP jest zapewne ograniczony ilością kadr. Można by wnioskować o szersze stosowanie opinii biegłych, nie tylko z zakresu np. informatyki, lecz również praw autorskich, prawa budowlanego, etc. – chociaż na tym polu widać, że UZP nie odcina się od ekspertów zewnętrznych z innych dziedzin niż prawo zamówień publicznych. Na pewno należałoby również ujednolicić kontrolę Prezesa UZP. Nie może być bowiem tak, że UZP publikuje na swoich stronach wyniki kontroli czy też opinie prawne uznające pewne działania

[22] Art. 2 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (tekst jednolity: Dz. U. z 2012 r., poz. 1113).

[23] P. Nowicki, *Zamówienia publiczne..., op. cit.,* str. 101.

zamawiających za niezgodne z prawem zamówień publicznych, w sytuacji gdy często organy i instytucje na najwyższym szczeblu się do nich nie stosują. Jak jednak zostało wskazane, te mankamenty są często niezależne od samego Urzędu Zamówień Publicznych.

Niemniej jednak wydaje się, że to właśnie Urząd Zamówień Publicznych jest najbardziej odpowiednią instytucją do przeprowadzania kontroli zamówień publicznych. Odpowiednie wzmocnienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęłoby pozytywnie na ogólną stabilność systemu zamówień publicznych w Polsce, nie tylko tych udzielanych przy realizacji projektów unijnych.

„Analizy, uwagi i spostrzeżenia ujęte w opracowaniach uznaję za wartościowe i przydatne, jeżeli uwzględnimy potrzeby i postulaty praktyki. Sporządzone w nich oceny i wnioski wskazują na przydatność obowiązujących rozwiązań z uwagi na założenia, którymi winien kierować się ustawodawca; takim wzorcem przy ustalaniu treści regulacji prawnych zamówień publicznych są podstawowe zasady, przyjęte w prawie europejskim i odnoszone do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Opracowanie „Kontrola zamówień publicznych" uznaję za wartościowe merytorycznie i przydatne w refleksjach nad obowiązywaniem prawa zamówień publicznych. Ustalenia, prezentowane w treści zawartych w nim prac, zasługują na ich upowszechnienie w formie publikacji książkowej."

Z recenzji prof. dr hab. Leona Kieresa z Uniwersytetu Wrocławskiego

* * *

„[…] zbiór referatów stanowi spójne tematycznie opracowanie poruszające różnorodne aspekty kontrolne w zakresie prawa zamówień publicznych. W swojej warstwie instrumentalnej opracowanie to porusza więc, w różnym zakresie i stopniu ogólności, szereg szczegółowych zagadnień dotyczących prawa administracyjnego, prawa finansowego, prawa cywilnego i karnego. Takie całościowe ujęcie tej problematyki uznać należy za właściwe, gdyż stwarza ono podstawy do pogłębionej analizy społeczno – gospodarczych konsekwencji różnych form przenikania się formalno – prawnych regulacji obrotu gospodarczego, dotyczącego zarówno sektora publicznego, jak i prywatnego.

[…] pragnę podkreślić pozytywne walory poznawcze, informacyjne i aplikacyjne recenzowanego zbioru referatów. Jest on przykładem opracowania o charakterze naukowym opartego na uporządkowanej wiedzy poszczególnych Autorów w zakresie różnorodnych aspektów funkcjonowania krajowego prawa zamówień publicznych oraz unijnych regulacji dotyczących tej rozległej problematyki."

Z recenzji dr hab. Marka Łyszczaka prof. nadzw. UE we Wrocławiu

ISBN: 978-83-88686-08-5

Warszawa 2013